

DIGITAL
LEGAL
ACADEMY

by TaylorWessing

In Kooperation mit





Kartellrechtliche Fragen der Digitalisierung

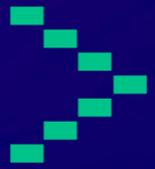
Anna Isabel Bernhöft und Dr. Stefan Horn



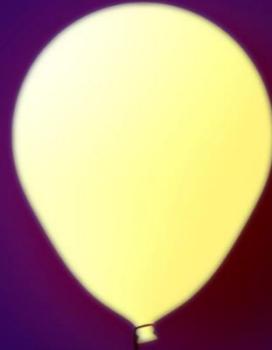
Wie sensibilisiert ist Ihr/Euer Unternehmen für kartellrechtliche Fragestellungen bei Digitalisierungsprojekten und im digitalen Daily Business?



1



Die Grundpfeiler des Kartellrechts



Wettbewerbsschutz

Kartellverbot

Art. 101 AEUV / § 1 GWB

Vereinbarungen/abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken

Freistellung vom Kartellverbot
Vertikal-GVO + weitere GVO
Einzelfreistellung

Missbrauchsverbote

Art. 102 AEUV / § 19 GWB

missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung

§ 20 GWB → Missbräuchliche Ausnutzung relativer oder überlegener Marktmacht

Sonderregulierung

§ 19a GWB → Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

DMA → geplante Regulierung sog. „Gatekeeper“

Fusionskontrolle

FKVO / §§ 35 ff. GWB

Greift nur, soweit die Umsatzschwellen erreicht werden (Art. 1 FKVO / § 35 GWB)

Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere wenn die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwartet wird

Deep dive zur
Digital-Regulierung
am 17. und 23. Juni

2



Digitalisierung:

Warum hätten wir diese Veranstaltung nicht schon vor zehn Jahren so halten können?



Wettbewerbsschutz

Kartellverbot

- Vernetzung/neue Wettbewerbsverhältnisse
- Offline- vs. Onlinevertrieb
- Plattformen als neue Player

