

## **Die 10. GWB-Novelle – Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 23.1.2020**

---

### **A. Allgemeine Vorbemerkung / Zusammenfassung**

Der VAUNET – Verband Privater Medien e.V. – bedankt sich für die Möglichkeit, zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) Stellung nehmen zu dürfen.

Der Entwurf knüpft an die durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Änderungen zur leichteren Erfassung von Marktmacht in der Digitalwirtschaft an und nimmt nun schwerpunktmäßig den Missbrauch von Marktmacht durch die großen globalen Digitalkonzerne in den Fokus.

Positiv ist aus Sicht des VAUNET hervorzuheben, dass mit § 19a GWB-E die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes gegenüber globalen Digitalkonzernen gestärkt, der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ermöglicht, die Inlandsumsatzschwelle angepasst und Unternehmenskooperationen erleichtert werden.

Die gewählten Maßnahmen und Änderungen stellen dabei teilweise wesentliche Veränderungen gegenüber dem bisherigen Kartellrecht dar: So ist insbesondere für die Einordnung als Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ nach § 19a GWB-E die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung offenbar nicht zwingend erforderlich (so der Wortlaut des Gesetzes). Dies hat eine Missbrauchsaufsicht ohne Marktbeherrschung zur Folge und entfernt sich vom klassischen Konzept der Marktmacht.

Der Entwurf erlaubt es dem Bundeskartellamt vorgenannte Unternehmen gemäß § 19a Abs. 1 GWB-E proaktiv zum Gegenstand behördlicher Verfügungen zu machen, bevor ein konkreter Missbrauch eingetreten ist. Die Finanzkraft und/oder der Zugang zu sonstigen Ressourcen/wettbewerbsrelevanten Daten – ggf. im Zusammenwirken mit anderen Faktoren – kann dabei künftig auch ohne Marktbeherrschung eine marktübergreifende Bedeutung begründen.

**Der VAUNET begrüßt diese umfangreiche Modernisierung der Missbrauchskontrolle ausdrücklich. Der Gesetzgeber adressiert zukunftsorientiert und als Vorreiter unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Herausforderungen des Wettbewerbs im digitalen Umfeld.**

Es ist zu erwarten und zu hoffen, dass dies auch Signalwirkung für die Wettbewerbspolitik anderer Mitgliedstaaten hat und die vom deutschen Gesetzgeber avisierten Schritte von der neuen EU-Kommission im Zuge ihrer eigenen Regulierungsbestrebungen bezüglich der globalen Plattformen und Suchmaschinendienste aufgegriffen bzw. berücksichtigt werden.

Nichtsdestoweniger bedarf der Entwurf im weiteren Gesetzgebungsprozess noch der Überarbeitung und Klarstellung einzelner Passagen.

**Änderungsbedarf** sieht der VAUNET u. a. hinsichtlich des Adressatenkreises der Regelungen: So sieht der Gesetzgeber zwar im Rahmen der Fusionskontrolle grundsätzlich begrüßenswerte Anpassungen für die Presseunternehmen vor, erstreckt diese jedoch nicht – wie schon vielfach vom VAUNET gefordert – auf die Rundfunkunternehmen. Damit wird, wie auch schon im Rahmen der 9. GWB-Novelle, eine Unterscheidung zwischen den Mediengattungen vorgenommen, die wettbewerbspolitisch mit Blick auf die schützenswerte Medienvielfalt korrekturbedürftig ist.

## **B. Die Bedeutung der Regulierung des Zugangs zu (wettbewerbsrelevanten) Daten für die audiovisuelle Medienwirtschaft**

Die Erhebung und Verwertung von Daten ist mittlerweile ein für alle relevanten und erfolgreichen Geschäftsmodelle der digitalen- und auch der Medienwirtschaft typisches Charakteristikum. Die Möglichkeit der Verarbeitung und Verwertung der in Daten verkörperten Informationen über medienrelevante Leistungsparameter ist ein essenzieller Inputfaktor, der für die Erbringung vieler Dienste und die Verbesserung des Contents notwendig ist.

Die Kontrolle über und der Zugang zu Daten sowie die Fähigkeit zur Analyse umfangreicher Datenmengen ist ein **entscheidender Wettbewerbsfaktor**. Die Erkenntnisse aus der Datenanalyse können die Unternehmen zur Optimierung sowie Personalisierung ihrer Produkte, Dienstleistungen und Inhalte nutzen. Zudem lassen sich aus Daten potenzielle Trends ableiten und hierauf aufbauend neue Produkte oder Formate mit besonderer Relevanz oder hohem Unterhaltungs- und Informationswert für die Nutzer/Verbraucher entwickeln.

**Die Fähigkeit zur Erhebung und Auswertung von Daten und der Zugang zu den in ihnen enthaltenen Informationen ist damit ein zentraler Antriebsfaktor der unternehmerischen Innovationskraft - auch und vor allem für die audiovisuellen Medienunternehmen.**

Mit der 10. GWB-Novelle nimmt der Gesetzgeber völlig zu Recht den Wirtschaftsfaktor „Daten“ und die hierauf aufbauenden Geschäftsmodelle der globalen Digitalkonzerne zielorientiert ins Visier und berücksichtigt insofern die Marktrealitäten:

Die internationalen Plattformen, wie App-Plattformen, Empfehlungssysteme, Social-Media- oder e-Commerce-Anbieter ebenso wie Suchmaschinen sind vielfach Bottlenecks des digitalen Zeitalters. Die Hoheit über (Nutzer-)Daten und die damit einhergehende starke Stellung vor allem globaler Unternehmen im Internet sowie im Umfeld der Werbewirtschaft haben entscheidenden Einfluss auf den Zugang zum Werbemarkt und damit auf die Refinanzierbarkeit und Existenz von audiovisuellen Mediendiensten und -sendern.

