

Die 11. GWB-Novelle – Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz) vom 15.9.2022

Datum 7. Oktober 2022

A. Allgemeine Vorbemerkungen / Zusammenfassung

Der VAUNET – Verband Privater Medien e.V. – bedankt sich für die Möglichkeit, zum Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle („Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“) Stellung nehmen zu dürfen.

Der VAUNET sieht die geplanten Änderungen des GWB grundsätzlich **positiv**.

Vorab möchte der VAUNET aber darauf hinweisen, dass es sich bei der geplanten Novelle – anders, als dies manche Formulierungen erkennen lassen – um einen **Paradigmenwechsel im Kartellrecht** handelt. Im Bereich der **Digitalmärkte** und insbesondere solcher i. S. d. § 18 Abs. 3a GWB ist ein solcher aus Sicht des VAUNET auch **erforderlich**, um die bestehenden Durchsetzungsdefizite zu beseitigen. Dies sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich z. T. um **sehr grundrechtsintensive Eingriffe** handelt. Zudem enthält der Referentenentwurf zahlreiche neue, auslegungsbedürftige und unbestimmte Rechtsbegriffe. Gesetze dieser Tragweite sollten stets unter Wahrung angemessener und üblicher Beteiligungsgrundsätze und -fristen verabschiedet werden, insbesondere, um Verbänden auch die Gelegenheit zur ausreichenden Konsultation ihrer Mitglieder zu geben.

Es besteht insoweit eine offenkundige **Diskrepanz** zwischen dem gewählten Verfahren auf der einen Seite und der Bedeutung des Gesetzesvorhabens und der mit diesen verbundenen Eingriffen auf der anderen Seite. Dies birgt nicht zuletzt Risiken für den Erfolg der mit dem Vorhaben verfolgten Ziele.

Der Entwurf knüpft aus Sicht des VAUNET an die durch die 9. und 10. GWB-Novelle eingeführten Änderungen zur leichteren Erfassung von Marktmacht und dessen Missbrauch in der Digitalwirtschaft an und nimmt nun schwerpunktmäßig die nach wie vor verstoßunabhängig bestehenden Wettbewerbsbedenken in den Fokus. Solche Bedenken bestehen aus Sicht des VAUNET insbesondere im Zusammenhang mit verfestigten Strukturen auf von wenigen Gatekeepern kontrollierten Digitalmärkten und innerhalb der geschlossenen und komplett kontrollierten Ökosysteme. Das Gesetzesvorhaben bzw. dessen Vorziehung mag zwar von der aktuellen Energie- und Rohstoffkrise geprägt sein, wird aus Sicht des VAUNET aber insbesondere den Anforderungen und Herausforderungen der **Plattformökonomie** gerecht. Der **Kernanwendungsbereich** der geplanten Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 bis 5 GWB-E wird voraussichtlich im Bereich der **Märkte i. S. d. § 18 Abs. 3a GWB** liegen, was im weiteren Gesetzgebungsprozess stärker akzentuiert werden könnte.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der VAUNET die neue verstoßunabhängige Marktgestaltungskompetenz des Bundeskartellamts (§ 32f Abs. 3 GWB-E) ausdrücklich. Soweit der

Gesetzgeber hier die verfestigten Strukturen auf den Digitalmärkten – insbesondere den Online-Werbemärkten und den (mobilen) Ökosystemen – im Blick hat, adressieren die geplanten, an die positiven Erfahrungen in anderen Ländern anknüpfenden Eingriffsinstrumente zukunftsorientiert die Herausforderungen des Wettbewerbs im digitalen Umfeld. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss bei solch grundrechtsintensiven Eingriffen indessen stets gewahrt bleiben.

Positiv ist aus Sicht des VAUNET neben der effektiven, verstoßunabhängigen Marktgestaltungs-kompetenz nach § 32f Abs. 3 bis 5 GWB-E hervorzuheben, dass der Gesetzgeber ein klares Signal für ein starkes *private enforcement* des Gesetzes über digitale Märkte (DMA) sendet.

Nichtsdestoweniger bedarf der Entwurf im weiteren Gesetzgebungsprozess noch der Überarbeitung und Klarstellung einzelner Passagen. Änderungsbedarf sieht der VAUNET u. a. hinsichtlich

- der für das Bundeskartellamt eingeplanten Ressourcen,
- einiger Details im Zusammenhang mit den Regelbeispielen des § 32f Abs. 3 Satz 3 GWB-E,
- der Durchsetzung des DMA sowie
- des Adressatenkreises des § 32f Abs. 2 GWB-E.

Darüber hinaus sind in der 11. GWB-Novelle erneut Themenfelder noch nicht adressiert, die aus Sicht des VAUNET dringend einer Regelung bedürfen. Daher fordert der VAUNET, dass sich die 12. GWB-Novelle nicht nur dem Verbraucherschutz widmen wird, sondern, dass dort sowohl § 19 a Abs. 2 GWB als *self-executing* Vorschrift (um)gestaltet, als auch eine Anpassung der Aufgreifschwelle durch eine Reduzierung des Faktors für den Rundfunk in § 38 Abs. 3 GWB vorgenommen wird.

