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

Februar 2020

1. EINLEITUNG

1 Nach der Auffassung von Amazon verfolgt der Referentenentwurf für ein „GWB-Digitalisierungsgesetz“ einen Ansatz nationaler Überregulierung, anstatt Wettbewerb zu ermöglichen und zu fördern. Der Entwurf schlägt ein neues Regulierungsregime für eine sehr kleine Anzahl von Unternehmen vor, obwohl es für die vermeintliche Schädlichkeit von deren Geschäftsmodellen keinen faktenbasierten Beleg gibt. Dieser Ansatz wird zu weniger Auswahl, weniger Transparenz und höheren Preise führen, so dass letztlich die Verbraucher, die Innovationsfähigkeit des Standorts und die gesamte deutsche Wirtschaft die Leidtragenden dieses Gesetzesvorhabens wären.

2 Seit seiner Gründung strebt Amazon danach, kundenzentrierteste Unternehmen der Welt zu werden. Das Einkaufserlebnis, die Zufriedenheit und der Schutz unserer Kunden sind der entscheidende Gradmesser für unsere Strategie und all unser Tun, auch bezogen auf die Dritthändler auf dem Amazon Marketplace. Wir investieren erhebliche Beträge in Innovationen und in die Verbesserung unseres Produktangebots und unserer lokalen Infrastruktur. Zugleich ermöglichen unsere Investitionen auch Innovationen Dritter, z.B. von Entwicklern sprachbasierter Anwendungen für Alexa.

3 Amazons Engagement in Deutschland sowie unsere Investitionen und unser Wachstum als deutsches Unternehmen sind enorm. Wir beschäftigen deutschlandweit mehr als 20.000 Mitarbeiter an rund 35 Standorten, 13.000 davon allein an unseren Logistikstandorten. Seit 2010 haben wir mehr als 22 Milliarden Euro in Deutschland investiert. Etliche unserer Mitarbeiter sind hochqualifizierte Fachkräfte z.B. in den Bereichen Logistik und Versand, Kundenservice, Elektronik, Marketing, Produktmanagement, Softwareentwicklung, usw. Amazon ist zudem ein bedeutender Arbeitgeber für Menschen mit weniger qualifizierter oder ohne abgeschlossene Ausbildung.

4 Seit vielen Jahren investieren wir zudem massiv in unsere deutschen Marketplace Händler. Unsere Handelspartner stehen mittlerweile für über die Hälfte der weltweit bei Amazon verkauften Artikel. Zehntausende kleine und mittlere Unternehmen (KMU) aus Deutschland exportierten 2018 mehr als 90 Millionen Produkte an Millionen Kunden in aller Welt, die sie über Amazon erreichen. Die vielen Unternehmen, die über Amazon.de verkaufen, haben mehr als 120.000 Arbeitsplätze für die Abwicklung und Unterstützung ihrer Verkäufe geschaffen. KMU aus Deutschland erwirtschafteten 2018 über Amazon einen Verkaufsumsatz von über 2,5 Milliarden Euro. Amazon erbringt zahlreiche Dienstleistungen für diese Unternehmen, einschließlich weltweiter Vertriebs-, Vermarktungs- und Lieferlösungen. Damit unterstützt Amazon die KMU dabei, eine globale Kundenbasis zu erreichen. Dies erzeugt und fördert umfassenden Wettbewerb in Bezug auf Preise, Produktauswahl und Kundenkomfort, der wiederum enorme Kunden- und wirtschaftliche Vorteile für die Verbraucher in Deutschland und darüber hinaus mit sich bringt.

5 Nunmehr will die GWB-Novelle einen hoheitlichen Ordnungsrahmen schaffen, der die weitere Entwicklung von Innovationen im Bereich digitaler Technologien vorgeben soll. Und zudem wür-

Amazon Deutschland Services GmbH
Marcel-Breuer-Str. 12, D-80807 München

Geschäftsführung : Sabine Meinecke, Markus Dorsch
Eingetragen am Amtsgericht München unter HRB 129699 · Ust-ID : DE 176 943 476

den die neuen Regelungen nur in Deutschland gelten. Digitalisierung findet aber über Landesgrenzen hinweg statt und betrifft alle Wirtschaftsbereiche. Als Wirtschaftsstandort ist Deutschland darauf angewiesen, gerade in diesem Bereich starke Anreize zu setzen, um hierzulande Innovationen und Investitionen zu fördern. Immerhin verfügen die Marktteilnehmer über erhebliche Spielräume bei der Frage, in welchen Regionen sie investieren und welche neuen Angebote sie wann in welchen Märkten ausrollen.

6 Der Referentenentwurf erzeugt große Unsicherheiten bei den betroffenen Unternehmen. Er lässt sie vielfach im Unklaren darüber, unter welchen Voraussetzungen das Bundeskartellamt künftig gegen sie einschreiten darf. In einem deutschen Alleingang abseits des EU-Rechts will der Entwurf ein Sonderkartellrecht schaffen, um eine „effektivere Kontrolle der großen Digitalkonzerne“ zu ermöglichen. Dazu werden Intermediäre unter einen Generalverdacht wettbewerbsfeindlichen Verhaltens gestellt, Missbrauchsaufsicht wird zur abstrakten Gefahrenabwehr, das Bundeskartellamt zu einer Regulierungsbehörde mit ex-ante-Befugnissen, und die Beweislast für die wettbewerbliche „Billigkeit“ ihres Verhaltens wird den betroffenen Unternehmen aufgebürdet.

7 Der Entwurf geht auch selbst über das deutlich hinaus, was diverse Expertengutachten im Vorfeld des Referentenentwurfs empfohlen hatten – sei es die Studie zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht“ von *Schweitzer/Haucap/Kerber*, der Abschlussbericht der Wettbewerbskommission 4.0 oder auch der *Furman*-Report aus Großbritannien. Vor allem aber fehlt es an jeglicher wettbewerbsökonomischer Fundierung für das vorgeschlagene Eingriffsinstrumentarium. Die Monopolkommission weist zurecht darauf hin, dass *„eine Analyse und Diskussion der Frage, anhand welcher gesetzlicher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz im Fall der Ausbildung von Plattform-Ökosystemen erreicht werden kann, […] bisher nicht stattgefunden [hat]“*. Sie plädiert deshalb erstens dafür, das deutsche Missbrauchsrecht „unionsrechtskompatibel“ weiterzuentwickeln, und zweitens dafür, dass *„der ordnungspolitische Bezug zu wettbewerblichen Problemstellungen nicht verwischt wird“*.

8 Der Referentenentwurf bewirkt in beiden Punkten das genaue Gegenteil. Insbesondere mit § 19a sollen unmittelbar gesetzgeberische Fakten geschaffen werden, obwohl – worauf wiederum die Monopolkommission hinweist – zweifelhaft ist, ob sich die Vorschrift *„überhaupt in einer Weise operationalisieren lässt, die zu einer effektiven Missbrauchsaufsicht wird beitragen können.“* Das Vorhaben erscheint insoweit als rechtspolitischer Aktionismus.

9 Dabei richten sich die Vorschläge, insbesondere der geplante § 19a, gezielt gerade gegen solche (ausländischen) Unternehmen, die überhaupt erst dazu beigetragen haben, den digitalen Wandel hierzulande in vielen Bereichen voranzureiben – und zwar nicht allein zum eigenen Vorteil, sondern zum Nutzen unzähliger Kunden, Arbeitnehmer, KMU, und der deutschen Wirtschaft insgesamt.

10 Erfolgreiche Unternehmen fördern und fordern den Wettbewerb. Sie schaffen Anreize für Innovationen und neue Geschäftsmodelle. Ohne das Smartphones, E-Commerce und digitale Anwendungen wären ganze Marktsegmente nicht entstanden, in denen heute unzählige App-Entwickler, Content-Anbieter und digitale Dienstleister sehr erfolgreich eine eigene Wertschöpfung betreiben. Erst Apple iTunes hat der schon totgeglaubten Musikindustrie den Weg bereitet, digitale Musik kommerziell zu verwerten und sich dadurch als Branche neu zu erfinden. Ohne den Amazon Marketplace könnten zehntausende deutsche KMU ihre Produkte nicht global vertreiben und hätten ihr Geschäft womöglich insgesamt einstellen müssen. Diesem Vorbild folgend haben auch etliche andere Anbieter in Deutschland und in ganz Europa – seien es einzelne Händler oder andere Marktplätze – ihre Online-Shops für Wettbewerber geöffnet und sich damit erfolgreich neue Geschäftsfelder erschlossen. Das betrifft insbesondere Unternehmen mit

eher traditionellen Geschäftsmodellen wie die Supermarkt-Kette Real oder den Katalog-Versandhändler Otto.

11 Nach unserer Überzeugung kann all den vermeintlichen Wettbewerbsrisiken schon mit dem bestehenden gesetzlichen Instrumentarium effektiv begegnet werden. Die Vorschläge des Referentenentwurfs mögen eine allgemeine politische Stimmungslage aufgreifen. In einem solchen Klima sollten jedoch nicht vorschnell Gesetze verfasst werden. Mit dem Versuch, „große Digitalunternehmen“ stärker zu regulieren und am Wachstum zu hindern, sendet der Referentenentwurf vielmehr ein wettbewerbsfeindliches Signal. Große Unternehmen werden weniger investieren und sich mit Innovationen zurückhalten. Das wird nicht zu mehr, sondern zu weniger Wettbewerb führen.

12 Vor diesem Hintergrund begrüßt Amazon die Möglichkeit, zur Diskussion über den Referentenentwurf beitragen zu können. Unserer Stellungnahme stellen wir einige Kernbotschaften zum Referentenentwurf voran (dazu unter 2.). Im Anschluss setzen wir uns detailliert mit den konkreten Normenvorschlägen auseinander. Dabei nehmen wir zunächst zum Vorschlag eines § 19a Stellung (dazu unter 3.), anschließend zu den sonstigen Änderungen bei der Missbrauchsaufsicht (unter 4.), alsdann zu den verschiedenen Datenzugangsregeln (unter 5.) und schließlich zu ausgewählten sonstigen Aspekten des Reformvorhabens (unter 6.). Als **Anlage** fügen wir ein verfassungsrechtliches Gutachten von *Prof. Dr. Christoph Degenhart* bei, das einzelne Aspekte unserer Stellungnahme weiter vertieft. Soweit wir Regelungsvorschläge in anderen Bereichen unkommentiert lassen, heißt dies aber nicht notwendigerweise, dass wir den dortigen Vorschlägen zustimmen. Eine weitere Kommentierung behalten wir uns ausdrücklich vor.

2. UNSERE KERNBOTSCHAFTEN

13 **(1) Der Referentenentwurf ist wettbewerbsfeindlich. Die vorgeschlagenen Regelungen werden nicht für mehr, sondern für weniger Wettbewerb sorgen. Der Entwurf beschränkt internes Wachstum und führt zu Wettbewerbsverzerrungen. Er verlangt von Unternehmen eine präventive Rechtfertigung ihrer Innovationen und jeder Erschließung neuer Geschäftsbereiche. Das bremst die Bereitschaft zu investieren und zu experimentieren, führt zu Standortnachteilen und schadet den Interessen der Verbraucher.**

14 Digitale Technologien ermöglichen in besonderem Maße Innovationen. Das enorme Wachstum dieses Bereichs in den letzten Jahren ist darauf zurück zu führen, dass viele Unternehmen ihre Geschäftsmodelle konsequent weiterentwickelt haben und dabei hohe unternehmerische Risiken eingegangen sind. Davon haben Verbraucher und Beschäftigte, andere Unternehmen und der Wettbewerb profitiert: Hätte Amazon „Prime Video“ nicht entwickelt, gäbe es für Nutzer und Inhalteproduzenten beim Video-Streaming weniger Alternativen zu Netflix. Mit „Alexa“ ermöglicht es Amazon unzähligen Dritten, sprachbasierte Anwendungen zu entwickeln und eine eigene Wertschöpfung zu generieren. Und indem Amazon seinen Store für Dritthändler geöffnet hat, verfügen heute zehntausende KMUs über weltweite Absatzmöglichkeiten für ihre Produkte.

15 Für ihre Investitionen brauchen Unternehmen Planungssicherheit. Behördenentscheidungen müssen vorhersehbar und regulatorische Risiken kalkulierbar sein. Dazu sind klare gesetzliche Rahmenbedingungen erforderlich. Daran fehlt es im Referentenentwurf. Bereits das zentrale Tatbestandsmerkmal des § 19a, die „überragende marktübergreifende Bedeutung“ eines Unternehmens für den Wettbewerb, lässt die genauen Voraussetzungen für einen Wettbewerbseingriff des BKartA im Unklaren. Soll damit missbräuchliches Verhalten erst oberhalb oder schon unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle sanktioniert werden, oder handelt es sich gar um

einen Missbrauchstatbestand sui generis mit ganz eigenen Voraussetzungen? Schon in dieser Frage widersprechen sich Wortlaut und Begründung.

16 Konkret will der Referentenentwurf internes Wachstum in einer wichtigen Form verbieten, nämlich Expansionen in andere Geschäftsfelder. Wenn ein Unternehmen eine Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 erhält, steht es auf einer „Blacklist". De facto soll es dann z.B. allein wegen seiner Ressourcen an der Diversifikation seines Geschäfts gehindert werden können – selbst wenn es in Marktsegmente mit wenig Innovationen und hohen Preisen vordringt, in denen kein wirksamer Wettbewerb besteht. Dieser Ansatz führt zu Wettbewerbsverzerrungen. Das bereits gelistete Unternehmen wird strukturell schlechter gestellt als seine Wettbewerber, gegen die (noch) keine Feststellung nach § 19a Abs. 1 ergangen ist und die sich deshalb freier bewegen können. Das wiegt noch schwerer angesichts der Beweislastumkehr nach § 19a Abs. 2 Satz 3. Diese zwingt die Unternehmen dazu, ihre unternehmerischen Entscheidungen fortlaufend einem Rechtfertigungstest zu unterziehen. Das widerspricht dem wettbewerblichen „Entdeckungsverfahren". Es liegt nämlich gerade in der Natur eines Experiments, dass sich dessen positiven Wettbewerbseffekte nicht vorab bestimmen lassen. Die Beweislastumkehr wird so zu einem Innovationskiller.

17 Der ex-ante-Ansatz von § 19a ist auch ein Standortnachteil. Digitalisierung findet grenzüberschreitend statt. Unternehmen werden lieber in anderen Regionen investieren, wenn sie Gegenstand einer Feststellungsverfügung geworden und dadurch einen Schritt näher an eine drohende Untersagung ihrer Innovationen und Investitionen nach § 19a Abs. 2 gerückt sind. Der Referentenentwurf baut Schranken auf, die dazu führen werden, dass Deutschland sich digital weiter isoliert und den Anschluss an die globale Marktentwicklung immer mehr verliert. Das geht zulasten der Verbraucher und beschädigt Deutschland als zukunftsfähigen Arbeitsmarkt.

18 **(2) Der Referentenentwurf pönalisiert Erfolg im Wettbewerb und stellt Intermediäre unter einen Generalverdacht. Das BKartA soll aufgrund pauschaler Vermutungen in die Wettbewerbsfreiheit von Unternehmen eingreifen können. Missbrauchsaufsicht wird zur abstrakten Gefahrenabwehr. Einen konkreten Wettbewerbsschaden soll das Amt nicht belegen müssen. Ökonomische Betrachtungsweisen werden vernachlässigt, stattdessen normative per-se-Verbote aufgestellt. Das alles ist mit dem „more economic approach" nicht vereinbar.**

19 Das Gesetzesvorhaben will die sog. „Digitalwirtschaft" anders regulieren als „analoge" Industrien. Das geht schon von falschen Voraussetzungen aus. Geschäftsmodelle sind weder spezifisch analog noch spezifisch digital. Es sind digitale Technologien, keine Geschäftsmodelle, die alle Wirtschaftszweige transformieren – vom Finanz- und Dienstleistungssektor über den Einzelhandel bis hin zur Schwer- und Automobilindustrie. Dabei ist gerade Amazon z.B. ein besonders „analoges/physisches" Unternehmen, bei dem etwa die Lager- und Logistikinfrastruktur einen erheblichen Teil des Geschäfts ausmacht. Umgekehrt nutzen in der Industrie 4.0 auch klassische Industrieunternehmen aus der Automobilbranche, der Luft- und Raumfahrt, dem Maschinenbau und der Elektrotechnik mehr und mehr digitale Prozesse. Die Grenzen zwischen analog und digital verschwimmen also immer mehr.

20 Auf dieser verfehlten Tatsachenbasis stellt der Referentenentwurf Intermediäre unter Generalverdacht. Durch § 19a sollen Unternehmen mit „erheblicher" Tätigkeit auf mehrseitigen- oder Netzwerkmärkten auf eine besondere Regulierungsebene gehoben werden. Das Gesetzesvorhaben will sie einer abstrakten Gefahrenabwehr unterwerfen. Das erinnert an die ex-ante-Regulierung von „marktmächtigen" Telekommunikationsunternehmen (§§ 9 ff. TKG). Allerdings beruht das Telekommunikationsrecht auf gänzlich anderen Prämissen. Dort gibt es natürliche Netzmonopole, und es handelt sich um ein Übergangsrecht zur Überführung ehemals staatlicher Daseinsvorsorge in Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen. Außerdem muss die Regulierungsbehörde im TK-Sektor zunächst ein konkretes Marktversagen nachweisen und das

Bestehen eines ex-ante-Regulierungsbedarfs aktiv rechtfertigen. Das fehlt bei § 19a. Die Norm sieht eine unternehmensbezogene Betrachtung vor, keine marktbezogene. Auf das Funktionieren des Wettbewerbs auf den betrachteten Märkten soll es danach gar nicht ankommen. Das Amt kann sich vielmehr aus dem breiten Katalog des § 19a Abs. 1 Satz 2 die „passenden" Kriterien heraussuchen, um ergebnisorientiert ein bestimmtes Unternehmen zu regulieren. Es würde so mehr und mehr zu einer allgemeinen Marktaufsichtsbehörde.

21 Einen kritischen Paradigmenwechsel vollzieht der Referentenentwurf auch mit den einzelnen Eingriffstatbeständen des § 19a Abs. 2. Der Sache nach handelt es sich dabei um typisierte Fälle eines Behinderungsmissbrauchs. Nach geltendem Recht (§ 19 Abs. 2 Nr. 1) ist dafür aber die Feststellung der spezifischen „Unbilligkeit" des Verhaltens erforderlich. Zunächst läuft nämlich jedes wettbewerbliche Verhalten per se auf eine Behinderung anderer Unternehmen hinaus. Nicht die Behinderung als solche ist deshalb unzulässig, erst die *unbillige* Behinderung. Bislang muss das BKartA deshalb von Amts wegen eine Abwägung der Interessen des Marktbeherrschers und des behinderten Unternehmens vornehmen. Ein solches Unwerturteil verlangt § 19a Abs. 2 dagegen nicht. Hier soll bereits die bloße Stellung des nach § 19a Abs. 1 „geblacklisteten" Unternehmens genügen, um einen Missbrauchsvorwurf zu erheben. Jedes tatbestandsmäßige Verhalten soll dann eine Untersagungsverfügung tragen können. Die gebotene Interessenabwägung findet nicht mehr auf der Tatbestandsebene statt, sondern erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung – wo sie dann vom Unternehmen zu beweisen sein soll. Das stellt die Prinzipien staatlicher Wettbewerbsaufsicht (und die Legitimation hoheitlicher Eingriffsverwaltung als solcher) auf den Kopf.

22 Der Referentenentwurf läuft auf eine Pönalisierung von Erfolg im Wettbewerb hinaus. Die Änderung des Kausalitätsmaßstabs in § 19 Abs. 1 macht Verhaltensweisen auch ohne die positive Feststellung verfolgbar, dass der Marktbeherrscher sein fragliches Verhalten allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann. Ähnlich verhält es sich beim Verbot des „Aufrollens" von Märkten (§ 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2). Dort soll es nach der Entwurfsbegründung im Ausgangspunkt reichen, wenn ein Unternehmen über „bestimmte Ressourcen" verfügt, die ihm auf einem nicht beherrschten Markt einen „deutlichen Vorsprung" verschaffen. Das bloße Vorhandensein von Ressourcen sagt aber nichts darüber aus, ob ein Eintritt in neue Marktsegmente gelingt oder nicht oder mit welcher Wahrscheinlichkeit das Unternehmen dort den Wettbewerb behindern wird. Sonst hätte Amazon mit dem „Fire Phone" erfolgreich sein müssen oder Google mit dem sozialen Netzwerk „Google+". Und auch in der Nutzung eines bestehenden Kundenstamms für Expansionszwecke kann noch kein kartellrechtlich vorwerfbares Verhalten liegen (§ 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3). Ansonsten müsste jede Form des „Upselling" verboten werden, wenn z.B. der ADAC seinen Mitgliedern Pauschalreisen oder Versicherungsleistungen anbietet, oder ein Kabelnetzbetreiber zum Reseller für Mobilfunkverträge wird.

23 **(3) Der Referentenentwurf verwendet verfassungswidrige Instrumente. Insbesondere § 19a sieht intensive Eingriffe in Grundrechte der Unternehmen vor. Er verfehlt dabei den verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich zwischen Grundrechten und öffentlichen Interessen in mehrfacher Hinsicht. Der Beweislastumkehr liegt eine Fehlgewichtung der Grundrechte der betroffenen Unternehmen zugrunde, und sie verkürzt in verfassungswidriger Weise deren Rechtsschutz. Die Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe und der undifferenzierte Fokus des Referentenentwurfs auf die „Digitalwirtschaft" verstoßen angesichts der weitgefassten Befugnisse des BKartA gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.**

24 Der Referentenentwurf weitet die Eingriffsbefugnisse des BKartA in mehrfacher Hinsicht aus: §§ 19a und 20 erlauben Eingriffe unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, bei § 19a noch dazu basierend auf dem unbestimmten Rechtsbegriff der „überragenden marktübergreifenden

Bedeutung“ eines Unternehmens. § 19a Abs. 1 (Feststellungsverfügung) und § 20 Abs. 3a (Tipping) erlauben Eingriffe im Wege der abstrakten Gefahrenabwehr, schon bevor es überhaupt zu einem Wettbewerbsschaden gekommen ist. Und die vorgeschlagene Änderung des § 32a bedeutet, dass das Amt selbst einstweilige Maßnahmen ohne Marktbeherrschung treffen kann.

25 Verletzungen der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit (Art. 12, 14, 2 GG) der betroffenen Unternehmen sind damit vorprogrammiert. Die erforderliche Abwägung zwischen Individual- und Wettbewerbsinteressen kann keine Eingriffe rechtfertigen, die nach derart weiten Maßstäben erfolgen. Dafür wiegen die Eingriffe in die geschützten Grundrechtspositionen zu schwer, die von einer Verfügung des BKartA ausgehen. Sie können durch lediglich drohende Gefahren für den Wettbewerb bzw. ein missbräuchliches Verhalten ohne Marktbeherrschung nicht aufgewogen werden. Angesichts dieser Eingriffsintensität kann § 19a auch dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügen. Das betrifft die Verbotsnormen nach § 19a Abs. 2 ebenso wie die Adressatenbestimmung nach § 19a Abs. 1, wo jeweils unbestimmte Rechtsbegriffe auf weitreichende Einschätzungs- und Prognosespielräume des BKartA treffen.

26 Die Beweislastumkehr nach § 19a Abs. 2 Satz 3 verstößt gegen den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 57). Denn bei § 19a befindet sich das BKartA zwingend im Kartellverwaltungsverfahren. Auf dem Zivilrechtsweg können die Verhaltensvorschriften des § 19a Abs. 2 nicht verfolgt werden. Also muss das BKartA alle eingriffsbegründenden Tatsachen selbst positiv feststellen. Ein non liquet am Ende des Ermittlungsverfahrens darf nicht zulasten des betroffenen Unternehmens gehen. Das folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Die im Referentenentwurf vorgesehene Beweislastumkehr gibt es in dieser Form in keinem anderen Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Sie entspricht einer Konstellation, in der die Gewerbeaufsicht eine Untersagung wegen Unzuverlässigkeit aussprechen möchte (§ 35 GewO). Mit der Logik des Referentenentwurfs müsste sie die dafür erforderlichen Tatsachen aber nicht selbst ermitteln. Vielmehr müsste der Gewerbetreibende selbst den Nachweis seiner Zuverlässigkeit erbringen, um seine Tätigkeit fortführen zu dürfen. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nicht zu rechtfertigen wäre.

27 Schließlich verstößt § 19a auch gegen die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG). Es ist zweifelhaft, ob ein effektiver Rechtsschutz gegen die Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 gegeben ist. Obwohl die Feststellung als Verwaltungsakt ergehen würde, wäre sie nur justiziabel, wenn von ihr eine konkrete Regelungswirkung bzw. eine materielle Beschwer des Adressaten ausgeht. Es besteht das Risiko, dass die Gerichte bei § 19a erst der Untersagungsverfügung nach Abs. 2 eine solche Wirkung zusprechen. Das zeigt jedenfalls der Vergleich mit dem Telekommunikationsrecht. Dort lässt das Bundesverwaltungsgericht keine Klage gegen die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit zu, weil es an der Regelungswirkung fehle. Für die Unternehmen ist eine effektive Klagemöglichkeit aber unerlässlich, um die schon von der Feststellung nach § 19a Abs. 1 ausgehenden wirtschaftlichen Nachteile abzuwenden (Investitionshemmnis, Wettbewerbsverzerrung, Reputationsschaden durch das „Blacklisting“).

28 **(4) Der Referentenentwurf ist ein unzulässiger deutscher Alleingang. Er führt zu einer weiteren Fragmentierung des europäischen Wettbewerbsrechts und widerspricht den Zielen der Verwirklichung eines „Digital Single Market“. Außerdem verstößt der Entwurf gegen zwingende Prinzipen des europäischen Rechts. Das gilt vor allem für § 19a und die darin vorgesehene Beweislastumkehr.**

29 Mit ihrer Initiative zur Schaffung eines „Digital Single Market“ will die Europäische Kommission bestehende Hürden im Binnenmarkt abbauen und die regulatorischen Rahmenbedingungen für die „Digitalwirtschaft“ weiter harmonisieren. Der Referentenentwurf tut genau das Gegenteil: Er schafft neue nationale Regeln und trägt damit zur weiteren Fragmentierung des europäischen Wettbewerbsrechts bei. Das bereitet einem „Forum Shopping“ der Unternehmen den

Weg, ihre Investitionsentscheidungen anhand der für sie günstigsten Rahmenbedingungen zu treffen. Das ist im europäischen Kontext kontraproduktiv und standortpolitisch kurzsichtig.

30 Der Referentenentwurf verstößt gegen Unionsrecht. Die Mitgliedsstaaten dürfen nur in engen Grenzen von den Vorgaben eines einheitlichen europäischen Wettbewerbsrechts abweichen. Die Verordnung 1/2003 sieht zum Beispiel vor, dass in Missbrauchsfällen stets die Behörde die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale beweisen muss. Die Beweislastumkehr bei § 19a ist damit nicht vereinbar. Sie verletzt zudem das Recht auf gute Verwaltung aus Art. 41 der Europäischen Grundrechte-Charta.

31 Ebenfalls unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht sind die Verbotstatbestände des Referentenentwurfs, die in die Leistungsbeziehungen zwischen mehreren Parteien eingreifen. Das gilt insbesondere für die Regelungen zum Datenzugang in § 19a Abs. 2 und in § 20 Abs. 1a. Hier knüpft der Referentenentwurf nicht an lediglich einseitige Handlungen eines Unternehmens an. Er kann sich schon deshalb nicht auf die Öffnungsklausel aus der Verordnung 1/2003 berufen, die nur diesbezüglich strengere nationale Regelungen erlaubt. Die Öffnungsklausel ist im Übrigen insgesamt ungeeignet, die mit § 19a vorgenommenen Abweichungen vom europäischen Wettbewerbsrecht zu legitimieren. Die Klausel basiert auf einem Wettbewerbsregime, das zur Durchsetzung von Art. 101 AEUV (Kartellverbot) und Art. 102 AEUV (Missbrauchsverbot) eine reine ex-post-Kontrolle beinhaltet. Lediglich innerhalb dieses Systems sollen die Mitgliedsstaaten beim Missbrauchsverbot bestimmte strengere Maßnahmen vorsehen dürfen. § 19a hingegen sieht eine ex-ante-Kontrolle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle vor. Das ist ein grundlegend anderer Eingriffsmaßstab, für den sich der nationale Gesetzgeber von vorherein nicht auf die Öffnungsklausel der VO 1/2003 berufen kann.

32 **(5) Der Referentenentwurf verfolgt Ziele, die anderen Rechtsmaterien vorbehalten bleiben sollten. Der Anwendungsbereich des GWB und die Kompetenzen des BKartA sollen auf Bereiche ausgeweitet werden, für die bereits Regulierung besteht und/oder wo Regulierung nicht mit den Mitteln des Kartellrechts erfolgen darf. Kartellrecht muss Kartellrecht bleiben. Soweit überhaupt erforderlich, können Plattform- und Datenthemen nur sektorspezifisch auf europäischer Ebene geregelt werden. Das entspräche auch den Vorschlägen der Wettbewerbskommission 4.0 und des DICE.**

33 Der Anwendungsbereich kartellrechtlicher Vorschriften darf sich nicht auf bestimmte „digitale“ Geschäftsmodelle beschränken. Nach dem Universalitätsprinzip muss Kartellrecht allgemeingültig bleiben. Sektorspezifische Regulierung für die „Plattformindustrie“, soweit sie überhaupt erforderlich ist, kann das allgemeine Wettbewerbsrecht nur ergänzen und müsste im Unionsrecht erfolgen.

34 In der konkreten Ausgestaltung verfehlt der Referentenentwurf sein politisches Mandat. Er folgt dem Auftrag des Koalitionsvertrags, „exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft zu schaffen“. Die Entwurfsbegründung ist dagegen lediglich auf eine „effektivere Kontrolle der großen Digitalkonzerne“ fokussiert. Man verbessert die Rahmenbedingungen für deutsche und europäische Unternehmen aber nicht dadurch, dass man dem BKartA ein Vorgehen gegen ihre (ausländischen) Wettbewerber erleichtert. Weniger Wettbewerb durch ausländische Unternehmen geht vielmehr zulasten der Verbraucher.

35 Teilweise fehlt für die Vorschläge des Referentenentwurfs auch von vornherein der Regelungsbedarf. Fragen des Datenzugangs, der Portabilität und der Transparenz sind bereits anderweitig hinreichend geregelt, etwa in der DSGVO oder der P2B-Verordung. Hier schaffen zusätzliche kartellrechtliche Vorschriften lediglich Anwendungskonflikte, gerade wenn deutsches Recht in die Materie EU-weit geltender Vorgaben eingreifen will.

36 **(6) Der Referentenentwurf hat Konsequenzen weit über die intendierten Regelungsbereiche hinaus. Nach der Begründung sollen nur wenige „große Digitalunternehmen“ adressiert werden; tatsächlich betreffen die vorgeschlagenen Regelungen aber einen wesentlich größeren Adressatenkreis. So verursacht der Referentenentwurf nicht intendierte Nebenwirkungen abseits seines politischen Auftrags und schadet den Interessen der deutschen Wirtschaft.**

37 Der Wortlaut des § 19a erfasst Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen. Die Anwendbarkeit der Norm lässt sich nicht auf die im Referentenwurf so bezeichneten „großen Digitalkonzerne“ begrenzen. Im Anwendungsbereich wären zwangsläufig auch „analoge“ Geschäftsmodelle (z.B. Medienunternehmen, Einkaufszentren oder Börsen) von deutschen und europäischen Unternehmen – soweit man, was nicht der Fall ist, überhaupt sinnvoll zwischen „analogen“ und „digitalen“ Geschäftsmodellen unterscheiden könnte. Ein derart weit verstandener Anwendungsbereich wäre auch folgerichtig, wenn man dem Grunde nach von einem besonderen Bedürfnis zur Regulierung von Netzwerkeffekten ausgehen wollte – denn solche Effekte mag es in der analogen ebenso wie in der digitalen Welt geben. Eine wortlautgetreue Anwendung des § 19a in diesem Sinne ist aber politisch erkennbar nicht gewollt. Würde das BKartA mit seinem Ermessen deshalb nur „digitale“ (ausländische) Unternehmen aufgreifen, wäre das ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung.