Das Wachstum der heute führenden internationalen Digitalkonzerne lässt sich dabei durch eine Reihe verschiedener Faktoren erklären, darunter:

- den Übergang der Kommunikation in die Online-Welt und den raschen Anstieg der Zahl der Internetnutzer in den letzten zwei Jahrzehnten,
- die umfangreichen Dienste, die die Plattformen anbieten,
- die Rolle von Netzwerk-/Skaleneffekten in der Benutzerbasis der Plattformen,
- die Fähigkeit der digitalen Plattformen, Benutzerdaten für Werbezwecke zu sammeln und zu nutzen,
- die vertikale und horizontale Integration der Plattformgeschäfte.

Plattformen haben überdies erheblichen Einfluss auf den Konsum von Journalismus. Sie sind äußerst beliebte Zugangsmöglichkeiten zu Inhalten, Informationen und Nachrichten und bieten die Möglichkeit, diese und ihre Quellen, die sie den Konsumenten zur Verfügung stellen, auszuwählen und zu bewerten.

Die datenbasierten Geschäftsmodelle der Plattformbetreiber schließen die Anbieter von (audiovisuellen) Medieninhalten jedoch vielfach aus der Wertschöpfungskette aus: Hatten diese früher noch direkten Zugang zum Verbraucher und Zuschauer, so sind es heute die Plattformen, die durch die Nutzung von Medieninhalten der Drittanbieter wertvolle Daten generieren, die von diesen mangels Zugang aber nicht zur Verbesserung der eigenen Produkte/Inhalte, für Empfehlungen oder zur Refinanzierung verwendet werden können.

**Dieser asymmetrische Zugang zu Daten bei gleichzeitiger Intransparenz über deren Erhebung und Weiterverarbeitung schadet jedoch den Verbrauchern, der Vielfalt der Medienlandschaft und auch der digitalen Wirtschaft.**

Ein – gerade auch für die audiovisuellen Medienunternehmen – relevantes Beispiel für die Verhinderung des Zugangs zu Daten manifestiert sich in der kürzlichen Ankündigung des Unternehmens, das mit seinem Webbrowser die führende Position im Markt inne hat, keine „Third-Party-Cookies“ mehr zu unterstützen (siehe <https://blog.chromium.org/2020/01/building-more-private-web-path-towa->

[rds.html](#)). Auch andere Browser-Anbieter unterbinden seit einiger Zeit die Durchleitung leistungs- und damit auch abrechnungsrelevanter Informationen auf Basis von Cookie-Technologien. Dies hat zur Folge, dass der Einsatz dieser Technologie für alle anderen Marktteilnehmer und damit deren endgerätebezogenen Datenverarbeitungsmöglichkeiten unmöglich werden. Gleiches gilt für die Erhebung von Ausspielung und Nutzung von Werbemitteln über Browser – mit erheblichen monetären Auswirkungen auf die werbefinanzierten privaten Medien(-unternehmen). Sie werden damit davon abhängig, dass ihnen Schnittstellen zur Verfügung gestellt werden, um die Möglichkeiten der Datenverwertung anders zu realisieren. Dies hat zur Folge, dass auch keine eigenverantwortete Interaktion mehr zwischen den relevanten Nutzern und den Telemedienanbietern möglich ist.

Schon dieses Beispiel zeigt, dass jegliche positive Markt- und Wettbewerbsentwicklung, und damit die Wahrung der Medienvielfalt, die vorausschauende Regulierung der „Gatekeeper“ entlang der digitalen und audiovisuellen Wertschöpfungskette zur Voraussetzung haben. Die Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen für Inhabereanbieter und ein konsequenter Abbau der Wettbewerbsverzerrungen durch quersubventionierende Anbieter (d. h. solche Unternehmen, die ihre wettbewerbliche Stärke von einem Markt auf einen anderen Markt bzw. verschiedene (Teil-)Märkte transferieren können) sind dabei essentiell.

**Die durch die Nutzung von Medieninhalten seitens der Plattformen generierten Daten müssen den Medienhäusern, die diese Inhalte produzieren und finanzieren, zugänglich sein. Sie sollten unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen gleichermaßen die Möglichkeit haben, die Daten zu erhalten, zu nutzen und verarbeiten zu können.**

**Jeglicher Regulierungsrahmen muss den Beitrag der audiovisuellen Medienunternehmen zum Daten-Ökosystem reflektieren und Entwicklungsmöglichkeiten für neue, eigene und vor allem von den internationalen Plattformen unabhängige Geschäftsmodelle sicherstellen. Ungeachtet des spezifischen Schutzzwecks des GWB muss der Gesetzgeber im Blick behalten, dass die durch das Grundgesetz geschützte Rundfunk- und Medienfreiheit als Eckpfeiler unserer Demokratie nur bewahrt werden kann, wenn redaktionelle Medien gegenüber den großen Plattformen/Gatekeepern durch spezifische Diskriminierungs- und Behinderungsverbote umfassend geschützt werden.**

Vor diesem Hintergrund **begrüßt** der VAUNET, dass die 10. GWB Novelle, neben der Umsetzung der ECN+-Richtlinie, durch die Anpassung der Missbrauchskontrolle den Versuch unternimmt, Regulierungs- und Lösungsmöglichkeiten für die vorstehend skizzierten Herausforderungen und Marktgegebenheiten zu schaffen und der hohen Dynamik der digitalen Medienmärkte Rechnung zu tragen.

