

- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) -

Stellungnahme zum GWB-Digitalisierungsgesetz

Berlin, den 17. Februar 2020

Ansprechpartnerin: Eva Behling, Justiziarin, eb@bevh.org

Übersicht

Einleitung

Digitale Plattformen bieten eine niedrighschwellige Infrastruktur für den Markteinstieg, sodass eine Regulierung nur mit Augenmaß vorgenommen werden sollte.

Begriff der Daten

Beim Anknüpfungspunkt Daten sind entgegenstehende Gesetze zu berücksichtigen.

§ 18 Abs. 3b Nr. 2 GWB-E – Marktbeherrschung

Eine zu weitgehende Regulierung sollte vermieden werden.

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E – Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen, “essential facilities doctrine”

Der Zugang zu bereits bestehenden Daten kann die Innovationsbereitschaft hemmen und zu Stagnation in der Wirtschaft führen.

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

Sowohl die Systematik und der Umfang der Verfügungsermächtigung als auch die der Beweislastumkehr sind nicht hinreichend klar definiert.

1. Einleitung

Das Internet, einschließlich digitaler Plattformen, bietet eine niedrighschwellige Infrastruktur für den Markteinstieg insbesondere von KMU auch in den grenzüberschreitenden Handel und belebt so den Wettbewerb. Darüber hinaus ermöglichen Plattformen KMU eine größere Reichweite sowie einen Zugang zu den neuesten Innovationen, um ihren Kunden den Service zu bieten, den diese erwarten. Dies ermöglicht es KMU mit großen Konzernen zu konkurrieren.

Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, Regulierungen mit Augenmaß vorzunehmen und nicht über den notwendigen Rahmen hinauszugehen.

Die Modernisierung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb hin zu einer präventiven Marktaufsicht und der Einräumung eines Datenzugangs stellt einen Paradigmenwechsel dar, der gerade im Hinblick auf die EU-Vorgaben entsprechend eng ausgelegt werden muss. Um den Standort Deutschland tatsächlich zu fördern und wettbewerbsfähig zu halten, ist es notwendig, die Vorgaben des EU-Kartellrechts zu berücksichtigen und keine weitergehenden Einschränkungen vorzunehmen, als EU-weit vorgesehen. Gerade die Vorgaben aus Art. 102 AEUV sind EU-weit anerkannt und bewährt und müssen daher Berücksichtigung finden.

2. Begriff der Daten

Der Gesetzesentwurf sieht viele Neuerung vor und bezieht sich an vielen Punkten auf das Vorliegen von Daten. Dabei beinhaltet die Novelle keinerlei Definition dieses Begriffs, so dass nicht eindeutig klar ist, welche Daten hierunter zu fassen sind. Insbesondere wenn es um die Auswertung oder Weitergabe von Daten geht, sehen wir hier Rechtsvorschriften tangiert, die mit den Regelungen der Novelle nicht in Einklang zu bringen sind. Dies betrifft insbesondere das Geschäftsgeheimnisgesetz und die Datenschutz-Grundverordnung bei „wettbewerbsrelevanten Daten“. Auch das Kartellrecht selbst – Stichwort „unzulässiger Informationsaustausch“ – kann den Regelungen über den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten entgegenstehen. Hier sehen wir unbedingtes Klärungserfordernis, bevor neue Regulierungen eingeführt werden.

Aufgrund des weitreichenden Begriffs ist fraglich, welche Daten unter den jeweiligen Paragraphen zu subsumieren sind. Gerade vor dem Hintergrund, dass ein und demselben Datum für unterschiedliche Unternehmen und Konzepte eine andere Bedeutung zukommt, ist sonst keine Rechtssicherheit gegeben.

3. § 18 Abs. 3b Nr. 2 GWB-E – Marktbeherrschung

Durch die Ergänzung in § 18 Abs. 3b Nr. 2 des Entwurfs soll klargestellt werden, dass der Zugang zu Daten in allen Wirtschaftsbereichen und nicht nur für mehrseitige Märkte oder Netzwerke als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung einer Unternehmens in Betracht kommt.

Aufgrund der expliziten Aufzählung in dem Kriterienkatalog wird aber bei der Bestimmung der Marktmacht gerade bei Online-Händlern in Zukunft voraussichtlich vermehrt auf dieses Kriterium abgestellt werden. Unternehmen, die nach den bisherigen Kriterien nicht als marktbeherrschend angesehen werden, aber über Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten verfügen, könnten in

Zukunft der Missbrauchskontrolle unterliegen. Sie wären dann weniger frei darin, wie sie die Beziehungen zu ihren Kunden und sonstigen Geschäftspartnern gestalten können.

4. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E – Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen, “essential facilities doctrine”

Bei den gewählten Begriffen „objektiv notwendig“ ist eine hohe Rechtsunsicherheit gegeben. Es ist sicherlich auslegungswürdig und eine Frage des Einzelfalls, wann ein Zugang als „objektiv notwendig“ erachtet werden kann.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob durch die weitgehende Eingriffsmöglichkeit noch Bereitschaft besteht in Innovationen und Datensammlung zu investieren, wenn diese Unternehmen dazu gezwungen werden, anderen Wettbewerbern den Zugriff hierauf einzuräumen. Dies hätte den gegenteiligen, wettbewerbshemmenden Effekt der Stagnation zur Folge.

Hier ist fraglich, ob die geplante Regelung nicht in einem unverhältnismäßigen Umfang in den Wettbewerb eingreift. Unternehmen, die sich auf einem Markt etablieren wollen, sind sich der Situation auf dem Markt und der Konkurrenz bewusst. Hier sollte es vielmehr Aufgabe des Wettbewerbs sein, zur Entwicklung und zum Angebot neuer Geschäftsmodelle beizutragen, um neue Impulse zu setzen, anstatt an die bereits bestehenden Konzepte anzuknüpfen und den Zugang zu bereits bestehenden Daten zu verlangen. Die Datenzugangsrechte sollten nach unserer Ansicht deutlich eingegrenzt werden und nur in einem genau definierten und angemessen Rahmen zugelassen werden.

5. § 19a GWB-E – Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, kann die präventive Marktregulierung als ein Steuerungsinstrument angesehen werden, das – bei falscher bzw. übermäßiger Anwendung – ein Eingriff in den sich selbst regulierenden Wettbewerb darstellt.

a) Verfügungsermächtigung, Abs. 1

Die Verfügungsermächtigung wird aus hiesiger Sicht aus folgenden Gründen als zu unkonkret angesehen:

- Zunächst erscheint die Systematik des § 19a des Entwurfs unklar, spricht der den Kartellbehörden doch bereits Rechte zu, die in der Systematik des Gesetzes erst in den §§ 32 ff GWB zu finden sind.
- Die Verfügung kann unabhängig von einem konkret missbräuchlichem Verhalten erlassen werden. Obgleich in der Gesetzesbegründung ausgeführt wird, dass das Bundeswirtschaftsministerium von lediglich drei bis vier Fällen in den ersten fünf Jahren ausgeht, schlägt sich diese Vermutung nicht in dem Gesetzestext nieder, da die Vorschrift inhaltlich unbestimmt ist. Es ist demnach nicht auszuschließen, dass auch Fälle hierunter subsumiert werden können, die ursprünglich nicht im Fokus der Regulierung standen. Wie

die Vorschrift ausgelegt wird, kann nicht abgesehen werden und führt damit zu großer Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen.

- Diese Rechtsunsicherheit wird dadurch verstärkt, dass der Umfang der Verfügung nicht geregelt ist. Es ist also nicht klar, über welchen Zeitraum die Verfügung Bestand haben wird. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Gesetzestext hierzu nicht äußert, ist davon auszugehen, dass die Verfügung Dauerwirkung hat. Gerade in der heutigen, schnelllebigen Zeit, in der Innovationen und Entwicklungen schlagartig erfolgen, kann die Feststellung in einer Verfügung bereits nach kürzester Zeit hinfällig sein und damit den Betroffenen im Wettbewerb benachteiligen.
- Vor diesem Hintergrund ist zudem fraglich, welche Rechtsmittel den Unternehmen zustehen und wie zeitnah Rechtssicherheit geschaffen werden kann, um Folgeschäden in Grenzen zu halten.

b) Beweislastumkehr, Abs. 2 S. 3

Durch die Regelung in § 19 Abs. 2 S. 3 des Entwurfs wird die Beweislast umgekehrt und es den Unternehmen auferlegt, eine Rechtfertigung für ihr Verhalten darzulegen. Auf welchen Zeitpunkt sich die sachliche Rechtfertigung beziehen muss, geht aus dem Wortlaut nicht hervor. Damit ist nicht sicher geklärt, ob eine ex-ante oder ex-nunc Sicht zugrunde gelegt werden muss. Gerade eine ex-nunc Sicht würde Unternehmen vor erhebliche Beweisschwierigkeiten stellen. Insofern ist fraglich, ob nicht das Bundeskartellamt mit seinen behördlichen Ermittlungsbefugnissen besser geeignet ist, die erforderlichen Informationen und Grundlagen zu eruieren.

Der Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) repräsentiert als die Interessenvertretung der Branche der in Deutschland aktiven Online- und Versandhändler Unternehmen aller Größen und aller denkbaren Handelsformen (Online, Multichannel, Katalog, TV-Shopping, Plattformhändler und -betreiber). Die Mitglieder des bevh stehen für mehr als 75% des gesamten Branchenumsatzes. Darüber hinaus sind dem Verband mehr als 130 Dienstleister aus dem Umfeld der E-Commerce-Branche angeschlossen.