38 Außerdem erfassen die Verbote Geschäftsbereiche eines Unternehmens, in denen es nicht als Intermediär agiert. Schon eine „erhebliche“ Tätigkeit auf einem Intermediationsmarkt soll das Unternehmen infizieren und insgesamt zum Gegenstand der Verbote des § 19a Abs. 2 machen können. Wer im Anwendungsbereich des § 19a ist, darf nicht mehr frei in Marktsegmente expandieren, die weder mehrseitig noch Netzwerke sind. Wäre Amazon nach § 19a reguliert, dürfte es z.B. seinen Kunden womöglich keine Mobilfunkleistungen anbieten. Umgekehrt dürfte aber die Deutsche Telekom, trotz marktbeherrschender Stellung von Breitbandanschlüssen, mit „Entertain“ bzw. jetzt „Magenta-tv“ ein Streaming-Angebot starten. Und unter Geltung des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 hätte Google wohl nicht in autonomes Fahren investieren dürfen, Daimler und BMW aber trotzdem in digitale Kartendienste. Das ist diskriminierend und schadet den Verbrauchern.

39 Überdies lädt der Referentenentwurf dazu ein, seine Instrumente für Individualinteressen zu missbrauchen. Sowohl die neugefasste Essential Facilities Doctrine (§ 19 Abs. 2 Nr. 4) als auch der Datenzugangsanspruch nach § 20 Abs. 3a wären zivilrechtlich einklagbar. Gleichzeitig verwendet der Referentenentwurf einen denkbar weiten Datenbegriff. Das kommt einer Aufforderung gleich, anstatt in eigene Innovationen und Datenmodelle zu investieren, im Zweifel lieber zu versuchen, sich Zugang zu schon vorhandenen Daten anderer Unternehmen zu verschaffen. Auch wo solche Versuche im Ergebnis erfolglos bleiben werden, führen sie zu hohen operativen Belastungen der Unternehmen. Das macht Deutschland als Wettbewerbsstandort unattraktiv, hemmt Innovation und Investitionen und bremst die Marktentwicklung.

3. ZUM VORSCHLAG EINES § 19A

40 Den Mittelpunkt des Reformvorhabens bildet der Vorschlag eines neuen § 19a. Wir nehmen dazu deshalb zunächst gesondert Stellung, bevor wir uns mit den weiteren geplanten Änderungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht und bei den Datenzugangsregeln auseinandersetzen. Gegen § 19a haben wir sowohl grundsätzliche, konzeptionelle Bedenken (dazu unter 3.1), als auch Bedenken hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Elemente der Norm (dazu unter 3.2).

3.1 Grundsätzliche Bedenken

3.1.1 Fehlverständnis einer „Digitalwirtschaft“

41 Mit § 19a will der Referentenentwurf die sog. „Digitalwirtschaft“ anders regulieren als „analoge“ Industrien. Das geht von dem Verständnis aus, es gebe spezifisch „digitale“ Geschäftsmodelle. Dieses Verständnis ist falsch. Nicht Geschäftsmodelle sind digital, sondern Technologien. Die Digitalisierung hat aber längst alle Wirtschaftszweige erfasst. Die mit § 19a intendierte sektorspezifische Regulierung einer „Digitalwirtschaft“ geht deshalb an der ökonomischen Wirklichkeit vorbei – unabhängig davon, ob sie mit kartellrechtlichen Instrumenten erfolgen könnte oder sollte.

42 Digitale Technologien kommen in Software-Anwendungen, bei Internetdiensten, beim Cloud-Computing, in der Künstlichen Intelligenz oder beim Machine Learning zum Einsatz. Praktisch jedes Unternehmen setzt inzwischen in der einen oder anderen Form digitale Technologien ein, um Prozesse zu optimieren oder neue Produkte oder Dienstleistungen anzubieten. Das gilt branchenübergreifend: Die Automobilbranche setzt beim autonomen Fahren auf digitale Technologien. Der Finanzsektor automatisiert seine Prozesse und Handelsplätze mit digitalen Technologien. Und selbst in der Schwerindustrie oder bei Haushaltsgeräten sind digitale Technologien mit dem „Internet of Things“ längst angekommen.

43 Selbstverständlich setzt auch Amazon digitale Technologien ein, um seinen Kunden einen möglichst guten Service zu bieten. Das macht Amazon aber noch nicht zu einem sog. „Digitalunternehmen“, worauf sich die Entwurfsbegründung an verschiedenen Stellen bezieht. Amazon ist in erster Linie ein Handelsunternehmen. Der Einzelhandel ist im Kern ein analoges Geschäft, in dem es darum geht, Produkte zum Kunden zu bringen. Dies findet zu großen Teilen auf physischem Wege statt und verlangt den Einsatz enormer Lager-, Logistik- und personeller Ressourcen.

***Fakten**: Seit 2010 hat Amazon mehr als 22 Milliarden Euro in seine deutsche Logistik-Infrastruktur mit derzeit rund 35 Standorten investiert. Amazon betreibt gegenwärtig 13 Logistikzentren in Deutschland (Brieselang, Dortmund, Frankenthal, Graben/Augsburg, Koblenz, Leipzig, Mönchengladbach, Pforzheim, Rheinberg, Werne, Winsen/Luhe sowie zwei Standorte in Bad Hersfeld). Außerdem unterhält Amazon 24 Verteilzentren insbesondere in München, Berlin, Hamburg, Frankfurt, Mannheim und in der Rhein-Ruhr Region sowie fünf Sortierzentren im Großraum Hannover, in Hessen und in NRW. In München und Berlin betreibt Amazon jeweils zwei Depots für „PrimeNow“ und „AmazonFresh“. Amazon investiert laufend weiter in das Logistiknetzwerk in Deutschland. So werden 2020 zum Beispiel zwei weitere Logistikzentren in Oelde (NRW) und Sülzetal (Sachsen-Anhalt) eröffnet. Auf Grundlage von Amazons Infrastruktur können Kunden heute viele Produkte bis zum Mittag bestellen und noch am selben Tag erhalten. Amazon bietet Händlern zudem den Versand ihrer Produkte durch Amazon an („Fulfillment by Amazon“, kurz: FBA). FBA umfasst eine Vielzahl von Versandlösungen, die Händler auf Amazon in die Lage versetzen, schneller und einfacher nach ganz Europa zu verkaufen. Wenn Händler den FBA-Versand wählen, lassen sie ihre Produkte von Amazon lagern, verpacken und an die Kunden versenden.*

44 Amazon unterscheidet sich insoweit auch grundsätzlich von den „großen Digitalkonzernen“, die der Referentenentwurf bei § 19a offenbar besonders im Blick hat:

- *Google* ist im Kern eine Suchmaschine, ergänzt um ein Portfolio kostenfreier Internetangebote wie Gmail oder Google Maps. Diese Dienste sind in der Regel werbefinanziert, und die Werbevermarktung basiert im Wesentlichen auf der Suchfunktion.
- *Apple* bietet vor allem Hardware- und Entertainmentprodukte an. Das Geschäftsmodell basiert nicht auf Werbung, und auch Kundendaten werden dort ganz anders eingesetzt als z.B. bei Google oder Facebook.
- *Facebook* (einschließlich der Dienste WhatsApp und Instagram) betreibt vor allem Kommunikationsdienste. Hier erfolgt die Finanzierung wiederum primär durch Werbung, aber die Facebook-Produkte unterscheiden sich in ihrer Funktionalität z.B. deutlich von den Google-Produkten.

45 Deshalb ist auch die weitere grundlegende Annahme des Referentenentwurfs falsch, es gäbe spezifische Charakteristika oder Verhaltensweisen von „Digitalkonzernen“, für deren Regulierung ein reformiertes Kartellrecht erforderlich sei. Gerade angesichts der Vielschichtigkeit des Einsatzes digitaler Technologien durch ganz unterschiedliche Unternehmen wäre der Gesetzgeber gut beraten, es im Kartellrecht bei allgemeingültigen Maßstäben zu belassen. Dabei sollte der Dreiklang aus Kartellverbot, Missbrauchs- und Fusionskontrolle bestehen bleiben und nicht durch die Einführung neuer Instrumente verwässert werden. Bezogen auf § 19a betrifft das insbesondere die geplante Verhaltenskontrolle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle oder die vorgeschlagenen ex-ante-Instrumente zur Begrenzung von internem Unternehmenswachstum.

46 In einzelnen Bereichen mag es einen Bedarf geben, den Einsatz digitaler Technologien (nicht: digitale Geschäftsmodelle oder „Digitalunternehmen“) gesondert zu regulieren. Das könnte z.B. für die Portabilität von Daten gelten. Dafür ist dann aber das (deutsche) Kartellrecht die falsche Rechtsmaterie. Solche Regulierung sollte sektorspezifisch und europaweit erfolgen. Ein entsprechender Regulierungsbedarf wäre im Einzelfall genau zu prüfen. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass solche Maßnahmen mit der DSGVO und der P2B-Verordnung jedenfalls in Teilen bereits bestehen (dazu auch noch bei Rn. 126 ff.).

3.1.2 Fehlverständnis des politischen Auftrags

47 Der Koalitionsvertrag (Rn. 1938 ff.) will „das Kartellrecht modernisieren, um exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft zu schaffen.“ Diesem Mandat wird der Referentenentwurf insbesondere mit § 19a nicht gerecht. Er beschränkt sich im Wesentlichen darauf, erfolgreiche (ausländische) Unternehmen stärker zu regulieren als bisher. Das verbessert jedoch noch nicht die Rahmenbedingungen für deutsche und europäische Unternehmen. Es ist im Gegenteil wettbewerbsfeindlich und Ausdruck einer verfehlten Standortpolitik.

Fokus auf „große Digitalunternehmen“

48 Nach der Entwurfsbegründung (S. 75) soll § 19a dem BKartA eine „effektivere Kontrolle“ von „großen Digitalunternehmen“ ermöglichen. Diese sollen u.a. daran gehindert werden, *„die eigene Geschäftstätigkeit in immer neue Märkte und Sektoren auszuweiten“*.

49 Der Referentenentwurf unterliegt einem Trugschluss, wenn er meint, dadurch das politische Ziel des Koalitionsvertrags zu fördern. Durch ein Zurückdrängen bereits erfolgreicher (ausländischer) Unternehmen werden sich die Bedingungen für deren deutsche und europäische Wettbewerber – und damit die Wahlmöglichkeiten für die Kunden – nicht verbessern. Es sind im

Gegenteil gerade die großen Unternehmen, die mit ihren Investitionen und Innovationen den Wettbewerb fördern und fordern. Daraus haben sich Marktchancen für Dritte vielfach überhaupt erst ergeben: Hätte Apple nicht iTunes gestartet, wäre der Musikindustrie der Schritt in die kommerzielle Onlineverwertung ihrer Produkte womöglich nicht gelungen. Ohne den versuchten Markteintritt von Uber hätte es in Deutschland keinen Wettbewerbsdruck zur Entwicklung von Taxi-Apps wie „MyTaxi“ (bzw. jetzt „FreeNow“) gegeben. Google hat mit Android eine Plattform geschaffen, die unzähligen Dritten ein breites Spektrum an Endkundenangeboten überhaupt erst ermöglicht. Und ohne den Amazon Marketplace könnten zehntausende deutsche KMUs ihre Produkte nicht global vertreiben und hätten ihr Geschäft womöglich insgesamt einstellen müssen.

***Beispiel**: Zehntausende deutsche KMU verkaufen bei Amazon, und mehr als 80% exportieren ihre Produkte bereits an Kunden im Ausland. KMU aus Deutschland erzielten 2018 über Amazon Exportumsätze von mehr als 2,5 Milliarden Euro. Dazu gehört z.B. auch das Spielwarengeschäft „Carl Loebner“, das älteste Spielwarengeschäft Europas, gegründet 1685. Das Unternehmen hat seinen Sitz in der kleinen sächsischen Stadt Torgau (20.000 Einwohner). Angesichts sinkender stationärer Umsätze entschied sich der Inhaber Jörg Loebner, der das Geschäft in der 11. Generation führt, im 2010 dorthin zu gehen, wo die Kunden sind – ins Internet. "Das war die beste Entscheidung meines Lebens", sagt Loebner. Der stationäre Laden, der seit über 330 Jahren Kunden in den Mittelpunkt seines Geschäfts stellt, verschickt heute allein über den Amazon Marketplace täglich über 1.000 Spielzeugartikel, nutzt den Amazon Service „Seller Fulfilled Prime“ und macht inzwischen 98% seines Gesamtumsatzes mit dem Online-Geschäft.*

50 Solche Wettbewerbsimpulse gibt es nicht nur zwischen großen und kleineren Unternehmen. Auch die großen Unternehmen untereinander stehen in einem intensiven Innovationswettbewerb. Nachdem Amazon z.B. seine Echo-Geräte mit „Alexa“-Technologie präsentierte, zogen Google und Apple mit eigenen Smart Speakern nach. Daraus wiederum ergaben sich Chancen für Dritte, eigene kompatible Hardware zu entwickeln (z.B. Philips mit „Alexa“-gesteuerter Beleuchtung). Und abermals profitieren zahllose KMUs, die Anwendungen für die verschiedenen Sprachassistenten programmieren und sich dadurch ein eigenes Geschäft aufbauen.

***Fakten**: Über Alexa hatten Nutzer aus Deutschland Ende 2019 Zugriff auf über 10.000 aktive Anwendungen (sog. „Skills“) von Drittanbietern. Mehr als 100.000 Programmierer aus Deutschland sind bei Amazon registriert, um solche Alexa-Skills zu entwickeln. Weltweit nahmen Drittanbieter über Alexa zuletzt mehrere Milliarden US-Dollar pro Jahr ein. Besonders erfolgreiche Anbieter erzielen mit ihren Skills Jahresumsätze im sechsstelligen Bereich.*

51 Mit dem Versuch, „große Digitalunternehmen“ stärker zu regulieren und am Wachstum zu hindern, setzt der Referentenentwurf deshalb ein wettbewerbsfeindliches Signal. Große Unternehmen werden infolgedessen weniger investieren und sich mit Innovationen zurückhalten. Das wird nicht zu mehr, sondern zu weniger Wettbewerb führen. Die Folge wäre weniger Auswahl, weniger Transparenz und höhere Preise. Gerade die Verbraucher haben aber bislang von dem Engagement von Unternehmen wie Amazon erheblich profitiert.

Förderung der “deutschen und europäischen Digitalwirtschaft”

52 Der Referentenentwurf will Standortpolitik betreiben. Er will es dem BKartA besonders leichtmachen, gerade ausländische Unternehmen mit kartellrechtlichen Mitteln zu verfolgen – und dadurch der deutschen und europäischen „Digitalwirtschaft“ zu Wettbewerbsvorteilen zu verhelfen. Es ist aber nicht Aufgabe des nationalen (Kartell-)Rechts, in dieser Form den eigenen Wirtschaftsstandort zu protegieren.

53 Der Wortlaut der vorgeschlagenen Eingriffsnormen ist zwar neutral gefasst und stellt nicht auf die Herkunft eines Unternehmens ab. Die Entwurfsbegründung (S. 63 f.) geht allerdings von einer „sehr überschaubaren Anzahl von Fällen“ und nur bis zu drei Verfahren in den nächsten fünf Jahren aus. Und jedenfalls die bisherige Fallpraxis legt nahe, dass damit spezifisch bestimmte US-Unternehmen gemeint sein könnten.

54 Wenn ein EU-Mitgliedsstaat selbst handelspolitische Regulierung schaffen will, die die *Wettbewerbsbedingungen* zugunsten der heimischen Wirtschaft verschiebt, braucht er dafür jedoch eine besondere Kompetenzgrundlage. Dies können Interessen der nationalen Sicherheit sein, etwa im Bereich des Außenwirtschaftsrechts, wo kritische Infrastrukturen vor ausländischen Einflüssen geschützt werden sollen. In der Fusionskontrolle werden z.B. mitgliedsstaatliche Abweichungen akzeptiert, die der Sicherung der Meinungsvielfalt dienen (Art. 21 Abs. 4 FKVO). Solche spezifischen Ziele, die mitgliedsstaatliche Sonderregeln rechtfertigen könnten, verfolgt der Referentenentwurf aber nicht. Es fehlt ihm deshalb insoweit die erforderliche Kompetenzgrundlage.

3.1.3 Verfehlter Regulierungsansatz

55 Der Regulierungsansatz von § 19a ignoriert den „more economic approach“. Die Eingriffstatbestände stellen Intermediäre unter Generalverdacht und bestrafen Erfolg im Wettbewerb. Missbrauchsaufsicht wird zur abstrakten Gefahrenabwehr, ohne dass es dafür eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gäbe. Außerdem begibt sich der Referentenentwurf mit § 19a immer weiter auf einen deutschen Sonderweg. Das widerspricht der Einheitlichkeit des europäischen Wettbewerbsrechts und verschlechtert die Wettbewerbsbedingungen in Deutschland.

Generalverdacht gegen Intermediäre

56 Der Koalitionsvertrag (u.a. Rn. 1598 ff.) erkennt zurecht, dass die Digitalisierung eine positive Wirkung auf die (deutsche) Wirtschaft hat. Die Schaffung einer effizienten Plattformökonomie ist erklärtes Ziel der Bundesregierung (vgl. dazu etwa den Gastbeitrag von Wirtschaftsminister *Altmaier* im Handelsblatt vom 28. Oktober 2019). Die Entwicklung von Intermediären soll gefördert werden, zum Beispiel durch mehr Rechtssicherheit für Kooperationen. Das begrüßt Amazon ausdrücklich.

57 Die Ausgestaltung des § 19a wird diesen Zielen allerdings nicht gerecht. Der Referentenentwurf setzt hier zwar vermeintlich bei ökonomischen Gegebenheiten an – zunächst mit den Kriterien zur Bestimmung der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ eines Unternehmens (Abs. 1 Satz 2), und dann durch das Aufgreifen spezifischer Verhaltensweisen in Abs. 2. Auf den ersten Blick scheint der Entwurf damit eine moderne, ökonomisch basierte Einzelfallwürdigung im Sinne des „more economic approach“ ermöglichen zu wollen.

> ***Hintergrund****: Der „more economic approach“ ist seit Mitte der 2000er Jahre fester Bestandteil des europäischen Kartellrechts. Wettbewerbsbeschränkungen sollen in einer ökonomisch basierten Einzelfallbetrachtung beurteilt werden und nicht nach per-se-Verboten. Das beschränkt sich nicht auf die Fusionskontrolle. Die Bedeutung des „more economic approach“ auch für die Missbrauchsaufsicht wurde in jüngster Vergangenheit etwa von Generaldirektor Johannes Laitenberger oder in der Intel-Entscheidung des EuGH noch einmal hervorgehoben (EuGH, Urteil vom 6.09.2017, C-413/14 P – Intel; Laitenberger, Competition enforcement in digital markets: Using our tools well and a look at the future, Rede vom 31. Januar 2019).*

58 Dieser Eindruck erweist sich indes bei näherer Betrachtung als unzutreffend. Auf Grundlage der fehlerhaften Pauschalannahme einer einheitlichen „Digitalwirtschaft“ mit wenigen „großen Digitalkonzernen“ stellt der Referentenentwurf Intermediäre unter einen wettbewerbspolitischen Generalverdacht. § 19a liegt die These zugrunde, dass Intermediäre per se schlecht für

den Wettbewerb sind. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Es ist ökonomisch bewiesen, dass Intermediäre Transaktionskosten senken und positive Netzwerkeffekte für die Nutzer schaffen (vgl. z.B. *Evans/Schmalensee*, Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms, Harvard Business Review 2016, 9-12). Plattformen sind seit jeher wichtiger Bestandteil einer funktionierenden Wirtschaft. Medienunternehmen, Einkaufszentren oder Börsen bringen Verkäufer und Werbetreibende, Kunden und Händler, sowie Kapitalgeber und Kapitalnehmer zusammen.

59 Der Referentenentwurf ignoriert die Vorteile und Effizienzen, die Plattformen für den Wettbewerb und für die Verbraucher mit sich bringen. Stattdessen arbeitet er mit per-se-Verboten. Das BKartA soll bestimmte Verhaltensweisen von Intermediären nach § 19a Abs. 2 untersagen dürfen (und damit in deren Grundrechte eingreifen), auch ohne im konkreten Fall einen Wettbewerbsschaden nachweisen zu müssen. Ein spezifisches Unwerturteil über die festgestellte Wettbewerbsbehinderung soll nicht erforderlich sein. Mit dem Beweis der sachlichen Rechtfertigung seines Verhaltens (durch positive Wettbewerbseffekte) soll das betroffene Unternehmen belastet sein, nicht das BKartA.

60 All das hat mit dem „more economic approach“ nichts mehr zu tun. Der Referentenentwurf fällt zurück auf eine reine normenbasierte Verhaltenskontrolle ohne sachgerechte Integration ökonomischer Erkenntnisse. Die Betrachtung konkreter Wirkungsweisen wettbewerblichen Handelns („effects based approach“) wird zugunsten pauschaler Vermutungen vernachlässigt.

Kartellrechtliche ex-ante-Regulierung

61 Nach § 19a Abs. 1 kann das BKartA eine Feststellungsverfügung erlassen, schon bevor sich das Unternehmen überhaupt missbräuchlich verhalten hat. Das ist klassische ex-ante-Regulierung. Die Feststellungsverfügung greift ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung in Grundrechte des betroffenen Unternehmens ein (vgl. dazu und zu weiteren verfassungsrechtlichen Bedenken auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**).

62 Der zweistufige Ansatz von § 19a erinnert stark an Mechanismen der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung (§§ 9 ff. TKG). Dort besteht ebenfalls ein gestuftes Regulierungsverfahren: Zunächst entscheidet die Regulierungsbehörde, ob der zu beurteilende Markt grundsätzlich regulierungsbedürftig ist und ob/welche Marktteilnehmer „beträchtliche Marktmacht“ haben. Ein Markt kommt dabei überhaupt nur für eine TK-rechtliche Regulierung in Betracht, wenn sich ein *Marktversagen* feststellen lässt. Dazu müssen gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG *„beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken“* bestehen, und der betroffene Markt darf *„längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren“*. Zur Beurteilung dieser Kriterien und der Marktstellung der betroffenen Unternehmen trifft die Behörde eine vorausschauende Prognoseentscheidung unter Berücksichtigung der absehbaren Marktentwicklungen. Erst wenn nach diesen Maßstäben die Regulierungsbedürftigkeit festgestellt wurde, darf eine Regulierungsverfügung gegen das marktmächtige Unternehmen ergehen. Damit können dem Unternehmen dann u.a. Zugangsverpflichtungen, eine Entgeltregulierung oder Diskriminierungsverbote auferlegt werden.

63 Eine solche ex-ante-Regulierung beeinträchtigt die Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Diese ist durch Art. 2 Abs. 1 und insbesondere durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt. Beim TK-rechtlichen Instrumentarium lassen sich die Grundrechtseingriffe durch sektorspezifische Besonderheiten rechtfertigen. Insbesondere ist der TK-Sektor durch natürliche (Netz-)Monopole gekennzeichnet. Außerdem geht es bei der TK-Regulierung immer noch darum, einen ehemals *staatlichen* Monopolmarkt weiter aufzubrechen und in Wettbewerb zu überführen. Das TK-Recht ist insoweit ein Übergangsrecht, bis die Marktregulierung dem allgemeinen Kartellrecht überlassen werden kann.

64 § 19a schafft in ähnlicher Weise ein Sonderkartellrecht, das nach der Entwurfsbegründung nur für eine begrenzte Zahl von Adressaten in wenigen Verfahren Anwendung finden soll. Ein derartiges Sonderkartellrecht bedarf – wie das TK-Recht – besonderer Rechtfertigung. Es muss einen verhältnismäßigen Ausgleich mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen herbeiführen.

65 § 19a verfehlt diesen gebotenen Ausgleich. Abs. 2 erlaubt Maßnahmen von erheblicher Eingriffsintensität, die entscheidend auf der Marktposition der Unternehmen, ihrem Potenzial und Erfolg im Wettbewerb beruhen – und nicht notwendig durch tatsächlich missbräuchliches oder anderweitig „störendes" Verhalten veranlasst werden müssen. Gleichzeitig richtet sich § 19a zu undifferenziert gegen die sog. „Digitalwirtschaft", ohne z.B. zwischen Unternehmen mit tatsächlich im Schwerpunkt digitalen Geschäftsmodellen (etwa Google und Facebook) zu unterscheiden und solchen wie etwa Amazon, wo digitale Techniken lediglich zur Unterstützung einer im Kern physischen Logistikinfrastruktur des Versandhandels eingesetzt werden. Mit derart intensiv und zugleich pauschal wirkenden Maßnahmen verkennt der Referentenentwurf die Bedeutung der Grundrechte der betroffenen Unternehmen.

66 Diese Fehlgewichtung der betroffenen Grundrechtspositionen wird dort besonders deutlich, wo § 19a dem BKartA im Sinne einer abstrakten Gefahrenabwehr „proaktive" Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit der Unternehmen gestatten will. Das gilt vor allem für § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2: Ein Unternehmen am Wachstum zu hindern und damit in seiner Teilnahme am Wettbewerb zu beschränken, berührt in besonders hohem Maße die Freiheiten wirtschaftlichen Handelns. Der Referentenentwurf wertet jedoch inneres Unternehmenswachstum nicht nur für bestimmte Unternehmen pauschal als potenzielle Störung der wettbewerblichen Ordnung. Er fasst überdies die Eingriffsvoraussetzungen so weit, dass gegenüber diesen Unternehmen nahezu jedes innere Wachstum durch das BKartA beanstandet werden könnte. Darin offenbart sich eine massive Fehlgewichtung zwischen dem legitimen öffentlichen Interesse an wirksamem Wettbewerb (der nach der Norm ja nur „abstrakt" gefährdet sein muss) auf der einen und den grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheiten auf der anderen Seite.

Deutscher Alleingang

67 Der Referentenentwurf, und insbesondere der Vorschlag eines § 19a, beschreitet einen deutschen Sonderweg abseits der bewährten Prinzipien und Verfahren eines einheitlichen europäischen Kartellrechts. Das ist rechtlich nicht haltbar, und es widerspricht dem politischen Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes im Allgemeinen und eines „Digital Single Market" im Besonderen. Mit Letzterem bezweckt die Kommission gerade den Abbau bestehender Hürden und eine weitere Harmonisierung („level playing field") der regulatorischen Rahmenbedingungen für die Digitalwirtschaft. Der Referentenentwurf tut genau das Gegenteil. Er führt zu mehr statt zu weniger Fragmentierung des pan-europäischen Wettbewerbsrechts. Das bereitet einem „Forum Shopping" der Unternehmen den Weg, ihre Standortentscheidungen anhand der für sie günstigsten Rahmenbedingungen zu treffen.

68 Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der VO 1/2003 gestattet es den Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich, für ihr Hoheitsgebiet strengere Regeln gegen einseitige Handlungen von Unternehmen zu erlassen, als dies das Gemeinschaftsrecht vorsieht. Darauf beruht heute die Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit relativer oder überlegener Markt nach § 20. Schon diese Abweichung des deutschen vom europäischen Recht ist allerdings nicht unumstritten. Die meisten anderen Mitgliedstaaten haben sich mit guten Gründen gegen einen solchen Sonderweg entschieden und von der sog. „deutschen Klausel" in Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 keinen Gebrauch gemacht.

69 Die nun vorgeschlagenen Maßnahmen werden von der Öffnungsklausel jedenfalls nicht gedeckt. Es handelt sich bei den Vorschlägen des Referentenentwurfs keinesfalls nur um Verbote

„einseitiger“ Handlungen von Unternehmen. Die Regeln zum Datenzugang betreffen beispielsweise sehr wohl das bilaterale Verhältnis zwischen zwei Unternehmen. Das gilt etwa für § 20a Abs. 1a, der den Normadressaten verpflichten will, seine Daten mit „abhängigen“ Unternehmen zu teilen. Das kommt einem Kontrahierungszwang gleich und greift in die negative Vertragsabschlussfreiheit des Unternehmens ein. Somit liegt schon keine Maßnahme zur Regelung eines einseitigen Verhaltens eines Unternehmens vor, für die sich der Referentenentwurf auf Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 berufen könnte.

70 Das gilt erst Recht für § 19a, und zwar unabhängig davon, ob die Verbote des Abs. 2 lediglich einseitiges Verhalten adressieren oder nicht. Denn bei § 19a kann der Referentenentwurf die Öffnungsklausel des Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 insgesamt nicht fruchtbar machen. Der Europäische Rat konnte bei Verabschiedung der VO 1/2003 von vornherein nur kartellrechtliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten berücksichtigen, die der bekannten Trias aus Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle entsprachen. In diesem Kontext ist der Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 zu sehen, und insoweit ist er klar: Abweichende mitgliedsstaatliche Vorgaben für die Missbrauchsaufsicht darf es geben, für das Kartellverbot dagegen nicht. Mit § 19a schlägt der Referentenentwurf nun aber ein gänzlich neues Instrumentarium vor, das neben der bereits bekannten Missbrauchsaufsicht nach §§ 19 und 20 stehen soll. Es verfolgt einen neuen zweistufigen Regulierungsansatz, ist für bestimmte Wirtschaftssektoren intendiert, und enthält Elemente einer ex-ante-Regulierung. All das ist dem europäischen Kartellrecht fremd, zu dessen Konkretisierung die VO 1/2003 einst erlassen wurde. Folglich kann Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 von vornherein nicht in Betracht kommen, den deutschen Alleingang des Referentenentwurfs bei § 19a zu legitimieren. Vielmehr verstößt § 19a gegen das Gebot der Einheitlichkeit der europäischen Wettbewerbsordnung.

71 Auch mit Blick auf den bisherigen Anwendungsbereich der „deutschen Klausel“ gehen die Vorschläge des Referentenentwurfs zu weit. Bislang musste Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 im Wesentlichen die Sonderregeln des GWB zum Missbrauch von relativer oder überlegener Marktmacht nach § 20 legitimieren. Das betraf in erster Linie Fälle von regionaler oder allenfalls bundesweiter Bedeutung, etwa zur Sortimentsabhängigkeit im stationären Handel. Demgegenüber will der Referentenentwurf gerade die „großen Digitalkonzerne“ adressieren, etwa mit § 19a oder auch den Regeln zum Datenzugang. Dabei wird es regelmäßig um grenzüberschreitende Geschäftsmodelle gehen. Indem der Referentenentwurf insoweit einen deutschen Sonderweg beschreitet, entfernt er sich erst Recht vom Ziel eines „Digital Single Market“ mit einheitlichen regulatorischen Vorgaben für die gesamte Union.

3.1.4 Unklarer Anwendungsbereich

72 Der Anwendungsbereich des § 19a wird im Wesentlichen durch das Merkmal der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ bestimmt. Das ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Hinzu kommt, dass sich Wortlaut und intendierter Anwendungsbereich bei § 19a deutlich voneinander unterscheiden. Beides macht den Vorschlag wettbewerbsfeindlich und begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. zu Letzterem auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**).

Aktionistischer Rechtsbegriff: „Überragende marktübergreifende Bedeutung“

73 Der Referentenentwurf macht die „überragende marktübergreifende Bedeutung“ eines Unternehmens zum zentralen Anknüpfungspunkt seines (neuen) Regulierungskonzepts, ohne dass klar wäre, worin genau eine solche Stellung überhaupt bestehen soll. Es fehlt eine hinreichende ökonomische Fundierung, und erst recht jegliche Fallpraxis, um eine besondere kartellrechtliche Regelungsbedürftigkeit solcher Marktstellungen zu begründen. Die Monopolkommission

weist zurecht darauf hin, dass *„eine Analyse und Diskussion der Frage, anhand welcher gesetzlicher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz im Fall der Ausbildung von Plattform-Ökosystemen erreicht werden kann, […] bisher nicht stattgefunden [hat]“*. Sie warnt deshalb vor einer übereilten Einführung eines neuartigen Missbrauchsrechts (Policy Brief, Januar 2020, S. 3). Auch die Wettbewerbskommission 4.0 hatte deshalb keine konkreten neuen Eingriffstatbestände vorgeschlagen. Sie hatte lediglich die Veröffentlichung einer gesonderten Mitteilung zur Marktmachtfeststellung bei digitalen Plattformen empfohlen.

74 Stattdessen will der Referentenentwurf mit § 19a gleich gesetzgeberische Fakten schaffen. Das ist rechtspolitischer Aktionismus. Konkret bleibt unklar, was genau der Referentenentwurf mit der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ eines Unternehmens i.S.d. § 19a Abs. 1 eigentlich meint. Verlangt § 19a damit *mehr* als klassische Marktbeherrschung, reicht womöglich schon *weniger* aus, oder ist damit gar etwas *gänzlich Anderes* gemeint, also etwa eine Marktmacht „sui generis“?