## **C. Im Einzelnen**

Im Nachfolgenden soll auf die wesentlichen Regelungsbereiche des Referentenentwurfs eingegangen werden, soweit diese einen unmittelbaren oder mittelbaren Medienbezug aufweisen. Von einer Kommentierung der Vorschriften zur Umsetzung der ECN+-Richtlinie wird abgesehen. Im Fokus des VAUNET stehen bei der Bewertung der Vorschläge die Missbrauchsverbotstatbestände des § 19a GWB-E sowie jene Regelungen, die die Regulierung des Zugangs zu (wettbewerbsrelevanten) Daten zum Inhalt haben und damit für die audiovisuellen Unternehmen von größter Bedeutung sind.

### **I. Neue Missbrauchsaufsicht über ÜMB-Unternehmen gem. § 19a GWB-E**

Der § 19a GWB-E sieht eine Ermächtigungsgrundlage vor, die dem Bundeskartellamt eine effektivere Kontrolle derjenigen Digitalkonzerne ermöglichen soll, denen eine sog. „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ zukommt (nachfolgend „ÜMB-Unternehmen“). Faktisch erfasst der Entwurf damit jene digitalen Plattformen, von denen aufgrund ihrer verfestigten Stellung und Struktur aktuell die größten Wettbewerbsverzerrungen ausgehen, die aber durch die geltende Rechtslage nicht adressiert werden können oder bei denen in der Praxis schlicht formale Beweis- bzw. Verfolgungsschwierigkeiten hinsichtlich des wettbewerbswidrigen Verhaltens auftreten.

#### **1. Überblick**

Das Verfahren einer Feststellung der Eigenschaft als ÜMB-Unternehmen erscheint geeignet, den Missbrauch globaler Digitalunternehmen oder Plattformen spezifischer zu adressieren, ohne negative Auswirkungen auf nicht beherrschende Unternehmen oder Intermediäre auszulösen, die keine Gefährdung für den Wettbewerb begründen.

Als ÜMB-Unternehmen kommen nur jene „Player“ in Betracht, die in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB, also auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken, tätig sind. Der Fokus der Regelung liegt dabei auf dem Digitalmarkt. Selbst Monopole mit überragender Bedeutung in anderen Sektoren sind nicht erfasst.

#### **2. Kriterien zur Bestimmung der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“**

Der § 19a Abs. 1 S. 2 GWB-E enthält eine nicht abschließende Liste von Kriterien für die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung, wobei ihre Reihenfolge keine Gewichtung vorgeben soll.

**Der VAUNET begrüßt, dass der Gesetzgeber in der Aufzählung des § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1-5 GWB-E praxisnahe Kriterien, die als Indizien für eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb fungieren, zugrunde legt.**

Von **besonderer Bedeutung** ist aus Sicht des VAUNET dabei das Abstellen auf die Finanzkraft oder der Zugang zu sonstigen Ressourcen/wettbewerbsrelevante Daten, § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 4 GWB-E. Die Aufnahme in § 19a Abs. 1 GWB-E ist dabei so zu verstehen, dass sie (ggf. im Zusammenwirken mit anderen Faktoren) auch ohne Marktbeherrschung eine marktübergreifende Bedeutung begründen kann. Unter Finanzkraft ist dabei auch die Finanzierungsbereitschaft der Investoren zu fassen, die auf die erfolgreiche Erweiterung der Geschäftsmodelle abzielen und dabei über Jahre sogar signifikante Verluste in Kauf nehmen.

Zuzustimmen ist auch dem § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB-E (vertikale und konglomerate Integration). Anders als in § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB (Zugang zu Beschaffung-/Absatzmärkten) stehen hier die Marktverflechtungen im Fokus. Dies ist aus Sicht des VAUNET konsequent.

Diese Vorgaben rechtfertigen sich dabei aus der besonders verfestigten Machtposition bei gleichzeitiger erheblicher Relevanz infolge der marktübergreifenden Tätigkeit. Denn die nicht nur vorübergehende wirtschaftliche Unangreifbarkeit der Intermediäre ist zumeist in der Erfassung von vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsebenen begründet.

Ein aus Sicht des VAUNET zudem **wesentliches** Kriterium ist die in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E niedergelegte Gatekeeper-Stellung bzgl. des Zugangs Dritter zu Absatz- und Beschaffungsmärkten. Der Adressierung der Intermediationsmacht liegt die Erkenntnis zugrunde, dass ein Unternehmen durch seine vertikale Integration die Möglichkeit hat, wettbewerbliche Vorteile zu erzielen und Marktzugänge zu kontrollieren (vgl. S. 74 des Referentenentwurfs). Anders als in § 18 Abs. 3 b und § 20 Abs. 2 S. 1 GWB-E stellt § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E auf den verbundenen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter ab. Genau hier stellt der Referentenentwurf zutreffend auf den entscheidenden Aspekt bei der Kontrolle internationaler Digitalkonzerne ab: Je grösser der Einfluss eines Unternehmens auf die Geschäftstätigkeit Dritter, desto grösser ist seine Machtstellung und damit seine besondere Verantwortung im Marktumfeld.