B. Die geplanten Änderungen im Einzelnen

I. Stärkere Ressourcenallokation beim Bundeskartellamt notwendig

Der VAUNET bedauert, dass trotz der Tragweite des Gesetzes und insbesondere mit Blick auf die in der Vergangenheit nur spärlich aufgestockten Ressourcen des Bundeskartellamts im Referentenentwurf nur **wenige** neue Stellen vorgesehen werden. Insgesamt geht die Aufstockung der Ressourcen beim Bundeskartellamt zwar in die richtige Richtung, für eine wirkliche Stärkung und effektive Durchsetzung der ambitionierten Pläne wären weitere Stellen angemessen. Die Kapazitäten des Bundeskartellamts, insbesondere für die Durchführung von Verfahren mit Bezug zur Plattformökonomie, reichen jetzt schon nicht aus. Gerade die Einführung des § 19a GWB hat die Auslastung der betreffenden Beschlussabteilungen stark ansteigen lassen. Es darf durch das geplante Gesetzesvorhaben nicht zu einer Vernachlässigung anderer Verfahren kommen.

Aus Sicht des VAUNET müssen die Ressourcen des Bundeskartellamtes so angelegt sein, dass digitale Gatekeeper auf verfestigten Märkten die Regelungslücke zwischen DMA und nationalem Recht nicht weiter ausnutzen können. Es sollte kurzfristig evaluiert werden, ob es gerade wegen früherer Reformen des GWB zusätzlichen Nachholbedarf gibt.

II. Verstoßunabhängige Marktgestaltungskompetenz des Bundeskartellamts nach § 32f Abs. 3 bis 5 GWB-E

Der VAUNET sieht in den vorgeschlagenen verstoßunabhängigen Marktgestaltungskompetenzen des Bundeskartellamts das mit Abstand größte Potenzial im Rahmen der 11. GWB-Novelle.

1. Allgemeines

Der VAUNET **begrüßt** die angestrebte Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen (§ 32e GWB) und insbesondere die vorgesehene Anordnung struktureller und verhaltensbezogener Maßnahmen (§ 32f GWB-E). Diese stellen grundsätzlich eine sinnvolle Ergänzung der kartellbehördlichen Durchsetzungsmechanismen dar.

a. Deutlichere Fokussierung auf Digitalmärkte und abgeschottete Ökosysteme nötig

Der VAUNET **appelliert** jedoch, eine deutlichere Fokussierung auf vermachtete Digitalmärkte und die abgeschotteten Ökosysteme der digitalen Gatekeeper zu legen und dies in die Gesetzesbegründung aufzunehmen. Solche Märkte sind für den neuartigen Durchsetzungsmechanismus prädestiniert.

Aus Sicht des VAUNET sind die wettbewerblichen Bedenken im Zusammenhang mit z. B. Googles Vormachtstellung auf allen Stufen des sog. AdTech Stacks ein Paradebeispiel für die Anwendung des § 32f GWB-E, wie das Bundeskartellamt kürzlich erst betonte (Diskussionsbericht des Bundeskartellamts vom 18.8.2022, B6-25/18, Rn. 454):

„Dies wirft insgesamt die Frage auf, ob an einzelnen Verhaltensweisen ansetzende Maßnahmen ausreichend sind, oder ob nicht grundlegendere, breiter angelegte, möglicherweise strukturelle Eingriffe diskussionswürdig sind. [...] Sollte sich aber – auch unter Berücksichtigung der vielversprechenden neuen kartellrechtlichen und regulatorischen Ansätze und der damit gesammelten Erfahrungen – eine begrenzte Wirksamkeit kartellbehördlicher Untersagungen und anderer punktueller Verhaltensvorgaben für den Wettbewerbsprozess zeigen, so sollte die Möglichkeit erweiterter Eingriffe stärker in den Mittelpunkt der Diskussion rücken.“

Anlässlich dieser Feststellungen kündigte Bundeskartellamtspräsident Andreas Mundt zu recht an ([Pressemitteilung](#) des Bundeskartellamts vom 29.8.2022):

„Für den von uns untersuchten Bereich der Online-Werbung müssen wir künftig vielleicht auch über grundsätzlichere Ansätze nachdenken. Google hat aufgrund seiner herausragenden Position in Verbindung mit der technisch bedingten Undurchschaubarkeit des Systems ungewöhnlich viel Spielraum, den Wettbewerbsprozess zu seinen Gunsten zu gestalten.“

Aus Sicht des VAUNET weisen auch die engen Verzahnungen verschiedener Dienste und Ebenen in den abgeschotteten mobilen Ökosystemen von Google und Apple die im Referentenentwurf aufgezeigten Merkmale stärker regulierungsbedürftiger Sektoren auf. Insgesamt bedarf es einer effektiven Verhinderung der weiteren Verfestigung einer *innovation kill zone* in Digitalmärkten. Anderenfalls können die vermachteten Strukturen und das darauf basierende Verhalten großer digitaler Plattformen den Markteintritt oder das Wachstum potenzieller (zukünftiger) Wettbewerber (gezielt) behindern und zum Schaden der Verbraucher:innen vorhandenes Innovationspotenzial im Keim ersticken (vgl. z. B. den [Bericht](#) des Subcommittee on Antitrust des U.S. House of Representatives i. d. F. aus dem Juli 2022, S. 11, 27, 36

ff.; s. auch *James Bessen, The New Goliaths: How Corporations Use Software to Dominate Industries, Kill Innovation, and Undermine Regulation*, Yale Univ. Press, Juni 2022 und *Höppner, From creative destruction to destruction of the creatives: innovation in walled-off ecosystems*, Journ. of Law, Market & Innovation, [Vol. 1 No. 2 \(2022\)](#)).