75 Wortlaut und Systematik des § 19a würden es erlauben, eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ auch schon unterhalb der eigentlichen Marktbeherrschungsschwelle festzustellen. Denn § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 nennt die „marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten“ zwar als Kriterium zur Feststellung der „überragenden“ Bedeutung, aber nur als eine von mehreren, nicht zwingend kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen. Die Entwurfsbegründung widerspricht dem allerdings. Danach soll § 19a auf Unternehmen zielen, *„die nicht nur eine beherrschende Stellung auf einzelnen Plattform- oder Netzwerkmärkten […] innehaben“* (S. 75, Hervorhebung nur hier). Das spräche dafür, eine marktbeherrschende Stellung auf zumindest *einem* Markt zu verlangen.

76 Soweit der unklare Wortlaut von § 19a dem BKartA Maßnahmen auch ohne Marktbeherrschung erlaubt, ist dies einmal mehr ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Unternehmen. Erst das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung begründet eine besondere Marktstrukturverantwortung des Unternehmens. Und erst diese besondere Stellung rechtfertigt es, das Verhalten des Unternehmens besonderen Beschränkungen zu unterwerfen. Ohne Marktbeherrschung fehlt diese Rechtfertigung, und damit auch die verfassungsrechtliche Legitimation des mit solchen Beschränkungen verbundenen Grundrechtseingriffs.

77 Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen zudem mit Blick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Das BVerfG verlangt, dass Gesetze den *„rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtsklarheit und Justiziabilität“* entsprechen müssen; sie müssen *„so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können“* (BVerfGE 52, 1, 41). Auch unbestimmte Rechtsbegriffe müssen in ihrer Auslegung hinreichend bestimmbar sein, so dass sich *„durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung“* eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt (BayVGH, NJOZ 2015, 1970, 1981).

78 Das ist bei § 19a nicht gegeben. Im Gegensatz zum Begriff der Marktbeherrschung kennt das GWB das Kriterium der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ bisher nicht. Weder der Normenzusammenhang noch die Rechtsprechung geben Hinweise auf die weitere Auslegung. Die Entwurfsbegründung ist dazu ebenfalls bemerkenswert knapp; sie erschöpft sich im Wesentlichen in einer Auflistung der Kriterien des Abs. 1 (S. 75 f.). Zugleich ist die „überragende marktübergreifende Bedeutung“ aber nicht nur das zentrale Merkmal zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 19a. Ist dieser einmal eröffnet, richten sich die Eingriffsbefugnisse des BKartA nach weiteren, ihrerseits unbestimmten Rechtsbegriffen. Das gilt z.B. für die Formulierung des „schnellen“ Ausbauens einer Marktstellung (§ 19a Abs. 2 Satz 1

Nr. 2) oder die Verwendung des Begriffs des „Wettbewerbsprozesses“ im gleichen Zusammenhang, der dem GWB ansonsten ebenfalls fremd ist.

79 Die Häufung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe, im Zusammenwirken mit den weit gefassten Eingriffsbefugnissen des BKartA, führt dazu, dass der Normadressat des § 19a die Reichweite der behördlichen Befugnisse nicht hinreichend einschätzen kann. § 19a kann deshalb dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügen.

Auseinanderfallen von intendiertem und tatsächlichem Anwendungsbereich

80 § 19a erfasst Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen. Die Anwendbarkeit der Norm lässt sich nicht auf die vom Referentenentwurf intendierten „großen Digitalkonzerne“ begrenzen. Der Wortlaut ist so weit gefasst und die verwendeten Rechtsbegriffe sind so unbestimmt, dass zwangsläufig auch kleinere „Digitalunternehmen“ und „analoge“ Plattformen (z.B. Medienunternehmen, Einkaufszentren oder Börsen) in den Anwendungsbereich fallen. Und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um ausländische oder deutsche und europäische Unternehmen handelt.

***Beispiele**: Frankfurter Börse, Axel Springer, Mindsphere, ProSiebenSat.1, RTL, Sony, Steam (Valve), eBay, Microsoft, HRS, Booking.com, FreeTour, DeliveryHero, Helpling, Idealo, Zalando, VISA, Mastercard, American Express, Paypal, Uber, BlabaCar, Fahrgemeinschaft, FreeNow, Blacklane, Wingly, Treatwell, Localsolo, twago, WorkGenius, Microstask, Clickworker, PassBrains, etc.*

81 Eine wortlautgetreue Anwendung des § 19a ist politisch aber erkennbar nicht gewollt. Die Entwurfsbegründung geht von lediglich drei Anwendungsfällen in fünf Jahren aus. Würde das BKartA sein Aufgreifermessen in diesem Sinne ausüben und nur gegen „digitale“ (ausländische) Unternehmen vorgehen, führte dies zu einem Vollzugsdefizit. Die Konsequenz wäre ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung. Durch den breiten Anwendungsbereich des § 19a Abs. 1 erscheint ein solcher Verstoß vorprogrammiert.

82 Damit einher geht eine Wettbewerbsverzerrung. Der breite und jedenfalls unklare Anwendungsbereich von § 19a erlaubt es dem BKartA, bestimmte große, ggf. auch gezielt ausländische Unternehmen systematisch schlechter zu stellen als ihre (kleineren) deutschen und europäischen Wettbewerber. Ein Unternehmen, das nach § 19a Abs. 1 gelistet und damit der Verhaltenskontrolle nach Abs. 2 unterworfen ist, kann sich im Wettbewerb aber nicht mehr so frei bewegen wie andere Unternehmen. Das führt zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen und letztlich zu einem Verlust von Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher. Dies gilt erst recht dort, wo andere Unternehmen ebenfalls vom Wortlaut des § 19a erfasst, aber mangels Feststellungsverfügung trotzdem nicht reguliert sind.

3.2 Einzelkritik

3.2.1 Feststellungsverfügung (§ 19a Abs. 1)

83 § 19a ist auch in seiner konkreten Ausgestaltung fehlerhaft. Das gilt zunächst für die Feststellungsverfügung nach Abs. 1. Der Kriterienkatalog in Satz 2 ist zu breit, die Gültigkeitsdauer der Verfügung ist unklar, und ein effektiver Rechtsschutz dagegen ist nicht garantiert.

Unzulässig breiter Kriterienkatalog

84 Nach der Entwurfsbegründung zu § 19a Abs. 1 (S. 76) soll eine Feststellungsverfügung nur in *„gesetzlich konkretisierten, eng umgrenzten Fallkonstellationen“* ergehen können. Ein solcher Anspruch steht in eklatantem Widerspruch zum Wortlaut des Kriterienkatalogs in Abs. 1 Satz 2. Dieser Katalog ist extrem breit gefasst. Damit überlässt es der Referentenentwurf weitgehend dem Belieben des BKartA, zu entscheiden, welche Unternehmen es der Regulierung nach § 19a

unterwerfen will und welche nicht. Eine solche ergebnisorientierte Gesetzesanwendung widerspricht dem „more economic approach“.

85 Der Kriterienkatalog ist untauglich, den unbestimmten Rechtsbegriff der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ eines Unternehmens weiter zu konkretisieren. Die Kriterien sagen über eine spezifisch „überragende“ Bedeutung nichts aus. Dafür sind sie zu unbestimmt (z.B. „vertikale Integration“) und in ihrer Gesamtheit zu generisch. Auch ist nicht klar, wie sich der Kriterienkatalog nach Abs. 1 zur Marktmachtprüfung nach § 18 Abs. 3 und 3a verhalten soll. Die dort genannten Kriterien sind mit denjenigen des § 19a Abs. 1 teilweise deckungsgleich (z.B. „Finanzkraft“, „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“), teilweise aber auch nicht. Das trägt weiter zu der Rechtsunsicherheit bei, ob eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ i.S.d. § 19a mehr, weniger oder etwas ganz Anderes sein soll als eine „klassische“ marktbeherrschende Stellung (dazu schon oben Rn. 73 ff.).

86 Der Katalog des § 19a Abs. 1 soll nicht abschließend sein, die Kriterien müssen nicht kumulativ erfüllt werden, und ihre Reihenfolge soll keine Gewichtung intendieren (Entwurfsbegründung, S. 77). Letztlich kann sich das BKartA damit die jeweils „passenden“ Kriterien beliebig heraussuchen, um im konkreten Fall eine Feststellungsverfügung zu begründen. Bei großen Unternehmen könnte es sich z.B. allein auf die Marktkapitalisierung, den Umsatz oder die Bilanzsumme berufen. Schon damit wäre wohl das Merkmal der Finanzkraft erfüllt. So erlaubt es der Kriterienkatalog dem BKartA, ein rein vom Ergebnis gedachtes Regulierungsvorhaben gegen ein bestimmtes Unternehmen zu verfolgen. Eine valide, ökonomisch fundierte Einzelfallprüfung der Regulierungsbedürftigkeit verlangt der Referentenentwurf gerade nicht.

87 Wie unzulänglich der Kriterienkatalog des Abs. 1 ist, zeigt sich insbesondere im Vergleich mit dem Telekommunikationsrecht. Dort benennt *das Gesetz* (§ 10 Abs. 2 Satz 1 TKG) konkrete Kriterien zur Feststellung eines Marktversagens. Die betroffenen TK-Märkte müssen *„durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet“* sein und *„längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren“*. Nur dies kann die Regulierungsbedürftigkeit rechtfertigen. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Merkmale „anhaltend“ und „längerfristig“. Sie beinhalten zwingend eine *Prognoseentscheidung*. Erst wenn die derzeitige Zutrittsschranke sich aufgrund einer solchen Prognose als anhaltend erweist, ist der betreffende Markt regulierungsbedürftig. Der relevante Prognosezeitraum ist wiederum gesetzlich vorgegeben. Nach § 14 Abs. 2 TKG soll er maximal drei Jahre betragen (siehe dazu z.B. auch *Kirchner/Mayen/Käseberg*, in Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 45).

88 Ein solches Prognoseelement fehlt bei § 19a Abs. 1. Das BKartA kann die Regulierungsbedürftigkeit eines Unternehmens mit einer reinen Momentaufnahme begründen. Es könnte z.B. allein die *derzeitige* Finanzkraft des Unternehmens zugrunde legen. Auf die zukünftige Entwicklung des Unternehmens und vor allem seines Wettbewerbsumfelds soll es nach dem Kriterienkatalog nicht ankommen. Hier zeigt sich abermals, wie weit sich das Regulierungsmodell des § 19a von der ökonomischen Wirklichkeit entfernt.

Unklare Lebensdauer der Feststellungsverfügung

89 Die Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Sie soll dem BKartA auch für zukünftige Untersagungsverfügungen nach Abs. 2 noch als Ermächtigungsgrundlage dienen können. Das ist systematisch fragwürdig und verfassungsrechtlich bedenklich.

90 Der Referentenentwurf spricht davon, dass die Feststellung nach Abs. 1 mit konkreten Abhilfemaßnahmen nach Abs. 2 verbunden werden *kann* (§ 19a Abs. 2 Satz 5, dazu auch die Begründung auf S. 76). Das *muss* also nicht zwingend der Fall sein. Folglich könnten Maßnahmen nach Abs. 2 auch dann noch ergehen, wenn die Feststellungsverfügung schon länger in der Welt ist.

Laut Entwurfsbegründung soll ein und dieselbe Feststellungsverfügung die Grundlage für *„mehrere Verfahren nach Abs. 2“* bilden können (S. 77).

91 Darin besteht ein ungerechtfertigter Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen. Die Abstellungsmaßnahmen nach Abs. 2 werden regelmäßig massiv in die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit des wirtschaftlichen Handelns der Adressaten eingreifen. Um mit Mitteln der Eingriffsverwaltung an die Marktstellung eines Unternehmens anknüpfen zu können, kann es jedoch nicht ausreichen, wenn das Unternehmen *irgendwann einmal* diese Marktstellung innehatte. Vielmehr muss das BKartA sein Vorgehen im Zeitpunkt des Eingreifens legitimieren. Eine frühere, inzwischen aber womöglich schon nicht mehr gegebene besondere Marktstellung des Unternehmens kann dafür keine Grundlage sein – ebenso wenig wie die pauschale Behauptung der Entwurfsbegründung, *„dass Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung regelmäßig eine besonders starke und damit auch dauerhafte Stellung innehaben werden“* (S. 77, Hervorhebung nur hier).

92 Das gilt umso mehr angesichts des unklaren „Verfallsdatums“ einer Feststellungsverfügung nach Abs. 1. Der Wortlaut sieht keine Befristung vor; die Verfügung könnte grundsätzlich also für unbestimmte Zeit erlassen werden. Nach der Entwurfsbegründung soll sie *„regelmäßig zu befristen sein“*. Eine angemessene Frist soll bei *„regelmäßig zwischen 5 und nicht mehr als 10 Jahren liegen“* (Entwurfsbegründung, S. 77). Das ist nicht allein mit Blick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot problematisch – eine entsprechende Fristenregelung gehört ins Gesetz und darf nicht der Begründung überlassen bleiben. Auch in der Sache erscheint eine Frist von 5 bis 10 Jahren vollkommen unangemessen, gerade wenn damit Geschäftspraktiken in so dynamischen Märkten wie dem sog. „Digitalsektor“ reguliert werden sollen. Selbst im Telekommunikationsbereich, wo die Marktentwicklung weit weniger dynamisch verläuft, bestimmt schon das Gesetz (§ 14 Abs. 2 TKG), dass die Bundesnetzagentur ihre Entscheidung zur Regulierungsbedürftigkeit eines TK-Marktes und der dort tätigen Unternehmen spätestens alle drei Jahre neu fassen muss – bzw. sogar noch früher, wenn ihr tatsächliche Anhaltspunkte für entsprechende Änderungen der Marktgegebenheiten bekannt werden.

Unklare Rechtsmittel gegen den Feststellungsbescheid

93 Die Feststellungsentscheidung soll nach § 19a Abs. 1 als „Verfügung“ ergehen. Dem betroffenen Unternehmen stünde somit – als Verfahrensbeteiligtem – grundsätzlich das Rechtsmittel der (Anfechtungs-)Beschwerde zur Verfügung (§ 73 in der Entwurfsfassung, derzeit § 63). Es bestehen aber Zweifel, ob dieses Rechtsmittel den Unternehmen wirklich den verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz garantiert.

94 Jedenfalls vordergründig hat die Verfügung nach § 19a Abs. 1 nur *feststellenden* Gehalt. Für die Beschwerdebefugnis verlangt die Rechtsprechung aber, dass eine „Verfügung“ des BKartA – wie ein Verwaltungsakt gemäß § 35 VwVfG – die „Regelung eines Einzelfalls“ darstellt, also auf das Setzen einer Rechtsfolge gerichtet ist (BGH, Beschluss vom 29.04.2008, KVZ 45/07, Rn. 7). Zudem wird neben der „formellen“ auch eine „materielle“ Beschwer gefordert (BGH, Beschluss vom 25.09.2007, KVR 25/06, Rn. 14). Dafür muss der Beschwerdeführer durch die angegriffene kartellbehördliche Verfügung in seinem wirtschaftlichen Interesse nachteilig berührt sein.

95 Der Sache nach geht von der Feststellungsverfügung in jedem Fall eine solche regelnde Wirkung bzw. nachteilige Betroffenheit aus. Mit der Feststellungsentscheidung nach Abs. 1 rückt das betroffene Unternehmen einen Schritt näher an eine drohende Untersagungsverfügung nach Abs. 2 heran. Es muss deshalb sein Marktverhalten schon nach Erlass der Feststellungsverfügung an den Verbotstatbeständen nach Abs. 2 ausrichten. Sonst würde sich das Risiko konkreter Maßnahmen des BKartA weiter erhöhen. Das stellt das Unternehmen wirtschaftlich schlechter als seine Wettbewerber, gegen die (noch) keine Feststellungsverfügung ergangen ist.

96 Trotzdem besteht ein Risiko, dass die Gerichte angesichts der Zweistufigkeit des § 19a-Verfahrens zu der Auffassung gelangen, es fehle der Verfügung nach Abs. 1 an der erforderlichen Regelungswirkung und/oder Beschwer. Mit diesem Argument könnten sie dem betroffenen Unternehmen den Rechtsschutz versagen. Bestärkt werden könnten die Gerichte in einer solchen Auffassung durch die vergleichbare Situation im Telekommunikationsrecht. Dort hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass das betroffene Unternehmen gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur im Marktdefinitions- und -analyseverfahren (Stufe 1 zur Regulierungsbedürftigkeit) mangels Regelungswirkung gerade nicht klagen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 1.09.2010, 6 C 13.09).

3.2.2 Abstellungsverfügung (§ 19a Abs. 2)

Zum Selbstbegünstigungsverbot (Nr. 1)

97 Für das Selbstbegünstigungsverbot nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 besteht angesichts einer funktionierenden Missbrauchsaufsicht schon kein Regelungsbedarf. Die Norm gibt dem BKartA keine Eingriffsbefugnisse an die Hand, die das bereits bestehende Instrumentarium der Missbrauchskontrolle maßgeblich erweitern würden. Der Fall „Google Shopping“ hat gezeigt, dass die Kartellbehörden solche Fallkonstellationen schon heute über § 19 bzw. Art. 102 AEUV aufgreifen können – jedenfalls solange man mit der Entwurfsbegründung davon ausgeht, dass auch § 19a das Bestehen (mindestens) einer marktbeherrschenden Stellung voraussetzt (zu der diesbezüglichen Unklarheit des Entwurfs schon oben Rn. 73 ff.). In seiner konkreten Ausgestaltung beinhaltet der Vorschlag des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zudem eine verfassungswidrige Pflicht zur Förderung von Wettbewerb gegen sich selbst und eine systemwidrige faktische Entgeltregulierung.

Keine Pflicht zur Förderung von Wettbewerb gegen sich selbst

98 § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 erstreckt die Gleichbehandlungspflicht auf eigene Angebote. Das weicht von der bestehenden Praxis bei § 19 ab. Dort ist die konzerninterne Bevorzugung gerade nicht verboten. Ein Unternehmen darf beispielsweise seine eigene Vertriebstochter besser behandeln als seine sonstigen Vertriebspartner. Das folgt dem allgemeinen Grundsatz, dass kein Unternehmen dazu verpflichtet ist, den Wettbewerb gegen sich selbst zu fördern (BGH, Beschluss vom 11.11.2008, KVR 17/08, Rn. 24 – *Bau und Hobby*). Mit dem BGH kann auch einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht zugemutet werden, andere Unternehmen entgegen den eigenen wirtschaftlichen Interessen zu begünstigen (BGH, Beschluss vom 13.12.2005, KVR 13/05, Rn. 19 – *Stadtwerke Dachau*).

99 Der Referentenentwurf liefert keine hinreichende Begründung für die Schaffung eines derart weitgehenden Untersagungstatbestandes. Die Entwurfsbegründung (S. 78) sieht den Bedarf für das Selbstbevorzugungsverbot in einer möglichen Marktverschließung sowie einer potenziellen Vertiefung der „marktübergreifenden Wirkung“ des Normadressaten. Zudem wird der Selbstbevorzugung ein besonderes „Schädigungspotenzial für den Wettbewerb“ zugeschrieben. Den Nachweis eines konkreten Wettbewerbsschadens soll das BKartA nach der Ausgestaltung des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 aber gerade nicht führen müssen.

100 Das Selbstbegünstigungsverbot greift damit ohne Rechtfertigung in die verfassungsrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit ein. Diese Freiheit ist empfindlich berührt, wenn ein Unternehmen Dritte zum eigenen wirtschaftlichen Nachteil gleichbehandeln muss. Das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb kann diesen Eingriff nicht rechtfertigen. Denn dafür müsste mit einer Selbstbegünstigung ein Unwerturteil im konkreten Fall einhergehen. Es müsste also festgestellt werden, dass ein bestimmtes selbstbegünstigendes Verhalten dem

Wettbewerb tatsächlich schadet. Gerade das soll nach der Ausgestaltung des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 jedoch nicht erforderlich sein.

101 Die Regelung schafft außerdem ein Ungleichgewicht zwischen Online- und Offlinewelt. Wenn digitale Plattformen den Verkauf eigener Angebote nicht fördern dürfen, warum sollen dann Baumärkte wie OBI ihren Kunden zum Kauf einer Eigenmarke raten dürfen, oder Lebensmittelanbieter wie Edeka Eigenmarken im Regal günstiger positionieren als Produkte Dritter? Der Referentenentwurf verschiebt hier abermals etablierte kartellrechtliche Wertungen einseitig zulasten bestimmter Unternehmen.

Systemwidrige faktische Entgeltregulierung

102 Die von § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 geforderte Gleichbehandlung würde faktisch auf eine Entgeltregulierung hinauslaufen. Denn wie müsste ein Normadressat zum Beispiel mit dem Angebot eines Dritten umgehen, der für sein Angebot eine Werbeanzeige buchen möchte? Er müsste, um das beworbenen Drittangebot mit dem eigenen beworbenen Angebot gleich zu behandeln, den Preis für diese Anzeige auf die Selbstkosten senken. Damit läuft § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 auf eine Entgeltregulierung für derartige Werbemaßnahmen hinaus. Aber die Wirkungen gehen noch weiter. Amazon müsste Verbrauchern beispielsweise ermöglichen, ihre Einkaufserfahrung auch für Einkäufe bei Amazon selbst abzugeben (sog. „seller rating"). Solche Verhaltenspflichten wären systemwidrig und gehören nichts ins Kartellrecht.

103 Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut statuiert § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 außerdem eine gesetzliche Meistbegünstigungsklausel. Die Regel zwingt den Normadressaten ganz allgemein dazu, allen Vertragspartnern gleich günstige Bedingungen wie sich selbst einzuräumen. Das verbietet jede Differenzierung zwischen Angeboten von Wettbewerbern. Selbst marktbeherrschenden Unternehmen ist es nach dem Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 2 Nr. 1 aber erlaubt, auf unterschiedliche Marktbedingungen differenziert zu reagieren. Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf seine Tätigkeit zum Beispiel in begrenztem Umfang auch aus anderen Geschäften querfinanzieren. Dieser Maßstab muss für § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ebenso gelten. Ansonsten drohen Innovationshemmnisse, wenn Investitionsmittel nicht in anderen Geschäftsbereichen erwirtschaftet werden können.

Zum „Aufrollen" von Märkten (Nr. 2)

104 § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 verbietet internes Wachstum, Expansion und Diversifikation. Diese Form von ex-ante-Regulierung bestraft Erfolg im Wettbewerb, ohne dass ein konkreter Missbrauch von Marktmacht vorläge. Dabei sollen auch Tätigkeiten untersagt werden können, die gar keine Märkte i.S.d. § 18 Abs. 3a betreffen. Die Entwurfsbegründung zieht zudem verfehlte Rückschlüsse von den Ressourcen eines Unternehmens auf dessen Fähigkeiten, erfolgreich in neue Geschäftsfelder vorzudringen. Die Norm stellt Pauschalverbote auf, ohne dass wie beim herkömmlichen Behinderungsmissbrauch noch ein normatives Unwerturteil erforderlich wäre. All das ist wettbewerbsfeindlich, weil es Innovationen verhindert und Investitionen bremst, und es widerspricht dem *more economic approach*.

105 Wendet man den Gedanken aus § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 auf Unternehmen aus der „analogen" Wirtschaft an, müsste es Bosch untersagt werden, in den Markt für Robotik einzusteigen, und Siemens dürfte keine Smart Home Devices entwickeln. Die Berliner Verkehrsbetriebe hätten den Ridesharing-Dienst BerlKönig nicht starten dürfen, und der Deutschen Bahn wäre Clever Shuttle zu untersagen. Daimler und BMW hätte der Eintritt in den Markt für moderne Transportmöglichkeiten verwehrt werden müssen, und FreeNow würde es folglich nicht geben. Denn alle diese Unternehmen sind finanzkräftig, verfügen über etablierte Kundenstämme und haben Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten. Sie wären damit unproblematisch unter die Kriterien

des § 19a Abs. 1 für die Feststellung einer „überragenden marktübergreifenden Stellung“ subsumierbar. Allein die Tatsache, dass diese Unternehmen (noch) nicht in erheblichem Umfang auf einem mehrseitigen Markt oder als Netzwerk tätig sind, verschont sie bisher vor Eingriffen nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. Diese Grenzziehung ist heute schon willkürlich und wird sich mit der fortschreitenden Digitalisierung der Wirtschaft noch weniger aufrechterhalten lassen.

Faktisches Verbot von internem Wachstum und Expansion

106 Faktisch verbietet § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 dem Normadressaten internes Wachstum und die Expansion in neue Geschäftsfelder. Denn sobald ein Unternehmen eine Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 erhalten hat, muss es damit rechnen, dass ihm weiteres Wachstum untersagt wird. Nach dem Wortlaut soll das Verbot für jeden „Markt“ gelten, auf dem das Unternehmen seine Stellung „schnell ausbauen kann“. Das kann ein neues Geschäftsfeld sein, in dem das Unternehmen bisher noch gar nicht tätig ist. Erfasst wäre vom Wortlaut wohl aber auch der weitere Ausbau eines bereits bestehenden Geschäfts.

107 § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 setzt eine Marktabgrenzung voraus, die gerade in dynamischen Sektoren schwierig sein kann. Innovation kann die Konvergenz zwischen Produkten drastisch erhöhen – Produkte, die heute noch Komplementärgüter sind, können morgen zu Substituten werden. Für die Anwendung des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 wird deshalb maßgeblich sein, ob der Normadressat seinem bereits auf dem Markt erhältlichen Produkt nur ein neues Feature hinzufügt, oder ob die Funktionserweiterung schon den Eintritt in einen neuen „Markt“ bedeutet. Das könnte im Ergebnis über die Verbotswürdigkeit eines Verhaltens i.S.d. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 entscheiden. Das stellt die betroffenen Unternehmen vor gravierende Planungsunsicherheiten – einmal mehr mit Blick auf die ihnen obliegende Darlegungs- und Beweislast nach § 19a Abs. 2 Satz 3. Schließlich muss das Unternehmen jederzeit darauf vorbereitet sein, konkrete Wachstumsmaßnahmen gegen eine Verbotsdrohung des BKartA verteidigen zu können. Das schafft ein Klima der Verunsicherung, das schnell zum Innovationskiller und Standortnachteil werden kann.

***Beispiel**: In der Praxis bedeuten diese Verbote, dass sich die betroffenen Unternehmen ihre Innovationen vorab vom BKartA genehmigen lassen müssen. Andernfalls läuft das Unternehmen Gefahr, dass bereits getätigte Investitionen durch ein nachträgliches Einschreiten des BKartA entwertet werden. Dieses Risiko kann das Unternehmen auch nicht durch eine Selbsteinschätzung seines geplanten Verhaltens minimieren. Dafür sind die Verbotstatbestände zu weit gefasst. Im Gegenteil: Sobald ein Unternehmen auf der „Blacklist“ nach § 19a Abs. 1 steht, muss es grundsätzlich damit rechnen, mit jeder Form von weiterem Wachstum Bedenken des BKartA auszulösen. Das Gesetz sieht aber kein Verfahren für einen solchen Genehmigungsprozess vor, und das BKartA verfügt dafür auch gar nicht über die nötigen Ressourcen. Die Unternehmen wären auf einen bloßen „Comfort Letter“ angewiesen, der in aller Regel nur eine unverbindliche Einschätzung zu einem geplanten Vorhaben gibt.*

108 Der unklare Marktbegriff ist nicht nur mit Blick auf die sachliche Marktabgrenzung problematisch. Zu kritisieren ist auch, dass § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 unternehmens- und nicht marktbezogen ist. Die Verbotswirkung soll weitestgehend unabhängig von der Struktur der Märkte gelten, auf die sich das fragliche Verhalten auswirkt. Es macht jedoch einen Unterschied, ob ein Unternehmen mit „nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln“ (Entwurfsbegründung, S. 78) in einen Markt vordringt und dort *funktionierenden* Wettbewerb stört, oder ob sein Wettbewerbsvorstoß dazu führt, dass z.B. ein bestehender Monopolmarkt aufgebrochen wird und dort *wirksamer Wettbewerb überhaupt erst entsteht*. Letzteres kann aus wettbewerblicher Sicht nur be-

grüßt werden, wäre vom breiten Anwendungsbereich des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 aber trotzdem erfasst. Damit gibt die Norm einmal mehr Anlass zu Rechtsunsicherheiten für die betroffenen Unternehmen.

Infektion plattformunabhängiger Geschäftsmodelle

109 § 19a soll einerseits auf Unternehmen anwendbar sein, die in „erheblichem Umfang" auf Plattformmärkten i.S.d. § 18 Abs. 3a tätig sind. Das Unternehmen wird dann aber andererseits in seiner Gesamtheit den Verbotstatbeständen des § 19a Abs. 2 unterworfen. Folglich kann eine Untersagung nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 das Unternehmen auch auf Märkten treffen, die gar nicht unter § 18 Abs. 3a fallen. Insoweit „infiziert" die (erhebliche) Tätigkeit auf lediglich einem Plattformmarkt die restliche Geschäftstätigkeit des Unternehmens. Das geht über den intendierten Regelungsbereich des Referentenentwurfs hinaus und überschreitet das Mandat des Koalitionsvertrags.

110 Durch die pauschale Anwendung eines strengeren Regulierungsniveaus auf das gesamte Unternehmen schafft § 19a wettbewerbsfeindliche Anreize. Das gilt auch über den konkreten Verbotstatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 hinaus. Der Regelungsansatz des „Blacklisting" fördert geschlossene Systeme. Er begünstigt Unternehmen, die proprietäre Systeme entwickeln oder sich auf herkömmliche Geschäftsmodel-le wie den Wholesale-Vertrieb beschränken, weil solche Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich des § 19a fallen. Das schadet der Marktentwicklung und behindert die Wettbewerbschancen unzähliger KMUs, die über offene Plattformmodelle überhaupt erst Zugang zu neuen Absatzmöglichkeiten für ihre Produkte und Dienstleistungen erhalten haben.

Unzulässiger Rückschluss von Ressourcen auf Marktausbaufähigkeiten

111 Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen seine Marktstellung „schnell ausbauen kann", will die Entwurfsbegründung (S. 78) schon die Art und Größe der Ressourcen ausreichen lassen, über die das Unternehmen verfügt. Das Vorhandensein von Ressourcen ist jedoch ein untauglicher Maßstab, um auf die Fähigkeiten eines Unternehmens zu schließen, sein Geschäft erfolgreich weiter zu entwickeln. Große Unternehmen mit vielen Ressourcen können in neuen Geschäftsfeldern ebenso scheitern, wie es umgekehrt kleineren Unternehmen gelingen kann, sich auch ohne besondere Ressourcen neue Märkte zu erschließen.

> ***Beispiel**: Trotz seiner Finanzkraft und einer großen bestehenden Kundenbasis (u.a. aktive „Gmail"-Nutzerkonten) ist Google mit dem Versuch gescheitert, mit „Google+" in den Markt für soziale Netzwerke einzutreten. Der Dienst wurde im April 2019 beendet. Amazon hat es trotz beträchtlicher Investitionen nicht geschafft, mit dem „Fire Phone" ein eigenes Smartphone zu etablieren. Das Gerät wurde in Deutschland seit September 2014 angeboten, der Verkauf wurde jedoch nur ein Jahr später (trotz zwischenzeitlich erfolgter erheblicher Preissenkung) wieder eingestellt.*

112 § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 knüpft daher an die falschen Parameter an. Nicht die Ressourcen des fraglichen Unternehmens sagen etwas darüber aus, wie schnell das Unternehmen in neue Märkte vordringen kann, sondern allenfalls die dortigen Wettbewerbsverhältnisse. Denn der Erfolg des „schnellen Aufrollen" eines Marktes hängt letztlich davon ab, wie viele Unternehmen dort bereits tätig sind, wie hoch der Konzentrationsgrad ist, und welche Marktzutrittsschranken bestehen. Auf diese Merkmale soll es nach der Entwurfsbegründung indes gar nicht ankommen. Das ist ein weiterer Beleg dafür, dass der Referentenentwurf vom BKartA keine ökonomisch fundierte Einzelfallprüfung verlangt, die tatsächlich alle unternehmens- und marktbezogenen Umstände berücksichtigen würde.

113 Unklar ist schließlich, woran ein „schnelles Ausbauen“ der Marktstellung festgemacht werden soll. Dafür wäre ersichtlich eine Prognoseentscheidung erforderlich. Weder der Wortlaut noch die Entwurfsbegründung liefert jedoch irgendwelche Anhaltspunkte für die hierbei maßgeblichen Kriterien. Wie wäre der relevante Prognosezeitraum zu bemessen – soll es, wie in der Fusionskontrolle, auf die voraussichtliche Marktentwicklung in den nächsten drei bis fünf Jahren ankommen? Oder spricht „schnelles“ Ausbauen nicht für einen deutlich kürzeren Zeitraum? Und wie nachhaltig muss der „Ausbau“ der Marktstellung sein? Konnte z.B. Google seine Marktstellung auf dem Markt für soziale Netzwerke durch die Gründung von „Google+“ schon deshalb „schnell ausbauen“, weil viele Nutzer von Google einen Account einrichteten, dann aber gar nicht auf dem Netzwerk aktiv waren?