Missbrauchsverbot

- Plattformen als neue Player
- Bedeutung von Daten

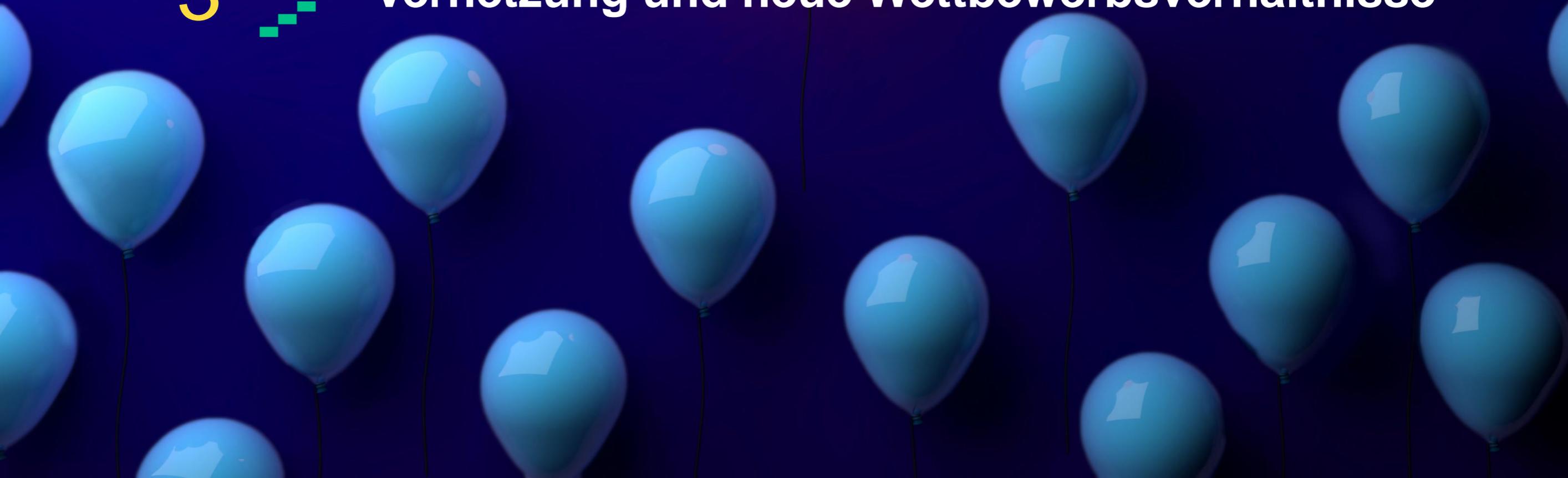
Fusionskontrolle

- Plattformen als neue Player
- Bedeutung von Daten

3



Vernetzung und neue Wettbewerbsverhältnisse



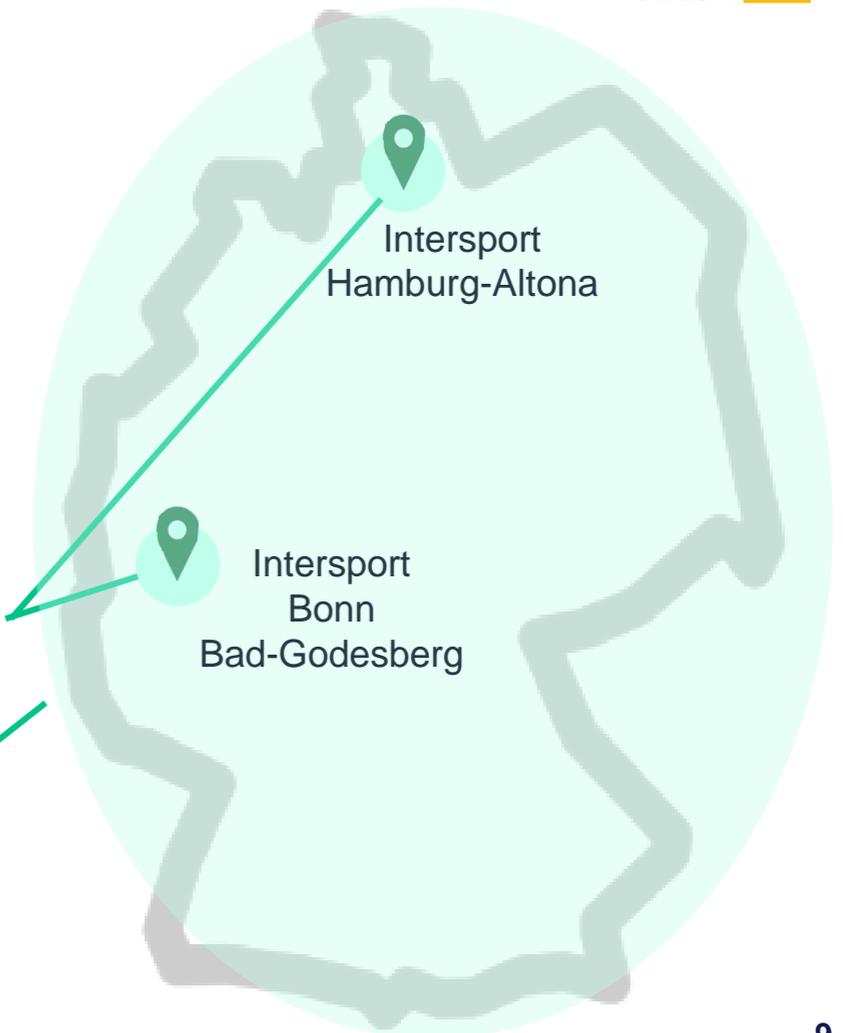
Geographisches Zusammenrücken

- Regional tätige Einzelhändler sind für Kunden aus anderen Regionen regelmäßig keine Alternative
 - Kein Wettbewerbsverhältnis mit vergleichbaren Händlern aus anderen Regionen
- Aufnahme des Online-Handels führt zu überregionaler Verfügbarkeit der angebotenen Produkte
 - Händler werden zu (zumindest) potenziellen Wettbewerbern von Händlern in anderen Regionen

**Achtung bei Kooperationen
und Informationsaustausch!**

Stationärer Markt:
regional

Online-Markt:
deutschlandweit



Hersteller als Wettbewerber (Dualvertrieb)