Vor dem Hintergrund der aktuellen Energie- und Rohstoffkrisen befürchtet der VAUNET, dass der Referentenentwurf den (falschen) Eindruck erwecken könnte, allein auf diese bzw. klassische Märkte zugeschnitten zu sein. Es sollte daher klargestellt werden, dass der Gesetzgeber zwar die aktuelle Energie- und Rohstoffkrise zum Anlass nimmt, das Vorhaben vorzuziehen, dieses aber klar auf die Gesamtwirtschaft abzielt – mit Fokus im Bereich der Plattformökonomie (wie schon das von der Europäischen Kommission angedachte „New Competition Tool“).

b. Streichung der Hervorhebung des Kriteriums der „starren Preise“ folgerichtig

Weiter **begrüßt** der VAUNET die Streichung der Hervorhebung des Kriteriums der „starren Preise“ gegenüber anderen Kriterien in § 32e Abs.1 GWB-E.

Die strukturelle Vermachtung des Marktes kann sich regelmäßig auch anders manifestieren, z. B. durch das Bestehen von Regelsetzungsmacht und Intransparenz sowie durch ökonomisch irrationales Verhalten, wie dem Ausschluss von Teilnehmern von einer Plattform oder das Stellen von überzogenen Teilnahmeanforderungen. So sind begründungs- und anhörungslose Ausschlüsse oder Nichtaufnahmen unter Missachtung der besonderen Vorschriften der P2B-VO und einschlägiger höchstrichterlicher Präjudizien nach wie vor die gelebte Praxis der Digitalplattformen (z. B. im Zusammenhang mit Nutzerkonten bei Händlerplattformen, App-Stores oder auch bei sozialen Netzwerken). Oftmals handelt es sich bei solchen Sperrungen nur um Missverständnisse, die dadurch erzeugt werden, dass Entscheidungen nicht von Menschen getroffen werden und die betroffenen Kund:innen schlicht keine Möglichkeit haben, über einen funktionierenden Support zeitnah eine Entsperrung zu erwirken – obwohl meist ihr Geschäftsmodell von den großen Plattformen abhängt (vgl. auch die „*Einrichtung eines wirksamen Beschwerdemanagements*“ als Beispiel für mögliche Maßnahmen auf S. 28 des Referentenentwurfs).

Mit den herkömmlichen Mitteln des Kartellrechts, auch durch *private enforcement*, sind solche Praktiken mitunter nur schwer oder gar nicht zu unterbinden (vgl. z. B. Hanseatisches OLG, Beschluss vom 29.6.2022, 15 W 32/22 Kart – *Goliathwatch ./. Meta & Facebook Germany* (WuW 2022, 571) oder die trotz des geführten Kartelluntersuchungsverfahrens noch immer anhaltenden Beschwerden von Händlern über Amazon, die zu mehreren einstweiligen Verfügungsverfahren geführt haben). Vertragliche Ansprüche scheitern oftmals schon an der Auflegung von Gerichtsstandsvereinbarungen am ausländischen Sitz der Plattform, bei denen es sich ebenfalls um einen Ausfluss der Marktmacht und der vermachteten Marktstrukturen handelt. Solche werden weiterhin verbreitet genutzt (z. B. von Meta), obwohl das Bundeskartellamt hier im Amazon-Verfahren klare Bedenken geäußert hatte (Fallbericht vom 17.7.2019, B2-88/18, S. 2f.). Dies zeigt, dass die bestehenden kartellrechtlichen Mittel offensichtlich noch nicht die erforderliche abschreckende Wirkung erzeugen und es konkreter flankierender Maßnahmen für eine effiziente Durchsetzbarkeit durch das BKartA bedarf. Jedenfalls zeigt die Häufung solcher Phänomene und damit zusammenhängender Beschwerden und ggfs. auch Rechtsstreitigkeiten den Bedarf für die Durchführung von Sektoruntersuchungen.

c. Direkte Inbezugnahme auch der Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB für mehrseitige Märkte und Netzwerke im Rahmen der Prüfung des § 32 f Abs. 5 GWB

Eng mit den Indikatoren für Wettbewerbsprobleme nach § 32e Abs. 1 GWB, die zur Einleitung einer Sektoruntersuchung ermächtigen, hängen die Indikatoren für eine erhebliche Störung des Wettbewerbs im Sinne des § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E zusammen. Diese Ermächtigungsgrundlagen für verstoßunabhängige Eingriffe in das Marktgeschehen enthalten das auslegungsbedürftige und durch § 32f Abs. 5 GWB-E näher ausgefüllte Merkmal einer „*erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs auf einem Markt oder marktübergreifend*“.