Fehlen des Unbilligkeitskriteriums

114 Wie auch bei allen anderen Untersagungstatbeständen des § 19a Abs. 2 Satz 1 fehlt bei Nr. 2 das Tatbestandsmerkmal der „unbilligen“ Behinderung. Das BKartA muss also keine normative Bewertung des betreffenden Verhaltens vornehmen. Bereits die Behinderung als solche soll für eine Untersagung ausreichen. Damit stellt der Referentenentwurf per-se-Verbote auf, die eine ökonomisch basierte Einzelfallprüfung entbehrlich machen. Das widerspricht abermals dem „more economic approach“.

115 Bei §§ 19 und 20 in der geltenden Fassung legt das BKartA die Begriffe der „Behinderung“ zunächst wertneutral aus. Behinderung ist jedes Verhalten, das die wettbewerbliche Bestätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens nachteilig beeinflusst. Jeder Ausbau der eigenen Marktposition „behindert“ demnach die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Denn der Erfolg eines Anbieters ist zumindest im horizontalen Wettbewerbsverhältnis notwendig der Misserfolg eines anderen Anbieters, solange die Nachfrage konstant bleibt.

116 Die Behinderung als solche kann also nicht deren Unbilligkeit indizieren. Vielmehr obliegt es dem BKartA, mit dem fraglichen Verhalten ein entsprechendes Unwerturteil zu verbinden und dies positiv festzustellen (vgl. auch BGH, Urteil vom 22.10.1996, KZR 19/95 – *Stromeinspeisung II*). Bei § 19 muss das BKartA deshalb von Amts wegen prüfen, ob Behinderungen anderer Unternehmen im Wettbewerb als „unbillig“ zu bewerten sind. Das BKartA muss also eine normative Bewertung der betreffenden Verhaltensweise vornehmen. Dabei muss es die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB gewichten und gegeneinander abwiegen (ständige Rechtsprechung seit BHGZ 38, 90 (102) – *Treuhandbüro*). Darauf darf auch bei § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 nicht verzichtet werden. Das Fehlen des Unbilligkeitskriteriums ist hier deshalb nicht hinnehmbar.

Zur Nutzung von Daten (Nr. 3)

117 Bei § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 handelt es sich ebenfalls um ein Expansions- und Innovationsverbot. Ohne die Nutzung von Daten sind heutzutage keine Innovationen mehr denkbar. Vielfach entsteht sogar erst bei der Erforschung eines Datenbestandes die Idee für ein neues Geschäftsmodell oder für eine innovative Aufbereitung der Daten. Das Anknüpfen eines kartellrechtlichen Untersagungstatbestandes an die Nutzung von Daten kommt damit faktisch einem Verbot gleich, Daten überhaupt wertschöpfend auszuwerten.

118 Die Wettbewerbsfeindlichkeit des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 wird besonders deutlich, wenn man den dort verfolgten Regelungsansatz auf „herkömmliche“ Geschäftsmodelle überträgt. Nach den Wertungen des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 dürfte z.B. der ADAC, der als Automobilclub marktbeherrschend ist, die Daten seiner Mitglieder nicht dafür verwenden, ihnen Pauschalreisen oder Versicherungsleistungen anzubieten. Dass sich ein Unternehmen zunächst mit seinem Kerngeschäft einen Kundenstamm aufbaut und diesen dann nutzt, um sein Geschäft zu diversifizieren

und in neuen Bereiche zu erweitern, ist aber gängige Praxis. Telekommunikationsunternehmen bieten ihren Bestandskunden Internet- und TV-Pakete an, Lufthansa-Kunden können mit ihren Flugmeilen aus einem umfassenden Warensortiment wählen, und schon die Mitglieder des „Bertelsmann Buchclubs“ konnten neben Büchern auch Finanzprodukte erwerben oder Stromverträge abschließen. All dies führt zu mehr Auswahlmöglichkeiten für die Verbraucher, erhöht den Wettbewerbsdruck auf die bereits etablierten Anbieter in den betreffenden Wirtschaftszweigen, und bewirkt generell niedrigere Preise. Dies sind *positive* Wettbewerbseffekte, die § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 unterbinden würde.

119 § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 setzt voraus, dass der Normadressat zumindest einen Markt beherrscht und dort Daten von der Marktgegenseite gesammelt hat. Dann kann es unzulässig sein, diese Daten „auf einem anderen Markt“ zu nutzen. Problematisch ist hier einmal mehr der Marktbegriff. Häufig wird sich ein Datenbestand nämlich schon keinem einzelnen Markt (mehr) zuordnen lassen. Ein Unternehmen, das mehrere Geschäftsbereiche betreibt, kann z.B. alle Daten seiner Kunden unter einer einheitlichen Nutzer-ID speichern, selbst wenn diese Kunden (unabhängig) voneinander verschiedene Angebote des Unternehmens nutzen. Bei der praktischen Anwendung der Vorschrift müsste dann zunächst geklärt werden, aus welchem Geschäftsfeld – im Sinne eines kartellrechtlich verstandenen Marktes – die fraglichen Daten stammen. Das dürfte häufig kaum gelingen. Dies wiederum wäre für das betroffene Unternehmen in Verbindung mit der Beweislastumkehr nach § 19a Abs. 2 Satz 3 besonders belastend. Denn danach müsste das Unternehmen selbst nachweisen, dass die Daten nicht aus einem beherrschten Markt stammen. Die aus dem unklaren Marktbegriff resultierenden Anwendungsschwierigkeiten der Norm gingen insoweit also zulasten des Unternehmens.

120 Zur Erfassung eines missbräuchlichen Transfers von Marktmacht von einem beherrschten auf einen nicht beherrschten Markt besteht überdies schon kein gesonderter Regelungsbedarf. Dazu existiert bereits hinlängliche Fallpraxis auf der Grundlage von § 19 bzw. Art. 102 AEUV. Der EuGH hat schon in den 1970er Jahren bei *Commercial Solvents* (6/73, 7/73) und dann 1996 in *Tetra Laval* (C-333/94) konkrete Maßstäbe entwickelt, und auch das BKartA kann dazu auf eigene Entscheidungspraxis zurückblicken, unterstützt durch den BGH. Aus der „Digitalwirtschaft“ zu nennen ist hier zuletzt etwa die Untersagungsentscheidung gegen CTS Eventim aus dem Jahr 2017, mit der das Amt – gestützt auf Art. 102 AEUV und § 19 – die Nutzung bestimmter Exklusivitätsklauseln in Verträgen über Ticketing-Dienstleistungen untersagte. Auch mit sog. „digitalen Geschäftsmodellen“ bzw. der „Plattformökonomie“ sind die Kartellbehörden bereits seit den *Microsoft*-Fällen vor bald 20 Jahren bestens vertraut. Etliche dieser Entscheidungen basieren dabei auch längst auf dem Konzept einer spezifischen Intermediationsmacht, z.B. in den Google-Fällen sowie bei Facebook oder CTS Eventim. Das gilt umso mehr, wenn die Intermediationsmacht mit § 18 Abs. 3b nun auch begrifflich in das GWB eingeführt werden soll, laut Entwurfsbegründung (S. 71) zu Klarstellungszwecken.

121 Schließlich gilt auch hier das bereits zu § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Gesagte (oben Rn. 114 ff.): Indem der Untersagungstatbestand als Behinderungsverbot ausgestaltet ist, darf er nicht auf das Kriterium der Unbilligkeit verzichten. Erst eine „unbillige“ Behinderung des Wettbewerbs kann einen Eingriff der Kartellbehörde in die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen legitimieren.

Zu Interoperabilität und Portabilität (Nr. 4)

122 Die Verpflichtung auf Interoperabilität und Datenportabilität in § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ist wettbewerbsfeindlich, weil sie die falschen Verhaltensanreize für die Unternehmen setzt. Au-

ßerdem gibt es dafür keinen kartellrechtlichen Regelungsbedarf, und nur eine „unbillige“ Behinderung könnte überhaupt ein tatbestandsmäßiger Behinderungsmissbrauch sein (zu Letzterem bereits oben Rn. 114 ff. zu § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2).

Interoperabilitätspflicht setzt wettbewerbsfeindliche Anreize

123 Grundsätzlich kann Interoperabilität entweder durch die Einhaltung gemeinsamer Standards oder durch die Veröffentlichung der Interoperabilitätsinformationen hergestellt werden. Durch § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 erhält der Normadressat nun aber einen Anreiz, sich gar nicht erst an Standardisierungsbemühungen zu beteiligen. Ist er nämlich ohnehin verpflichtet, die Interoperabilitätsinformationen offenzulegen, kann er damit de facto seinen eigenen „Standard“ durchsetzen – gerade wenn das Unternehmen besonders marktmächtig ist. Unternehmen werden dann nicht mehr um Interoperabilität konkurrieren. Sie haben keinen Anreiz mehr, in die Entwicklung besserer Interoperabilitätstechnologien zu investieren. So wird nicht nur der Wettbewerb reduziert, sondern auch langfristig an unterlegenen Technologien festgehalten.

124 § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 wirkt sich zudem negativ auf die Anreize von Unternehmen aus, selbst in die Sammlung und Auswertung von Daten zu investieren. In einer blühenden Datenwirtschaft sammeln möglichst viele Unternehmen möglichst viele Daten. Denn die Wahrscheinlichkeit vielfältiger Innovationen wird durch eine hohe Anzahl an Experimenten mit verschiedenen Datensets gefördert. Sind Unternehmen hingegen aufgrund von Zugangsrechten in der Lage, bestehende Datensets 1:1 zu kopieren, findet keine Weiterentwicklung mehr statt.

125 Im Gegenteil kann eine kartellrechtliche Interoperabilitätsverpflichtung zu Konflikten mit Datenschutzregelungen führen. Um mehrere Produkte miteinander interoperabel zu machen, kann ein Austausch von Daten zwischen den Anbietern dieser Produkte erforderlich sein. Ein Messagingdienst wie WhatsApp ist z.B. erst dann mit Skype interoperabel, wenn die Nutzer beider Produkte miteinander kommunizieren können. Dazu müssen die Anbieter entsprechende Teilnehmerdaten austauschen. Darüber hinaus werden die Anbieter mit solchen Daten in die Lage versetzt, den Erfolg oder Misserfolg ihres Konkurrenten genau zu beobachten. Dies führt im Ergebnis zu Markttransparenz, die den Wettbewerb zwischen den Anbietern schädigen wird.

Kein kartellrechtlicher Regelungsbedarf für Portabilität von Daten

126 Für § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 besteht kein Regelungsbedarf, da schon die DSGVO in Art. 20 ein Recht der Nutzer auf Datenportabilität normiert.

127 Art. 20 DSGVO enthält bereits detaillierte Verpflichtungen, die es Nutzern erlauben, die Daten zu ihrem Account zu extrahieren oder sie, z.B. beim Wechsel ihres Social-Media-Anbieters, an den neuen Anbieter übertragen zu lassen. Hier ist insbesondere geregelt, dass die Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format bereitgestellt werden müssen. Nichts anderes will auch der Referentenentwurf bewirken (Entwurfsbegründung, S. 79). Das Recht auf Datenportabilität aus der DSGVO kann allerdings jeder unmittelbar selbst geltend machen. Daneben können die Datenschutzbehörden aufsichtsrechtlich eingreifen, wo Anbieter ihrer Verpflichtung nicht nachkommen. Vor diesem Hintergrund erscheint es höchst fragwürdig, warum hier zusätzlich auch noch das BKartA regulatorisch tätig werden soll – und wie eine entsprechende kartellrechtliche Regelung auch im verfassungsrechtlichen Sinne „erforderlich“ sein kann.

128 Darüber hinaus begegnet der Vorschlag zur Datenportabilität insbesondere dort praktischen Anwendungsschwierigkeiten, wo Unternehmen ihre Daten portieren möchten, z.B. vom einem Cloud Service zu einem anderen. Die Struktur und Formate der Datenbanken kommerzieller Cloud-Nutzer sind häufig höchst individualisiert. Nur so können sie den spezifischen Bedürfnissen ihrer Nutzer gerecht werden – z.B. durch die Verknüpfung verschiedener Datenbestände.

Letztlich beruhen die Struktur und das Format einer Datenbank dabei nur zum Teil auf einer Entscheidung des Cloud-Anbieters. Viele Kunden entwickeln in der jeweiligen Cloud-Umgebung spezifische Formate, die von anderen Anbietern nicht unterstützt werden. Angesichts des Bedarfs an individuellen Lösungen wäre es daher kontraproduktiv, hier ein *„strukturierte[s], gängige[s] und maschinenlesbare[s] Format“* zu verlangen (so aber die Entwurfsbegründung, S. (79). Ein solcher Zwang zur Standardisierung würde viele bestehende Cloud Services in ihrer Funktion beschneiden und Innovationen hemmen – wie etwa die Schaffung völlig neuartiger Formate durch Machine Learning.

Zu Informationsdefiziten (Nr. 5)

129 Für § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 besteht kein kartellrechtlicher Regelungsbedarf. Die sog. P2B-Verordnung (VO (EU) 2019/1150) regelt die Informationspflichten von Plattformen bereits umfassend. Außerdem besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen das kartellrechtliche Verbot eines Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern. Und auch dieser Behinderungstatbestand darf auf das Merkmal der „Unbilligkeit“ nicht verzichten (dazu bereits oben Rn. 114 ff. zu § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2).

130 Die P2B-Verordnung enthält Informationspflichten zugunsten von Unternehmen, die ihre Produkte und Dienstleistungen auf Plattformen anbieten oder über Suchmaschinen vermarkten. Sie betrifft dabei insbesondere die in der Entwurfsbegründung (S. 80) angesprochenen Informationen zu *„Nutzungsdaten, anfallenden Kosten, Klickverhalten oder Rankingkriterien“* im Zusammenhang mit „digitalen Leistungen“. Eine hinreichende Transparenz bezüglich dieser Informationen ist daher auch ohne die für § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 geplante Regelung bereits auf Grundlage der P2B-Verordnung sichergestellt.

131 Insbesondere macht die P2B-Verordnung ihren Adressaten detaillierte Vorgaben, wie und in welchem Umfang sie ihre gewerblichen Nutzer über die Parameter informieren müssen, die für das Ranking von Angeboten oder Suchergebnissen maßgeblich sind, oder über Möglichkeiten der Nutzer, diese Parameter (ggf. gegen Bezahlung) zu beeinflussen. Ähnliches gilt für Informationen darüber, ob und wie der betroffene Anbieter Nutzern Zugang zu Daten gewährt, und welche Konditionen hierfür gelten. Die P2B-Verordnung gilt zudem völlig unabhängig vom Konzept der Marktbeherrschung und erfordert – anders als § 19a – auch keine behördlichen Durchsetzungsakte. Die Verordnung enthält umfassende Mechanismen zur Streitbeilegung und erlaubt eine unmittelbare Durchsetzung der Informationspflichten vor den Zivilgerichten. Es bietet also keinerlei Mehrwert, die gleichen Informationspflichten erneut auf spezifisch kartellrechtlicher Grundlage zu regeln.

132 Im Gegenteil: § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 erhöht mit der Schaffung paralleler Informationspflichten nur die Rechtsunsicherheit für Unternehmen und nimmt damit Kapazitäten in Anspruch, die die betroffenen Unternehmen stattdessen für die Entwicklung innovativer Ideen verwenden könnten. Zudem kann es nicht Aufgabe eines Unternehmens sein, Wettbewerber mit Informationen zu versorgen, die ihnen die „Beurteilung des Wertes“ ihrer Leistung ermöglichen. Denn mit der Weitergabe solcher Informationen setzt sich der Normadressat auch dem Risiko eines kartellrechtswidrigen Informationsaustauschs aus.

3.2.3 Unzulässige Beweislastumkehr (§ 19a Abs. 2 Satz 3)

133 Dass die Missbrauchstatbestände des § 19a Abs. 2 Satz 1 die Unbilligkeit des jeweiligen Verhaltens gesetzlich indizieren wollen, anstatt dafür eine positive Feststellung durch das BKartA zu verlangen, wiegt besonders schwer in Kombination mit der nach § 19a Abs. 2 Satz 3 vorgeschlagenen Beweislastumkehr. Der Nachweis dafür, dass „die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist“, soll nämlich dem Unternehmen obliegen. Der Sache nach geht es dabei aber gar nicht nur um eine „Rechtfertigung“. Betroffen ist vielmehr schon die Interessenabwägung

auf Tatbestandsebene, nämlich die Prüfung der Unbilligkeit des fraglichen Verhaltens. Dies auf das betroffene Unternehmen zu verlagern, verstößt gegen den Amtsermittlungsgrundsatz und das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip (vgl. dazu auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**). Vor allem aber ist die Beweislastumkehr wettbewerbsfeindlich, weil sie die Unternehmen zu einer fortlaufenden Rechtfertigung ihrer Innovationen zwingt.

Wettbewerbsfeindlicher Innovationskiller

134 Die vorgeschlagene Beweislastumkehr ist ein Innovationskiller und hemmt das wettbewerbliche Fortkommen. Sie zwingt die betroffenen Unternehmen nämlich, ihre unternehmerischen Entscheidungen einem permanenten Rechtfertigungstest zu unterziehen.

135 Die sog. „Digitalwirtschaft“, die der Referentenentwurf primär adressieren will, lebt gerade davon, dass Unternehmen neue Ideen verfolgen und mit Geschäftsmodellen experimentieren. Solche Geschäftsmodelle werden mit einer hohen Dynamik entwickelt, verändert und ggf. auch wieder verworfen. Schon deshalb sind konkrete Effizienzvorteile einzelner unternehmerischer Entscheidungen häufig gar nicht bestimmbar. Ob ein bestimmtes Geschäftsmodell hinreichende Effizienzen bewirkt, wird sich vielfach erst mittel- bis langfristig (oder womöglich gar nicht) zeigen. Gerade dieses „Entdeckungsverfahren“ ist charakteristisch für den Wettbewerb, den das GWB schützen will. Schon seit *Friedrich August von Hayek* gilt, dass Wettbewerb immer zur Entdeckung von Ergebnissen führt, die bis dato unbekannt waren und die keiner bewusst hätte herbeiführen können (vgl. *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968).

136 Wenn ein Unternehmen stets damit rechnen muss, sich für ein bestimmtes Verhalten gegenüber dem BKartA rechtfertigen und dies im Zweifel gerichtsfest beweisen zu müssen, wird es von vornherein vorsichtiger agieren. Im besten Fall würde das Unternehmen vor geplanten Innovationen aktiv auf das Amt zugehen und um Bestätigung der Vereinbarkeit seiner Pläne mit § 19a Abs. 2 bitten. Im ungünstigeren (und realistischeren) Fall wird das Unternehmen – in Deutschland – von bestimmten Innovationen von vornherein Abstand nehmen, weil es das Risiko eines „Rechtfertigungszwangs“ oder einer sinnlosen (weil im Ergebnis verbotenen) Investition nicht eingehen will. Dies würde Innovationen bremsen und dem Wettbewerb schaden.

Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip

137 § 19a ist allein als Ermächtigungsgrundlage für Verwaltungsverfahren des BKartA ausgestaltet. Auf dem Zivilrechtsweg sind die Verhaltenspflichten des § 19a Abs. 2 nicht durchsetzbar. Kommt eine Entscheidung nach § 19a Abs. 2 also nur im Kartellverwaltungsverfahren in Betracht, ist jedoch zwingend der Amtsermittlungsgrundsatz zu beachten (§ 57).

138 Jede Ungewissheit über die ermächtigungsbegründenden Tatsachen geht danach im Falle der Eingriffsverwaltung zu Lasten der Behörde (vgl. nur VGH Mannheim, GewArch 2015, 177, 181). Das betroffene Unternehmen unterliegt zwar gewissen Mitwirkungspflichten. Dazu gehört z.B. die Beantwortung von Auskunftsverlangen des BKartA (§ 59). Das ändert aber nichts an der Verteilung der Beweislast für das Bestehen eines Rechtsverstoßes. Diese liegt allein bei der Behörde. Kommt es am Ende der Ermittlungen zu einem non liquet, also zu einer Nichterweislichkeit einer die Begründung tragenden Tatsache, dann darf die Untersagungsverfügung nicht ergehen. Dies ist ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

Hintergrund *– BVerwG, Urteil vom 21. 5. 2008 – 6 C 13/07, Rn. 41 m.w.N.: „Beansprucht der Staat das Recht, in einen durch ein negatorisches Grundrecht geschützten Freiheitsbereich einzugreifen, trägt er die Beweislast für die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Eingriffs nach*

> *Maßgabe der Grundsätze über die Beweislast im Anfechtungsrechtsstreit […]. Denn in der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes bedarf der hoheitliche Eingriff in ein Grundrecht der Rechtfertigung; nicht ist umgekehrt die Ausübung von Grundrechten rechtfertigungsbedürftig."*

139 Dem widerspricht es, wenn § 19a Abs. 2 Satz 3 nun die Normadressaten selber damit belegen will, einen gegen sie erhobenen Missbrauchsvorwurf aus der Welt zu schaffen. Das verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip und wäre ohne Beispiel im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Im Gegenteil: Will z.B. die Gewerbeaufsicht ein Verbot nach § 35 GewO aussprechen, dann muss selbstverständlich *die Behörde* die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nachweisen. Mit der Logik des Referentenentwurfs müsste sich der Gewerbetreibende dagegen selbst entlasten und seine Zuverlässigkeit belegen. Das wäre mit seiner grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit nicht vereinbar.

140 Die Entwurfsbegründung verspricht sich von der Beweislastumkehr *„einen erheblichen Effektivitätsgewinn bei der Anwendung der Norm gegenüber §§ 19 und 20"* (S. 80). Bei §§ 19, 20 muss das BKartA den Nachweis der „Unbilligkeit" eines vermeintlichen Behinderungsmissbrauchs im Verwaltungsverfahren nämlich selbst erbringen und eine entsprechende Interessenabwägung vornehmen. Das Gleiche muss dann aber für § 19a Abs. 2 gelten. Jedenfalls bei den dort in Nr. 2 bis 5 genannten Verhaltensweisen handelt es sich ebenfalls um Fälle des Behinderungsmissbrauchs.

141 Es sind auch keine sachlichen Gründe ersichtlich, warum bei § 19a die Beweislast die Unternehmen treffen soll, während dies bei einem Behinderungsmissbrauch nach §§ 19, 20 (weiterhin) nicht der Fall ist. Bloße „Effektivitätsgewinne" in der Rechtsanwendung können dafür jedenfalls nicht ausreichen. Im Gegenteil ist es in doppelter Hinsicht ungerechtfertigt, die Normadressaten des § 19a nicht nur von vornherein – durch die Feststellungsverfügung nach Abs. 1 – auf ein strengeres Regulierungsniveau zu heben, sondern sie dann zusätzlich auch noch mit dem Beweis für die Billigkeit ihres Handelns zu belasten.

142 Mit ähnlichen Versuchen einer Beweislastumkehr für Kartellverwaltungsverfahren konnte sich der Gesetzgeber im Übrigen schon früher nicht durchsetzen. So ist für § 29 anerkannt, dass auch dort – anders als es der Wortlaut anzudeuten scheint – gerade keine vollständige Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf das betroffene Versorgungsunternehmen erfolgen darf. Bereits die Monopolkommission hatte auf entsprechende verfassungsrechtliche Bedenken hingewiesen (Sondergutachten Nr. 47, S. 12f.). Es gilt deshalb auch in Verfahren nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 GWB der Amtsermittlungsgrundsatz (vgl. nur *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 29 Rn. 114).

Verstoß gegen Grundprinzipien des Unionsrechts

143 Die vorgeschlagene Beweislastumkehr ist zudem unvereinbar mit europäischem Gemeinschaftsrecht. Vergleichbare Vorschläge, dem Adressaten eines Missbrauchsvorwurfs nach Art. 102 AEUV den Nachweis von Wettbewerbsvorteilen seines Verhaltens aufzuerlegen, wurden auf europäischer Ebene deshalb zu Recht bereits kritisch aufgenommen. Das zeigt einmal mehr, wie sehr sich der Referentenentwurf hier auf einen nationalen Alleingang begibt.

144 Im Unionsrecht ist die Beweislastverteilung durch Art. 2 der VO 1/2003 klar geregelt. Den Beweis für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV muss die Behörde führen. Etwas anderes gilt nur für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV, also für den Beweis von Effizienzvorteilen, um eine Wettbewerbsbeschränkung ausnahmsweise zu rechtfertigen. (Nur) dafür liegt die Beweislast bei dem betroffenen Unternehmen. Auch hier gilt aber, dass die Behörde – die Kommission oder das BKartA – zunächst die volle Beweislast für das *Bestehen* einer tatbestandsmäßigen Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV trägt. Erst wenn

diese positiv feststeht, kommen Effizienzen nach Art. 101 Abs. 3 überhaupt als Rechtfertigungsgrund zum Tragen.

145 Bei § 19a ist das anders. Die Beweislastumkehr nach Abs. 2 Satz 3 beschränkt sich dort gerade nicht auf rechtfertigende Effizienzen. Sie soll dem BKartA schon die Feststellungen zur Tatbestandsverwirklichung nach § 19a Abs. 2 erleichtern. Ein spezifisches Unwerturteil über das fragliche Verhalten soll das BKartA erst gar nicht treffen und einen konkreten Wettbewerbsschaden erst gar nicht feststellen müssen. Die Tatbestände des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 wirken vielmehr als de-facto-Verbote – das jeweilige Verhalten *gilt* als missbräuchlich, *solange* sich das Unternehmen nicht nach § 19a Abs. 2 Satz 3 entlastet.

146 Diese Form der Beweislastumkehr betrifft deshalb unmittelbar die Tatbestandsebene des Missbrauchsverbots. Darin liegt ein direkter Widerspruch zur Beweislastverteilung nach Art. 2 der VO 1/2003. Ein entsprechender Vorschlag des Experts Report für Kommissarin *Vestager* (dort S. 51), den Unternehmen die Beweislast („burden of proof") für die „pro-competitiveness" ihres Verhaltens aufzuerlegen, fand deshalb auch zurecht kein positives Echo. Im Gegenteil: Mit *Thomas Kramler*, Head of Unit in der DG Wettbewerb, äußerte zuletzt u.a. ein prominenter Vertreter der Kommission, dass eine solche Beweislastumkehr wohl gegen die EU-Grundrechtecharta und die dort verankerte Unschuldsvermutung zugunsten der Unternehmen verstoßen dürfte (vgl. etwa Konferenzbericht bei GCR vom 9. September 2019). Wir schließen uns dieser Auffassung an.

147 Davon zu unterscheiden ist die vereinzelt geführte Diskussion über das erforderliche *Beweismaß* („standard of proof") in Kartellverwaltungsverfahren. Diese betrifft allein den Grad der Nachweisbarkeit bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen, oder auch die Frage, in welchem Umfang sich die Behörde insoweit auf Prognosen stützen darf. Dazu lässt z.B. auch *Kramler* in seinen Äußerungen eine gewisse Sympathie für ein Absenken erkennen, zumindest im Zusammenhang mit „Tipping"-Tatbeständen. Das ist aber etwas gänzlich Anderes als die bei § 19a in Rede stehende *Umkehr* der Beweislast.

4. ZU DEN SONSTIGEN ÄNDERUNGEN BEI DER MISSBRAUCHSAUFSICHT

4.1 Absenkung des Kausalitätserfordernisses

148 Der Referentenentwurf will in § 19 Abs. 1 lediglich eine „Klarstellung" vornehmen, indem er das bisherige Tatbestandsmerkmal der „missbräuchlichen Ausnutzung" durch den Begriff des „Missbrauchs" ersetzt. Spätestens die Genese der Entwurfsbegründung offenbart jedoch, dass mit der Änderung tatsächlich weit mehr bezweckt werden soll. Es geht dem Referentenentwurf nämlich darum, das Verständnis des OLG Düsseldorf in seiner Facebook-Entscheidung zu korrigieren, das für den Ausbeutungsmissbrauch bei § 19 Abs. 1 eine strikte Verhaltenskausalität gefordert hatte. Die Entwurfsbegründung wurde gegenüber einer Vorversion gerade an dieser Stelle (S. 72 ff.) noch einmal nachgebessert, nachdem das OLG Düsseldorf am 26. August 2019 so entschieden hatte (VI-Kart 1/19).

149 Diese Änderung ist weit mehr als eine bloße Klarstellung. Es soll gesetzlich verankert werden, dass die missbräuchliche Verhaltensweise nicht notwendig spezifischer Ausfluss der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens sein muss. Oder, bezogen auf den Facebook-Fall des BKartA: Es soll für einen tatbestandsmäßigen Ausbeutungsmissbrauch ausreichen, dass Facebook marktbeherrschend ist und *per se* (vermeintlich) DSGVO-widrige Datenschutzbestimmungen verwendet (so das BKartA), anstatt den Nachweis zu fordern, dass die spezifische marktbeherrschende Position Facebook überhaupt erst in die Lage versetzt hat, die vorgeblichen Datenschutzverstöße zu begehen (so das OLG Düsseldorf).

150 Die vorgeschlagene Änderung bei § 19 Abs. 1 ist abzulehnen. Denn folgt man dem Referentenentwurf, würde sich jedes marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich verhalten, sobald es etwa rechtswidrige AGB verwendet, einen UWG- oder eben Datenschutzverstoß begeht – ganz egal, ob es sich so verhalten kann eben *weil* es marktbeherrschend ist oder nicht. Das wäre Pönalisierung von Marktmacht als solcher. Es widerspräche dem fundamentalen Prinzip des GWB, wonach das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung als solcher kartellrechtlich gerade nicht vorwerfbar ist. Daran ist unbedingt festzuhalten, zumal es dafür im Kartellrecht wegen des Rechtsbruchtatbestands in § 3a UWG auch keinen gesonderten Regelungsbedarf gibt.

4.2 Verbot von Verhaltensweisen zur Herbeiführung eines „Tipping"

151 Am vorgeschlagenen „Tipping"-Tatbestand des § 20 Abs. 3a offenbart sich ein weiterer Paradigmenwechsel des Referententwurfs. Es soll als unbillige Behinderung verfolgbar sein, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht seine Wettbewerber auf einem mehrseitigen Markt in der Erzielung von „positiven Netzwerkeffekten" behindert und dadurch die „ernstliche Gefahr" einer nicht unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung begründet wird. Damit soll das BKartA frühzeitig eingreifen können, um die *„Transformation […] zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt"* abzuwenden (Entwurfsbegründung, S. 85).

152 Wie schon bei § 19a finden sich hier Elemente einer ex-ante-Regulierung bzw. einer abstrakten Gefahrenabwehr. Es soll dem BKartA erlaubt werden, bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen mit „überlegener" Marktmacht als unbillige Behinderung zu untersagen, auch wenn das Unternehmen (noch) keine marktbeherrschende Stellung hat. Dabei lässt sich der Regelungsvorschlag einmal mehr von der pauschalen Annahme leiten, Netzwerkeffekte seien per se gefährlich und schlecht für den Wettbewerb. Dazu fehlt indes jegliche Empirie. Ohne eine entsprechende ökonomische Analyse lässt sich aber schon gar nicht bestimmen, wann Netzwerkeffekte im Sinne des § 20 Abs. 3a „positiv" sein sollen. Für eine solche Analyse enthält der Tatbestand keinerlei Parameter.

153 Außerdem bestehen die schon zu § 19a dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken. Auch die Tipping-Bestimmung richtet sich gegen internes Unternehmenswachstum. Sie stößt damit auf ähnliche verfassungsrechtliche Einwände wie die mit vergleichbarer Zielrichtung vorgesehene Bestimmung gegen das „Aufrollen" von Märkten (§ 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2). Das gilt umso mehr in Verbindung mit den auch in § 20 Abs. 3a verwandten unbestimmten Rechtsbegriffen („ernstliche Gefahr", „nicht unerhebliche" Einschränkung). Dies eröffnet dem BKartA einen weiten Spielraum für intensive Grundrechtseingriffe zulasten der betroffenen Unternehmen, ohne dass entsprechende behördliche Maßnahmen hinreichend vorhersehbar wären. Das widerspricht dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz, und es fehlt an der erforderlichen Rechtfertigung für diese Grundrechtsbeeinträchtigungen (vgl. dazu auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**).

4.3 Neues Kriterium der Intermediationsmacht

154 Die Einführung eines § 18 Abs. 3b ist nicht erforderlich und wäre im Ergebnis schädlich, weil dies zu zusätzlicher Rechtsunsicherheit führen wird. Die Ergänzung will die sog. Intermediationsmacht konkretisieren und in die Marktbeherrschungsprüfung des GWB integrieren. Nach der Entwurfsbegründung (S. 71) dient dies im Wesentlichen der *„Klarstellung, um die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung"* zu erhöhen. Eine wesentliche materielle Änderung soll damit offenbar nicht verbunden sein.