- Bisher überwiegend zwei- oder mehrstufiger Händlervertrieb; ggf. einzelne Flagship Stores
- Annahme: Schwerpunkt auf Vertikalverhältnis, daher Bewertung der Vertriebsvereinbarung Hersteller/Händler rein nach Regeln für Vertikalverhältnisse (Vertikal-GVO)
- **Hersteller ist dennoch Wettbewerber: Vorsicht beim Informationsaustausch**
 - Daten, die Bewertung des Erfolgs des Händlers erlauben, z.B. Umsatz im Vertragsgebiet, Absatz (+)
 - Informationen zur Marktlage zwecks Anpassung der Produktion und Auslastung (+)
 - Kundenspezifische, preisbezogene Daten (-)
- **Direktvertrieb gewinnt durch Onlinevertrieb zusätzlich an Bedeutung (z.B. Kfz-Hersteller, Bekleidung)**
 - Noch größere Vorsicht geboten: mehr/andere Daten können wettbewerbslich sensibel werden!
- **Diskussion: Stimmt Annahme noch, dass Schwerpunkt auf Vertikalverhältnis liegt?**
 - Vorschlag KOM: Begrenzung der Ausnahme auf eindeutige Fälle (z.B. neue Marktanteilsschwelle)?

4



Konkurrenz zwischen Online- und Offlinevertrieb



Das Internet ist ein wichtiger Vertriebskanal, der Händlern grds. offen stehen muss

Aktuelle Rechtslage:

- Internetvertriebsverbote sind als Gebiets- und Kundenbeschränkung unzulässig, weil sie Händler daran hindern, Kunden außerhalb ihres physischen Einzugsgebiets zu erreichen
 - Ausdrückliche vertragliche Verbote
 - Faktische Verbote wie z.B. Vertriebsanforderungen, die online nicht erfüllbar sind

- EuGH: Allgemeines und absolutes Internet-Vertriebsverbot ist bezweckte vertikale Wettbewerbsbeschränkung, sofern es objektiv nicht gerechtfertigt ist
 - Objektive Rechtfertigung ggf. denkbar bei:
 - Notwendigkeit einer individuellen Beratung des Kunden, z.B. bei besonders gefährlichen Produkten
 - Schutz des Kunden vor einer falschen Anwendung der Produkte
 - Schutz des Prestigecharakters eines Produkts?
 - **Für Totalverbot sind o.g. Gründe wie Prestigecharakter etc. jedenfalls nicht ausreichend!**

Grundsatzurteil
EuGH: Pierre Fabre



Verbot der Nutzung bestimmter Online-Intermediäre

Ausdrückliches oder faktisches Verbot der Nutzung bestimmter Online-Intermediäre, z.B. Online-Marktplätze (Amazon, ebay) oder Preisvergleichsseiten (idealo.de o.ä.)

Argumente für Plattformverbot	Argumente gegen Differenzierungsmöglichkeit
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Dient Sicherung eines qualitativ hochwertigen Vertriebs ▪ Schutz des aufwändig aufgebauten (luxuriösen) Markenimages 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kann Auffindbarkeit der Händlern online erheblich einschränken ▪ Ggf. Begrenzung des Onlinevertriebs auf einige wenige großen Anbieter und/oder Online-Shops der Hersteller

Aktuelle Rechtslage:

- Marktplatzverbot zulässig, wenn
 - es zum Schutz des Markenimages erforderlich ist (für Luxusprodukte bejaht)
 - es die Internetnutzung nicht generell verbietet, sondern Zugang zum Internet-Angebot der Vertragshändler (Auffindbarkeit) prinzipiell gewährleistet bleibt
- **Diskussion:** Geltung der o.g. Aussagen auch über Luxusprodukte hinaus?
 - KOM: Auch für hochwertige Markenprodukte
 - BKartA: Per-se Verbot jedenfalls (-), da Schutzzweck auch mit qualitativen Anforderungen erreichbar; qualitative Anforderungen eher (-), wenn Hersteller selber die Plattform nutzt oder Dritten die Nutzung gestattet

Fallpraxis

- EuGH: Coty
- BKartA, BGH: Asics

Doppelpreissysteme

Vereinbarung, dass Händler für Produkte, die er online weiterverkaufen will, einen höheren Preis zahlt als für Produkte, die offline verkauft werden sollen

Argumente für Differenzierungsmöglichkeit	Argumente gegen Differenzierungsmöglichkeit
<ul style="list-style-type: none">▪ Schaffung eines Level-Playing-Fields zwischen Online- und Offlinevertrieb (unterschiedliche Fixkosten)▪ Rabatte als Anreiz für Investitionen in Vor-Ort-Beratung▪ Vermeidung von Trittbrettfahrerei durch Online-Händler	<ul style="list-style-type: none">▪ Preisdifferenzierung hindert Onlinehändler daran, etwaige Kostenvorteile an Verbraucher weiterzugeben▪ Ähnliche Wirkung wie absolute Internetvertriebsverbote: Kann Händler vom Onlinevertrieb abschrecken▪ Eigentliches Ziel: Stabilisierung der Online-Preise auf höherem Niveau?