**Gesamthaft sollte der Gesetzgeber aus Sicht des VAUNET die Unterschiede zwischen Normadressaten des § 19 GWB und jenen des §19a GWB-E noch genauer adressieren, denn die Voraussetzungen einer solchen marktübergreifenden Bedeutung werden in § 19a Abs. 1 GWB-E bisher durch Kriterien konturiert, die ebenso für die Feststellung einer beherrschenden Stellung relevant sind. Das Verhältnis zwischen der überragenden marktübergreifenden Bedeutung und der klassischen Marktbeherrschung sollte hier noch konkreter ausgestaltet bzw. in der Gesetzesbegründung präzisiert werden.**



### **3. Feststellungsverfügung § 19a Abs. 1 GWB-E**

Die im Ermessen des Bundeskartellamts liegende Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 GWB-E erlaubt es, ein Unternehmen unabhängig von konkret missbräuchlichem Verhalten zum Gegenstand einer behördlichen Verfügung zu machen. Eine solche Befugnis des Bundeskartellamtes ist neu und bisher im System des GWB nicht angelegt.

Die Feststellungsverfügung soll dem Bundeskartellamt offensichtlich längerfristig als Grundlage für Verfügungen/Untersagungen nach § 19a Abs. 2 GWB-E dienen. Sie soll laut Begründung zwar in der Regel zu befristen sein – der Wortlaut sieht das aber nicht ausdrücklich vor.

**Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung (S. 75) zur Befristung und Verhältnismäßigkeit sollten aus Sicht des VAUNET hier auch mit Blick auf die notwendige Ermessensausübung in den Gesetzestext aufgenommen werden.**

### **4. Ex nunc Untersagung – Verbot missbräuchlicher Maßnahmen (§ 19a Abs. 2 GWB-E)**

#### **a. Allgemeine Bewertung**

Der VAUNET **begrüßt** die Regelung des § 19a Abs. 2 GWB-E. **Positiv** ist, dass ÜMB-Unternehmen zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden können, da von den erfassten Konzernen die größten Gefährdungen für den Wettbewerb gerade auch im Bereich der Medienwirtschaft ausgehen. Die gewählten Verbotstatbestände erfassen aus Sicht des VAUNET auch die wesentlichen Konstellationen wettbewerbs-schädlicher Verhaltensweisen, denen sich – wie unter B. beschrieben – auch die Mitglieder des VAUNET ausgesetzt sehen. Der Katalog der „besonders schädlichen“ (S. 75 der Begründung des Referentenentwurfs) Verhaltensweisen ist auch hinreichend klar gefasst.

**Der Vorschlag ist in konzeptioneller Hinsicht jedoch nicht weitgehend genug, denn die Verbote missbräuchlicher Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 GWB-E gelten erst im Falle der Untersagung eines konkreten Verhaltens durch das Bundeskartellamt für die Zukunft (ex nunc Wirkung des Verwaltungsaktes).**

Damit sind missbräuchliche Verhaltensweisen von ÜMB-Unternehmen – also primär globaler Digitalunternehmen – solange formal erlaubt, bis sie das Bundeskartellamt in einem u.U. Jahre dauernden Verfahren untersagt. Häufig werden derartige Untersagungsverfügungen erst dann erfolgen, wenn der jeweilige Missbrauch bereits lange praktiziert und der Wettbewerb massiv oder gar irreversibel beschädigt worden ist. Es bleiben also ausgerechnet Verhaltensweisen „von einer hohen Schädlichkeit für den Wettbewerb“ (S. 78 des Referentenentwurfs) formal rechtmäßig. Dritte

Parteien bzw. Wettbewerber haben indes keine Möglichkeit, das missbräuchliche Verhalten zivilgerichtlich zu unterbinden. Bußgelder wie Schadensersatzforderungen sind in dieser Phase ausgeschlossen. Damit entfalten die Verbotstatbestände des § 19a Abs. 2 GWB-E jedoch **nicht** die notwendige **abschreckende (Vor-)Wirkung**.

**Der VAUNET regt daher an, die Norm in ein gesetzliches Verbot umzuformen. Hierdurch kann dann der sehr begrüßenswerte und notwendige § 19a GWB-E auch effektiv gestaltet werden.**

Insofern könnte die Norm in der Formulierung angepasst werden, dass es in § 19a Abs. 2 GWB-E heißt:

***„Hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass ein Unternehmen überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat, so ist es diesem Unternehmen untersagt, [...]“***

## **b. Verbotstatbestände**

### **aa. Selbstbevorzugung (Nr.1)**

Digitale Plattformen, die neben der Suchleistung weitere Dienste und Inhalte (Bilder, Videos, Bewertungs- und Vergleichsportale etc.) anbieten, haben einen Anreiz, diese bei der Darstellung von (Such-)Ergebnissen zu bevorzugen („Search Bias“), um Nutzer zum Besuch der plattformeigenen Dienste zu bewegen („Traffic Diversion“) und so entsprechend höhere Umsätze etwa durch Werbung oder die Vermittlung von Produkten zu erzielen. Eine Bevorzugung eigener Inhalte kann auf verschiedene Arten und Weisen erfolgen, etwa durch eine Verfälschung des Suchalgorithmus oder die bevorzugte Darstellung der plattformeigenen Dienste in den Suchtreffern.