155 Es bestehen indes Zweifel, ob dieses Anliegen des Referentenentwurfs zielführend ist. Wettbewerbsbehörden und -gerichte können mehrseitige Märkte bereits nach geltendem Recht problemlos erfassen. Die etablierten Kriterien des Bedarfsmarktkonzepts sowie die erst mit der 9.

GWB-Novelle vorgenommenen Ergänzungen in § 18 Abs. 3a geben ihnen dazu das notwendige Instrumentarium an die Hand.

156 Es erscheint deshalb nicht erforderlich, weitere unbestimmte Rechtsbegriffe zu schaffen, die ihrerseits auslegungsbedürftig sind und dementsprechend zu weiteren Rechtsunsicherheiten führen werden. Das gilt umso mehr, als der fragliche Begriff der „Intermediationsmacht" zwar in der Entwurfsbegründung verwendet wird, sich dann aber im Wortlaut des § 18 Abs. 3b wiederum nicht findet. Insgesamt wäre der Gesetzgeber hier besser beraten, es bei dem jetzigen Normenbestand zu belassen und auf dessen weitere Ausfüllung durch die Gerichte zu vertrauen.

5. ZU DEN DATENZUGANGSREGELUNGEN

157 Der Referentenentwurf schlägt im Wesentlichen zwei neuartige Datenzugangsrechte vor – zum einen mit der Änderung der Essential Facilities Doctrine (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4), und zum anderen durch die Schaffung des § 20 Abs. 1a. Wir nehmen zu beiden Vorschlägen zusammenhängend Stellung, zunächst übergreifend mit einigen grundsätzlichen Bedenken (unter 5.1) und im Anschluss daran gesondert zu den beiden fraglichen Vorschriften (unter 5.2).

5.1 Grundsätzliche Bedenken

5.1.1 Wirtschaftliche Fehlanreize durch Datenzugangsrechte

158 Der Referentenentwurf beseitigt die Anreize für Unternehmen, selber Daten zu sammeln und sie zum Nutzen der Verbraucher aufzubereiten. Die vorgeschlagenen Datenzugangsrechte verkennen, dass die Generierung, Speicherung und Auswertung von Daten das Ergebnis erheblicher Investitionen sind. Um eine Datensammlung überhaupt erst zu ermöglichen, müssen Unternehmen massiv in Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen investieren. Solche Investitionen lohnen sich aber nur, solange die Wertschöpfung aus der Verwertung der fraglichen Daten primär dem investierenden Unternehmen zugutekommt. Kein Unternehmen wird in datenintensive Geschäftsmodelle investieren, wenn diese Investitionen in unüberschaubarem Umfang auch seinen Wettbewerbern zugute kommen können. Eben diese Gefahr besteht bei den vorgeschlagenen Datenzugangsrechten.

159 Die Investition in die Sammlung von Daten unterscheidet sich letztlich nicht von der Investition in neue Erfindungen oder in die Kreation eines Werkes. Für Letztere werden in Form von Patent- und Urheberrechten Ausschließlichkeitsrechte gewährt. So kann der Rechteinhaber seine Investitionen amortisieren, bevor Wettbewerber sie kopieren können. Für die Sammlung von Daten war die Schaffung solcher Rechte bisher nicht notwendig. Hier können Unternehmen ihre Investitionen schon durch die tatsächlichen (technischen) Kontrollmöglichkeiten über ihre Datenbestände schützen.

160 Unternehmen können die Qualität und Vielfalt ihrer Produkte und Dienstleistungen durch die Auswertung von Daten erhöhen. Amazon investiert deshalb sowohl in die Sammlung als auch in die Auswertung von Daten. Vor allem aber unterstützt Amazon bereits heute Dritte dabei, das Wertschöpfungspotenzial von Daten für ihr eigenes Geschäft zu nutzen. Amazon stellt den Händlern auf dem Marketplace daher nicht nur eine große Menge an Daten zu Verfügung, sondern auch Analysetools, um sie bei der Auswertung dieser Daten zu unterstützen.

> ***Fakten**: Details zu jedem auf Amazon.de verfügbaren Produkt sind für alle Nutzer auf der Website einsehbar, einschließlich der Angebotspreise aller Händler, der Verfügbarkeit im Lager, der Versandoptionen, der Produktdetails und Spezifikationen, der Käuferbewertungen usw. Darüber hinaus stellt Amazon Händlern/Lieferanten auch die Verkaufsdaten für ihre Produkte zur Verfü-*

gung wie zum Beispiel die Anzahl der Seitenaufrufe, vergangene Verkaufsmengen und -volumina, Kundenfeedback, etc. Amazon stellt auch aggregierte Verkehrsdaten für die Produkte eines Händlers zur Verfügung wie zum Beispiel das Verhältnis zwischen der Anzahl der Seitenaufrufe und dem Kauf eines Produktes.

161 Müssen Unternehmen nun damit rechnen, Wettbewerbern undifferenzierten Zugang zu den eigenen Datenbeständen zu gewähren, reduziert das ihre Anreize, selbst noch in den Aufbau solcher Bestände zu investieren. Solche Investitionen lohnen sich nicht, wenn daraus kein Wettbewerbsvorsprung mehr entstehen kann. Es ist für das Unternehmen dann günstiger abzuwarten, bis andere Unternehmen Daten sammeln, um anschließend selbst Zugang zu verlangen. Diese anderen Unternehmen wiederum werden in der Erwartung, Zugang zu Daten des Normadressaten zu erhalten, ebenfalls auf eine eigene Datensammlung verzichten. Damit nehmen die Anreize zur Gewinnung von Daten fortlaufend ab, so dass sich die Dynamik des Wettbewerbs verringert und die Entwicklung neuer Produkte und Services gehemmt wird.

5.1.2 Verwendung eines unklaren Datenbegriffs

162 Der Referentenentwurf verwendet einen unklaren Datenbegriff. Das führt zu einem denkbar weiten Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Zugangsregelungen und lässt diese auch mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) als verfassungsrechtlich problematisch erscheinen (vgl. dazu auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**).

163 Der Referentenentwurf nimmt vielfach Bezug auf „Daten“, ohne den Datenbegriff weiter zu konkretisieren oder zu definieren. Dies gilt einerseits für die neu gefassten Zugangsansprüche in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und § 20 Abs. 1a. Andererseits spielt der Datenbegriff aber auch eine zentrale Rolle als eines von mehreren Kriterien zur Bestimmung der Marktposition eines Unternehmens (§ 19a Abs. 1 und bisher schon in § 18 Abs. 3a) sowie im Rahmen des Behinderungstatbestands des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3.

164 Der Referentenentwurf übersieht allerdings, dass es keine einheitliche Definition von Daten gibt. So eindeutig der Begriff der Daten in der politischen Diskussion erscheinen mag, so konträr wird er nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der Informatik, Mathematik oder Wirtschafstheorie verstanden. Sind mit Daten nur Zahlenwerte und andere messbare Größen gemeint? Oder bezeichnen Daten auch Gegebenheiten, Tatsachen oder Ereignisse? Und sollen Daten vollkommen unabhängig von ihrer Strukturierung, Aktualität oder Aggregation betroffen sein?

165 Mangels Eingrenzung adressiert der Wortlaut des Referentenentwurfs grundsätzlich alle Arten von Daten – auch solche, die einem besonderen Schutz unterliegen. Die vorgeschlagenen Datenzugangsrechte geraten so zum Beispiel in Konflikt mit dem Kartellverbot, wenn Daten wettbewerbsrelevante Informationen enthalten. Auch soweit Daten Geschäfts-, Betriebs- oder Steuergeheimnisse beinhalten, kann es zu Schwierigkeiten mit den jeweiligen Schutzregimen kommen. Und soweit es um personenbezogene Daten geht, können Konflikte mit dem Datenschutzrecht auftreten. Der kartellrechtliche Datenzugangsanspruch des Referentenentwurfs will zwar explizit keine neue Rechtsgrundlage für eine rechtmäßige Datenverarbeitung schaffen (Entwurfsbegründung, S. 84). Er kreiert gleichwohl Zugangsmöglichkeiten für personenbezogene und nicht personenbezogene Daten, obwohl sich diese in der Praxis oft nicht leicht trennen oder überhaupt unterscheiden lassen (vgl. auch *Herbst*, NVwZ 2016, 902). Solange unklar ist, ob sich ein Personenbezug überhaupt dauerhaft und ohne Wiederherstellungsmöglichkeiten entfernen lässt, führt ein kartellrechtlicher Datenzugangsanspruch hier zu ungeklärten Haftungsfragen.

166 Der Zugangsanspruch soll auch für solche Daten gelten, *„die erst zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder von personenbezogenen Daten bereinigt werden müssen“* (Entwurfsbegründung. S. 83). Das unterstellt, dass eine solche Bereinigung in der Praxis überhaupt

verlässlich möglich ist. Davon kann nicht ausgegangen werden. Es lässt sich keinesfalls gewährleisten, dass der zugangssuchende Dritte (etwa unter Verwendung neuer technischer Verfahren) einen vermeintlich eliminierten Personenbezug nicht wiederherstellen kann. Auch hinsichtlich geschäftssensibler Daten besteht die Gefahr, dass (beispielsweise sukzessive) zu viele Daten geteilt werden. Dann drohen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen – etwa erleichterte Kollusion aufgrund erhöhter Markttransparenz oder ein Marktverschluss im Verhältnis zu nicht am Zugang beteiligten Unternehmen. Mit diesen Risiken gehen schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigungen zulasten der betroffenen Verbraucher (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) und Unternehmen (Wirtschaftsfreiheit) einher. Die drohenden Schäden sind zudem irreversibel – wurden personenbezogene oder wettbewerblich sensible Daten erst einmal (zu Unrecht) gegenüber einem Zugangspetenten offengelegt, lassen sich Versäumnisse bei der „Reinigung“ der betroffenen Datensätze nicht mehr effektiv nachholen.

5.1.3 Missbrauchspotenzial durch Zivilklagen

167 Die Datenzugangsansprüche weisen ein gravierendes Missbrauchspotenzial durch Zivilklagen auf. Für Dritte kann es einfacher sein, bestehende Geschäftsmodelle zu kopieren und sich die dafür benötigten Daten anschließend per Zugangsrecht von Wettbewerbern zu „besorgen“, als selbst innovativ zu werden. Dritte werden damit geradezu eingeladen, sich als Trittbrettfahrer zu bestätigen und „Unternehmen“ zu gründen, deren einziger Zweck die Verwertung der Daten von Dritten ist. Dieses Missbrauchspotenzial ist besonders hoch angesichts des unklaren Datenbegriffs, den der Referentenentwurf verwendet – und unter den sich im Zweifel nahezu jedes Zugangsbegehren subsumieren lässt. Auch könnten die Datenzugangsrechte zu einem neuen Betätigungsfeld einer „Klageindustrie“ nach dem Vorbild US-amerikanischer Sammelklagen werden, wie es zunehmend z.B. bereits beim Kartellschadenersatz zu beobachten ist.

168 Der Wortlaut der vorgeschlagenen Zugangsregelungen enthält auch keinerlei Eingrenzung auf Unternehmen mit besonders „datengetriebenen“ Geschäftsmodellen. Die Datenzugangsrechte sind im Gegenteil so offen formuliert, dass sie Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche betreffen, die Daten sammeln bzw. nutzen. Da es kein Unternehmen mehr geben dürfte, das keine Daten erhebt und speichert, können Dritte gegen eine unüberschaubare Anzahl an Unternehmen auf Zugang zu ihren Daten klagen. Dies dürfte insbesondere auch deutsche Mittelständler betreffen, die in industriellen Nischenmärkte führend sind.

5.1.4 Teure und langwierige Gerichtsverfahren

169 Anstatt den Zugangsanspruch einzugrenzen, will der Referentenentwurf die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs *„bewusst der Anwendungspraxis und Rechtsprechung überlassen“* (S. 83). Damit sollen Zivilgerichte die Deutungshoheit für ein übergreifend zentrales Element des Reformvorhabens erhalten.

170 Allerdings werden die Gerichte die kartellrechtlichen Zugangsansprüche voraussichtlich unterschiedlich weit auslegen, weil der relevante Datenbegriff zu unbestimmt ist. Divergierende Entscheidungen sind damit unvermeidbar, zumal aufgrund des Missbrauchspotenzials mit einer Vielzahl von Verfahren zu rechnen ist. Entsprechende Verfahren werden Jahre dauern und erhebliche Ressourcen bei der Justiz und den betroffenen Unternehmen binden. All dies erzeugt eine nicht hinzunehmende Rechtsunsicherheit, die die Investitionsbereitschaft der Unternehmen weiter reduzieren wird. Das politische Ansinnen, gute Bedingungen für die Entwicklung einer funktionierenden globalen Datenwirtschaft mit unverfälschtem Wettbewerb zu schaffen, wird konterkariert.

5.1.5 Kein kartellrechtlicher Regelungsbedarf

171 Der Referentenentwurf missachtet, dass schon kein kartellrechtlicher Regelungsbedarf für einen Datenzugangsanspruch besteht. Die DSGVO enthält in Art. 20 nämlich einen umfassenden

Anspruch der betroffenen Personen auf Datenübertragbarkeit und schützt sie damit vor Lock-In-Effekten. Das senkt die Marktzutrittsschranken für potenzielle Wettbewerber und dient letztlichem dem Wettbewerb. Die Übertragbarkeit von Daten durch die Betroffenen wirkt dabei wettbewerbsfördernd, ohne die Investitionen eines Unternehmens in die Datensammlung und -nutzung vollständig zu entwerten.

172 Darüber hinaus ignoriert der deutsche Vorschlag kartellrechtlicher Datenzugangsansprüche das Bestreben der Kommission, einen einheitlichen Regelungsrahmen für den Umgang mit Daten zu finden. Die Kommission hat sich in ihrer Mitteilung zum „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ (COM(2017) 9 final) intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, wie der Zugang zu nicht-personenbezogenen, automatisiert erzeugten Maschinendaten erleichtert werden kann. Die Ideen reichen von der Ausgestaltung eines besonderen Vertragsregimes über Lizenzierungspflichten bis zur Schaffung eines „Datenherstellerrechts“. Darüber hinaus hat die Kommission einen Verordnungsvorschlag unterbreitet, der einen Regelungsrahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten enthält.

173 Der Referentenentwurf setzt sich über diese Initiativen hinweg und konterkariert so alle Harmonisierungsbestrebungen zugunsten eines einheitlichen Rechtsrahmens für den Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft. Der Vorschlag rein nationaler Datenzugangsregelungen mit Instrumenten des Kartellrechts findet – soweit ersichtlich – kein Äquivalent in anderen Mitgliedstaaten. Damit ignoriert der Referentenentwurf nicht nur die Bestrebungen der Union, einen integrierten Binnenmarkt für Datenspeicherung und Datenverarbeitungsdienste zu schaffen. Er setzt sich auch über die Empfehlungen der Missbrauchsstudie des DICE hinweg, das lediglich sektorspezifische Datenzugangsregelungen angeregt hatte.

5.2 Einzelkritik

5.2.1 Essential Facilities Doctrine (§ 19 Abs. 2 Nr. 4)

174 Der Zugangsanspruch in § 19 Abs. 2 Nr. 4 ist verfassungsrechtlich bedenklich, da er dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt (vgl. auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**). Der Datenbegriff ist konturlos (siehe oben unter Rn. 162 ff.). Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen darüber hinaus hinsichtlich der Streichung des Kriteriums der Zumutbarkeit des begehrten Zugangs. Außerdem steht die vorgeschlagene Neufassung nicht im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung. Dies führt zu weiteren Rechtsunsicherheiten.

Fehlen des Kriteriums der Zumutbarkeit

175 Das Kriterium der Zumutbarkeit der Zugangsgewährung wurde ohne Anlass oder Erläuterung gestrichen. Die Frage der Zumutbarkeit einer Belieferungspflicht ist für die Interessenabwägung aber unerlässlich. Die ersatzlose Streichung bedroht die Position des Normadressaten, da sie die Gewichtung der Interessen zu seinen Ungunsten verlagert. Da dieses Merkmal zuvor im Wortlaut der Norm enthalten war, wird vor allem die historische Auslegung zu unnötigen Unsicherheiten führen, inwieweit die Frage der Zumutbarkeit künftig überhaupt noch zu berücksichtigen ist.

176 Darüber hinaus ermöglicht die Neufassung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 mit den vorgeschlagenen Datenzugangsrechten unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Unternehmen. Die exklusive Nutzung von Daten, die ein Unternehmen in rechtmäßiger, grundrechtsgeschützter Berufsausübung gesammelt hat, ist Ausübung der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit. Sieht man die Verfügungsbefugnis über Datenbestände als vermögenswertes Recht i.S. von Art. 14 Abs. 1 GG, ist die exklusive Nutzung von Daten zudem durch die Eigentumsgarantie gedeckt. Die Verpflichtung, bestehende Datenbestände konkurrierenden Unternehmen

zu öffnen, greift intensiv in diese Grundrechte ein, ohne dass hierfür eine entsprechende Rechtfertigung bestünde. Anders als beim Zugriff auf Netze und Infrastruktureinrichtungen, auf die sich § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB derzeit beschränkt, können Daten nämlich leicht duplizierbar sein.

Keine Angleichung an die Rechtsprechung des EuGH

177 Nach der Entwurfsbegründung (S. 74) soll die Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 zu einer Angleichung des Tatbestandes an die europäische Rechtsentwicklung führen.

178 Damit ist offenbar die Anwendung der Essential Facilities Doctrine auf Konstellationen des Zugangs zu Immaterialgütern gemeint. Die dafür vom EuGH entwickelten Kriterien sind jedoch für einen Zugang zu Daten nicht brauchbar. Insbesondere das Kriterium der Verhinderung eines neuen Produkts (EuGH, Urteil vom 29.04.2004, C-418/01, Ziff. 49 – *IMS Health*) bzw. die Einschränkung der technischen Entwicklung zulasten der Verbraucher (EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04, Ziff. 647 – *Microsoft*) ist für den Fall des Zugangs zu Daten nicht praktikabel. Es ist bereits unklar, wann Informationen derart „neu“ sein sollen, dass sie auf dem abgeleiteten Markt als ein neues Produkt oder als sonstige Innovation des Zugangspetenten anzusehen wären (vgl. *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access, 8 (2017) JIPITEC 257, para 140).

179 Davon abgesehen geht der EuGH nur von einem Missbrauch aus, wenn die Verweigerung des Zugangs geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschalten. Praktisch heißt das, dass es keinem anderen risiko- und investitionsbereiten Wettbewerber möglich oder zumutbar sein darf, einen vergleichbaren Datenbestand aufzubauen. Der Zugang muss für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers also dahingehend unentbehrlich (*indispensable*) sein, dass kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz für die Zugangsleistung besteht (vgl. nur EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97, Ziff. 41 – *Oscar Bronner*). Es müssen technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse ersichtlich sein, die eine Duplizierung der Einrichtung unmöglich oder zumindest unzumutbar machen.

180 Nach dem Referentenentwurf zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 kommt es auf Zumutbarkeitsgesichtspunkte aber gerade nicht (mehr) an. Bisher war maßgeblich, ob ein Marktzutritt ohne Mitbenutzung der Einrichtung „nicht möglich“ ist. Nun soll das Kriterium der Unmöglichkeit durch das Kriterium der objektiven Notwendigkeit ersetzt werden. Die „Notwendigkeit“ des Zugangs weist aber einen deutlich breiteren Auslegungsspielraum auf und führt damit zwangsläufig zu mehr Rechtsunsicherheit. Gleichzeitig ist schwer vorstellbar, wann die Duplizierung eines Datenbestandes für den Zugangspetenten objektiv unzumutbar sein soll. Schließlich können Daten in vielfältiger Weise parallel generiert werden.

Unklarer Anwendungsbereich

181 Ein einheitlicher Zugangsanspruch, der für Netze, Infrastruktureinrichtungen, immaterialgüterrechtlich geschützte Positionen *und* Daten gelten soll, kann der Anzahl und Komplexität möglicher Zugangsszenarien nicht gerecht werden. Das zeigt sich auch schon bei der Frage der Marktbeherrschung. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kann es ausreichen, wenn diese auf dem Markt für die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung besteht (BGH, Beschluss vom 28.06.2005, WuW/E DE-R 1520, 1523 f.). Hier trifft der Vorschlag der Geltung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB für Daten auf praktische Schwierigkeiten. Für die Frage, ob ein Unternehmen im Hinblick auf einen bestimmten Datenbestand marktbeherrschend ist, käme es nämlich darauf an, inwieweit die zu betrachtenden Daten substituierbar sind. Das ist im Zweifel nicht der Fall. Die Folge wären Zugangsansprüche gegen de facto Monopolisten auf einer unübersehbaren Vielzahl kleinteiliger „Datenmärkte“.

182 Die Formulierung „Zugang zu Daten“ ist zudem wenig aussagekräftig. Einen solchen Zugang haben grundsätzlich alle Unternehmen. Der Referentenentwurf verzichtet auf das Kriterium der Exklusivität der Inhaberschaft, wie sie im bisherigen Wortlaut durch den Begriff der „eigene[n]“ Einrichtung vorausgesetzt war. Eine Begründung fehlt.

5.2.2 Datenzugangsrechte bei relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 Abs. 1a)

183 Der neue Datenzugangsanspruch nach § 20 Abs. 1a soll gegenüber Unternehmen mit relativer Marktmacht i.S.d. geänderten § 20 Abs. 1 gelten. Dessen Anwendungsbereich wird durch die Streichung des KMU-Kriteriums erheblich erweitert. Damit weicht der Referentenentwurf einmal mehr von der Einheitlichkeit des Unionsrechts ab. Denn je mehr Fälle unter die spezifisch deutschen Regeln zur relativen Marktmacht fallen, desto stärker wird das EU-Kartellrecht fragmentiert. Das läuft nicht nur der Verwirklichung des Binnenmarktes zuwider (dazu schon oben Rn. 67 ff.). Es konterkariert auch den Zweck der Novelle, bessere Bedingungen für eine digitale Wirtschaft zu schaffen. Letzteres lässt sich nämlich gerade nicht innerhalb nationaler Grenzen gestalten.

184 Gegen den Datenzugangsanspruch als solchen bestehen – neben der bereits unter 5.1 dargestellten grundsätzlichen Kritik – insbesondere verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. auch das Gutachten von *Degenhart* in der **Anlage**). Die Vorschrift läuft auf einen Kontrahierungszwang über die Verwendung der fraglichen Daten hinaus. Er greift damit in die – negative – Vertragsfreiheit der betroffenen Unternehmen ein. Diese ist als Teil der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Art. 12, 14 GG) grundrechtlich geschützt.

185 Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für diesen Grundrechtseingriff ist nicht ersichtlich. Das gilt schon deshalb, weil der Datenzugangsanspruch im Zweifel sogar *unentgeltlich* gewährt werden soll. Das legen jedenfalls Wortlaut und Systematik des § 20 Abs. 1a nahe. Denn anders als (nun) bei § 19 Abs. 2 Nr. 4 fehlt dort die Klarstellung, dass eine (Daten-)Belieferung nur „gegen angemessenes Entgelt“ erfolgen soll – abgesehen davon, dass dies nach der Entwurfsbegründung (S. 75) – entgegen dem Wortlaut und ohne nähere Begründung – selbst bei § 19 Abs. 2 Nr. 4 nicht zwingend der Fall wäre. Ein solches Gebot der unentgeltlichen Datenüberlassung verkennt die Intensität des damit verbundenen Grundrechtseingriffs. Schon deshalb ist § 20 Abs. 1a in dieser Form nicht haltbar.

186 Hinzu kommt, dass der vorgeschlagene Zugangsanspruch bereits dort greifen soll, wo noch überhaupt keine Daten geteilt werden. Diese erstmalige Zugriffsmöglichkeit auf Unternehmensdaten, für die ein Geschäftsverkehr mit Dritten noch gar nicht eröffnet ist, greift nicht nur wiederum besonders intensiv in die grundrechtlich geschützte Vertragsabschlussfreiheit des Normadressaten ein. Sie stellt auch einen Paradigmenwechsel dar, denn das Kartellrecht dient grundsätzlich nicht der *Eröffnung* von Wettbewerbschancen.

187 Das Diskriminierungsverbot gewährt Zugangsansprüche bisher nur dort, wo bereits ein Geschäftsverkehr mit mindestens einem Dritten eröffnet ist. Auch das Behinderungsverbot erfasst einen erstmaligen Zugang zu einer Leistung lediglich in den engen Grenzen der Essential Facilites Doctrine und selbst dort nur im Ausnahmenfall (*Deselaers*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL Oktober 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 461). Eine Behinderung ist bei fehlender Markttätigkeit sonst auch gar nicht denkbar. Die Missbrauchsstudie des DICE erachtet ein Zugangsrecht daher auch nur im Fall von „Wertschöpfungsnetzwerken“ für sinnvoll, da dort stets mehrere Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen einer Wertschöpfungskette tätig sind und (möglicherweise auch schon vor einer etwaigen Marktpräsenz) zusammenarbeiten.

6. ZU WEITEREN VORGESCHLAGENEN MAßNAHMEN

6.1 Einstweilige Maßnahmen

188 Die Neufassung des § 32a soll dem BKartA eine „zeitnahe Intervention“ gegen Kartellverstöße erleichtern. Dabei soll es sich um *„eine maßvolle Absenkung der Voraussetzungen für den Einsatz von einstweiligen Maßnahmen“* handeln (Entwurfsbegründung, S. 86). Tatsächlich jedoch werden die Eingriffsbefugnisse in bedenklicher Weise ausgeweitet, ohne dass es dafür ein konkretes Regelungsbedürfnis gäbe.

6.1.1 Unzulässige Maßnahmen zugunsten einzelner Unternehmen

189 Bislang lässt § 32a einstweilige Maßnahmen nur zu, wenn sie der Abwendung eines qualifizierten Schadens für den Wettbewerb dienen. Es ist allgemein anerkannt, dass die bloße Schädigung eines einzelnen Wettbewerbers nicht über § 32a verfolgt werden kann. Auch Art. 11 der RL 1/2019 verlangt weiterhin einen Schaden „für den Wettbewerb“, obwohl es den Mitgliedsstaaten freistehen soll, die nationalen Wettbewerbsbehörden mit umfassenderen Befugnissen zur Auferlegung einstweiliger Maßnahmen auszustatten.

190 Schutzzweck des Kartellrechts ist der Bestand des Wettbewerbs als solcher, nicht die wettbewerbliche Freiheit einzelner Unternehmen. Daran sollte gerade in einem so sensiblen Bereich wie den einstweiligen Maßnahmen unbedingt festgehalten werden. Der Referentenentwurf schlägt diesbezüglich nicht weniger als einen Paradigmenwechsel vor. Die Entwurfsbegründung (S. 88) will den Wettbewerb nur noch als das „primär[e]“ Schutzgut der Regelung anerkennen. Wenn das BKartA aber sogar mit einstweiligen Maßnahmen zugunsten individueller Unternehmen in den Wettbewerb eingreifen darf, warum dann nicht auch im Wege regulärer Verwaltungsverfahren? Mit der geplanten Neufassung des § 32a droht ein Dammbruch, der die Schutzziele der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt verschieben würde.

191 Dies gilt erst recht, als es für eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs einmal mehr keinen Bedarf gibt. Die Entwurfsbegründung (S. 89) führt aus, die Weiterentwicklung des § 32a solle den funktionierenden Eilrechtsschutz durch die Zivilgerichte nicht ersetzen. Darum geht es aber gar nicht. Entscheidend ist, dass der Zivilrechtsschutz funktioniert. Wird ein Unternehmen durch den Kartellverstoß eines anderen Unternehmens geschädigt, kann es dagegen vor den Zivilgerichten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorgehen. Solche Verfahren dauern in aller Regeln kürzer als sechs Monate. Es bleibt auch nach der Entwurfsbegründung unklar, wo angesichts dessen der spezifische Bedarf für ein behördliches Eilverfahren zugunsten einzelner Unternehmen bestehen soll.

6.1.2 Eingriff unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle

192 Besonders kritisch erscheint die Neuregelung in Kombination mit der geplanten Absenkung der Eingriffsschwellen (§§ 19a, 20) und der Vielzahl der dabei verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe. Einerseits will es der Referentenentwurf dem BKartA erlauben, im Wege einer kartellrechtlichen Gefahrenabwehr bereits konkrete Untersagungsverfügungen erlassen zu können, wo ein Unternehmen noch nicht einmal marktbeherrschend ist. Das ist für sich genommen problematisch und systemwidrig (siehe oben Rn. 61 ff.). Wenn in solchen Fällen nun andererseits sogar einstweilige Maßnahmen möglich sein sollen, steht die rechtsstaatlich geforderte Vorhersehbarkeit von Behördenentscheidungen vollends in Frage. Wie soll ein Unternehmen planen und z.B. große Investitionsentscheidungen zur Expansion in neue Geschäftsfelder treffen, wenn es stets damit rechnen muss, dabei vom BKartA gestoppt zu werden? Der Referentenentwurf erweist sich hier einmal mehr als ein Hemmnis für Innovation, letztlich zum Nachteil der Verbraucher.

193 Als Mindestforderung sollten deshalb von der Anwendbarkeit einstweiliger Maßnahmen diejenigen kartellbehördlichen Verfügungen ausgenommen werden, die ein Eingreifen bereits unterhalb der herkömmlichen Marktbeherrschungsschwelle erlauben, oder – jedenfalls für einen Übergangszeitraum – die auf neuartigen Konzepten basieren, zu denen es noch an gesicherter Entscheidungspraxis des BKartA und erst recht der Gerichte fehlt. Konkret wären dies Maßnahmen nach § 19a Abs. 2, die auf die Annahme einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung" gestützt wären, auf Verfügungen unter der Annahme von „Intermediationsmacht" (§ 18 Abs. 3b), und auf Maßnahmen gegen Unternehmen mit „relativer" oder „überlegener" Marktmacht (§ 20). In diesen Fällen besteht eine zu große Diskrepanz zwischen der Grundrechtsbetroffenheit der Unternehmen und den Unwägbarkeiten des Vorliegens der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff des BKartA.

6.2 Fusionskontrolle

194 Grundsätzlich begrüßen wir die vorgeschlagenen Änderungen bei der Fusionskontrolle. Die Erhöhung der zweiten Inlandsschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2) und insbesondere auch die Streichung der sog. Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1) führen zu mehr Rechtssicherheit und zu einer willkommenen Verfahrenserleichterung bei der Übernahme kleinerer Unternehmen.

195 Mit der Einfügung eines neuen § 39a will der Referentenentwurf jedoch nun die sog. „Killer-Akquisitionen" adressieren. Damit sind zunächst nur Konstellationen gemeint, in denen ein etabliertes Unternehmen kleinere Wettbewerber zu dem alleinigen Zweck kauft, deren Geschäft nach dem Erwerb nicht fortzuführen und so die eigene Marktposition zu sichern. In der dazu geführten Diskussion wurde der Begriff aber auch schon in einem weiteren Sinne für Technologie- oder Know-How-Zukäufe verwendet, bei denen das Zielunternehmen auch überleben kann.

196 § 39a geht zu Unrecht davon aus, dass Zusammenschlüsse per se aus wettbewerbswidrigen Motiven erfolgen und ignoriert, dass Übernahmen ökonomisch vor allem auf Wertschaffung bzw. Kosteneinsparung abzielen. In dynamischen Märkten ist es der Wettbewerb um die besten Innovationen, der Unternehmen dazu veranlasst, Innovation extern zu erwerben.

197 Indem § 39a die Transaktionskosten für potenzielle Erwerber erhöht, ist es wahrscheinlicher, dass effizienzerhöhende Zusammenschlüsse verhindert werden. Darüber hinaus schadet der Regelungsvorschlag sowohl Start-ups als auch anderen kleineren Unternehmen. § 39a wirkt sich beispielsweise negativ auf die Bereitstellung von Wagniskapital aus. Investoren wie z.B. GV (ehemals Google Ventures) werden davon absehen, in Deutschland ansässigen Unternehmen Wagniskapital anzubieten, wenn sie diese wahrscheinlich später nicht erwerben können. Für Gründer bedeutet der Wegfall des Verkaufs als Ausstiegsoption ein zusätzliches Geschäftsrisiko, das sie im schlimmsten Fall von der Gründung abhält.