Aktuelle Rechtslage:

- Doppelpreissysteme sind verboten
 - Erlaubt sind derzeit fixe (d.h. nicht umsatzabhängige) Vergütungen
 - Rabatte müssen grds. auch mit online verkauften Produkten erreichbar sein

Fallpraxis BKartA

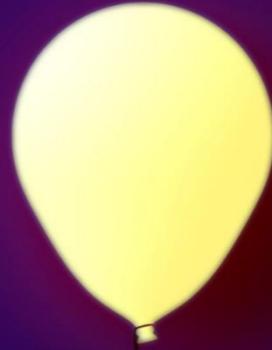
- 2013: BSH, Gardena
- 2016: LEGO
- 2021: Liebherr

- **Ausblick:** Lockerungen werden diskutiert, vgl. Inception Impact Assessment der KOM, Okt. 2020

5



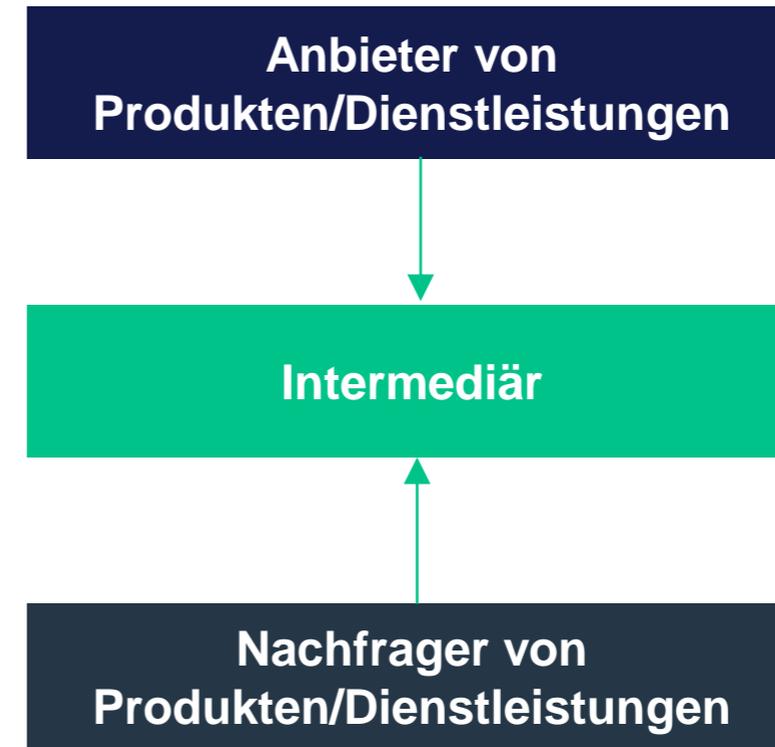
Plattformen als neue Player



Marktmacht von Plattformen

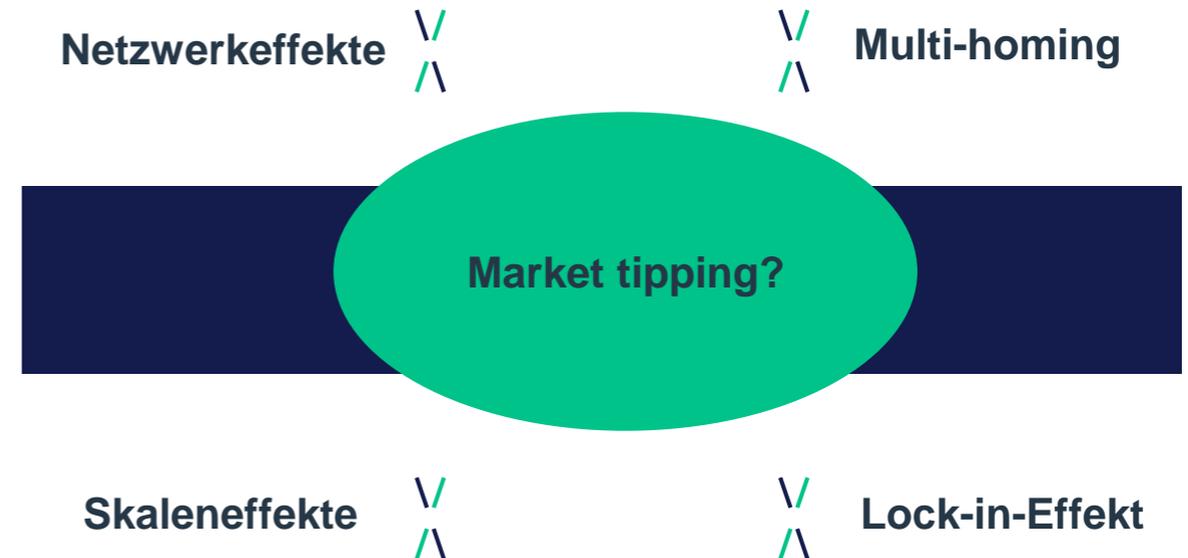
■ Intermediationsmacht

- Online-Plattformen bringen als Intermediäre verschiedene Nutzergruppen zusammen
- Beispiele: Suchmaschinen, Marktplätze, Buchungsportale, Netzwerke, App-Stores
- Ggf. erheblicher Einfluss auf die Zugangsmöglichkeiten zu Kunden und Absatzmärkten
- Intermediationsmacht nunmehr in **§ 18 Abs. 3b GWB** und **§ 20 Abs. 1 S. 2 GWB** ausdrücklich geregelt



Marktmacht von Plattformen

- **Positive Netzwerkeffekte**
 - **Direkte positive Netzwerkeffekte** → Nutzen einer Plattform steigt mit steigender Gesamtzahl der Nutzer derselben Gruppe
 - **Indirekte positive Netzwerkeffekte** → Eine Gruppe von Nutzern einer Plattform profitiert davon, dass mehr Nutzer einer anderen Nutzergruppe die Plattform nutzen
- **Hohe Skaleneffekte** (die fixen Kosten für Entwicklung, Aufbau und Unterhalt der Plattform sind hoch, die variablen Kosten sind dagegen niedrig)
- **Multi-Homing oder Lock-in-Effekt?**