Die Befugnis des Bundeskartellamtes, einem ÜMB-Unternehmen untersagen zu können „beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote“ ist aus Sicht des VAUNET damit einer der **praktisch bedeutsamsten Tatbestände** des § 19a Abs. 2 GWB-E.

Die Vorschrift adressiert den Erhalt des Wettbewerbs in ganzen Sektoren, die auf den Intermediär zum Erreichen ihrer Abnehmer/Nutzer angewiesen sind. Sie ist jedoch überaus relevant für die Meinungsbildung der Plattformnutzer: Der Erfolg von spezialisierten Bilder- oder Produktsuchdiensten hängt von ihrer Auffindbarkeit ab. Sofern insbesondere Suchmaschinendienste oder große E-Commerce-Plattformen dann ihre (womöglich noch an die Produkte der Anbieter angelehnten) Produkte und/oder Dienste vor die der Konkurrenz/der Geschäftskunden einordnen/sortieren, wird der Großteil der Suchenden diese Angebote wählen – auch wenn andere passender wären. Damit nehmen die Plattformen aber auch direkten Einfluss



auf den (Medien-)Konsum, die Wahrnehmung von Inhalten und Produkten durch Verbraucher, die Bewertung von Sachverhalten, die Einordnung von Geschehnissen – mithin auf die Meinungsbildung der Nutzer in jedweder Hinsicht.

Im Unterschied zu § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 GWB (unterschiedliche Behandlung externer Geschäftspartner) geht es hier um die Besserstellung des eigenen Dienstes gegenüber konkurrierenden Unternehmen. **Fraglich** ist jedoch, ob auch sonstige Begünstigungen von eigenen Diensten, etwa Quersubventionierungen oder privilegierter Zugang zu Technologie und Daten von der Vorschrift umfasst sind. **Dies müsste klargestellt werden.**

Es ist indes zu begrüßen, dass § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB-E Ansätze, die die Europäische Kommission im Fall Google Shopping adressiert hatte, überträgt: Hier hatte die Kommission die bessere Darstellung des Preisvergleichsdienstes Google Shopping nicht als Diskriminierung, sondern als Fall des Markttransfers eingeordnet. Die Selbstbegünstigung in den Suchergebnissen war das Instrument, um seine Macht auszudehnen.

In der Praxis dürfte die Überwachung der ÜMB-Unternehmen, ihrer Algorithmen, Konditionen, Regeln etc., durch das Bundeskartellamt eine logistische Herausforderung werden.

**Das Bundeskartellamt muss hierfür entsprechend personell ausgestattet werden.**

## **bb. „Aufrollen“ von Märkten (§ 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-E)**

Der Wortlaut des § 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-E umfasst auch Verhaltensweisen, die das ÜMB-Unternehmen auf dem (noch) nicht beherrschten Markt einsetzt, ohne dafür (s)eine Machtstellung auf einem anderen Markt nutzbar zu machen.

**Um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, internes Wachstum und die damit zusammenhängende Expansion in neue Geschäftsfelder komplett zu verbieten, dürfte aus Sicht des VAUNET bei der Anwendung der Vorschrift besondere Vorsicht und Zurückhaltung, vor allem eine exakte Gesamtwürdigung geboten sein.**

Zu fordern ist daher – auch um Innovationen nicht von vornherein zu bremsen –, dass im Rahmen der Prüfung ein hoher Maßstab an die Prüfung der kausalen Beziehung zwischen der überragenden markübergreifenden Stellung des Unternehmens und der Behinderungspraxis auf dem noch nicht beherrschten Markt angelegt wird.

## **cc. Nutzung der wettbewerbsrelevanten Daten der Marktgegenseite (Nr. 3)**

**Der Ansatz in § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB, wettbewerbsrelevante Daten auf dem beherrschenden Markt oder außerhalb dessen zu berücksichtigen, ist zu begrüßen.**

Der Verbotstatbestand des § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E erscheint dem VAUNET jedoch insofern in der praktischen Anwendung als Herausforderung, als er in allen Varianten die Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten voraussetzt, die auf einem beherrschten oder sonstigen Markt von der Marktgegenseite gesammelt wurden. Zu beachten ist, dass Datenkumulationen im allgemeinen Effizienzen und Netzwerkeffekte steigern (können). Problematisch wird es allerdings, wenn die Plattformen Nutzungsdaten, zu denen sie im Zuge der Schaltung oder Auslieferung von z. B. Online-Werbung Zugang haben, nutzen, um eigene Angebote anzureichern, ohne dass dies vom ursprünglichen Auftraggeber/Kunden beauftragt und steuerbar ist.

Der § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E begegnet indes u. U. praktischen Schwierigkeiten, denn in vielen Fällen werden sich die erhobenen Daten keinem einzelnen Markt zuordnen lassen, z. B. wenn ein Unternehmen Nutzer-IDs verwendet und mehrere Geschäftsbereiche betreibt, wobei die Kunden mit derselben ID (unabhängig) voneinander verschiedene Angebote des Unternehmens nutzen.