198 Schließlich greift § 39a auch unverhältnismäßig in die grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit der betroffenen Zielgesellschaften ein. Dies gilt vor allem für Unternehmen, die eine kritische Masse an Nutzern benötigen, um mit ihren innovativen Geschäftsideen auch wirtschaftlich erfolgreich sein zu können. Häufig können solche Innovationen nur mit Hilfe der erwerbenden Investoren einen kommerziellen Durchbruch erzielen, da sie die notwendigen komplementären Fähigkeiten und Ressourcen mitbringen. Erst so können ungenutzte Netzwerkvorteile realisiert und Synergiepotenziale genutzt werden.

199 Letztlich würde die Untersagung solcher effizienzsteigernden Zusammenschlüsse vor allen den Verbrauchern schaden. Schließlich sind es die Verbraucher, die profitieren, wenn einem Produkt, das sie nutzen, ein innovatives Feature hinzugefügt wird, die Komplementarität zu einem anderen Produkt hergestellt wird oder die Nutzerzahl steigt.

200 Im Übrigen warnen wir davor, eine vergleichbare Konstellation nun durch den vorgeschlagenen § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 gewissermaßen „durch die Hintertür“ erfassen zu wollen – die Situation nämlich, dass ein Unternehmenskauf der Erweiterung des eigenen Geschäfts in andere Märkte dient. Solche konglomeraten Zukäufe müssen erlaubt bleiben, und es wäre widersprüchlich, sie dann als „Aufrollen“ des neuen Marktes untersagen zu wollen. Insoweit muss es konsequent dabei bleiben, solche Akquisitionen allein nach den Maßstäben der Fusionskontrolle zu beurteilen, ohne deren Aufgreifschwellen wie jetzt mit § 39a vorgesehen künstlich abzusenken, und daran nicht gleichzeitig mit den Mitteln einer Untersagungsverfügung nach § 19a Abs. 2 anknüpfen zu wollen.

München, den 13. Februar 2020

Anlage: Rechtsgutachten von *Prof. Dr. Christoph Degenhart*, Verfassungsfragen eines 10. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Januar 2020.

Verfassungsfragen eines 10. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf der Grundlage des Referentenentwurfs vom 23. Januar 2020

Rechtsgutachten
erstellt von
Prof. Dr. iur. Christoph *Degenhart*
em.o. Prof. an der Universität Leipzig

Gutachtensauftrag

Der Referentenentwurf für ein Zehntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 23.01. 2020 befindet sich derzeit (Januar 2020) im Stadium der Verbändeanhörung. Zu einem ersten Entwurf mit Stand vom 07.10.2019[1] habe ich bereits im Auftrag der Amazon Deutschland Services GmbH rechtsgutachtlich Stellung genommen. Diese Stellungnahme wird nachstehend aktualisiert.

[1] https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/10/GWB-Digitalisierungsgesetz-Fassung-Ressortabstimmung.pdf, zuletzt abgerufen am 11.01.2010.

Summary

Das Gutachten kommt. i.W. zu diesen Ergebnissen:

Der Entwurf einer 10. GWB-Novelle begründet nach seiner Zielrichtung und seinen Inhalten verfassungsrechtlich bedenkliches Sonderkartellrecht. Wesentliche Bestimmungen des Entwurfs sind verfassungswidrig. Dies gilt für die Verbotstatbestände des § 19a Abs. 2 Satz1 Nr. 1 – Verbot der Selbstbevorzugung – , Nr. 2 – Expansion des marktstarken Unternehmens in benachbarte Märkte – und Nr. 3 – Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten auf anderen Märkten – sowie die Beweislastumkehr und die Verfahrensbestimmungen nach Abs. 2 Satz 2 – 5; ferner für § 19 Abs. 2 Nr. 4 in der Entwurfsfassung – Essential Facility Doktrin für „Daten“ – .

Europarechtskonformität ist nicht gesichert.

1. Der Entwurf bedeutet einen mehrfachen Paradigmenwechsel im Recht der Missbrauchsaufsicht, die proaktiv und präventiv erfolgen soll. Das Bundeskartellamt soll Verbotsverfügungen bereits dann erlassen, wenn es für ein Unternehmen „überragende marktübergreifende Bedeutung“ feststellt, so § 19a des Entwurfs. Die Novelle richtet sich zudem gegen inneres Unternehmenswachstum. Einen Paradigmenwechsel bedeutet auch die Beweislastumkehr für Verfügungen nach § 19a Abs. 1 und 2 des Entwurfs.

2. Der Entwurf richtet sich vor allem gegen „die großen digitalen Plattformen“, so die erklärte Zielsetzung und begründet verfassungs- wie europarechtlich problematisches Sonderkartellrecht.

3. So könnte zB einem Unternehmen, für das nach § 19a Abs. 1 GWB in der Entwurfsfassung das Bundeskartellamt eine überragende marktübergreifende Stellung feststellt, gleichzeitig verboten werden, seine Ressourcen einzusetzen, um in andere Märkte zu expandieren und zu diversifizieren.

4. Der Entwurf sieht, besonders in der zentralen Bestimmung des § 19a des Entwurfs, intensive Eingriffe in Grundrechte der Unternehmen vor. Er verfehlt hierbei den verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich zwischen Grundrechten und öffentlichen Interessen in mehrfacher Hinsicht.

5. Er beruht schon im Ansatz auf einer gravierenden Fehlgewichtung der Grundrechte der betroffenen, marktstarken Unternehmen. Sie werden in § 19a des Entwurfs, aber auch in weiteren Bestimmungen zu Unrecht in

die Rolle des „Störers“ gedrängt. Der Gesetzentwurf richtet sich zudem zu undifferenziert gegen die „Digitalwirtschaft“.

6. Die Beweislastumkehr, verbunden mit der Verbindung von Feststellungs- und Verbotsverfügungen nach 19a des Entwurfs, auch im Rahmen einstweiliger Maßnahmen nach § 32 GWB, verkürzt in verfassungswidriger Weise den Rechtsschutz der Unternehmen.

7. Die Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe mit teilweise neuen Begriffsbildungen verstößt angesichts der weit gefassten Befugnisse des Bundeskartellamts gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.

8. § 19a Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs sieht iVm Abs.1 unverhältnismäßige und deshalb verfassungswidrige Eingriffe in Grundrechte der Unternehmen vor. Dies gilt insbesondere für das Verbot der Selbstbevorzugung in Nr. 1, das sie verpflichtet, den Wettbewerb gegen sich selbst zu fördern, und die Verbotsnormen nach Nrn. 2 und 3, die sich gegen inneres Wachstum der Unternehmen richten. Bei Nr. 2 geht es um eine allenfalls abstrakte Gefährdung eines begrifflich unklaren Wettbewerbsprozesses, bei Nr. 3 um ein Verbot der Nutzung der betrieblichen Daten.

9. Die Erweiterung des Zugangsrechts zu Daten nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB beruht auf einer verfehlten Gleichsetzung von „Daten“ mit Infrastruktur und Netzen und verletzt die Unternehmen in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG.

10. Die Umkehr der Beweislast verstößt gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG; das Gebot einer grundrechtssichernden Verfahrensgestaltung wird verfehlt.

11. Der Entwurf wirft europarechtliche Fragen auf. Die Beweislastumkehr nach § 19a des Entwurfs steht im Widerspruch zur Beweislastregel des Art. 2 der VO (EG) 1/2003 als der Gewährleistung der auch nach europäischem Recht grundlegenden Verteidigungsrechten. Dass Art. 102 AEUV unter bestimmten Voraussetzungen weitergehende Anforderungen im nationalen Recht zulässt, bedeutet noch nicht die Unionsrechtskonformität eines sektorspezifischen Sonderkartellrechts, wie es der vorliegende Entwurf enthält.

Diese Ergebnisse beruhen auf nachstehenden Überlegungen, denen der besseren Übersichtlichkeit halber eine Inhaltsgliederung vorausgestellt wird.

Inhalt

Gutachtensauftrag **2**

Summary **3**

Inhalt **5**

I. Gegenstand der Beurteilung – Inhalt und Wirkungen der Novelle **6**

1. „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ – die zentrale Bestimmung des § 19a *6*
a) „Modernisierung“ der Missbrauchsaufsicht für die „digitale Wirtschaft“ – Zielsetzung und Systematik der Norm 6
b) Überragende marktübergreifende Bedeutung – Indizien 8
c) Behinderungstatbestände des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 - 5 GWB-E 9
d) Verfahrensgestaltung – Beweislastumkehr und einstweilige Maßnahmen 11

2. Ergänzende Bestimmungen *12*
a) Zugang zu Daten 12
b) Intermediationsmacht, normative Kausalität, Tipping 12

3. Ordnungswidrigkeiten *14*

II. Kartellrechtlicher Paradigmenwechsel und Sonderkartellrecht – verfassungsrechtliche Fragestellung **14**

1. Sonderkartellrecht im Kontext digitaler Plattformen *14*
a) Paradigmenwechsel: Marktbeherrschung, Ex-Ante-Aufsicht 14
b) Verfahrensrecht und Beweislast 16

2. Verfassungsrechtliche Fragestellung *16*

3. Exkurs: Unionsrecht *17*

4. Auswirkungen der Novelle auf die Unternehmen *18*
a) Adressatenstellung 18
b) Verbotsnormen 19

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung **20**

1. Grundrechtstatbestand des Art. 12 Abs. 1 GG *21*
a) Personeller Schutzbereich - Inländische juristische Personen 21
b) Objektiver Schutzbereich – Unternehmen- und Wettbewerbsfreiheit 22

2. Verfassungsrechtlicher Standort der Missbrauchsaufsicht und Eingriffsqualität – Maßstäbe *24*
a) Eingriffsnormen und berufsregelnde Tendenz 24
b) Funktionsbedingungen des Wettbewerbs und Grundrechtseingriff 25
c) Marktmacht und Grundrechte – marktstarke Unternehmen als „Störer“? 26

3. Eingriffsrechtfertigung? – zu § 19a GWB-E *28*
a) § 19a GWB als Berufsausübungsregelung 28
b) Zielsetzung des Gesetzes und Sonderkartellrecht 29
c) Einzelne Verbotstatbestände 31
d) Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot 37
e) Unverhältnismäßigkeit 39

4. Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG *40*

5. Ergänzende Bestimmungen – insbesondere: Zugang zu Daten *42*

6. Weitere Tatbestände eines Sonderkartellrechts *44*

I. Gegenstand der Beurteilung – Inhalt und Wirkungen der Novelle

1. „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ – die zentrale Bestimmung des § 19a

a) „Modernisierung“ der Missbrauchsaufsicht für die „digitale Wirtschaft“ – Zielsetzung und Systematik der Norm

Mit der Novelle soll zum einen die ECN+-Richtlinie[2] umgesetzt werden, zum anderen geht es ausweislich der Entwurfsbegründung um regulatorische Rahmenbedingungen, insbesondere um eine Anpassung der Missbrauchsaufsicht für die Digitalwirtschaft, und hier insbesondere die Plattformwirtschaft. Im Mittelpunkt steht die neu einzufügende Bestimmung des § 19a GWB – im Folgenden: § 19a GWB-E. Sie ist im Schwerpunkt Gegenstand der nachstehenden Untersuchung.

Die Bestimmung lautet:

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

(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.

---

[2] Amtsblatt EU vom 14.01.2019, L1 11/1.

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

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote;

2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung auch ohne marktbeherrschend zu sein schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen;

3. durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen;

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

5. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren.

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

(3) §§ 19 und 20 bleiben unberührt."

Ausweislich der Entwurfsbegründung soll mit dieser Bestimmung eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden, die „dem Bundeskartellamt eine effektivere Kontrolle derjenigen großen Digitalkonzerne" ermöglichen soll, denen auf Märkten iSd § 18 Abs. 3a GWB,[3] also auf mehrseitigen Märkten und in Netzwerken „eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt". Eine marktbeherrschende Stellung ist hiernach nicht erforderlich. Dies bedeutet Missbrauchsaufsicht ohne Marktbeherrschung und ist gerade auf Märkten iSd § 18 Abs. 3a GWB von besonderer Bedeutung angesichts der praktischen Schwierigkeiten, allein in Anwendung der Kriterien dieser Bestimmung eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen.[4] Die überragende marktübergreifende Bedeutung verbind-

---

[3] I.d.F. durch die am 09.06.2917 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle.

[4] Vgl. *Pautke/Schultze*, WuW 2019, 2 (5).

lich durch Verfügung festzustellen, wird das Bundeskartellamt in § 19a Abs. 1 GWB-E ermächtigt. Nach Abs. 2 „kann“ es diesen Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen untersagen. Die Untersagungsverfügung nach Abs. 2 kann gemäß Abs. 2 Satz 5 mit der feststellenden Verfügung nach Abs. 1 verbunden werden.

b) Überragende marktübergreifende Bedeutung – Indizien

Das Kriterium der Erheblichkeit soll, so die Entwurfsbegründung, sicherstellen, „dass nur Unternehmen mit Schwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle der Norm unterfallen.“[5] Nach dem Wortlaut der Norm erscheint dies allerdings nicht zwingend, die Einbeziehung von Unternehmen mit analogen Geschäftsmodellen nicht ausgeschlossen. Für die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung, eine neu in das Gesetz aufgenommenen Begriffs, benennt dessen Satz 2 in Nr. 1 - 5 eine Reihe von Regelbeispielen. Hierbei sind „insbesondere“[6] zu berücksichtigen: die marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten (Nr. 1), Finanzkraft und Zugang zu Ressourcen (Nr. 2), vertikale Integration und Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten (Nr. 3), Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten – der Begriff der Daten wird nicht näher spezifiziert – (Nr. 4) und Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter (Nr. 5). Die Bestimmung ist auch ausweislich der Begründung auf die „digitale Wirtschaft“ zugeschnitten – ohne dass der Begriff operabel definiert würde – und will die Intermediationsmacht der Plattformökonomie[7] erfassen.

Nach Wortlaut und Systematik der Norm setzt die Feststellung nach Abs. 1 nicht die marktbeherrschende Stellung auf einem der in Frage kommenden Märke voraus.[8] Sie ist eines der nicht abschließend aufgezählten Indizien,[9]

---

5 Vgl. Entwurfsbegründung S. 77.

6 Vgl. Entwurfsbegründung S. 77: verschiedene, nicht abschließende Kriterien, wichtige Indizien.

7 Zu Online-Plattformen im Kartellrecht etwa *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10.

8 So auch *Kredel/Kresken*, NZKart 2010, 2 (3 f.).

9 Entwurfsbegründung S. 77; dass es sich um ein „wesensgleiches Mehr“ zu einer marktbeherrschenden Stellung handeln könnte, wie *Kredel/Kresken a.a.O.* mutmaßen, ist hiernach fernliegend.

die bei der Ausfüllung des neu in das Gesetz eingeführten unbestimmten Rechtsbegriffs der überragenden marktübergreifenden Bedeutung zu berücksichtigen sind. So sollen nach der Entwurfsbegründung auch Unternehmen von der Norm erfasst werden, die in erheblichem Umfang auf Märkten iSd § 18 Abs. 3a GWB tätig sind, deren überragende marktübergreifende Bedeutung sich aber auch aus anderen Aktivitäten auf digitalen Märkten speist.[10] Dass ein Markt beherrscht wird, dies wird lediglich bei der Verbotsnorm des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB-E vorausgesetzt, doch handelt es sich hierbei nur um eine von unterschiedlichen Eingriffsermächtigungen. Auch genügt gemäß § 19a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB-E die marktbeherrschende Stellung auf nur einem Markt, um das Unternehmen auf anderen, auch analogen Märkten den Verbotstatbeständen des § 19a Abs. 2 GWB-E, insbesondere dessen Nr. 3 zu unterwerfen, auch dies eine Erweiterung des Missbrauchsaufsicht, die sich im Ergebnis gegen inneres Wachstum der Unternehmen richten kann – bereits hierin deutet sich ein Paradigmenwechsel an.

c) Behinderungstatbestände des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 - 5 GWB-E

Erweiterte Befugnisse des Bundeskartellamts gegenüber den Unternehmen, für die es die feststellende Verfügung nach § 19a Abs. 1 GWB-E getroffen hat, ergeben sich aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 – 5 GWB-E. Ein besonderes, von der Kartellbehörde zu treffendes Werturteil der „Unbilligkeit“ wie beim allgemeinen Behinderungstatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist nicht erforderlich. Da die Verbotsverfügung nach § 19a Abs. 2 GWB-E zusammen mit der Feststellung nach Abs. 1 getroffen werden kann, so der Gesetzentwurf, kann eine Verbotsverfügung ergehen, ohne dass das betroffene Unternehmen sich bis dahin missbräuchlich verhalten hätte.[11]

---

10 Entwurfsbegründung a.a.O.

11 Demgegenüber ist für Abstellungsverfügung nach § 32 GWB grundsätzlich ein Verstoß gegen die Verbote des GWB bzw. der Art. 101 und 102 AEUV erforderlich, jedenfalls aber eine unmittelbar bevorstehende Zuwiderhandlung, also eine konkrete Begehungsgefahr, vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/*Bunte*, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 32 Rdn. 15; die Entwurfsbegründung spricht von einer Regelung vergleichbar einer widerleglichen Vermutung, S. 80..

Nr. 1 enthält ein Verbot der Selbstbevorzugung oder Selbstbegünstigung (Self-Preferencing) bzw. ein Gebot der „Gleichbehandlung mit sich selbst".[12] Nr. 2 enthält ein Behinderungsverbot für Märkte, auf denen das Unternehmen nicht marktbeherrschend ist, aber seine Stellung „schnell ausbauen kann". Die nach Nr. 1 und Nr. 2 zu begründenden Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamts sind vor allem für vertikal integrierte Plattformen von Bedeutung und damit u.a. für Unternehmen, die als Marktplatzbetreiber und Händler tätig sind.[13] In § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB-E zeichnet sich ein Paradigmenwechsel im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ab. Anknüpfungspunkt für ein Eingreifen des Bundeskartellamts soll hiernach die Expansion eines Unternehmens mit überragender marktübergreifender Bedeutung in einen weiteren Markt sein. Eine derartige Kontrolle internen Unternehmenswachstums ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in seiner bisherigen Fassung nicht angelegt. Dies betrifft auch die Ermächtigungsgrundlage des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB-E. Anknüpfungspunkt ist die Nutzung der auf einem beherrschten Markt gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten außerhalb dieses beherrschten Marktes.[14] Nr. 4 richtet sich gegen eine Behinderung des Wettbewerbs durch Erschwerung der Interoperabilität von Produkten und Leistungen oder der Portabilität Daten, Nr. 5 gegen die Zurückhaltung von Informationen, also dagegen, dass Unternehmen nach Abs. 1 sich durch einen Informationsvorsprung Wettbewerbsvorteile verschaffen.[15]

Die zentrale Bestimmung des § 19a GWB-E ist mithin auf eine deutliche Erweiterung und Vertiefung der Befugnisse der Kartellbehörde ausgelegt.

---

12 Dazu näher u. III.3.c) bb).

13 Vgl. *Busch* a.a.O.; *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (14 f.), *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* a.a.O.; zum Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission Amazon Marketplace (Fall AT 40462) s. *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (500); dort auch zum Verfahren des Bundeskartellamts.

14 Zur Nutzung der von Drittanbietern generierten Daten s. *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (18).

15 S. dazu *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* a.a.O. S. 159 ff.

d) Verfahrensgestaltung – Beweislastumkehr und einstweilige Maßnahmen

Die Befugnisse nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 – 5 GBW-E sollen gemäß Satz 2 dann allerdings nicht gelten, wenn die dort genannten Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt sind. Die Rechtsposition der Unternehmen gegenüber Verbotsverfügungen wird jedoch dadurch entscheidend geschwächt, dass in Abs. 2 Satz 3 ihnen hierfür die Darlegungs- und Beweislast obliegt. Diese Umkehr der Beweislast bedeutet eine Abkehr vom Amtsermittlungsprinzip des § 57 GWB.[16] Auch nach europäischem Recht liegt gem. Art. 2 der Verordnung (EG) 1/2003 die Beweislast bei der Behörde.[17]

Die Eingriffsbefugnisse der Kartellaufsicht werden ergänzt durch die Befugnis, einstweilige Maßnahmen anzuordnen, § 19a Abs. 2 Satz 4 GWB-E iVm § 32a GWB. Die Verweisung ist inhaltlich nicht eingeschränkt. Die Ermächtigung zu vorläufigen Maßnahmen soll sich also sowohl auf feststellende Verfügungen nach § 19a Abs. 1 GWB-E wie auch auf Verbotsverfügungen nach Abs. 2 erstrecken. Denn auch feststellende Verfügungen entbehren nicht des Maßnahmencharakters. Die Befugnisse der Kartellbehörde zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen erlangen erhöhtes Gewicht dadurch, dass auch die Voraussetzungen hierfür in § 32a GWB neu gefasst werden sollen. Nach der geltenden Fassung können einstweilige Maßnahmen nur in dringenden Fällen einer Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb getroffen werden. Nach der Neufassung soll dies bereits dann gelten, „wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 32 Absatz 1 überwiegend wahrscheinlich erscheint und die Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist.“[18] Für die Behörde bedeutet dies eine erhebliche Beweiserleichterung für die Behörde.[19]

---

16 S. *Schneider*, in: Langen/*Bunte*, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 57 Rdn. 20.

17 Näher nachstehend II.3., S 17.

18 Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung s.u. III.4, S. 40 f.

19 *Kredel/Kresken* NZKart 2010, 2 (5).

2. Ergänzende Bestimmungen

a) Zugang zu Daten

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf rücken „Daten“ in den Focus der Missbrauchsaufsicht. Eine Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB über verbotenes – missbräuchliches – Verhalten von Unternehmen soll klarstellen, dass auch eine Verweigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen und insbesondere auch die Verweigerung des Zugangs zu Daten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen kann.[20] Damit werden „Daten“ – ohne dass dieser vielschichtige Begriff näher definiert würde – gleichgesetzt mit Infrastruktureinrichtungen und Netzwerken, etwa iSd Essential Facility Doktrin.[21].

§ 20 Abs. 1a GWB-E sieht erstmals einen Anspruch auf Zugang zu Daten vor, die ein Unternehmen bisher ausschließlich für eigene Zwecke nutzt. Hiernach kann die Verweigerung des Zugangs eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein anderes Unternehmen darauf angewiesen ist, dies auch dann, „wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist“. Auch wenn dies für alle Wirtschaftsbereiche gelten soll, zielt der Änderungsvorschlag doch vor allem auf die „digitale Wirtschaft“,[22] für die sie von besonderem Nutzen sei, so die Entwurfsbegründung[23] – ohne hierbei den Begriff der digitalen Wirtschaft näher zu präzisieren, was umso mehr geboten erschiene, als davon ausgegangen wird, dass die Digitalisierung alle Bereiche der Wirtschaft erfasst.

b) Intermediationsmacht, normative Kausalität, Tipping

In weiteren punktuellen Änderungen zielt der Gesetzentwurf für eine 10. GWB-Novelle auf eine weitergehende Erfassung der Intermediationsmacht

---

20 Begründung zu Nr. 3 Buchst b des Referentenentwurfs, Entwurfsbegründung S. 74.

21 Vgl. hierzu *Eilmannsberger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rdn. 70 ff.

22 Vgl. *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 zum Kartellrecht im elektronischen Zeitalter.

23 Entwurfsbegründung zu Nr. 6, S. 87, auch hier bezugnehmend auf die Empfehlungen von Untersuchung von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*.

digitaler Plattformen ab, so durch Einfügung eines Absatzes 3b in § 18 GWB, wonach für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch die Bedeutung seiner Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von Bedeutung sein soll. Damit soll, so die Entwurfsbegründung, das Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ in die Marktbeherrschungsprüfung des GWB integriert werden.[24]

Geändert werden soll nach dem Entwurf auch die Bestimmung des § 19 Abs. 1 GWB. Nach ihrer geltenden Fassung kommt es für das Missbrauchsverbot auf die „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen“ an. Nach der Entwurfsfassung soll es nur noch auf den „Missbrauch“ ankommen. Damit soll klargestellt werden, dass es nicht auf „strikte Kausalität“,[25] sondern auf „normative Kausalität“ ankommen soll. Entscheidend soll nicht mehr sein, dass das Unternehmen das „missbräuchliche“ Verhalten allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen konnte,[26] sondern nur noch deren Vorliegen. Die bisherige Fassung des § 19 Abs. 1 GWB entspricht Art. 102 AEUV, die Entwurfsfassung weicht im Wortlaut davon ab.

Ein in § 20 GWB neu einzufügender Abs. 3a will präventiv das sog. Tipping erfassen, also die Transformation eines Marktes iSd § 18 Abs. 3a GWB in einen hochkonzentrierten Markt auf Grund positiver Netzwerkeffekte.[27] Auch insoweit ist es bereichsspezifisch bereits die Marktstellung eines Unternehmens, die im Blick nur auf abstrakte Gefahren für den Wettbewerb[28] Maßnahmen der Missbrauchsaufsicht rechtfertigen soll.

---

24 Begründung zu Nr. 2 Buchst. b) – einzufügender Abs. 3b in § 18 GWB –, Entwurfsbegründung S. 71 f. unter Bezugnahme auf *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*.

25 S. zum Kausalitätserfordernis nach § 19 Abs. 1 GWB in der geltenden Fassung *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (499), zur Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts.

26 Entwurfsbegründung S. 72.

27 Vgl. zu „Tipping“ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* S. 16

28 S. demgegenüber *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/*Bunte*, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 32 Rdn. 15 zum Erfordernis der konkreten Begehungsgefahr.

3. Ordnungswidrigkeiten

Der Gesetzentwurf sieht vor, die Bußgeldvorschriften des § 81 GWB an die Gesetzesänderungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht anzupassen. § 81 Abs. 2 Nr. 2 GWB in der Entwurfsfassung statuiert ausdrücklich die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 19a Abs. 2 als Ordnungswidrigkeit, § 81 Abs. 2 Nr. 1 wie bisher Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften u.a. der §§ 19 und 20 GWB unter ausdrücklicher Einbeziehung des Abs. 3a in § 20. GWB. Mithin sind die im Entwurf vorgesehenen Verpflichtungen der Unternehmen durchweg bußgeldbewehrt; dies betrifft unmittelbar sich aus dem Gesetz ergebende Verhaltenspflichten wie auch die im Katalog des § 19 Abs. 2 GWB-E aufgeführten Verhaltensweisen im Fall einer Verbotsverfügung.

II. Kartellrechtlicher Paradigmenwechsel und Sonderkartellrecht – verfassungsrechtliche Fragestellung

1. Sonderkartellrecht im Kontext digitaler Plattformen

a) Paradigmenwechsel: Marktbeherrschung, Ex-Ante-Aufsicht

Digitalen Plattformen, in deren Kontext die Ziele der Novelle zu sehen sind, [29] gilt seit geraumer Zeit gesteigerte Aufmerksamkeit der Kartellaufsicht.[30] Im Focus stehen Betreiber digitaler Plattformen wie Amazon. Bereits im Zuge der 9. GWB-Novelle waren die Unternehmen einer sektorspezifischen Sonderregelung dadurch unterworfen worden, dass für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nicht mehr zwingend auf den Marktanteil abzustellen war.[31] Die Verschärfung („Modernisierung“) der Kartellaufsicht im Entwurf der 10. GWB-Novelle gilt für Unternehmen, die auf Märkten gemäß § 18a Abs. 3a GWB tätig sind; es soll also eine bereichsspezifi-

---

29 Vgl. *Pautke/Schultze*, WuW 2019, 2 ff.

30 *Pautke/Schultze* a.a.O. führen hierzu neben einer Reihe von Verfahren des Bundeskartellamts u.a. auf: BKartA, Arbeitspapier Juni 2016, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, http://hbfm.link/4101**;** das 68. Sondergutachten der Monopolkommission „Herausforderungen in digitalen Märkten“, BMWi, Ergebnispapier April 2018, Industrie 4.0 - Kartellrechtliche Betrachtungen, http://hbfm.link/4108 sowie die Untersuchung von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker.*

31 Vgl. *Pautke/Schultze*, WuW 2019, 2 (5).

sche Missbrauchskontrolle erfolgen. Bereits in § 18 Abs. 3a GWB im Zuge der 9. GWB-Novelle[32] war eine sektorspezifische Sonderregelung angelegt. Sie soll nach dem Entwurf der 10. GWB-Novelle dadurch erweitert werden, dass Maßnahmen der Missbrauchsaufsicht unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung in den Fällen des § 19a GWB-E eröffnet werden, ebenso in den Fällen des § 20 Abs. 3a GWB-E, hier vor allem auf Grund der Vorverlagerung der Eingriffsschwelle. Die sonderkartellrechtlichen Bestimmungen der 10. GWB-Novelle richten sich also vor allem gegen Unternehmen, die, ohne notwendig marktbeherrschend zu sein, doch über eine hervorgehobene Stellung auf einem oder mehreren Märkten innehaben oder aus anderen Gründen über ein hohes wettbewerbliches Potential verfügen.

Diese werden nach dem Gesetzentwurf als Gefahr für die Wettbewerbsordnung des GWB eingestuft, ohne dass tatsächlich bereits eine Marktstörung oder anderweitige Behinderung des Wettbewerbs vorliegen müsste, und schon deshalb zum Adressaten aufsichtlicher Maßnahmen bestimmt. Wenn die Kartellbehörde gegen sie proaktiv, also präventiv einschreiten kann,[33] so zeichnet sich auch hierin Paradigmenwechsel ab, ebenso wie in der Zielrichtung der Eingriffsbefugnisse, wenn diese sich auch gegen inneres Wachstum richten, so iFd § 19a Abs.2 Satz 1 Nr. 2 GWB-E bei Unternehmen, die ihre Stellung auf einem Markt, ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen können. Auch die Ermächtigung nach Nr. 3, die die Nutzung von „Daten“ außerhalb eines beherrschten Marktes beschränkt, kann sich gegen internes Unternehmenswachstum richten, ebenso wie die Bestimmung zu Tipping in § 20 Abs. 3a GWB-E. Ein Unternehmen am Wachstum zu hindern, es mit dieser Zielsetzung in der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb zu beschränken, berührt wiederum in hohem Maße die Freiheiten wirtschaftlichen Handelns und bedarf hierin der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.[34]

Dies gilt auch für weitere Ermächtigungsnormen des Entwurfs der 10. GWB-Novelle wie das Verbot der Selbstbevorzugung nach § 19a Abs. 2

---

32 Vgl. *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, Einl. Rdn. 61 ff.

33 Für proaktives Eingriffen *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* S. 166.

34 Dazu näher u. III.3 c) bb), S. 32.

Satz 1 Nr. 1 GWB-E und die Ausweitung der Essential Facility Doktrin auf Daten in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GW-E.[35]

b) Verfahrensrecht und Beweislast

Einen Paradigmenwechsel sieht der Gesetzentwurf für eine 10. GWB-Novelle auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht im Wege einer Beweislastumkehr vor. Im Bereich der Eingriffsverwaltung – also auch der Verbotsnormen der Missbrauchsaufsicht – gilt für die materielle Beweislast der Grundsatz, dass hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Eingriffs ein non liquet zu Lasten der Behörde geht.[36] Die Behörde muss also, will sie kartellrechtlich einschreiten, die Voraussetzungen eines Missbrauchstatbestandes darlegen und ggf. beweisen. Nach der Fassung des § 19a Abs. 2 GWB-E aber ist es gerade nicht erforderlich, dass der Maßnahmenadressat sich missbräuchlich verhält. Das Bundeskartellamt kann vielmehr die in § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 – 5 GWB-E aufgeführten Verhaltensweisen untersagen, ohne dass ein bestimmtes Verhalten des Maßnahmenadressaten zu Marktstörungen führen müsste. Dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr eines entsprechenden Verhaltens, also einer Behinderung iSd Tatbestände nach § 19 Abs. 2 GWB dargelegt werden muss, auch dies ist dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen.

