

Newsletter, 25. August 2021

Relative Marktmacht – Absolute Need-to-Knows

Mit der 10. GWB-Novelle haben die besonderen Verhaltensregeln für Unternehmen mit relativer Marktmacht zahlreiche Änderungen erfahren, die das deutsche Wettbewerbsgesetz „fit“ für das digitale Zeitalter machen sollen

Im Januar 2021 trat die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) in Kraft.¹ Während bislang vor allem das Herzstück der Reform, die Einführung eines neuartigen Eingriffstatbestandes gegenüber großen Digitalkonzernen, in der Diskussion stand, verdienen auch die Änderungen der Anforderungen für sogenannte relativ marktmächtige Unternehmen eine nähere Betrachtung: Insbesondere die neue datenbedingte Abhängigkeit sowie ein daraus resultierender Datenzugangsanspruch sind in der Praxis von höchster Relevanz und werfen – nicht nur in der Digitalwirtschaft – zahlreiche offene Fragen auf.

Hintergrund

Mit § 20 GWB existiert im deutschen Recht eine über das allgemeine Missbrauchsverbot hinausgehende Verbotsnorm, die sich an Unternehmen mit sog. *relativer Marktmacht* richtet. Schon unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung ist ein Unternehmen relativ marktmächtig, wenn von ihm andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager in der Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf dritte Unternehmen auszuweichen. Dabei muss ein deutliches Machtungleichgewicht zwischen den Beteiligten bestehen. In der Rechtsprechung haben sich dafür in der Vergangenheit bestimmte Abhängigkeitsfallgruppen etabliert:

- Sortimentsbedingte Abhängigkeit: das relativ marktmächtige Unternehmen verfügt über sog. „*Must Have*“-Produkte oder Dienstleistungen;
- Unternehmensbedingte Abhängigkeit: spezifischen Ausrichtung eines Zulieferers auf ein anderes Unternehmen;
- Mangelbedingte Abhängigkeit: Knappheit der angebotenen Waren (zuletzt wieder im Fokus aufgrund der Corona-Pandemie).

Ausdehnung des Schutzzumfangs – Aufgabe des KMU-Kriteriums

Während § 20 GWB (alt) zuvor nur den Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen bezweckte (sog. KMU-Kriterium), gilt die Neufassung der Norm nun unabhängig von der Größe des abhängigen Unternehmens. Der größte Nutzen dieser Erweiterung ist in der Digitalwirtschaft zu erwarten: So sollen vor allem große Digitalplattformen daran gehindert werden, ihre kleinen wie großen Nutzer zu behindern. Um eine Ausuferung der Norm zu vermeiden, ist weiterhin ein deutliches Machtungleichgewicht zwischen dem relativ marktmächtigen und dem abhängigen Unternehmen erforderlich. So soll laut Gesetzesbegründung verhindert werden, dass § 20 GWB künftig auf unzählige bilaterale Vereinbarungen zwischen gleichrangigen Vertragspartnern angewendet wird.

Angewiesenheit auf Vermittlungsdienste

Der Gesetzgeber will mit der GWB-Reform vor allem wettbewerbswidrige Verhaltensweisen solcher Vermittlungsdienste einer kartellrechtlichen Kontrolle unterwerfen, die sich zu zentralen Marktteilnehmern mit Gatekeeper-Funktion in der Digitalwirtschaft entwickelt haben. Zu diesem Zwecke wurde in § 20 Abs. 1 S. 2 GWB als neue Abhängigkeitsfallgruppe die Angewiesenheit auf Vermittlungsdienste aufgenommen: Relative Marktmacht kommt nunmehr auch dann in Betracht, soweit Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von der Vermittlungsleistung anderer Unternehmen abhängig sind und keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Datenbedingte Abhängigkeit und Datenzugangsansprüche

Besonders hervorzuheben ist die neue Fallgruppe der sog. datenbedingten Abhängigkeit sowie eine daraus resultierender Datenzugangsanspruch: Nach § 20 Abs. 1a GWB kann eine Abhängigkeit dann in Betracht kommen,

¹ Siehe hierzu den [Commeo-Newsletter aus Januar 2021](#).

wenn ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten eines anderen Unternehmens angewiesen ist. Die Verweigerung des Zugangs zu den begehrten Daten gegen angemessenes Entgelt kann eine unbilligen Behinderung darstellen. Dies ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festzustellen. Ein solcher Datenzugangsanspruch kann explizit bereits bestehen, wenn ein Geschäftsverkehr für die begehrten Daten noch gar nicht eröffnet ist. Dies gilt sowohl für den Fall, dass bisher keine konkrete Geschäftsbeziehung zwischen dem Zugangspetenten und dem Dateninhaber existiert, als auch dann, wenn der Dateninhaber die Daten bislang noch überhaupt nicht am Markt anbietet.