Interessant ist die Variante 3 des § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E, die auf die Konditionenkontrolle der Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts referenziert, welche durch das OLG Düsseldorf aufgehoben wurde.

Die Variante sollte in ein allgemeines Verbot solcher Praktiken von ÜMB-Unternehmen fließen, durch die sich ein marktstarker Intermediär für seine Vermittlungsleistung Vorteile einräumen lässt, die er bei wirksamem Wettbewerb nicht erlangen könnte (vgl. Höppner/Weber, K&R 2020, S. 32).

## **dd. Interoperabilität und Datenportabilität (Nr. 4)**

Der VAUNET **begrüßt** die Aufnahme des Verbotstatbestandes der behindernden Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität.

Interoperabilitätsverpflichtungen können das Tipping/das „Kippen“ von Märkten verhindern und einen Wettbewerb „auf dem Markt“ begünstigen. Datenportabilität wiederum ermöglicht ein Multi-Homing ohne Datenverlust und verhindert eine Datenkonzentration bei nur einem Anbieter.

**Da der Interoperabilität und Datenportierung grundsätzlich auch außerhalb von Unternehmen mit überragender markübergreifender Stellung erhebliche Bedeutung zukommen, sollte erwogen werden, eine entsprechende Regelung in den §§ 19, 20 GWB vorzunehmen** (vgl. auch insofern Höppner/Weber, K & R 2020, S. 33).

## **ee. Zugang zu Leistungsinformationen - Transparenz (Nr. 5)**

Der Verbotstatbestand adressiert aus Sicht des VAUNET völlig **zutreffend** den Umstand, dass Intermediäre, von denen Unternehmen für das Erreichen einer spezifischen Nutzergruppe abhängig sind, nur unzureichende Informationen teilen und sich auf diese Weise Informationsasymmetrien ergeben. Insbesondere geschäftliche

Nutzer können nichts über ihre eigentlichen Kunden erfahren und keine eigenen, datenbasierten Netzwerkeffekte generieren. Dies wiederum verstärkt die Abhängigkeit von dem Intermediär und verfestigt dessen Position bzw. erleichtert es ihm, eigene Dienste zu bevorzugen. Die Regelung wird vom VAUNET **begrüßt**.

## **c. Umkehr der Darlegungs- und Beweislast**

Der VAUNET hat Bedenken, ob die Neuregelung zur Beweislastumkehr mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Unschuldsvermutung in Einklang zu bringen ist. Insofern sollte eine **Anpassung** der Vorschrift erwogen werden, um eine rechtssichere Anwendung des § 19a GWB-E sicherzustellen und um zu gewährleisten, dass im Rahmen der Beweislastverteilung keine unmöglichen Anforderungen an Unternehmen gestellt werden.

Zwar ist der § 19a Abs. 2 GWB-E als Untersagungsbefugnis und nicht als gesetzliches Verbot ausgestaltet und auch nicht bußgeldbewährt. Aus Sicht des VAUNET birgt dieser Ansatz jedoch erhebliche **Nachteile**:

Die Intention des Gesetzgebers, dass durch die Umkehr der Beweislast Untersagungsverfahren gegen ÜMB-Unternehmen beschleunigt und ein Tipping der Märkte möglichst verhindert werden soll, ist nachvollziehbar. Wie schon dargelegt (siehe unter 4. a) geht dies jedoch einher mit dem Verlust des Verbotscharakters der Vorschrift und damit der abschreckenden (Vorfeld-)Wirkung. Eine Beschleunigung des Verfahrens lässt sich aus Sicht des VAUNET jedoch auch über einen geringeren materiellen Beweismaßstab erreichen.

Insofern regt der VAUNET eine **Klarstellung** an, dass bereits der Nachweis einer Gefahr des Ausschlusses von Wettbewerb ausreichend ist, ohne dass dieser von Seiten des Bundeskartellamtes konkret nachzuweisen wäre. Angelehnt an die Rechtsprechung des EuG in Sachen Microsoft (EuG, 17.9.2007-T-201/04, Rn.106 – Microsoft) dürfte genügen, dass das Bundeskartellamt auf der Basis „zutreffender, zuverlässiger und kohärenter Beweise“ darlegt, dass das Verhalten/Vorgehen des ÜMB-Unternehmens geeignet ist, den Wettbewerb auszuschließen.

## **5. Missbrauch durch Verweigerung des Zugangs zu Daten**

Durch die Regelungen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1 a GWB-E trägt der Gesetzgeber der höheren Bedeutung Rechnung, die Daten für den Markterfolg von Unternehmen haben. Danach kann die Verweigerung des Zugangs zu Daten einen Missbrauch von Marktmacht darstellen.

## a. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E

### aa. Vom Zugangs- zum Belieferungsanspruch

Das tradierte kartellrechtliche Konzept der essential facility besagt, dass ein Unternehmen, das marktbeherrschend ist, weil es eine wesentliche Einrichtung kontrolliert, seine Position nicht ausnutzen darf, indem es einen möglichen Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf vorgelagerter Ebene verweigert und dadurch wirksamen Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene ausschließt.

Die Anpassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E ändert nun den bisherigen Zugangs- in einen **Belieferungsanspruch**. Fiel unter die bisherige Essential-Facilities-Doktrin die Verweigerung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen oder virtuellen Netzen (vgl. KG Berlin, 5.8.2005 – AU 13 U 4/05 – ebay Mitgliedschaft), so ist nun auch der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten erfasst.

