

**Baker
McKenzie.**

Tech Talk Germany

9. November 2021

— ■ 2021
**TECH
TALK**

Critical legal updates
in Technology



Aktuelle Entwicklungen des Kartellrechts auf Digitalmärkten



Christian Burholt
Partner, Berlin



Katrin Kurz
Associate, Berlin

Aktuelle Entwicklungen des Kartellrechts auf Digitalmärkten

- Wettbewerbspolitik und Kartellbehörden werden durch **innovative digitale Produkte** und **Geschäftsmodelle** vor **neue Aufgaben** gestellt
 - Digitale Märkte sind typischerweise geprägt von Phänomenen, die in traditionellen Märkten weniger stark zum Tragen kommen (z.B. Organisation als **Plattformen** oder **Netzwerke**)
 - Viele digitale Märkte sind **hoch konzentriert** und von **wenigen großen Anbietern** geprägt
- **Daten** und der **Zugang zu Daten** sind zunehmend **DER entscheidende Faktor** im Wettbewerb
 - „*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*“ (The Economist, 06.05.2017)



- Seit dem **19. Januar 2021** in Kraft: Zehntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein **Wettbewerbsrecht 4.0** („**GWB-Digitalisierungsgesetz**“)

Marktbeherrschende
Stellung durch
Datenzugang
(§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB)

Datenzugangs-
ansprüche
(§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB;
§ 20 Abs. 1a GWB)

Konzept der
Intermediationsmacht
(§ 18 Abs. 3b GWB,
§ 20 Abs. 1 S. 2 GWB)

“Tipping” von Märkten
(§ 20 Abs. 3a GWB)

Regulierung von
Plattformen
(§ 19a GWB)

1

Daten – Marktmacht und Zugangs- ansprüche



— 2021
TECH
TALK



Marktbeherrschende Stellung – Zugang zu Daten (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB)

Marktbeherrschende Stellung – Zugang zu Daten



- Einführung von § 18 III Nr. 3 GWB im Rahmen der 10. GWB-Novelle: **Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten** als Kriterium für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung
 - Durch die zunehmende Entstehung und Nutzung riesiger Datenmengen („**Big Data**“) steigt deren wettbewerbliche Relevanz
 - Klarstellung, dass der Zugang zu **Daten in allen Wirtschaftsbereichen** als Kriterium für die **Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens** in Betracht kommt
 - Aber: **Datenhoheit allein** vermittelt nicht automatisch eine marktbeherrschende Stellung - hier muss jeder **Einzelfall** gesondert betrachtet werden

**Missbrauch einer
marktbeherrschenden Stellung –
Anspruch auf Datenzugang
(§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB)**

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung - Anspruch auf Datenzugang (1)



Quelle: <https://www.bundeskartellamt.de>

- Ergänzung der „Essential facility“-Regelung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB im Hinblick auf **Daten**.
- Vor der 10. GWB-Novelle war der Anwendungsbereich der Vorschrift auf „**Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen**“ beschränkt
- **Anspruchsvoraussetzungen:**
 1. Datenzugang ist **objektiv notwendig für Tätigkeit auf vor- oder nachgelagertem Markt**
 2. Zugangsverweigerung **droht wirksamen Wettbewerb auf vor- oder nachgelagertem Markt auszuschalten**
 3. Zugang grds. nur gegen **angemessenes Entgelt**
 4. Keine **sachliche Rechtfertigung** für Zugangsverweigerung

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung - Anspruch auf Datenzugang (2)



Quelle: <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Spezialfachaerzte-gegen-zu-hohe-Huerden-289366.html>

- Im Ergebnis (sehr?) hohe **Hürden** für Zugangsanspruch:
 - Ist der Inhaber der Daten **tatsächlich marktbeherrschend** (z.B. auf einem Produktmarkt oder u.U. auf einem separaten Datenmarkt)?
 - Einzelfallprüfung (s.o.); u.a. anhand **Bedeutung der Daten im Kontext des jeweiligen Geschäftsmodells; Möglichkeit der Zugangsgewährung** bzw. Zugangsverweigerung zu wettbewerbsrelevanten Daten etc.
 - Ist der Datenzugang **tatsächlich objektiv notwendig**, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein?
 - Der **reine Wunsch**, auf demselben Markt wie der Dateninhaber tätig zu werden, genügt nicht
 - Ist der Zugangspetent bereit, ein **angemessenes Entgelt** zu zahlen?
 - Achtung: **datenschutzrechtliche Anforderungen** müssen erfüllt sein!