In Bezug auf die Kriterien für die Feststellung einer solchen Störung ist es zu **begrüßen**, dass die Faktoren für die Beurteilungen der für Störungen sprechenden Wettbewerbsbedingungen neben den klassischen marktmachtbezogenen Kriterien des § 18 Abs. 3 GWB insbesondere solche enthalten, bei denen es um wettbewerbsbeeinträchtigte Marktergebnisse und Verhaltensweisen in der Gesamtschau geht.

Der VAUNET regt insoweit an, eine direkte Inbezugnahme auch der Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB für mehrseitige Märkte und Netzwerke zu prüfen, die die Wettbewerbsintensität auf solchen Märkten z. T. besser erfassen.

d. Konzept der Regelsetzungsmacht in § 32f Abs. 5 GWB-E umfassender berücksichtigen

§ 32f Abs. 5 Nr. 4 lit. b) GWB-E umfasst nach der Begründung des Referentenentwurfs (S. 31) auch das im Rahmen der 10. GWB-Novelle bereits adressierte und jetzt in § 19a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB enthaltene Konzept der **Regelsetzungsmacht** (ohne dies aber ausdrücklich zu nennen). Der Bezug wird insoweit aber nur zu einseitig begünstigenden vertraglichen Bedingungen aufgrund „*asymmetrischer Verhandlungsmacht*“ hergestellt. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 und darauf basierend der Gesetzgeber der 10. GWB-Novelle haben aber ein deutlich weitreichenderes Wettbewerbsproblem in diesem Zusammenhang identifiziert, nämlich „*das mit der (reinen) Regelsetzungsmacht einiger weniger großer Technologiekonzerne verbundene Schädigungspotential*“ (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 13.1.2021, BT-Drs. 19/25868 unter Verweis auf *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“, S. 49f.). Solch eine Regelsetzungsmacht kann sich durch zahlreiche weitere Umstände manifestieren, die keinen direkten Bezug zu Vertragsverhältnissen oder -bedingungen aufweisen, z. B. durch das einseitige Setzen von Standards oder anderer Vorgaben innerhalb geschlossener Ökosysteme. Solche Maßnahmen erfolgten durch die Gatekeeper der vermachteten Märkte in der Vergangenheit oftmals ohne Berücksichtigung der Interessen ganzer abhängiger Industrien und ohne eine vorherige Erörterung der Details der Umsetzung. **Dieses durch die Marktgegenseite unsanktionierte und unsanktionierbare Verhalten sollte aus Sicht des VAUNET einen der primären Indikatoren für eine erhebliche Störung des Wettbewerbsgeschehens darstellen.**

2. Die Regelbeispiele und Maßnahmen im Einzelnen

Der VAUNET **begrüßt** ausdrücklich die in § 32f Abs. 3 Satz 3 Nr. 1, 2, 5 und 6 GWB-E vorgesehenen Regelbeispiele für Maßnahmen (Zugang u. a. zu Daten und Schnittstellen, Belieferungsverpflichtungen, gemeinsame Normen und Standards sowie Vorgaben u. a. zur Vertragsgestaltung). Solche Handlungsmöglichkeiten sind aus Sicht des VAUNET besonders

wichtig, um die aus den verfestigten Marktstrukturen folgenden Wettbewerbsbedenken und Marktzutrittsschranken zu beseitigen.

Im Einzelnen zu den Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E:

a. Gewährung des Zugangs zu Daten u. a. essenziell

Wie schon in früheren [Stellungnahmen](#) betont, **spricht sich der VAUNET für (unbeschränkteren) Zugang zu Daten aus.**

Daten sind für audiovisuelle Medien für vielerlei Zwecke erforderlich (z. B. zielgenaue Werbung, Reichweitenmessung etc.). Daher **begrüßt** der VAUNET **ausdrücklich** das missbrauchsunabhängige Regelbeispiel der Gewährung des Zugangs zu Daten in § 32f Abs. 3 Satz 3 Nr. 1, Alt. 1 GWB-E. Aus Sicht des VAUNET werden nach bisherigem Kartellrecht und auch im Rahmen des bereits angepassten § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (zu) hohe Hürden bei der Prüfung der objektiven Notwendigkeit errichtet, die nicht in allen Konstellationen den Besonderheiten der digitalen Wirtschaft gerecht werden. Gerade in Fällen, in denen der Normadressat Daten nebenbei oder ohne große Investitionserfordernisse erheben/erzeugen kann, liegt es vielmehr nahe, (noch) geringere Anforderungen an die Datenzugangsverpflichtung und die Darlegungslast des den Zugang fordernden Unternehmens zu stellen oder Zugangsansprüche durch verstoßunabhängige Maßnahmen zu flankieren.

Die Erhebung und Verwertung von Daten ist mittlerweile ein für alle relevanten und erfolgreichen Geschäftsmodelle der Digital- 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 Nutzer:innen und Verbraucher:innen 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 nahm der Gesetzgeber völlig zu Recht den Wirtschaftsfaktor „Daten“ und die hierauf aufbauenden Geschäftsmodelle der globalen Digitalkonzerne zielorientiert ins Visier und berücksichtigte 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.