Dabei soll es künftig darauf ankommen, ob die Belieferung (mit Daten) objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Lieferverweigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht. Dies setzt ein technisch-ökonomisch bedingtes Datenmonopol voraus, das in der Regel nur auf faktisch schon gekippten Märkten existieren dürfte, wo Unternehmen wettbewerbsrelevante Daten einfacher und effizienter sammeln können als die Konkurrenten.

Anwendungsfälle der neuen „Essential-Facility-Doktrin“ sind z. B. Suchdaten, insbesondere Nutzeranfragen, zu denen Wettbewerber Zugang begehren können. Digitale Plattformen oder Suchmaschinen verfügen zum großen Teil über exklusive Verbraucher- und Kundendaten. Die Kenntnis über Seh- und Nutzungsgewohnheiten der Zuschauer und User sind gerade für die audiovisuellen Medienunternehmen wesentliche Voraussetzung für die Fortentwicklung und Verbesserung ihrer Produkte.

Aus Sicht des VAUNET werden indes (zu) hohe Hürden bei der Prüfung der objektiven Notwendigkeit nicht in allen Konstellationen den Besonderheiten der digitalen Wirtschaft gerecht. **Gerade in Fällen, in denen Unternehmen (der Normadressat) Daten nebenbei oder ohne große Investitionserfordernisse erheben/erzeugen, liegt es vielmehr nahe, geringere Anforderungen an die Datenzugangsverpflichtung und die Darlegungslast des den Zugang fordernden Unternehmens zu stellen.** Dem (absehbaren)(Gegen-)Argument, dass dem Anspruch auf Zugang zu Daten durch das Datenschutzrecht Grenzen gesetzt sind, könnte mit einer entsprechenden Verpflichtung des den Zugang in Anspruch genommenen Plattformbetreibers zur Bereitstellung einer datenschutzkonformen Schnittstelle oder entsprechender technologischer Abläufe begegnet werden.

**In jedem Fall muss verhindert werden, dass der Anspruch aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E mit dem Argument bzw. „Schwert“ des Datenschutzes ausgehebelt wird.**

## **bb. „Angemessenes Entgelt“**

Der Zugang zu Daten soll nur „gegen angemessenes Entgelt“ erfolgen. Nach den Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 72) soll dies nicht ausschließen, dass eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt.

Dem ist **im Grundsatz zuzustimmen**, da ein Unterschied zum Zugang zu physischen Einrichtungen oder Immaterialgüterrechten besteht, wo die Pflicht zur Gewährung des Zugangs eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG darstellt. An Daten gibt es indes kein Eigentum und Art. 14 GG wird nicht berührt (vgl. Höppner/ Weber, K&R 2020, S.46 m.w.N.). Diese **Differenzierung** sollte in der Begründung des Gesetzes noch **klarer aufgenommen** werden.

## **b. Zugang zu Daten im relativen Abhängigkeitsverhältnis**

Der § 20 Abs. 1 a GWB-E erstreckt den Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle auf Unternehmen, die Daten kontrollieren, von denen andere Unternehmen abhängig sind. Der Anspruch auf Zugang kann damit auch zu solchen Daten bestehen, die das betroffene Unternehmen bislang ausschließlich zu eigenen Zwecken nutzt.

Problematisch ist, dass es in der Begründung zum Referentenentwurf an Kriterien fehlt, unter welchen Voraussetzungen eine Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 a GWB-E bestehen soll.

Im Vertikalverhältnis dürfte eine unbillige Behinderung vorliegen, wenn das relative marktmächtige Unternehmen die unter seiner Kontrolle entstehenden Daten nur für sich nutzt und dem Vertragspartner keine Zugangsrechte einräumt.

Im Horizontalverhältnis scheidet eine Pflicht zur Datenteilung – zumindest unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung zum allgemeinen Behinderungsverbot – dann, wenn das die Daten beherrschende Unternehmen in Wettbewerb zu dem die Daten verwaltenden Unternehmen treten möchte.

## **c. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als Kriterium der Marktbeherrschungsanalyse – § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E**

Der VAUNET **begrüßt**, dass § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E die Aufnahme des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten in den Katalog der Kriterien für die Bestimmung der Marktbeherrschung vorsieht.

## **6. § 32 c GWB-E – „Vorsitzendenschreiben“**

**Die Änderungsvorschläge des § 32c GWB-E (Vorsitzendenschreiben, Verwaltungsgrundsätze, Anspruch auf Entscheidung) sind aus Sicht des VAUNET zu begrüßen.**

Mit fortschreitender Konvergenz und Fragmentierung sind private Rundfunkunternehmen insbesondere im Bereich der On-Demand-Angebote in hohem Maße auf die Auffindbarkeit ihrer Angebote auf Drittplattformen angewiesen. Diese Drittplattformen werden zunehmend von großen global agierenden Konzernen kontrolliert, die zugleich mit eigenem Inhalte-Geschäft in Konkurrenz zu den privaten Rundfunkanbietern treten. Gerade für kleinere Rundfunkanbieter, beispielsweise Spartensender und lokale/regionale Programme, wird es immer schwieriger, auf den relevanten Plattformen präsent und auffindbar zu sein.