Datenbedingte Abhängigkeit – Anspruch auf Datenzugang (§ 20 Abs. 1a GWB)

Datenbedingte Abhängigkeit – Anspruch auf Datenzugang (1)



Quelle: <https://www.bundeskartellamt.de>

- Einführung von § 20 Abs. 1a GWB (§ 20 GWB: Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit **relativer oder überlegener Marktmacht**)

*Eine **Abhängigkeit** nach Absatz 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die **eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten gegen angemessenes Entgelt kann eine **unbillige Behinderung** nach Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 1, Absatz 2 Nummer 1 darstellen. Dies gilt auch dann, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.***

- **Keine Beschränkung** des Schutzbereichs von § 20 Abs. 1 und Abs. 1a GWB auf kleinere und mittlere Unternehmen; stattdessen: **deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen**

Datenbedingte Abhängigkeit – Anspruch auf Datenzugang (2)

■ Anspruchsvoraussetzungen:


1. Keine Marktbeherrschung, aber **deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen** (d.h. Machtgefälle)
2. **Datenbedingte Abhängigkeit**, d.h. Angewiesenheit auf den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
3. Datenzugang grds. nur **gegen angemessenes Entgelt** und
4. **Unbilligkeit** der Zugangsverweigerung (siehe nächstes Slide)

Datenbedingte Abhängigkeit – Anspruch auf Datenzugang (3)

- **Unbilligkeit** der Zugangsverweigerung
 - Umfassende **Abwägung der Interessen** des Normadressaten und des Zugangspetenten
 - Für Unbilligkeit der Zugangsverweigerung sprechen z.B.
 - **Verschluss von Sekundärmärkten** durch die Zugangsverweigerung
 - **Beteiligung** des abhängigen Unternehmens an der Erzeugung der wettbewerbsrelevanten Daten
 - Erhebliches **Potential für zusätzliche bzw. erhöhte Wertschöpfungsbeiträge** auf Seiten des abhängigen Unternehmens



Datenbedingte Abhängigkeit – Anspruch auf Datenzugang (4)

- **Achtung:** Datenschutzrecht bleibt unberührt! 
 - Im Rahmen der Unbilligkeit ist zu berücksichtigen, **ob und mit welchem Bereinigungsaufwand** die betreffenden Daten überhaupt herausgegeben werden können
 - Die Herausgabe der Daten muss aus Sicht des Datenschutzrechts **unabhängig von der Frage eines kartellrechtlichen Zugangsanspruchs zulässig sein**
 - Kartellrechtlicher Zugangsanspruch schafft **keine neue Rechtsgrundlage** für eine Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der Daten

Datenbedingte Abhängigkeit – Anspruch auf Datenzugang (5)

- Anspruch insbesondere im Rahmen von **bestehenden Vertragsverhältnissen** innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken relevant
- Hohe Hürden bei Datenzugang **durch Dritte ohne bisherige Geschäfts- oder Vertragsverbindung**, die Dienste auf einem vor- oder nachgelagerten Markt anbieten möchten
 - Gesetzesbegründung Regierungsentwurf: „*In diesen Konstellationen ist grundsätzlich **Zurückhaltung geboten** und der Prüfung der Unbilligkeit **besondere Beachtung** zu schenken*“

2

Konzept der sog. „Intermediations- macht“



— 2021
**TECH
TALK**



Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ (1)

- Einführung von § 18 Abs. 3b GWB (marktbeherrschende Stellung):
 - *Bei der **Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens**, das als **Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist**, ist insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen.*
- Einführung von § 20 Abs. 1 S. 2 GWB (relative Marktmacht):
 - *§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt ferner auch für Unternehmen, die als **Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind**, soweit andere Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von ihrer Vermittlungsleistung in der Weise **abhängig** sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen.*

Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ (2)

- **Vermittler bzw. Intermediäre** – typischerweise **mehrseitige digitale Plattformen** (Suchmaschinen, Buchungsportale etc.) – erlangen in der digitalen Wirtschaft eine zunehmende Bedeutung
- Im Extremfall kann eine Plattform sogar die **vollständige Kontrolle** über den Marktzugang von Anbietern gewinnen
- Mögliche Folgen für Intermediäre bei **Markbeherrschung/relativer Marktmacht** z.B. **Anspruch auf Zugang zur Plattform**

3

“Tipping” von Märkten (§ 20 Abs. 3a GWB)



— 2021
TECH
TALK



“Tipping” von Märkten (§ 20 Abs. 3a GWB)

- Einführung von § 20 Abs. 3a GWB:
 - *Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit **überlegener Marktmacht** auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die **eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert** und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der **Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.***
- Tipping = Plattformmarkt droht in Richtung eines großen Anbieters zu „kippen“
 - ➔ **Tatbestand setzt weder marktbeherrschende Stellung noch eingetretene Wettbewerbsbeschränkung voraus (Gefährdungstatbestand)**