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 verstoßunabhängig bestehende asymmetrische Zugang zu Daten bei gleichzeitiger Intransparenz über deren Erhebung und Weiterverarbeitung schadet jedoch den Verbraucher:innen, 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 Ankündigung bzw. Umsetzung von Restriktionen im Zusammenhang mit a) Third-Party- bzw. Drittanbieter-Cookies und b) Geräte-Identifikatoren wie Apples IDFA (Identifier for Advertisers) und Googles AAID (Android Advertising ID). Beide Unternehmen beherrschen im unangefochtenen Safari-/Chrome-Duopol den vermachteten Markt für Webbrowser und üben totale Kontrolle über ihre jeweiligen (mobilen) iOS-/Android-Ökosysteme aus. Beide Unternehmen unterbinden bereits jetzt oder zukünftig die Durchleitung leistungs- und damit auch abrechnungsrelevanter Informationen auf Basis von Cookie- und anderen Identifizierungs-Technologien. Dies hat zur Folge, dass der Einsatz dieser Technologien für alle anderen Marktteilnehmer und damit deren endgerätebezogenen Datenverarbeitungsmöglichkeiten unmöglich werden. Gleiches gilt für die Erhebung von Daten zur Ausspielung und Nutzung von Werbemitteln über Browser und Apps – 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 Nutzer:innen 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 hat. Die Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen für Inalteanbieter und ein konsequenter Abbau der Wettbewerbsverzerrungen – auch unabhängig von den hohen Anforderungen der §§ 19, 19a und 20 GWB – 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 essenziell.

Die durch die Nutzung von Medieninhalten seitens der Plattformen generierten Daten müssen den Medienhäusern, die diese Inhalte produzieren und finanzieren, verstoßunabhängig 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, von internationalen Plattformen unabhängige Geschäftsmodelle im Blick haben.

Ungeachtet des spezifischen Schutzzwecks des GWB muss der Gesetzgeber beachten, 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 und deren Verhaltensweisen auf vermachteten Märkten umfassend und verstoßunabhängig geschützt werden. Insofern ist § 32f Abs. 3 Satz 3 Nr. 1, Alt. 1 GWB-E ein wichtiger Schritt.

b. Vorschläge zur weiteren Ergänzung des Maßnahmenkatalogs

Hinsichtlich des Katalogs an Regelbeispielen in § 32f Abs. 3 Satz 3 GWB-E regt der VAUNET zudem aus den o. g. Gründen die konkrete **Ergänzung** des Gesetzestextes um „**Maßnahmen zur Gewährleistung von Interoperabilität, Datenportabilität und für Zugang zu Leistungsinformationen**“ an.

Interoperabilitätsverpflichtungen können die Vermachtung 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. Aus Sicht des VAUNET sollte zudem der Umstand adressiert werden, dass Intermediäre auf vermachteten Märkten, 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 Kund:innen 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.

Im Rahmen des Regelbeispiels §32 f Abs. 3 Satz Nr. 5 regt der VAUNET zudem **an**, neben den „gemeinsamen Normen und Standards“ auch und insbesondere Probleme mit der (*einseitigen*) *Setzung* von Normen und Standards zu adressieren, insbesondere im Zusammenhang mit der Reichweitenmessung durch große digitale (Werbe-)Plattformen wie Google und Meta/Facebook.

c. Eigentumsrechtliche Entflechtung unter Beachtung verfassungsrechtlicher Grundsätze

Die organisatorische (§ 32f Abs. 3 Satz 3 Nr. 7 GWB-E) und als *ultima ratio* vorgesehene eigentumsrechtliche (§ 32f Abs. 4 GWB-E) Entflechtung ist aus Sicht des VAUNET grundsätzlich nachvollziehbar. Angesichts des schnellen Ablaufs des Gesetzgebungsverfahrens bleibt jedoch Raum für Zweifel, ob für den Referentenentwurf hier eine sorgfältige Abwägung und Diskussion aller relevanten wirtschaftlichen und vor allem verfassungsrechtlichen Aspekte vorgenommen wurde (siehe auch die erheblichen Bedenken der Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV 2022, S. 249 f.). Aus Sicht des VAUNET muss der **Ausnahmecharakter** der Vorschrift jedenfalls noch deutlicher herausgestellt werden. Jegliche Entflechtungsmaßnahmen des Bundeskartellamtes müssen angesichts des **massiven Eingriffs** in die grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit und die Eigentumsgarantie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

Unter diesem **Vorbehalt** sieht der VAUNET im Bereich der verfestigten Märkte der Plattformökonomie mögliche Anwendungsfälle für eine verstoßunabhängige und insbesondere missbrauchsunabhängige organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen. Wie oben beschrieben, kann dies insbesondere auf eng miteinander verbundenen