Kooperationen privater Rundfunkveranstalter im On-Demand-Bereich können hier gerade für kleinere Sender spürbare Vereinfachungen mit sich bringen, da hierdurch Fragen des Zugangs und der Auffindbarkeit positiv adressiert werden können. Derzeit besteht auch bei Unternehmen der audiovisuellen Medienwirtschaft ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit im Hinblick auf neue Kooperationsformen, z.B. eben hinsichtlich der Zusammenarbeit beim Content oder beispielsweise im Bereich Datenaustausch. Es ist damit zu rechnen, dass diese Unsicherheit mit steigendem Wettbewerbsdruck und der Notwendigkeit der Zusammenarbeit von Medienunternehmen weiter zunehmen wird.

**Der im Entwurf enthaltene „Anspruch auf Entscheidung“, § 32 c Abs. 4 GWB-E, stellt daher grundsätzlich einen richtigen Ansatz dar, um zu gewährleisten, dass deutsche Unternehmen künftig in der Lage sind, die rechtliche Zulässigkeit innovativer Kooperationen zu klären.**

## 7. Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle

### a. § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E - Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle

Der VAUNET **begrüßt** zunächst grundsätzlich die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. EUR auf 10 Mio. EUR im Rahmen der Fusionskontrolle. Gerade im Hinblick auf die Herausforderungen, denen sich kleinere Medienhäuser und vor allem auch (lokale) Rundfunksender im Wettbewerbsumfeld sehen, regt der VAUNET jedoch eine **weitere, angemessene Anhebung der Schwellenwerte auf mind. 20 Mio. EUR** an. Nur so kann aus unserer Sicht der vom Gesetzgeber gewünschte Effekt erzielt werden, dass einerseits das Bundeskartellamt seine Ressourcen auf die tatsächlich komplexen Fusionsfälle konzentrieren kann und sich andererseits Transaktionen nicht verzögern und damit Risiken und Unsicherheiten für die betroffenen Sendeanstalten einhergehen.



## **b. § 38 Abs. 3 GWB-E Presse- und Rundfunkrechenklausele**

Der VAUNET **begrüßt** die Absenkung der Presserechenklausele vom Faktor 8 auf den Faktor 4 durch § 38 Abs. 3 GWB-E. Der Gesetzgeber passt hiermit die Sonderregelung für Presseerzeugnisse den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf den relevanten Märkten weiter an (S. 97 der Gesetzesbegründung).

**Nicht nachvollziehbar** ist jedoch, warum hier erneut eine Unterscheidung zwischen den Mediengattungen vorgesehen wird, indem eine Anpassung der Aufgreifschwelle und eine Reduzierung des Faktors für den Rundfunk ausbleibt. Erhöhte Aufgreifschwelle und die damit anmeldefrei möglichen Zusammenschlüsse sind ein geeignetes Mittel, Negativeffekte – gerade auch im Bereich Rundfunk – abzufedern und im Ergebnis Medienvielfalt zu sichern. Die zur Begründung herangezogenen Argumente zur Absenkung der Presserechenklausele (Reaktion auf Konkurrenz durch neue Anbieter und geändertes Nutzerverhalten) sind auch für die Rundfunkunternehmen, im Speziellen für das Radio, also für regionale und lokale Sender, valide. Insoweit verweist der VAUNET auf seine [Stellungnahme zum Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(9. GWB-ÄndG\)](#), in der er vor demselben Hintergrund die Erhöhung der Aufgreifschwelle und die damit anmeldefrei möglichen Zusammenschlüsse gefordert hatte, um die Wettbewerbsfähigkeit der Rundfunksender im gesamten Medioumfeld zu verbessern

**Die Umsatzmultiplikatoren des § 38 Abs. 3 GWB-E und die daraus resultierenden niedrigen Aufgreifschwelle bei Medienezusammenschlüssen sollten mit der 10. GWB-Novelle nun endlich auch zugunsten des Rundfunks angepasst werden, um hier gleichermaßen wie bei Presseunternehmen mehr Flexibilität bei Unternehmenszusammenschlüssen zu erreichen.**

## **Über VAUNET**

VAUNET ist der Spitzenverband der privaten audiovisuellen Medien in Deutschland. Unter VAUNET – Verband Privater Medien e.V. firmiert seit dem 21. Mai 2018 der vor-malige VPRT (Verband Privater Rundfunk und Telemedien) mit Sitz in Berlin und einem Büro in Brüssel. Zu den vielfältigen Geschäftsfeldern der rund 150 Mitglieder gehören TV-, Radio-, Web- und Streaming-Angebote.

Die privaten Sendeunternehmen sind mit rund 11,4 Milliarden Euro Umsatz in Deutschland im Jahr ein maßgeblicher Kultur- und Wirtschaftsfaktor, auch im digitalen Europa. Sie beschäftigen rund 43.000 Mitarbeiter und sichern darüber hinaus ein

# POSITIONSPAPIER



Vielfaches an Arbeitsplätzen in vor- und nachgelagerten Branchen: Die Gesamtbranche der Audio- und audiovisuellen Medien steht für rund 830.000 Beschäftigte in Deutschland – fast jeder 50. Arbeitsplatz. Private Radio- und TV-Sender erreichen täglich über 30 Millionen Hörer und über 40 Millionen Zuschauer, die privaten TV- und Videoportale über 31 Millionen Menschen im durchschnittlichen Monat. Insgesamt bieten sie dem Publikum jährlich über 347 Millionen Sendeminuten an Programm.