4

Regulierung von Plattformen durch § 19a GWB und Digital Markets Act



2021
TECH
TALK



- Einführung von § 19a GWB im Rahmen der 10. GWB-Novelle: Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit **überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb**
- „Kartellrechtsnahe Regulierung“
 - Ermöglicht dem BKartA erstmals ein frühzeitiges Eingreifen bei Wettbewerbsgefährdungen durch **bestimmte große Digitalkonzerne**
 - **Kein Verbotsgesetz**, sondern **Ermächtigungsgrundlage** für das BKartA (d.h. kein Kartellschadensersatz, kein unmittelbares Bußgeld)
 - Unternehmen, denen aufgrund ihrer **strategischen Stellung** und ihrer **Ressourcen** eine besondere marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt, kann das BKartA **bestimmte Verhaltensweisen vorbeugend untersagen**
 - Beispiele: **Selbstbevorzugung von konzerneigenen Diensten** oder die **Behinderung des Marktzutritts von Dritten durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten**

Regulierung von Plattformen (§ 19a GWB) (2)

- Adressaten insbesondere **große Internetplattformen**, aber theoretisch auch andere Unternehmen auf mehrseitigen Märkten oder Märkten mit Netzwerkeffekten mit **überragender marktübergreifender Bedeutung** für den Wettbewerb
- **Zweistufiges Verfahren:**
 1. Entscheidung über Adressatenstellung / überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb
 2. Abstellungsverfügung
- **Verkürzung des Rechtsweges:** Beschwerden gegen BKartA-Entscheidungen auf Basis von § 19a GWB werden **direkt vom BGH** entschieden
- Aktuell prüft das Bundeskartellamt in **vier Fällen** eine **überragende marktübergreifende Bedeutung** und in **zwei Fällen** konkrete **Verhaltensweisen**



- **Sektorspezifisches Marktregulierungsregime:**
 - DMA soll das **Marktverhalten großer Online-Plattformen regeln**, die durch ihre **überragende Stellung die Spielregeln des Marktes bestimmen** und so als **„Gatekeeper“** fungieren können
- Die **Gatekeeper-Kriterien** sind erfüllt, wenn ein Unternehmen
 - eine **starke wirtschaftliche Position mit erheblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt** innehat und **in mehreren EU-Ländern aktiv ist**,
 - über eine **starke Vermittlungsposition** verfügt, d. h. eine **große Nutzerbasis mit einer großen Anzahl von Unternehmen verbindet**,
 - eine **gefestigte und dauerhafte Marktstellung** hat (oder bald haben wird), d. h. langfristig stabil ist



Beispielsweise müssen Gatekeeper künftig:



Dritten in bestimmten Situationen die Zusammenarbeit mit ihren eigenen Diensten erlauben,



es ihren gewerblichen Nutzern ermöglichen, auf die Daten zuzugreifen, die sie bei der Nutzung der Gatekeeper-Plattform generieren,



den Unternehmen, die auf ihrer Plattform Werbung betreiben, die Instrumente und Informationen zur Verfügung stellen, die sie brauchen, um eine eigene, unabhängige Überprüfung ihrer Werbung auf der Gatekeeper-Plattform vornehmen zu können,



es ihren gewerblichen Nutzern ermöglichen, ihr Angebot zu bewerben und Verträge mit ihren Kunden außerhalb der Gatekeeper-Plattform abzuschließen.

Quelle:
https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_de



Das dürfen Gatekeeper-Plattformen künftig nicht mehr:



Dienstleistungen und Produkte, die der Gatekeeper selbst anbietet, gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten, die von Dritten auf der Plattform des Gatekeepers angeboten werden, in puncto Reihung bevorzugt behandeln,



Verbraucher/innen daran hindern, sich an Unternehmen außerhalb ihrer Plattformen zu wenden,



Nutzer/innen daran hindern, vorab installierte Software oder Apps zu deinstallieren, wenn sie dies wünschen.

Quelle:
https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_de

5

Fazit



— 2021
**TECH
TALK**



- 10. GWB-Novelle **verschärft die Missbrauchsaufsicht im Bereich der digitalen Wirtschaft**
- Insbesondere **Datenzugangsansprüche** dürften für **nahezu alle Industriebereiche** zunehmend relevant werden
- Auch auf EU-Ebene soll durch den Digital Markets Act zukünftig die **Marktmacht großer Digitalkonzerne begrenzt** und für ein ausgewogenes Wettbewerbsumfeld gesorgt werden

Baker McKenzie.

Vielen Dank!

Tech Talk Germany

2021
TECH
TALK

Die Baker McKenzie Rechtsanwalts-gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwalts-gesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Berufsträger, der als Gesellschafter, führender Angestellter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© 2021 Baker McKenzie Rechtsanwalts-gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern

[bakermckenzie.com](https://www.bakermckenzie.com)