2. Verfassungsrechtliche Fragestellung

Der Paradigmenwechsel der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht wirft verfassungsrechtliche Fragen auf.[37] Der Entwurf nimmt das Innehaben und die Nutzung einer überragenden marktübergreifenden Position im Wettbewerb zum Anlass erweiterter und intensivierter Eingriffsbefugnisse. Er bewegt sich damit im tatbestandlichen Schutzbereich grundrechtlicher Freihei-

---

35 Dazu näher u. III.3.c) cc), S. 33.

36 Vgl. *Schneider*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 57 Rdn.20.

37 Dazu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 19 Rdn.2.

ten wirtschaftlichen Handelns,[38] der Unternehmerfreiheit, der Wettbewerbsfreiheit[39] und der Vertragsfreiheit. Inwieweit hier neben Art. 12 Abs. 1 GG[40] die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zur Geltung kommen, soll hier zunächst dahingestellt bleiben.[41] Denn hiervon unabhängig stellt sich hier die grundsätzliche Frage nach dem verfassungsrechtlichen Standort der Missbrauchsaufsicht. Damit verbunden ist die Frage einer spezifischen auch verfassungsrechtlichen Pflichtigkeit marktbeherrschender oder marktstarker Unternehmen, wenn diese besonderen Beschränkungen in ihrem Marktverhalten unterworfen werden,[42] vergleichbar einer Marktstrukturverantwortung, in der der EuGH marktbeherrschende Unternehmen sieht.[43] Präventive Aufsichtsmaßnahmen gegenüber marktstarken Unternehmen kennt das TKG im Fall der §§ 9 ff. TKG. Sie setzen grundsätzlich ein Marktversagen voraus.[44] Für die präventive Missbrauchsaufsicht nach dem Entwurf einer 10. GWB-Novelle müssten vergleichbare rechtfertigende Gründe gegeben sein. Der Paradigmenwechsel in der Missbrauchsaufsicht ist mithin auch eine Frage des Verfassungsrechts. Die vorgesehene Beweislastumkehr berührt zudem die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.[45]

3. Exkurs: Unionsrecht

Der Gesetzentwurf wirft Fragestellungen des Unionsrechts auf. Er geht insbesondere im Sonderkartellrecht nach § 19a GWB-E deutlich über europäi-

---

38 Vgl. zur Unternehmerfreiheit *Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rdn. 86 ff.; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 70.

39 Zum Begriff *Breuer* a.a.O. Rdn. 89.

40 *Breuer* a.a.O.

41 Dazu nachstehend III.1.b), S. 21.

42 *Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rdn. 86 ff.

43 So insbesondere die RSpr des EuGH, vgl. U. v. 9.11.1983 – Rs. C-322/81 Tz. 57; näher *Nothdurft* a.a.O. Rdn. 277; *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 (1264); *Dreher*, in: Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018 Rdn. 1144.

44 Zu den Voraussetzungen s. *Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 9 TKG Rdn. 36 f.

45 Dazu näher u. III.4, S. 40 f.

sches Recht hinaus, das weder sektorspezifisches Recht für Digitalunternehmen noch eine Missbrauchsaufsicht unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung kennt und die Beweislast den Behörden auferlegt, Art. 2 der Verordnung (EG) 1/2003. Strengere Voraussetzungen sind nach dieser Verordnung in eingeschränktem Maße zulässig. Während dann, wenn ein Verhalten nur nach Art. 102 AEUV, nicht nach nationalem Recht als missbräuchlich einzustufen ist, ist wegen des Vorrangs des Unionsrechts dieses anzuwenden. Ist das Verhalten auch nach nationalem Recht verboten, so ist dieses neben dem europäischen Recht anzuwenden.[46] Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 1/2003 schließlich ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, strengere Regeln für „einseitige Handlungen" der Unternehmen zu erlassen. Dies bezieht sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; die strengeren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können nach Erwägungsgrund (8) zur Verordnung „Bestimmungen zum Verbot oder zur Ahndung missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen umfassen." Soweit der vorliegende Entwurf inhaltlich darüber hinausgeht, ist er jedenfalls unionsrechtswidrig. Auch bezieht sich Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung auf bestimmte Verhaltensweisen und setzt eine marktbeherrschende Stellung voraus. Hierzu befindet sich die Vorverlagerung der Eingriffsschwelle durch den vorliegenden Entwurf im Widerspruch. Ob Mitgliedstaaten in diesem Fall auch von der Beweislastregel nach Art. 2 der VO 1/2003 abweichen dürfen,[47] ist zudem fraglich und dürfte zu verneinen sein in Anbetracht der Bedeutung dieser Vorschrift, die „Achtung der grundlegenden Verteidigungsrechte" zu gewährleisten, wie dies Erwägungsgrund (5) formuliert.

4. Auswirkungen der Novelle auf die Unternehmen

a) Adressatenstellung

Der Entwurf der 10. GWB-Novelle zielt in allererster Linie auf eine „Modernisierung" – im Sinn einer Verschärfung – der Missbrauchsaufsicht über marktmächtige Unternehmen der „digitalen Wirtschaft" und hier insbesondere über digitale Plattformen. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegrün-

---

46 Vgl. *Eilmannsberger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rdn. 10.

47 Dafür *Eilmannsberger* a.a.O.

dung ebenso wie aus der Untersuchung von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*,[48] deren Empfehlungen in den Entwurf eingegangen sind. Dabei sind es wiederum in erster Linie die „großen Digitalkonzerne", die im Focus der Modernisierungsbemühungen stehen,[49] ungeachtet ihrer ganz unterschiedlichen Geschäftsmodelle. So hat die Unternehmenstätigkeit von Amazon – anders als die etwa von Google oder Facebook – eine relevante „analoge" Dimension, eine physische Unternehmenssubstanz vor allem bei Logistik und Infrastruktur. Als vertikal integriertes Unternehmen[50] nach § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB-E befindet es sich, so das Bundeskartellamt, in einer *„Doppelrolle als größter Händler und größter Markplatz und hierin als eine Art ‚gatekeeper' gegenüber den Kunden."* Auch hat Amazon in relevantem Umfang Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten entsprechend dem Regelbeispiel des § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GWB-E.[51] Der Entwurf greift hier Bedenken auf über den Markteintritt Amazons in die profitablen Märkte seiner eigenen Kunden (und damit Wettbewerber) durch Ausnutzen seiner in großen Mengen verfügbaren Verkaufsdaten aus dem Amazon-Marktplatz.[52]

b) Verbotsnormen

Auch auf der Rechtsfolgenseite zielt die Norm des § 19a GWB-E für die Verbotsverfügungen nach Abs. 2 Satz 1 maßgeblich auf vertikal integrierte Unternehmen. Das Verbot der Selbstbegünstigung[53] unabhängig vom Kriterium der Marktbeherrschung nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB-E zielt

---

48 S. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, 2018; der Begriff der überragenden marktübergreifenden Bedeutung als Anknüpfungspunkt für Maßnahmen der Missbrauchsaufsicht wird in der Studie allerdings nicht gebraucht.

49 S. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, 2018, S. 15ff., 41 f.

50 *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (11).

51 *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (18).

52 *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (14); die Nutzung und Erhebung von Daten ist nach Art. 9 P2B-VO Online-Vermittlungsdiensten wie Amazon nicht untersagt; auch insoweit statuiert die Verordnung lediglich Transparenzpflichten, vgl. *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (499).

53 Demgegenüber enthält Art. 7 P2B-VO lediglich ein Offenlegungsgebot, vgl. *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (496).

auf Unternehmen, die einerseits Marktplatz für Drittunternehmen sind, die dort ihre Produkte anbieten, und gleichzeitig selbst konkurrierende Produkte oder Dienstleistungen verkaufen und diese auf der Plattform bevorzugt darstellen könnten.[54] Nr. 3 erscheint in der Konsequenz auf den Vorwurf an Amazon zugeschnitten, die Daten der Dritthändler dafür zu verwenden, die eigenen Produkte entsprechend günstiger anzubieten oder auf andere Weise die Konditionen zu deren Lasten zu beeinflussen.

Konkret könnte nach dem Gesetzentwurf einem Unternehmen, für das eine Feststellung nach § 19a Abs. 1 GWB-E getroffen wird, verboten werden, seine Ressourcen einzusetzen, um in benachbarte Märkte zu expandieren und zu diversifizieren. So könnte z.B. dem Betreiber einer digitalen Marktplattform verboten werden, in einen analogen Markt zu expandieren. Für eine Verbotsverfügung wäre in erster Linie § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB-E einschlägig, denn es läge unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten für einen Plattformbetreiber nahe, die auf dem Marktplatz gewonnenen Marktinformationen auch auf dem Markt als Händler zu nutzen. Vergleichbare Auswirkungen hätte der Verbotstatbestand nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB-E, sollte die Behörde davon ausgehen, dass ein Unternehmen seine Marktposition „schnell“ ausbauen kann – was immer „schnell“ bedeuten mag. Internes Wachstum soll, wie ausgeführt, auch durch den Tipping-Tatbestand des § 20 Abs. 3a GWB-E, der Missbrauchsaufsicht unterliegen.

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Die Ordnung der Wirtschaft und des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist nach dem Grundgesetz Sache des Gesetzgebers,[55] der seinerseits in verfassungsrechtlicher Gebundenheit tätig wird. Er hat die Grundrechte der betroffenen Akteure zu wahren, hat hierbei allgemein rechtsstaatliche Anforderungen der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit zu beachten, dies auch in der Verfahrensgestaltung. In der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht sind es die Grundrechte wirtschaftlichen Handelns, die in erster Linie den Maßstab vorgeben, also neben der allgemeinen – auch

---

54 Hierzu und zum folgenden *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (15 f.).

55 BVerfGE 50, 290 (337).

wirtschaftlichen – Handlungsfreiheit vor allem die spezielle Freiheitsgewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG,[56] daneben auch des Art. 14 Abs. 1 GG.

1. Grundrechtstatbestand des Art. 12 Abs. 1 GG

a) Personeller Schutzbereich - Inländische juristische Personen

Da der Entwurf der 10. GWB-Novelle in erster Linie auf Unternehmen der Digitalwirtschaft zielt, die in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts agieren, ist vorab auf deren Grundrechtsfähigkeit zu verweisen.[57] Nach Art. 19 Abs. 3 GG sind inländische juristische Personen des Privatrechts grundrechtsfähig, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Ausschlaggebend für die Einordnung als inländische juristische Person ist der Sitz im Inland.[58] Grundrechtsfähig nach Maßgabe des Art.19 Abs. 3 GG sind daher auch Tochtergesellschaften ausländischer juristischer Personen mit Sitz im Inland.[59] Grundrechtsberechtigung besteht für diejenigen Grundrechte, die „ihrem Wesen nach“ auf die juristische Person anwendbar sind – was der Fall ist bei Grundrechten, die im arbeitsteiligen Verbund ausgeübt werden können. Dies ist bei den grundrechtlichen Freiheiten wirtschaftlichen Handelns uneingeschränkt der Fall, also auch bei Art. 12 Abs. 1.[60] Die Erwerbszwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeit einer juristischen Person des Privatrechts steht unter dem Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG,[61] soweit sie ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer na-

---

56 S. *Badura*, Grundrechte und Wirtschaftsordnung, HGR II, 2006, § 29 Rdn. 19 ff.; *Brenner*, Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, HGR V (2013), § 115 Rdn. 9.

57 BVerfGE 50, 290 (362 f.); 102, 197 (212 f,)

58 Vgl. statt aller *Kahl/Hilbert*, BonnK, Art. 19 Abs. 3 (2019) Rdn. 335.

59 *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 38; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 272.

60 *Kahl/Hilbert* a.a.O. Rdn. 392 für Art. 2 Abs. 1 GG, Rdn. 417 ff. für Art. 12 Abs. 1 GG, Rdn.421 für Art. 14 Abs. 1 GG; dass es sich bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG um ein Deutschengrundrecht handelt, lässt insoweit die Berufung auf Art. 19 Abs. 3 GG unberührt.

61 BVerfGE 102, 197 (212);

türlichen Person offensteht.[62] Für die digitale Wirtschaft, wie sie der Gesetzentwurf im Blick hat, trifft dies, unbeschadet der unterschiedlichen Geschäftsmodelle, zu.

b) Objektiver Schutzbereich – Unternehmen- und Wettbewerbsfreiheit

aa) Art. 12 Abs. 1 GG als speziellere Grundrechtsnorm

Die freie wirtschaftliche und damit auch unternehmerische Betätigung ist grundrechtlich geschützt durch die Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit[63] in der allgemeinen Freiheitsgewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG wie auch und vor allem die spezielleren Grundrechtsgewährleistungen der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG[64] sowie des Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG.[65] Gegenüber den benannten Freiheitsrechten ist die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär.[66] Auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist abzustellen, wenn die unternehmerische Freiheit und die Freiheit des Wettbewerbs[67] betroffen sind.[68] Art. 12 Abs. 1 GG schützt das berufsbezogene Verhalten am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs,[69] Freier Wettbewerb ist Ausfluss der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.[70] Art. 12 Abs. 1 GG ist als die speziellere Norm gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG auch einschlägig bei Beschränkungen der Ver-

---

62 Vgl. zuletzt BVerfGE 134, 204 Rdn. 66; 148, 40 Rdn. 26 unter Verweis auf BVerfGE 50, 290 (363) 105, 252 (265); stRSpr.

63 BVerfGE 8, 274 (328); 50, 290 (366) – Mitbestimmung; 55, 7 (25b ff.): *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 /2001) Rdn. 78.

64 Dazu ausführlich *Burgi*, BonnK, Art. 12 I (2019) Rdn. 46 ff.

65 Vgl. *Schulte/Kloos/Apel*, in: Schulte/Kloos, Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 1 Rdn. 6,

66 S. *Badura*, Grundrechte und Wirtschaftsordnung, HGR II, 2006, § 29 Rdn. 19 ff., 21.

67 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 22; *Brenner*, Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, HGR V (2013), § 115 Rdn. 9; BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137).

68 Nicht demgegenüber wird die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG als Grundlage der Wettbewerbsfreiheit gesehen, vgl. *Brenner* a.a.O. Rdn. 14.

69 BVerfGE 148, 20 Rdn. 27; vgl. auch *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 46, 144.

70 So *Ruffert*, Beck-OK (Stand 2019), Art. 12 Rdn. 159; BVerfGE 115, 205 Rdn. 982.

tragsfreiheit,[71] wenn Verträge gerade im Bereich beruflicher Betätigung geschlossen werden.[72] Darunter fällt die Freiheit, die Entgelte und sonstigen Bedingungen für berufliche-gewerbliche Leistungen und die sonstigen Bedingungen dafür zu vereinbaren,[73] wie sie zB mit dem Verbot der Selbstbegünstigung gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB-E beschränkt werden soll. Generell ist in den Fällen, in denen unternehmerisches, in der beruflichen Sphäre angesiedeltes und im Wettbewerb stehendes Verhalten, also die unternehmerische Freiheit[74] im Focus der gesetzgeberischen Regulierung steht, Art. 12 Abs. 1 GG die sachnähere Norn,[75] so auch beim Entwurf der 10. GWB-Novelle, da es hier maßgeblich um das Verhalten der betroffenen Unternehmen im Wettbewerb geht.

bb) Grundrechtsbeeinträchtigung - Schutzbereichsberührung

Festzuhalten ist: Der tatbestandliche Schutzbereich der Berufsfreiheit ist auf Seiten der betroffenen Unternehmen berührt. Das Innehalten und Betreiben einer digitalen Plattform zu Erwerbszwecken stellt einen Beruf iSd Art. 12 Abs. 1 GG dar.[76] Dabei ist es nicht entscheidend, ob die jeweilige Erwerbstätigkeit, das jeweilige Geschäftsmodell bestimmten herkömmlichen „Berufsbildern“ entspricht.[77] Der Schutz der Berufsfreiheit ist nicht auf traditionell oder gesetzlich fixierte Berufsbilder beschränkt, sondern erfasst auch Berufe, die aufgrund der fortschreitenden technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Entwicklung neu entstanden sind.[78] Im Fall des Entwurfs der 10. GWB-Novelle ist der Grundrechtstatbestand in erster Linie unter

---

71 Zum Schutz der Vertragsfreiheit durch Art. 2 I GG s. BVerfGE 65, 196 (210); 74, 291 (151).

72 BVerfGE 68, 193 (223); 77, 84 (118); 95, 173 (188); 117, 263 Rdn. 59; 128, 157 (176); *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018 Rdn. 69.

73 BVerfGE 101, 331 (347); BVerfGE 117, 263 Rdn. 59; 134, 204 Rdn. 66.

74 S. dazu BVerfGE 41, 205 Rdn. 40; BVerfG (K) NJW 2003, 2815.

75 Brenner a.a.O. Rdn. 16; BVerfGE 32, 311 (317), 46, 120 (137).

76 Vgl. für die juristische Person BVerfGE 102, 197 (212); *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 37,

77 Vgl. zur Berufsbildrechtsprechung des BVerfG *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 67 ff.

78 BVerfGE 145, 20 Rdn. 120; BVerfGE 97, 12 (25).

dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfreiheit berührt; sie erfasst das Handeln und Entscheiden im Wettbewerb.[79] Im Wettbewerb der Anbieter ist das Verhalten der Unternehmer als Teilnehmer an diesem Wettbewerb Bestandteil ihrer Berufsausübung.[80]

2. Verfassungsrechtlicher Standort der Missbrauchsaufsicht und Eingriffsqualität – Maßstäbe

a) Eingriffsnormen und berufsregelnde Tendenz

Eben hierauf, auf die Berufsausübung der Unternehmen, zielen die Bestimmungen des Entwurfs zu einer 10. GWB-Novelle im Schwerpunkt ab. Sie sind von unmittelbar berufsregelnder Tendenz. § 19a Abs. 2 GWB-E ermächtigt das Bundeskartellamt zum Erlass von Untersagungsverfügungen, also zu Eingriffen iSd klassischen Eingriffsbegriffs, dessen Kriterien wie imperativen Gehalt, Rechtsförmlichkeit, Finalität und Unmittelbarkeit[81] sie zweifelsfrei erfüllen, ebenso wie die weiteren im Gesetzentwurf vorgesehenen Missbrauchs- und Verbotstatbestände. Eingriffsqualität weisen damit aber auch die im Entwurf vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen auf, die, im Fall des § 19a Abs. 2 GWB-E unmittelbar, im übrigen i.V.m. den bereits geltenden kartellbehördlichen Befugnissen, die Kartellaufsicht zum Erlass von Verbotsverfügungen ermächtigen. Sie weisen jene Finalität oder jedenfalls berufsregelnde Tendenz auf, die Eingriffe gerade in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG kennzeichnen.[82] So zielen die Verbotsnormen des § 19a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 5 GWB-E unmittelbar darauf ab, das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb zu regulieren, ihre Freiheit zum Wettbewerb zu beschränken, ihnen Unternehmen ein bestimmtes Verhalten gegenüber anderen Marktteilnehmern aufzuerlegen, sie in ihrem inneren Wachstum durch Expansion auf neue Märkte zu beschränken.

---

79 *Burgi*, BonnK, Art. 12 I (2019) Rdn. 144,

80 BVerfGE 117, 163 (181).

81 *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 139; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2019, Art. 12 Rdn. 73.

82 *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 138.

b) Funktionsbedingungen des Wettbewerbs und Grundrechtseingriff

Die Eingriffsqualität der Bestimmungen des Entwurfs kann auch nicht etwa aus der Erwägung in Frage gestellt oder relativiert werden, der Gesetzgeber würde hierdurch lediglich, ohne berufsregelnden Tendenzen zu verfolgen,[83] die normativen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb der Unternehmen gestalten. Allerdings gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG als Wettbewerbsfreiheit nicht Schutz vor dem[84] oder Erfolg im Wettbewerb.[85] Deshalb schützt Art. 12 Abs. 1 GG nicht „vor bloßen Veränderungen der Marktdaten und Rahmenbedingungen der unternehmerischen Tätigkeit.… Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen“. „Regelungen, die die Wettbewerbssituation der Unternehmen lediglich im Wege faktisch-mittelbarer Auswirkungen beeinflussen“, berühren daher den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG „grundsätzlich“ nicht.[86] Der Teilnehmer am Wettbewerb muss mit einer sich verändernden Wettbewerbssituation rechnen – auch dann, wenn diese durch mittelbar-faktische staatliche Einwirkungen beeinflusst wird und dies sich auf seine Wettbewerbschancen auswirkt.[87] Demgemäß werden auch staatliche Marktinformationen nicht ohne weiteres als Grundrechtseingriff gewertet.[88] Grundrechtsbindung aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht jedoch dann, wenn Normen, die zwar selbst die Berufstätigkeit nicht unmittelbar berühren, aber Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern, in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen.[89] Bei den Best-

---

83 Vgl. BVerfGE 110, 274 (288).

84 Vgl. *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 153, 156.

85 BVerfGE 148, 40 Rdn. 27; vgl. *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 144; s. auch BVerfGE 115, 205 (229).

86 BVerfGE 148, 40 Rdn. 27 f. für staatliches Informationshandeln, ebenso bereits BVerfGE 105, 252 (273); ebenso BVerfGE 110, 274 (288) für steuerliche Regelungen ohne berufsregelnde Tendenz; BVerfGE 134, 204 (238) zu Vergütungsregelungen des Urheberrechts als interessenausgleichende Normen des Privatrechts.

87 BVerfGE 148, 40 Rdn. 27; BVerfGE 105, 253 (272),

88 BVerfG a.a.O.

89 BVerfGE 148, 40 Rdn. 28; ebenso BVerfGE 105, 252 (273); 116, 202 (222) – Tariftreueklausel als Eingriff in die unternehmerischen Rechtsbeziehungen; 116, 135 (153) – öffentliche Auftragsvergabe als solche kein Eingriffs-

immungen im Entwurf der 10. GWB-Novelle geht es jedoch von vornherein nicht etwa nur um mittelbare Einwirkungen. Die Verhaltenspflichten und Verbotsermächtigungen des Gesetzentwurfs wirken für die betroffenen Unternehmen unmittelbar. Sie begründen unmittelbar behördliche Eingriffsermächtigungen und sind final auf deren Adressaten ausgerichtet. Der Entwurf will unmittelbar und gezielt auf Unternehmen der „Digitalwirtschaft" – in der Begrifflichkeit der Entwurfsbegründung – zugreifen; es bedarf also nicht des Rückgriffs auf die Figur des funktionalen Eingriffsäquivalents.

c) Marktmacht und Grundrechte – marktstarke Unternehmen als „Störer"?

Die Eingriffsqualität der Verbote nach § 19a Abs. 2 GWB-E wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass damit nur im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs „missbräuchliches" Verhalten der Unternehmen verhindert werden soll. Dies würde bedeuten, die in den Missbrauchstatbeständen benannten Verhaltensweisen als von vornherein nicht nur im Widerspruch zur wettbewerblichen Ordnung, sondern auch außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG zu sehen. Das marktstarke Unternehmen, dem im Wege der Feststellungsverfügung überragende marktübergreifende Bedeutung attestiert wurde, befände sich dann gleichsam in der Rolle des „Störers", der durch die Verbotsverfügung in die Schranken des Rechts verwiesen würde. Sein Verhalten wäre dann von vornherein außerhalb seiner Grundrechtssphäre zu sehen, so dass die „Störungsabwehr" ihm gegenüber keinen Grundrechtseingriff darstellen würde. Eine derartige Betrachtungsweise stünde jedoch im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Standort der Missbrauchsaufsicht.

Das „missbräuchliche" Verhalten, das Gegenstand der Verbote insbesondere des § 19a Abs. 2 GWB-E sein soll, bewegt sich nicht schon per se außerhalb der Rechtsordnung.[90] Wie generell im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, können auch nach § 19a Abs. 2 GWB-E be-

---

äquivalent gegenüber Konkurrenten, vgl. *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019) Rdn. 154 ff.

90 Vgl, Vgl. *Lerche/Degenhart*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Mißbrauchsaufsicht auf der Grundlage des Regierungsentwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 14 ff.

stimmten Unternehmen Verhaltensweisen untersagt werden, die an sich – für andere Unternehmen – zulässiges Verhalten im Wettbewerb darstellen.[91] Staatliche Intervention im Rahmen der Wirtschaftsaufsicht, auch und gerade der Kartellaufsicht bedeutet nicht, dass hier lediglich immanente verfassungsrechtliche Begrenzungen wirtschaftlicher Freiheit aufgezeigt würden. Dies gilt auch für Instrumente der Missbrauchsaufsicht, die dem Schutz von Wettbewerbern dienen und insoweit einen Ausgleich potentiell konfligierender Grundrechtspositionen[92] der Teilnehmer am Wettbewerb bewirken.[93] Wenn also der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten im Wettbewerb für eine bestimmte Kategorie von Unternehmen als „missbräuchlich" wertet und die Kartellaufsicht ermächtigt, Verbote auszusprechen, so bedeutet dies eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Unternehmen und damit einen Eingriff in deren Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der Grundrechtseingriff ist bereits in der gesetzlichen Regelung angelegt, die hier den Unternehmen der digitalen Wirtschaft, insbesondere Plattformbetreibern, einschränkende Verhaltenspflichten auferlegt. Die im Entwurf für die 10. GWB-Novelle vorgesehenen Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit bedürfen der Rechtfertigung gegenüber dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Hierbei ist, wie ausgeführt, die Vorstellung verfehlt, die betroffenen Unternehmen würden als potentielle „Störer“ lediglich auf immanente Schranken des Wettbewerbs verwiesen. Zurückhaltung ist aber auch geboten gegenüber einer Betrachtungsweise, die dem marktstarken Unternehmen von vornherein einen nur abgeschwächten Grundrechtsschutz zubilligen möchte. Darauf allerdings läuft es in der Sache hinaus, wenn, wie dies der Fall ist in § 19a GWB-E, die dort genannten Unternehmen unter generellen Missbrauchsverdacht gestellt werden, ihnen ein Wettbewerbsverhalten untersagt wird, das konkurrierenden Unternehmen ohne vergleichbare Markt-

---

91 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 19 Rdn. 2, Rdn. 277.

92 Entsprechend BVerfGE 110, 274 (288) – dort zum Urheberrecht.

93 Vgl. *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 19 Rdn. 2 zur verfassungsrechtlichen Funktion des Wettbewerbsrechts, auf die Wahrung der Grundrechtsposition en der Beteiligten hinzuwirken – ob dies im hier zu beurteilenden Sachzusammenhang geboten ist, dazu nachstehend 3.

stellung offensteht, und das auch marktbeherrschenden Unternehmen nur insoweit untersagt ist, als es missbräuchliches Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung bedeutet. Das Bestehen einer starken oder auch beherrschenden Marktstellung wird vom Grundgesetz nicht per se missbilligt.[94] Auch das Innehaben und die unternehmerische Nutzung einer derartigen Marktstellung liegt im tatbestandlichen Schutzbereich der grundrechtlichen Garantien unternehmerischer Freiheit: die Marktstellung entsteht aus der Ausübung gewerblich-unternehmerischer, grundrechtlich gesicherter Freiheiten. Dies gilt auch, soweit unternehmerischer Betätigung in einzelnen Wirtschaftszweigen eine Tendenz zur Ausbildung marktbeherrschender Positionen innewohnt. Auch dann verbleibt dieses Verhalten im Rahmen der grundrechtlichen Gewährleistungen privatautonomen Handelns.

3. Eingriffsrechtfertigung? – zu § 19a GWB-E

a) § 19a GWB als Berufsausübungsregelung

Aus dem Vorstehenden folgt: die nach § 19a Abs. 2 GWB-E vorgesehenen Verbote gegenüber den unter Abs. 1 fallenden Unternehmen greifen in deren grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit ein. Sie wirken unmittelbar, final und konstitutiv, wenn sie grundsätzlich zulässige Verhaltensweisen für die nach Abs. 1 betroffenen Unternehmen für missbräuchlich erklären. Denn nach § 19a Abs. 2 GWB-E soll das Bundeskartellamt ihnen gerade bis dahin auch für sie zulässige Verhaltensweisen im Wettbewerb untersagen können. Diese sind Bestandteil der Berufsausübung der Unternehmen.[95] Gesetzliche Vorgaben für dieses Verhalten sind Berufsausübungsregeln iSd Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Dies gilt durchweg für die Verbotsnormen des § 19a Abs. 2 GWB-E, im Zusammenwirken jeweils mit der Feststellung nach Abs. 1. Soweit die Bestimmungen darauf gerichtet sind, eine Expansion von Unternehmen in andere Märkte zu erschweren oder auch zu verhindern, erscheinen sie in ihrer Intensität Berufswahlregelungen[96] zumindest angenähert; dies ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit

---

94 Vgl. bereits *Scheuner*, VVDStRL 11 (1975), S. 1 (24).

95 BVerfGE 117, 163 (181).

96 ISd sog. Stufentheorie des BVerfG, grundlegend E 7, 377 (405 ff.); s. dazu etwa *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rdn. 140.

der Grundrechtsbeschränkung[97] als des entscheidenden Kriteriums für die Beurteilung einer Berufsausübungsregelung. Sie hängt entscheidend davon ab, ob es dem Gesetzgeber gelingt, einen angemessenen Ausgleich zwischen unternehmerischen Freiheiten, die auch marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich zustehen, einerseits und dem öffentlichen Interesse an wirksamem Wettbewerb,[98] wie auch dem Schutz der übrigen Marktteilnehmer andererseits vorzunehmen.[99]

b) Zielsetzung des Gesetzes und Sonderkartellrecht

Der vorliegende Entwurf verfehlt insbesondere in § 19a GWB-E diesen verfassungskonformen, nach beiden Seiten schonenden Ausgleich.

Das Anlegen einer effektiven Missbrauchskontrolle, wie es dem Gesetzentwurf ausweislich seiner Begründung zugrundeliegt, bezeichnet, dies ist vorauszuschicken, grundsätzlich legitime Zielsetzungen gesetzgeberischen Handelns. Dies folgt schon aus der Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG, wonach der Gesetzgeber befugt ist, in deren Sinn auf das wirtschaftliche Geschehen einzuwirken.[100] In ihrem verfassungsrechtlichen Gewicht, das letztlich für die Rechtfertigung einer intensiven Beschränkung der Berufsfreiheit maßgeblich ist, werden die Zielsetzungen des Gesetzentwurfs dadurch allerdings dadurch abgeschwächt, dass der Gesetzentwurf, insbesondere in § 19a GWB-E, tatsächlich schon nach seiner Begründung auf die „großen digitalen Plattformen“ ausgerichtet ist. Sie stehen auch im Focus der Untersuchung zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, auf deren Empfehlungen der

---

97 Vgl. BVerfGE 138, 261 Rdn. 54; *Manssen* a.a.O. Rdn. 141; die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nimmt mittlerweile von einer expliziten Prüfung nach dem Muster der Stufentheorie Abstand zugunsten einer durchgehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung, vgl. *Manssen* a.a.O.

98 S. auch die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 37/2018 zur Kommission Wettbewerb 4.0., S. 5.

99 *Nothdurft*, in: Langen/B*unte*, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 19 Rdn. 2.

100 Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Fn. 65; *Nothdurft* a.a.O. Rdn. 1; *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rdn. 116.

Entwurf weitgehend basiert. [101] So spricht die Entwurfsbegründung von einer begrenzten Zahl von Adressaten und rechnet mit höchstens drei Feststellungsverfahren für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes.[102] Damit bestätigt sich, was bereits bei der Bewertung des Gesetzentwurfs als eines Paradigmenwechsels der Missbrauchsaufsicht festgestellt wurde: der Gesetzentwurf will ein Sonderkartellrecht nicht nur für eine bestimmte Kategorie von Unternehmen der digitalen Wirtschaft, sondern für einen bestimmten Wirtschaftszweig der Plattformbetreiber schaffen, ohne dass hierfür etwa spezifische verfassungsrechtliche Erfordernisse wie im Fall der Sonderkartellrechtstatbestände für Presse sprächen oder dass von natürlichen Monopolen ausgegangen werden dürfte.

Ein derartiges Sonderkartellrecht bedarf besonderer Rechtfertigung, insbesondere dann, wenn es, auch wenn es sich nicht um ein Einzelfallgesetz iSd Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG handelt, sich gegen eine abgegrenzte Gruppe von wenigen Unternehmen richtet. Den gebotenen, verhältnismäßigen Ausgleich mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen herbeizuführen, verfehlt § 19a GWB-E schon deshalb, weil der Bestimmung eine gravierende Fehleinschätzung und Fehlgewichtung der Grundrechtsposition dieser Unternehmen zugrundeliegt. Anknüpfungspunkt für die besonderen Verhaltenspflichten wie in § 19a Abs. 2 GWB-E sind Kriterien der Finanzkraft, der vorhandenen Ressourcen, der Stellung auf anderen Märkten, des Zugangs zu Daten, Kriterien also, die die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens bestimmen. Ihnen entsprechen geschützte Grundrechtspositionen der Unternehmen – die hiernach erreichte Marktposition resultiert aus der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten. Demgegenüber wertet der Gesetzentwurf in § 19a GWB-E die dort nach den Merkmalen des Abs. 1 Satz definierten Unternehmen als potentiell „störend“ und ordnet ihnen von vornherein ein erhebliches Missbrauchspotential zu – dass missbräuchliches Verhalten stattgefunden hat bzw. wettbewerbswidrige Auswirkungen eingetreten sind, soll hiernach für ein kartellaufsichtliches Einschreiten gerade nicht erforderlich sein. Die in § 19a Abs. 2 GWB-E vorgesehen Eingriffe in die Berufsausübung erfolgen entscheidend auf Grund der Marktpo-

---

101 S. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, 2018.

102 Entwurfsbegründung S. 64.

sition der Unternehmen, ihres Potentials und Erfolgs im Wettbewerb. Derartige aufsichtliche Maßnahmen, die nicht notwendig durch missbräuchliches oder anderweitig „störendes“ Verhalten veranlasst wurden, sind von erheblicher Eingriffsintensität.