Während nach dem Wortlaut der Norm keine Einschränkung ihres Anwendungsbereiches auf bestimmte Fallgruppen erkennbar ist, sollen laut Gesetzesbegründung vor allem zwei Konstellationen erfasst sein: Neben Datenzugangsansprüchen in Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken (z.B. im Aftermarkt- oder IoT-Kontext) soll die Norm Dritten Datenzugang verschaffen, die ihre Dienste auf einem dem Markt des Dateninhabers vor- oder nachgelagerten Markt anbieten wollen.

§ 20 Abs. 3a GWB – „Tipping“ Paragraph

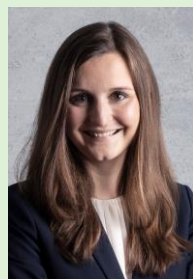
§ 20 Abs. 3a GWB ist eine neue Verbotsnorm zur Verhinderung von Maßnahmen, die ein Kippen („Tipping“) von Märkten ins Monopol herbeiführen könnten. Der neue Behinderungstatbestand gilt hierbei nur für mehrseitige Märkte und Netzwerke, dafür aber explizit bereits für Unternehmen mit überlegener Marktmacht, setzt also keine Marktbeherrschung voraus. Die Norm soll ein rechtzeitiges Eingreifen auch dadurch ermöglichen, dass bereits eine ernsthafte Gefährdung des Leistungswettbewerbs ausreichend ist, also noch keine Wettbewerbsbeschränkung selbst festgestellt sein muss.

Relevant wurde dieser sog. „Tipping“ Paragraph schon in einem Urteil des Landgerichts Berlin²: Im einstweiligen Rechtsschutz untersagte das Gericht dem Plattformbetreiber und Marktführer ImmoScout gestützt auf § 20 Abs. 3a GWB, seinen Kunden einen sog. „List First“-Rabatt zu gewähren. Hierbei verpflichtet sich der Anzeigenkunde im Gegenzug zur Einräumung eines Rabattes, mind. 95% seiner Immobilien innerhalb der ersten sieben Tage ausschließlich bei ImmoScout zu inserieren. Das in

Streit stehende Rabattsystem führte nach Ansicht des Gerichts zu einer faktischen Ausschließlichkeit und Marktabschottung zu Lasten kleinerer und mittlerer Mitbewerber wie der Klägerin Immowelt, sodass die ernstliche Gefahr bestehe, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maß eingeschränkt werde.

Kommentar

Die mit der Gesetzesreform einhergehenden Änderungen sind unstrittig von hoher Praxisrelevanz und das nicht nur für die GAFAs dieser Welt. Gerade im Hinblick auf die neu geschaffenen Datenzugangsansprüche ergeben sich für viele kleine und mittlere Unternehmen zahlreiche offene Fragen. Die praktische Bedeutung der Novelle geht hier wohl über die eigentlichen Motive des Gesetzgebers hinaus. Abzuwarten bleibt, ob sich durch Rechtsprechung und Behördenpraxis zur Vermeidung des Trittbrettfahrerproblems klarere Abgrenzungskriterien im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung herauskristalisieren oder ob es mit Blick auf Daten künftig ein Anspruch auf „Free Riding“ geben wird. Innerhalb Europas zeigen aktuelle Gesetzesreformen wie die Änderung des Kartellgesetzes in Belgien³ oder der Schweiz⁴, dass relative Marktmacht definitiv ein Thema ist, das längst nicht mehr nur in der deutschen Beratungspraxis oberste Priorität genießt.



Franziska Lange-Schlüter



Dr. Stephanie Pautke

COMMEO Rechtsanwälte PartGmbB

Rechtsanwälte und Notar
Speicherstraße 55
D-60327 Frankfurt am Main
www.commeo-law.com

COMMEO ist eine auf die Beratung im Kartellrecht spezialisierte Kanzlei in Frankfurt am Main. Als gewachsenes Team erfahrener Anwälte beraten wir nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.

² Urt. des LG Berlin v. 8.4.2021, [16 O 73/21 Kart](#) - *Immowelt./Immoscout*.

³ Gesetz v. 4.4.2019, in Kraft getreten 22.8.2020, zur Einführung v. Art.IV.2/1 Belgisches Wirtschaftsgesetzbuchs.

⁴ Siehe die mit der sog. *Fair-Preis-Initiative* geplante Gesetzesänderung: <https://www.fair-preis-initiative.ch/deutsch/aktuell>