Digitalmärkten unabdingbar sein (vgl. Googles marktübergreifende Bedeutung im sog. AdTech-Stack), sofern auch eine konsequente und effiziente Anordnung von Maßnahmen nach § 32 f Abs. 3 GWB-E keine Abhilfe schaffen würde. Vergleichbare Maßnahmen haben im Regulierungsrecht und im regulierungsnahen Kartellrecht in der Vergangenheit für die Belebung des Wettbewerbs gesorgt, z. B. durch die Verhinderung von Quersubventionierungen durch die Offenlegung von Verrechnungspreisen (vgl. z. B. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20.3.2001, COMP/35.141 – *Deutsche Post*). Besonders relevant ist eine organisatorische Trennung auch, wenn Intermediationsmacht (§ 18 Abs. 3b GWB) und zugleich inhärente Interessenskonflikte bei maximaler, systemimmanenter Intransparenz bestehen. In diesem Kontext sollte klargestellt werden, dass eine Marktkonzentration zwar eines der zentralen Probleme ist (vgl. Referentenentwurf, S. 25), aber auch die Vermachtung eines (digitalen) Ökosystems oder mehrerer benachbarter, vor- und nachgelagerter Märkte (insbesondere, wenn auf einzelnen oder mehreren dieser Märkte Intermediations- oder Regelsetzungsmacht besteht) zum Problem werden kann. Denn unabhängig von einer etwaigen gleichzeitig bestehenden Marktkonzentration bergen ebendiese Strukturen, unabhängig von einem aufgrund hoher Intransparenz oftmals kaum nachweisbaren Marktmachtmissbrauch, inhärente Interessenskonflikte, unter denen ganze Industrien und schlussendlich Verbraucher:innen leiden.

3. Weitere Beschleunigung des Verfahrens der Sektoruntersuchung notwendig

Der VAUNET **begrüßt** zwar grundsätzlich, dass das Verfahren der Sektoruntersuchung **beschleunigt** (§ 32e Abs. 3 GWB-E) und auch darauf basierende Maßnahmen schnell getroffen werden sollen (§ 32f Abs. 7 GWB-E). Der VAUNET gibt **hingegen zu bedenken**, dass die sich weiterhin ergebende Gesamtdauer (vor allem unter Berücksichtigung möglicher gerichtlicher Anfechtungen) von **drei Jahren zu lang** ist – insbesondere mit Blick auf die schnelllebigen, dynamischen Märkte der Plattformökonomie.

Insofern fordert der VAUNET eine weitere Verkürzung des Verfahrens auf (zweimal) sechs bis maximal neun Monate.

4. Klarstellung hinsichtlich laufender Sektoruntersuchungen

Der VAUNET **begrüßt** ausdrücklich, dass auch die laufende Sektoruntersuchung Online-Werbung voraussichtlich als Basis für Maßnahmen nach § 32f GWB-E dienen kann. Der VAUNET **regt** insofern jedoch **an**, aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes neben der Regelung des § 187 Abs. 11 GWB-E, die sich allein auf § 32f Abs. 2 GWB-E bezieht, eine Klarstellung im Gesetzestext aufzunehmen, dass für Verfügungen nach den Abs. 3 und 4 jedenfalls **alle Sektoruntersuchungen in Betracht kommen, die nach Inkrafttreten der Norm abgeschlossen werden**, unabhängig vom Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung (Referentenentwurf, S. 26).

III. Adressatenkreis für Zusammenschlusskontrolle unterhalb der Kriterien des § 35 GWB (§ 32f Abs. 2 GWB-E)

Der VAUNET sieht aktuell weder einen Anlass noch eine Rechtfertigung, die bisher in § 39a Abs. 1 Nr. 3 GWB enthaltene Beschränkung der Maßnahme auf Unternehmen, denen bundesweit eine hohe wirtschaftliche Bedeutung zukommt, sowie die Bagatellschwelle des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB entfallen zu lassen. Dies soll ausdrücklich dazu dienen, „*auch drohende Wettbewerbsprobleme etwa auf regionalen vermachteten Märkten adressieren zu können*“ (Referentenentwurf, S. 14), führt aber ggfs. zu einer **potenziell ausufernden Anwendung**,

samt der damit einhergehenden rechtlichen Risiken für die Norm als solche und **lenkt allgemein von den gesamtwirtschaftlich relevanteren Anwendungsfällen ab**. Wenn und soweit es aufgrund der aktuellen Energiekrise um lokale Konzentrationen im Tankstellennetz geht, so zeigen aktuelle Entscheidungen des Bundeskartellamts, dass dort keine Veränderung des bestehenden Systems erforderlich ist (vgl. zuletzt Beschl. v. 10.2.2022, B8-77/21 – *OMV Retail/EG Group*).

IV. Durchsetzung des DMA

Der VAUNET **begrüßt** die vorgesehenen nationalen Regelungen zur Durchsetzung des Gesetzes über digitale Märkte (DMA).

1. Behördliche Durchsetzung

Der VAUNET sieht nach wie vor das behördliche Durchsetzungsmonopol der Europäischen Kommission sehr kritisch. Der VAUNET **begrüßt** es insofern, dass das Bundeskartellamt die Kommission bei der Durchsetzung des DMA im Rahmen des derzeit rechtlich Möglichen unterstützen soll. Der VAUNET sieht noch immer die auch vom Bundeskartellamt selbst befürwortete komplementäre Durchsetzung durch nationale Wettbewerbsbehörden als entscheidend für die wirksame behördliche Durchsetzung des DMA an. Auf Ebene der Kommission wurden für die Durchsetzung des DMA schlicht nicht die notwendigen Kapazitäten vorgesehen (lediglich 80 Stellen laut Kommissionsvorschlag), die auch nach der vom Europäischen Parlament gewünschten Verdoppelung **noch immer zu niedrig** sein werden. Es **fehlt** zudem ein **wirksamer Mechanismus für Eilrechtsschutz** vor der Kommission, da das Verfahren nach Art. 24 DMA voraussichtlich zu langsam sein wird, um schnelllebige und dynamische und teils auch fragile Digitalmärkte zu schützen.