Der Gesetzentwurf verfehlt den gebotenen Ausgleich zudem auch deshalb, weil er sich, wie aus der Gesetzesbegründung deutlich wird, undifferenziert gegen die „Digitalwirtschaft“, die „großen digitalen Plattformen“ richtet, ohne dass differenziert würde etwa zwischen Unternehmen, deren Geschäftsmodell bzw. Unternehmenszweck ausschließlich auf digitalen Plattformen beruht (wie Facebook oder Google) und Unternehmen, deren digitale Infrastruktur Grundlage ihrer „analogen“ Unternehmensgegenstände ist.

c) Einzelne Verbotstatbestände

aa) Selbstbevorzugung, § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB-E

Nach dem Entwurf soll der Missbrauchstatbestand der Selbstbegünstigung auch für nicht beherrschte Märkte gelten. Sie kann nach geltendem Recht allenfalls für marktbeherrschende Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen als ein Fall des Behinderungsmissbrauchs eingeordnet werden.[103] Ein Verbot interner Bevorzugung besteht im Rahmen der Entgeltregulierung beim Zugang zu natürlichen Monopolen.[104] Eine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung besteht jedenfalls nicht.[105] Auch nach der im April 2019 vom Europäischen Parlament und im Juni 2019 auch vom Rat verabschiedeten P2B-Verordnung, die ab 12.07.2020 anwendbar sein

---

103 Vgl. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, Projekt im Auftrag des BMWi, durchgeführt von DICE Consult, Stand 29. August 2018, www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/, S. 100; Busch, GRUR 2019, 788 (793); dies ist jedoch nicht unumstritten, vgl. *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 (16); *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (498): zum Problem der „Gleichbehandlung mit sich selbst“ s. *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 19 Rdn. 304.

104 Vgl. dazu *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 101 zu TKG und EnWG; zu netzbasierten Wirtschaftssektoren als natürlichen Monopolen s. Gersdorf, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 9 TKG Rdn. 25 ff.

105 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht S. 120.

wird[106] und insbesondere für elektronische Marktplätze gilt,[107] ist Self-Preferencing nicht etwa unzulässig, sondern muss nur transparent sein.[108] Die Entwurfsbegründung sieht hier bei vertikal integrierten Unternehmen ein besonderes Schädigungspotential für den Wettbewerb.[109] Es soll nicht darauf ankommen, dass konkret Entwicklungen wie die Verschließung von Märkten drohen. Vielmehr wird Selbstbevorzugung für die im Focus des Entwurfs stehenden, vertikal integrierten Unternehmen, wenn für sie die Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 GWB-E getroffen wurde, per se als missbräuchlich gewertet. Die Unternehmen werden hier in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise in die Rolle des latenten „Störers“ gedrängt und zu Adressaten einer abstrakten Gefahrenabwehr.

bb) Inneres Unternehmenswachstum, § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB-E

Zu weiteren intensiven Eingriffen in die Berufsfreiheit der Unternehmen ermächtigt § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB-E. Mit dem Verbot, auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung „schnell“ ausbauen kann, Wettbewerber zu behindern, sollen, so die Begründung, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung gehindert werden, ihre Marktstellung auf noch nicht beherrschten Märkten, insbesondere durch Einsatz nur ihnen verfügbarer Ressourcen ihre marktübergreifende Bedeutung zu vertiefen.[110] Ein Unternehmen am Wachstum zu hindern, es mit dieser Zielsetzung in der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb zu beschränken, berührt in hohem Maße die Freiheiten wirtschaftlichen Handelns. Erschwerend kommt hinzu, dass die nach dem Entwurf vorgesehen Eingriffsbefugnisse in ihren Voraussetzungen und ihrer Tragweite von vornherein nicht sicher abschätzbar wären. Denn eine Expansion eines

---

106 Vgl. dazu Busch, GRUR 2019, 788 (794) zu Art. 7 P2B-VO; *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 ff.; dort (501) auch zur Berücksichtigung im Rahmen der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt.

107 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten; s. dazu *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (496).

108 *Polley/Pech/Tönnies*, WuW 2019, 494 (498).

109 Entwurfsbegründung S. 78.

110 Entwurfsbegründung S. 78 f.; warum es sich hierbei um nicht wettbewerbliche Mittel handeln soll, bleibt unklar.

leistungsstarken Unternehmens wie eines der im Focus des Entwurfs stehenden großen digitalen Plattformen würde notwendig andere Marktteilnehmer einem verstärkten Wettbewerb aussetzen und kann ggf. auch Marktzutrittsschranken erhöhen, insbesondere wenn es sich bei dem neu hinzutretenden Wettbewerber um ein leistungsstarkes, in hohem Maße konkurrenzfähiges Unternehmen handelt. Und wenn es eben diese Konsequenzen inneren Unternehmenswachstums sind, die der Gesetzgeber verhindern will, so beruht der Gesetzentwurf in seiner Zielsetzung auch insoweit auf einer Fehlgewichtung der Grundrechtsposition der Unternehmen.

Inneres Unternehmenswachstum durch Expansion und Diversifikation ist ein zentrales Element unternehmerischer Freiheit, wird im Gesetzentwurf jedoch für bestimmte Unternehmen als potentielle Störung der wettbewerblichen Ordnung gewertet. Zudem sind die Eingriffsvoraussetzungen so weit gefasst, dass jedenfalls gegenüber jenen großen Digitalunternehmen, die in erster Linie Adressaten des Gesetzes sein sollen, nahezu jegliches[111] innere Wachstum kartellbehördlich beanstandet werden könnte, dies auch im Wettbewerb jener „großen Unternehmen“ untereinander. Wie die Eingriffsvoraussetzungen des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB-E, sind darüber hinaus auch Rechtfertigungsgründe nach Abs. 3 für den Normadressaten von vornherein nicht ohne weiteres abschätzbar. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten tangiert dies auch das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.[112]

cc) Nutzung von Daten, § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB-E

Gegen inneres Unternehmenswachstum richtet sich, jedenfalls in ihren Auswirkungen, auch § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB-E. Die Nutzung von „Daten“, die ein Unternehmen aus rechtmäßiger, grundrechtsgeschützter Berufsausübung erlangt hat, ist Ausübung der Berufsfreiheit und, sieht man die Verfügungsbefugnis über Datenbestände als vermögenswertes Recht iSv Art. 14 Abs. 1 GG, auch Wahrnehmung eigentümerischer Nutzungsbefugnisse. Wenn in der Entwurfsbegründung ausgeführt wird, die Sammlung, Zusammenführung und wirtschaftliche Nutzung von Kunden- und Nutzerda-

---

111 Entwurfsbegründung S. 78 f.

112 S. nachstehend d), S. 36 f.

ten sowie sonstiger Daten Dritter sei insbesondere in digitalen Märkten ein gegenüber allen Marktteilnehmern und Marktseiten in hohem Maße bedeutender Wettbewerbsfaktor geworden,[113] so belegt eben dies die hohe Eingriffsintensität der vorgesehenen Befugnisse der Kartellaufsicht, die auch hier inneres Unternehmenswachstum als zentrales Element der Unternehmerfreiheit nach tatbestandlich weit gefassten und für den Normadressaten nicht ohne weiteres berechenbaren Kriterien begrenzen kann.

dd) Weitere Eingriffstatbestände – abstrakte Gefahr

Die nach § 19a Abs. 2 GWB der Entwurfsfassung vorgesehenen Befugnisse der Kartellaufsicht sind von hoher Eingriffsintensität. Damit sind bereits in der vorgesehenen gesetzlichen Regelung intensive Grundrechtseingriffe angelegt. Sollte der Entwurf in der vorliegenden Form Gesetz werden, so würde der Gesetzgeber nicht dadurch entlastet, dass in den Ermächtigungsnormen des § 19a Abs. 2 GWB-E weitere Voraussetzungen wie die Eignung zur Behinderung des „Wettbewerbsprozesses“ (Nr. 2) – eine im Rahmen des GWB neue Begriffsschöpfung –, der Behinderung von Unternehmen durch Marktschranken oder in anderer Weise (Nr. 3) bzw. der Behinderung des Wettbewerbs (Nr. 4) genannt sind. Der Gesetzentwurf geht, was sich auch in der Begründung widerspiegelt, offensichtlich davon aus, dass die in den genannten Bestimmungen aufgeführten, nach der gesetzlichen Wertung missbilligten Verhaltensweisen typischerweise sich als Störung der wettbewerblichen Ordnung auswirken. Eben deshalb will der Gesetzentwurf zu einer „proaktiven Aufsicht“, mithin zu präventiven Maßnahmen ermächtigen, ohne dass es auf eine marktbeherrschende Stellung und auf bereits erfolgte Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Verbote ankäme. Bereits die abstrakte Gefahr einer Störung soll ausreichen. Behördlicherseits bedarf es also nicht des Nachweises tatsächlicher Störungen durch Behinderung des Wettbewerbs oder die Errichtung von Marktzutrittsschranken, sondern nur der Annahme entsprechender Gefährdungen. Für derartige Annahmen werden regelmäßig weite Einschätzungs- und Prognosespielräume der Verwaltung anerkannt.[114] Sie sind hier umso weiter, als

---

113 Entwurfsbegründung S. 79.

114 Vgl. *Schneider*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, vor § 54 Rdn. 7.

ein besonderes Werturteil der Unbilligkeit nicht getroffen werden muss, anders als beim allgemeinen Behinderungstatbestand.

ee) Rechtfertigung und Beweislastumkehr

Ebensowenig entlastet den Gesetzgeber, dass Verbotsnormen nach Abs. 2 nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die dort genannten Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt sind. Der Ausnahmetatbestand der sachlichen Rechtfertigung in Art. 19a Abs. 2 Satz 3 GWB-E wird in der Entwurfsbegründung eng interpretiert. Den langfristigen Gesetzeszielen ist hiernach regelmäßig ein besonderes Gewicht einzuräumen gegenüber kurzfristigen Belangen der betroffenen Unternehmen und der Verbraucher. Nach der Entwurfsbegründung ist also von einer vorweggenommenen Abwägung auf Gesetzesebene auszugehen. Dies schwächt die Position der Unternehmen, die von den Maßnahmen betroffen sind, ebenso, wie die ihnen obliegende Darlegungs- und Beweislast.

Die Beweislastumkehr nach § 19b Abs. 2 Satz 3 GWB-E[115] zu Lasten der Unternehmen wird in der Entwurfsbegründung als zumutbar bezeichnet, da regelmäßig Informationen aus der Unternehmenssphäre betroffen, zudem die Verhaltensweisen nach Abs. 1 Satz 1 nicht unmittelbar verboten seien, sondern erst auf Grund der kartellbehördlichen Feststellungs- und Verbotsverfügung. Dies lässt jedoch die erhebliche Erweiterung der Befugnisse der Kartellaufsicht zu Lasten der Unternehmen unberührt. So würde es nach der Systematik des § 19a GWB-E ausreichen, dass behördlicherseits lediglich die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Behinderung geltend gemacht werden. § 19a Abs. 2 GWB-E ist objektiv gefasst und setzt keine Wertung wie im Fall der unbilligen Behinderung voraus. Vielmehr ist nach der Systematik der Norm das Bundeskartellamt befugt, die im Gesetzestext enumerativ aufgeführten Verhaltensweisen zu untersagen, während es am Adressaten der Verbotsverfügung liegt, Rechtfertigungsgründe nach Satz 3 für ein bisher rechtmäßiges Verhalten darzulegen, das von der Behörde

---

115 Zum Verhältnis von nationalem Recht und Art. 102 AEUV bei Verfahrensregelungen wie zur Beweislast s. *Eilmannsberger/Kruis*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rdn. 11.

zum Gegenstand einer präventiven Verbotsverfügung gemacht wird.[116] Will man die Die Beweislastumkehr steht zudem im Widerspruch zu Art. 2 der VO (EG) 1/2003[117] als einer Gewährleistung grundlegender Verteidigungsrechte.[118]

Auch diese Verteilung der Beweislast bedeutet eine Fehlgewichtung der Grundrechtsposition der Unternehmen. Entsprechend der für die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach dem GWB maßgeblichen materiellen Beweislast[119] bedeutet ein non liquet, dass kein Eingriff der Kartellbehörde erfolgen darf.[120] Denn es liegt an der Behörde, den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Nach der Systematik des § 19a GWB-E obläge es demgegenüber dem Unternehmen, also dem Eingriffsadressaten, die Voraussetzungen für die behördliche Entscheidung zu widerlegen und sein Verhalten zu rechtfertigen. Nach der Gesetzesbegründung ist hierfür eine Abwägung vorzunehmen zwischen den Gesetzeszielen einerseits, den Belangen der Unternehmen und der Verbraucher andererseits.[121] Wenn dabei jedoch nach der Systematik des § 19a GWB-E und ausweislich der Entwurfsbegründung den „langfristigen Gesetzeszielen“ grundsätzlicher Vorrang eingeräumt wird, so obliegen dem Unternehmen erhöhte Darlegungslasten. Angesichts der weitgefassten Eingriffstatbestände des § 19a Abs. 2 GWB-E und der gesetzlich determinierten Abwägung bedeutet die zusätzliche Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen eine so intensive Schwächung ihrer Grundrechtsposition, dass von Zumutbarkeit nicht die Rede sein kann.

---

116 Vgl. auch Entwurfsbegründung S.80: vergleichbar einer widerleglichen Vermutung: es wäre dann Sache der Unternehmen, die Vermutung zu widerlegen; ihnen oblägen Darlegungs- und Beweislast.

117 Vorstehend II.1.b), S. 15.

118 So Erwägungsgrund (5) zur Verordnung (EG) 1/2003.

119 *Schneider*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, § 57 Rdn. 20.

120 *Schneider* a.a.O.

121 Zur Berücksichtigung des Verbraucherschutzes im Rahmen des GWB s. *Bunte*, in: Langen/*Bunte*, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, Einl. Rdn. 110.

d) Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot

Verfassungsrechtliche Bestimmtheitserfordernisse bestehen im Interesse der Rechtssicherheit, aber auch der Verhältnismäßigkeit. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentliches Element des Rechtsstaatsgebots[122] umfasst das Gebot der Klarheit und Bestimmtheit der Norm. Nach einer vom BVerfG regelmäßig zugrundegelegten Formel muss die Norm den „rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtsklarheit und Justiziabilität" entsprechen; Gesetze müssen in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt „so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können".[123] Das Gebot der Normenklarheit dient „der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte." Die Anforderungen an Normenklarheit und Bestimmtheit sind dabei in Abhängigkeit vom Gewicht des Grundrechtseingriffs zu sehen.[124]

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie in § 19a GWB-E allein bedeutet noch keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.[125] Sie müssen jedoch in ihrer Auslegung hinreichend bestimmbar sein, so dass sich aus dem Normzusammenhang oder auch aus einer gefestigten Rechtsprechung" eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt.[126] Während jedoch im GWB der Begriff der Marktbeherrschung in der Rechtsprechung hinreichende Konturen erlangt hat, handelt es sich beim Kriterium der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb in § 19a Abs. 1 GWB-E um einen neu in das Gesetz aufzunehmenden unbestimmten Rechtsbegriff. Gleichzeitig sind die kartellbehördlichen Befugnisse nach Abs. 2 nicht nur sehr weit,

---

122 Näher *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 35. Aufl. 2019 Rdn. 372 ff.

123 BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 323 bei juris; ähnlich BayVerfGH, E. v. 13.03.2012 – Vf. 9-VII-11, Rdn. 39 bei juris; ebenso BVerfGE 52, 1 (41).

124 BVerfGE 141, 220 Rdn. 90; BayVerfGH VerfGHE 47, 207 (217).

125 S. auch *Sachs*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rdn. 127.

126 BayVerfGH E.v. 25.09.2015 – Vf. 9-VII-13 Rdn. 232 bei juris unter Verweis auf VerfGHE 65, 61 (69).

sondern auch in ihren Voraussetzungen unbestimmt gefasst. Dies gilt für die Formulierung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, wo darauf abgestellt wird, ob ein Unternehmen auf einem Markt seine Stellung „schnell“ ausbauen kann. Neu ist der Begriff „Wettbewerbsprozess“ in diesem Zusammenhang, unklar dessen Verhältnis zum Begriff des Wettbewerbs. Dies gilt auch für die behördlichen Befugnisse in Nr. 3 mit ihren unterschiedlichen, alternativen Voraussetzungen, wo neben Alternativen eines Behinderungswettbewerbs auch eine Behinderung „in sonstiger Weise“ ausreichen soll. Ebenso unbestimmt und weit gefasst ist in Nr. 5 die Formulierung „in anderer Weise“ oder auch die Untersagungsmöglichkeit nach Nr. 4 hinsichtlich einer Erschwerung der Interoperabilität von Produkten und Leistungen und der Portabilität von „Daten“ – angesichts der Vielschichtigkeit des Begriffs eine wiederum weit gefasste, konturenlose Eingriffsermächtigung.

Die Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe, zumal es sich teilweise um neue Begriffsbildungen handelt, im Zusammenwirken mit weit gefassten Befugnissen des Bundeskartellamts, das seinerseits weitreichende Einschätzungs- und Prognosespielräume in Anspruch nehmen kann, bedeutet für den vorliegenden Gesetzentwurf, dass für die Normadressaten die Befugnisse der Behörde nicht hinreichend einschätzbar sind, dass es an einer wirksamen Begrenzung fehlt und dass effektiver Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet ist, auch wegen der ihnen obliegenden Darlegungs- und Beweislasten. Angesichts ihrer Eingriffsintensität kann die Bestimmung des § 19a GWB-E dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügen. Sie verstößt damit gegen Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG.

In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Verstöße gegen Anordnungen auf der Grundlage des § 19a Abs. 2 GWB-E bußgeldbewehrt sind; § 81 GWB soll entsprechend geändert werden.[127] Für Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten[128] gelten die erhöhten, über das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot hinausgehenden[129] Anforde-

---

127 S.o. I.3, S. 13.

128 BVerfGE 38, 348 (371); 71, 108 (114); 81, 132 (135); 87, 399 (411); BVerfG (K) NJW 2016, 1229; NJW 2015, 3641 Rdn. 7; NJW 2014, 1431 Rdn. 1ff.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018 Rdn. 59.

129 Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte - Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019 Rdn, 1257 f.

rungen des Art. 103 Abs. 2 GG; für sie trifft der Normzweck des Art. 103 Abs. 2 GG als einer „speziellen rechtsstaatliche Garantie des Vertrauens in die Verlässlichkeit der Rechtsordnung“[130] gleichermaßen zu. Dies gilt auch für sog. Blankettnormen, die sich auf verwaltungsaktmäßig festgelegte Pflichten beziehen,[131] wenn also, wie hier, die Behörde zu Anordnungen im Einzelfall ermächtigt und der Verstoß gegen diese Anordnungen sanktioniert wird. Derartige Blankettnormen sind zulässig, wenn die Voraussetzungen der behördlichen Anordnung hinreichend durch Gesetz bestimmt sind.[132] Dies ist jedoch, wie ausgeführt, nicht der Fall.

e) Unverhältnismäßigkeit

Bereits deshalb stellt sich § 19a GWB-E als nicht gerechtfertigter, unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff dar. Intensiven Grundrechtseingriffen stehen zudem abstrakte Gefahrenlagen gegenüber, die derartige Eingriffe nicht zu rechtfertigen vermögen. Sie beruhen maßgeblich, wie dargelegt,[133] auf einer grundsätzlichen Fehleinschätzung der Grundrechtsposition der betroffenen, marktstarken Unternehmen. Die etwaige Möglichkeit, in Anwendung des Gesetzes den Grundrechten der Adressaten einer Verfügung nach § 19a GWB-E Rechnung zu tragen, kann den Gesetzgeber nicht entlasten. Die behördlicherseits zu treffende Ermessensentscheidung nach Abs. 2 ist gesetzlich weitestgehend determiniert, der Grundrechtsschutz für die betroffenen Unternehmen durch die Weite und Unbestimmtheit der gesetzlichen Befugnisse und die Verfahrensgestaltung beschnitten.

In der Zusammenschau dieser Umstände erweisen sich die einzelnen Eingriffsermächtigungen des § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB-E als unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte der Unternehmen.

Das Verbot der Selbstbevorzugung in Nr. 1 erlaubt es dem Bundeskartellamt, Selbstbevorzugung zu verbieten, ohne dass überhaupt ein Wettbe-

---

130 BVerfGE 113, 273 (308).

131 Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rdn. 67/68.

132 Vgl. BVerfGE 78, 374 (389), für die Ermessenstatbestände nach FAG; BVerfG (K) NVwZ 2012, 504 für Nebenbestimmungen nach BImSchG; näher Schröder, VVDStRL 50 (1991), 220ff.

133 Vorstehend 2.c, S. 26 f. sowie 3 c) dd), S. 34

werbsnachteil, insbesondere ein Marktverschlusseffekt nachgewiesen werden muss. Es verpflichtet die Unternehmen andererseits, den Wettbewerb gegen sich selbst zu fördern. Es fehlt aber, wenn kein Wettbewerbsnachteil nachgewiesen wird, an einer hinreichenden Gefährdung der Gesetzesziele, die diesen Eingriff rechtfertigen könnte. Die bloße Möglichkeit einer verfassungskonform-restriktiven Handhabung der Befugnisnorm kann, wie vorstehend ausgeführt, den Gesetzgeber nicht entlasten.

Die Verbotsnormen der Nrn. 2 und 3 richten sich, wie ausgeführt,[134] maßgeblich gegen inneres Wachstum der Unternehmen und wirken hierin als intensiver Eingriff in Grundrecht der Berufsfreiheit in seiner Ausprägung als Wettbewerbs- und Unternehmerfreiheit. Dies beruht, wie ausgeführt, zunächst auf einer Fehlgewichtung der Grundrechtsposition der Unternehmen, da Marktmacht als solche vom Grundgesetz nicht missbilligt wird, eben hierauf aber der Gesetzentwurf hinausläuft. Bereits deshalb ist die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf eine wiederum allenfalls abstrakte Gefährdung eines begrifflich unklaren Wettbewerbsprozesses nach Nr. 2 nicht gewahrt. Nr. 3 insbesondere bezieht sich auf eine grundrechtlich legitimierte Verhaltensweise, die Nutzung der betrieblichen Daten und eines hierdurch begründeten Wettbewerbsvorsprungs, der ja typischerweise für andere Unternehmen erhöhte Marktzutrittschranken bewirken oder sie zumindest „in sonstiger Weise“ behindern kann – auch hier ist es die weite und unbestimmte Fassung der Norm, die die Eingriffsbefugnissen des Bundeskartellamts als unverhältnismäßig weit gefasst und intensiv erscheinen lässt, zumal auch hier kein missbräuchliches Verhalten vorangegangen sein muss. Dies gilt auch für die Bestimmung zur Portabilität von Daten in Nr. 4, deren Verhältnis zum Recht auf Datenportabilität nach Art. 20 Datenschutz-Grundverordnung unklar bleibt.

4. Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG

§ 19a GWB-E ermächtigt die Exekutive in Gestalt des Bundeskartellamts zu intensiven Eingriffen in Grundrechte der Unternehmen. Für sie gilt die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Rechtsschutz iSd Art. 19 Abs. 4 GG bedeutet auch und vor allem effektiven Rechtsschutz, der aber durch

---

134 Vorstehend 3.c) bb), S. 32 sowie cc), S. 33.

die nach dem Entwurf vorgesehene Verfahrensgestaltung deutlich erschwert würde. Nicht nur die weite und unbestimmte Fassung der Verbotsnormen nach § 19a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 GWB-E hindert effektiven Rechtsschutz, sondern auch die Beweislastregel des Abs. 2 Satz 3 sowie die nach Abs. 2 Satz 5 vorgesehene Verbindung von Feststellungs- und Verbotsverfügung und die Befugnis des Bundeskartellamts, in entsprechender Anwendung des § 32a GWB einstweilige Maßnahmen, diese zudem unter erleichterten Voraussetzungen,[135] zu erlassen, Abs. 2 Satz 4. Eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung jedoch muss die Effektivität des Rechtsschutzes offenhalten.[136]

Dies ist mit dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht gewährleistet. Da das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot eine effektive Kontrolle durch die Gerichte gewährleisten soll,[137] bedeutet bereits die Unbestimmtheit des Art.19a GWB-E sowohl in den Verbotsnormen nach Abs. 2 als auch in den Aufgreifschwellen des Abs. 1 ein maßgebliches Rechtsschutzdefizit. Wenn Feststellungs- und Verbotsverfügung nach Abs. 1 und Abs. 2 uno actu getroffen werden, so sieht sich das Unternehmen mit den weitreichenden Verboten nach Abs. 2 konfrontiert, ehe geklärt ist, ob es überhaupt in den Anwendungsbereich der Norm fällt. Schließlich wird zeitnaher Rechtsschutz vereitelt, wenn Feststellung nach Abs. 1 und Verbote nach Abs. 2 durch einstweilige Maßnahmen nach 32a GWB getroffen werden. Rechtsschutz iSd Art. 19 Abs. 4 GG bedeutet aber vor allem auch rechtzeitigen Rechtsschutz.

In der Gesamtbewertung ist festzuhalten, dass durch die weit gefassten gesetzlichen Tatbestände des Gesetzentwurfs, dessen zahlreiche, klärungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, verbunden mit Beurteilungs- und Prognosespielräumen sowie Ermessen der Exekutive[138] und die Be-

---

135 S.o. I.1.c), S. 9 zur Neufassung des § 32a GWB.

136 Vgl. *Lerche/Degenhart*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Mißbrauchsaufsicht auf der Grundlage des Regierungsentwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 26.

137 BVerfGE 141, 220 Rdn. 94, dort als stRSpr bezeichnet, unter Verweis auf BVerfGE 113, 348 (375 ff.) 120**,** 378 **(**407 f.) 133**,** 277 **(**336).

138 Vgl. für die Missbrauchsaufsicht *Schneider*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, 13. Aufl. 2018, vor § 54 Rdn. 7; zur Frage der Vereinbarkeit mit Art.

weislastumkehr zu Lasten der Unternehmen wie auch angesichts der verfahrensmäßigen Gestaltungsbefugnisse des Kartellamts die Gewichte im Rechtsschutzverfahren in einem Maße zu Ungunsten des Maßnahmenadressaten verschoben werden, dass der verfassungsrechtlich geforderte effektive Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet werden kann. Der Grundsatz des Grundrechtsschutzes durch Verfahren wird eklatant verfehlt.

5. Ergänzende Bestimmungen – insbesondere: Zugang zu Daten

Neben der zentralen Vorschrift des § 19a GWB-E enthält der Gesetzentwurf weitere Gesetzesänderungen, die insgesamt die Tendenz verstärken, die Missbrauchsaufsicht für die betroffenen Unternehmen von der Schwelle der Marktbeherrschung zu lösen und ihnen gegenüber eine proaktive und präventive Aufsicht zu begründen, die Wettbewerbsbedingungen zu ihren Lasten zu verändern und sie, wie schon im Rahmen des § 19a GWB-E in eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Störerrolle zu drängen und so ein Sonderkartellrecht zu begründen. Einige der angestrebten Neuerungen begegnen auch bereits bei isolierter Betrachtungsweise durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden.

Dies gilt insbesondere für die vorgesehene Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, durch die Daten unter die Essential Facility Doktrin[139] gefasst werden sollen.[140] Die Essential Facility Doktrin basiert auf der Tatsache, dass eine wesentliche Infrastruktur, auf deren Nutzung ein Unternehmen angewiesen ist, nicht dupliziert werden kann – deshalb sind es Netzwerke und andere Infrastruktureinrichtungen, die in der geltenden Fassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB genannt werden. Angesichts des im Gesetzentwurfs nicht näher definierten Datenbegriffs erscheint nicht begründbar, warum der Zugangsanspruch nach dieser Bestimmung auch auf Daten erstreckt werden soll. Hierin liegt gegenüber den betroffenen Unternehmen eine intensive Beschränkung unternehmerischer Freiheit, die auch die Befugnis um-

---

19 Abs. 4 GG vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte . Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019 Rdn. 1173b.

139 Hierzu s. *Eilmansberger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rdn. 70 ff.

140 Entwurfsbegründung S. 59.

fasst, über die Verwendung der Daten zu entscheiden. Informationspflichten in Bezug auf Betriebs- oder Geschäftsdaten greifen daher in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein.[141] Darüber hinaus sind die Datenbestände eines Unternehmens vermögenswerte Rechte, die als Bestandteil des Rechts am Unternehmen unter den Schutz der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG fallen.[142] Gerade für Unternehmen der Digitalwirtschaft – wenn auch nicht nur für sie – sind Datenbestände Substrat ihres Erfolgs im Wettbewerb. Die Verpflichtung, sie konkurrierenden Unternehmen zu öffnen, greift intensiv in diese Grundrechte ein, ohne dass dies aus Gründen gerechtfertigt werden können, wie sie für Netzwerke und Infrastruktureinrichtungen gelten. Auch genügt § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E nicht dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot. Der Datenbegriff ist konturlos, das Kriterium der objektiven Notwendigkeit in hohem Maße auslegungsbedürftig. Die Erweiterung des Zugangsrechts nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E auf Daten begegnet daher als nicht gerechtfertigter Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG wie auch auf Grund der Unbestimmtheit der Norm durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Erst recht gilt dies für den in § 20 Abs. 1a GWB-E enthaltenen erstmaligen Zugriff auf Unternehmensdaten. Angesichts der Vielschichtigkeit und Weite des Begriffs der Daten liegen hierin weitreichende Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde begründet, dies umso mehr, als durch eine Neufassung des § 20 Abs. 1 GWB die Beschränkung des Schutzbereichs auf kleine und mittlere Unternehmen entfallen soll.

---

141 Vgl. *Breuer*, Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rdn. 38.

142 Vgl. zum Eigentumsschutz von Daten *Breuer* a.a.O.; *Dederer*, BonnK, Art. 14 (2017) Rdn. 55; dort Rdn. 52 ff. sowie Rn. 1057 zum Eigentumsschutz rechtmäßig aufgebauter Datennetze; zum Grundrechtsschutz für Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse s. BVerwG B.v. 25.7.2013 – 7 B 45.12 Rdn.11 f.; ferner BVerfG, B. v. 14.3.2006 – 1 BvR 2077/03 – BVerfGE 115, 205 (229 ff.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 14 Rdn. 8; *Götze*, SächsUIG, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Landesausgabe Sachsen, Stand 2017, S.49; Reidt/*Schiller*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UIG (2010), § 9 Rdn. 20; *Depenheuer*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Betriebsgeheimnisses, in: Festschrift Schenke, 2011, S. 97 (99 f., 101 ff.); *Gärditz*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 99 Rdn. 47.

6. Weitere Tatbestände eines Sonderkartellrechts

Die Tendenz des Gesetzentwurfs, das marktmächtige Unternehmen in die Rolle des „Störers“ der Wettbewerbsordnung zu drängen und es einer präventiven Aufsicht zu unterwerfen, kennzeichnet den Tipping-Tatbestand des neu in § 20 GWB einzufügenden Abs. 3a. Auch diese Bestimmung richtet sich gegen internes Unternehmenswachstum und kennzeichnet den mit dem Entwurf der 10. GWB-Novelle angestrebten Paradigmenwechsel in der Missbrauchsaufsicht, dies auch in ihrer präventiven Ausrichtung. Sie begegnet damit ähnlichen verfassungsrechtlichen Einwänden wie die mit vergleichbarer Zielrichtung vorgesehene Bestimmung des § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB-E. Die tendenziell die Novelle prägende, prinzipielle „Missbilligung“ einer marktstarken Stellung kommt schließlich zum Ausdruck in der vorgeschlagenen Neufassung des § 19 Abs. 1 GWB.[143] Wenn schließlich ein neu in § 18 GWB einzufügender Abs. 3b die Bedeutung der Intermediationsmacht der Plattformökonomie[144] klarstellen will und auf Konstellationen zielt, in denen sich „der eigene Marktzugang (als Eigenhändler), und die Möglichkeit zur Verschaffung des Zugangs für andere Unternehmen (als Vermittlungsplattform) ergänzen und ggf. verstärken“,[145] so bestätigt sich die Tendenz des Entwurfs der 10. GWB-Novelle, ein Sonderkartellrecht für eben diesen Sektor zu schaffen.

Leipzig, im Januar 2020

(o. Prof. Dr. C. Degenhart)

---

143 Zu deren Regelungsgehalt s.o. I.2.b), S. 8.

144 S. zu Online-Plattformen im Kartellrecht etwa *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10.

145 Entwurfsbegründung S. 72.