Der VAUNET **regt daher an, dass sich die zuständigen Stellen für eine Verbesserung der Effizienz und Schnelligkeit des behördlichen Verfahrens zur Durchsetzung des DMA einsetzen**. Zudem appelliert der VAUNET an den Gesetzgeber, sich weiterhin für die komplementäre Durchsetzung des DMA einzusetzen, insbesondere im Rahmen der vorgesehenen Evaluierung des DMA.

2. Durchsetzung vor den Zivilgerichten (*private enforcement*)

Darüber hinaus zeigen die derzeit bereits absehbaren behördlichen Durchsetzungsdefizite, dass dem *private enforcement*, also der Durchsetzung des DMA durch Unternehmen vor den Zivilgerichten der Mitgliedsstaaten, eine herausragende Bedeutung zukommen wird, gerade und insbesondere in der Anfangszeit.

Zivilgerichtliche Entscheidungen werden eine kritische Rolle dabei spielen, dem DMA zur Effektivität zu verhelfen und die notwendigen Präjudizien und Konkretisierungen herbeizuführen. Damit wird auch dem Fernziel einer unionsweit einheitlichen und rechtssicheren Anwendung des DMA verholfen, da es hier durch Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV zwangsläufig schneller zu einer Harmonisierung und höchstrichterlichen Klärung von Rechtsfragen kommen wird. Die sich derzeit abzeichnenden Defizite bei einstweiligen Maßnahmen durch die Kommission werden sich durch effektiven Eilrechtsschutz vor den Zivilgerichten zumindest teilweise kompensieren lassen, gerade bei klar formulierten Verboten, die im Kartellrecht noch immer kritisch gesehen werden (z. B. die Selbstbegünstigung). Zudem ist neben der Durchsetzung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen (§ 33 GWB-E) auch die

Kompensation der entstandenen Schäden (§ 33a GWB-E) ein Kernelement des *private enforcement* und für den *effet utile* des DMA aus Sicht des VAUNET unabdingbar.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der VAUNET die weitreichende Übernahme der Vorschriften des Kartellzivilrechts der §§ 33 ff GWB und sieht hier nur punktuell Ergänzungsbedarf.

a. Klarstellung der Anwendbarkeit der Beweislastumkehr nach Art. 8 Abs. 1 DMA

Für eine effektivere Durchsetzung des DMA vor deutschen Zivilgerichten wäre es aus Sicht des VAUNET zu begrüßen, wenn die Anwendbarkeit der **Beweislastumkehr nach Art. 8 Abs. 1 DMA** zulasten des Gatekeepers **auch im Rahmen des *private enforcements*** klargestellt würde. Zwar legen die absolute Formulierung und auch Sinn und Zweck der wirksamen Durchsetzung des DMA die Anwendung der Beweislastumkehr nahe. Denn bei Eingreifen der allgemeinen Beweislastregeln könnten die durch das Verhalten des Gatekeepers betroffenen Marktakteure einen Verstoß gegen Art. 5 bis 7 DMA nicht oder allenfalls unter Aufwendung erheblicher – und damit oftmals zugleich prohibitiver – Mittel nachweisen, was der – vom Ordnungsgeber ausdrücklich gewünschten – effektiven zivilgerichtlichen Durchsetzung des DMA zuwiderlaufen würde. Insbesondere die Durchsetzungskosten würden bei Nichtanwendung des Art. 8 Abs. 1 DMA prohibitiv hoch sein, wie vergleichbare Konstellationen bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts zeigen. Trotz eindeutiger Rechtslage wurde die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 1 Satz 1 DMA im Rahmen des *private enforcements* durch vereinzelte Literaturstimmen bestritten (vgl. z. B. Körber, NZKart 2021, 436, 442, 443, wobei Körber offenlegt, als Gutachter für Google tätig zu sein).

Zur Vermeidung von das *private enforcement* bremsenden Unklarheiten sollte die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 1 DMA daher durch eine Ergänzung des GWB-Gesetztextes, jedenfalls aber der Gesetzesbegründung, klargestellt werden. Eine solche Klarstellung entspräche insbesondere auch dem Verständnis des deutschen Gesetzgebers, dass die Ausgestaltung des *private enforcements* (im Wesentlichen) auf nationaler Ebene zu erfolgen hat.

b. Korrektur zur Bindungswirkung (§33 b GWB) in der Gesetzesbegründung

Darüber hinaus **regt** der VAUNET **an**, eine unklare Formulierung in Bezug auf die **Bindungswirkung (§ 33b GWB) zu korrigieren**. So bringt die Begründung des Referentenentwurfs (S. 33) die Bindungswirkung in einen (scheinbar zwingenden) Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung der Kommissionsentscheidung („*Hat ein Gericht die Entscheidung zum DMA überprüft, ...*“). Diese Formulierung ist missverständlich, da die Bestandskraft nicht notwendigerweise die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung voraussetzt.

c. Stärkung der Ressourcen auf Länderebene

Der VAUNET **begrüßt** die Zuständigkeitenkonzentration im Rahmen des § 87 GWB-E, da (nur) die Kartellkammern bei den Landgerichten die notwendigen Ressourcen und Erfahrungen für die wirksame Durchsetzung des DMA aufweisen. Der VAUNET **regt** insofern **an**, an die zuständigen Entscheidungsträger auf Ebene der Länder mit dem Hinweis bzw. dem Wunsch heranzutreten, bei den Gerichten die erforderlichen Kapazitäten sicherzustellen, da auch die Kartellkammern heute oftmals schon deutlich überlastet sind. Ebenfalls sind die in § 90 Abs. 1 GWB-E vorgesehenen Beteiligungsmöglichkeiten des Bundeskartellamts zu begrüßen.

C. Blick auf die 12. GWB-Novelle

Aus Sicht des VAUNET darf der Fokus der 12. GWB-Novelle – entgegen den bisherigen Verlautbarungen des BMWK – nicht allein oder primär auf dem Verbraucherschutz und verwandten Themen liegen. Vielmehr müssen folgende Aspekte ebenfalls behandelt werden:

I. §19 a Abs. 2 GWB als *self-executing* Vorschrift (um)gestalten

Wie bereits im Rahmen der 10. GWB-Novelle [vorgeschlagen](#), **plädiert** der VAUNET **dafür**, die Überführung der Verbote nach § 19a Abs. 2 GWB in unmittelbar anwendbare (*self-executing*) Verbote **zu prüfen**, die neben der Durchsetzung durch das Bundeskartellamt auch *dem private enforcement* geöffnet werden.

Bereits früher wies der VAUNET darauf hin, dass § 19a Abs. 2 GWB in konzeptioneller Hinsicht nicht weitgehend genug ist, weil die Verbote missbräuchlicher Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 GWB erst im Falle der Untersagung eines konkreten Verhaltens durch das Bundeskartellamt für die Zukunft gelten. Damit sind missbräuchliche Verhaltensweisen von ÜMB-Unternehmen nach wie vor so lange formal erlaubt, bis sie das Bundeskartellamt in einem u. U. Jahre dauernden Verfahren untersagt. Bis heute gab es keine einzige Verfügung nach § 19 a Abs. 2 GWB und der Erlass einer solchen ist auch fast zwei Jahre nach Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle nicht unmittelbar abzusehen.

Irreversible Schädigungen des Wettbewerbs können unter der derzeit geltenden Fassung des § 19a Abs. 2 GWB also nicht verhindert werden, **sodass ausgerechnet Verhaltensweisen „von einer hohen Schädlichkeit für den Wettbewerb“** (S. 78 des Referentenentwurfs der 10. GWB-Novelle) **formal rechtmäßig bleiben**. 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 jedoch augenscheinlich nicht die notwendige abschreckende (Vor-)Wirkung, wie auch die derzeitigen Verfahren auf Basis des Abs. 2 zeigen. Aus Sicht des Gesetzgebers scheint hier eine **schnellere Wirksamkeit der Verbote des § 19a Abs. 2 GWB** gewollt zu sein, die dann auch konsequent umzusetzen wäre.

Der VAUNET regt insofern an, dass der Gesetzgeber die Effizienz der Rechtsanwendung des § 19a Abs. 2 GWB – auch und insbesondere unter Berücksichtigung des Inkrafttretens des DMA – ergebnisoffen evaluiert und insbesondere prüft, ob sich der Aktivierungsmechanismus bewährt hat oder die Regelung nicht vielmehr leerzulaufen droht und die beabsichtigte Vorfeldwirkung nicht entfalten konnte.

II. Weitere Überarbeitung des GWB im Hinblick auf § 38 Abs. 3 GWB – Presse- und Rundfunkrechenklausel

Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde zutreffend die Absenkung der Presserechenklausel vom Faktor 8 auf den Faktor 4 durch § 38 Abs. 3 GWB vorgenommen.

Der Gesetzgeber hatte hiermit die Sonderregelung für Presseerzeugnisse den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf den relevanten Märkten weiter anpasst.

Im Rahmen der 12. GWB-Novelle sollte indes die nicht nachvollziehbare Unterscheidung zwischen den Mediengattungen endlich aufgehoben werden, indem eine Anpassung der Aufgreifschwelle durch eine Reduzierung des Faktors für den Rundfunk vorgenommen wird. 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 im Rahmen der 10. GWB-Novelle zur Begründung herangezogenen Argumente zur Absenkung der Presserechenklausel (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. Die Umsatzmultiplikatoren des § 38 Abs. 3 GWB und die daraus resultierenden niedrigen Aufgreifschwelle bei Mediengruppierungen sollten mit der 12. GWB-Novelle 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. Zu den vielfältigen Geschäftsfeldern der rund 160 Mitglieder gehören TV-, Radio-, Web- und Streamingangebote.

Die Verbandsarbeit richtet sich an der konvergenten Entwicklung der Märkte für audiovisuelle Medien aus und gestaltet auf nationaler wie europäischer Ebene die Rahmenbedingungen aktiv mit. Der Wirtschaftsverband hat zum Ziel, Akzeptanz für die politischen und wirtschaftlichen Anliegen der audiovisuellen Medien zu schaffen sowie die große gesellschaftspolitische und kulturelle Bedeutung der Branche im digitalen Zeitalter ins Bewusstsein zu rücken.