- **Market tipping** = Kippen eines Marktes mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt





Missbräuchliche Verhaltensweisen bei Marktbeherrschung / Marktmacht

- Beispiele für potentiell missbräuchliche **Verhaltensweisen ggü. Plattformnutzern:**
 - Verweigerung des Zugangs zur Plattform
 - Selbstbevorzugung bei vertikal integrierten Plattformen?

- Beispiele für potentiell missbräuchliche **Verhaltensweisen ggü. Konkurrenzplattformen:**
 - Exklusivitätspflichten der Plattformnutzer
 - Erschwerung der Datenportabilität der Plattformnutzer

Beschränkungen durch Plattformen

- Auch Plattformen erlegen ihren Nutzern Beschränkungen auf
- Prominentes Beispiel: Bestpreisklauseln der Hotelbuchungsportale (besser: Paritätsklauseln):
 - Auf der Plattform tätiger Anbieter darf seine Produkte oder Dienstleistungen an anderer Stelle nicht zu einem günstigeren Preis / zu günstigeren Konditionen / in besserer Qualität anbieten als auf der betreffenden Plattform

„Weite“ Paritätsklauseln	„Enge“ Paritätsklauseln
Keine günstigeren Angebote auf konkurrierenden Hotelportalen	Keine günstigeren Angebote auf eigenen Kanälen online/offline
Konsens: VERBOTEN Vgl. BKartA: Amazon, HRS, Verivox, gesetzlich verboten in einigen EU-Staaten	War/ist umstritten, in Deutschland ganz aktuell entschieden BGH: VERBOTEN (Booking, Urteil vom 18.05.2021)
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Reduzierter Anreiz der Plattformbetreiber, gegeneinander mit niedrigeren Provisionsraten zu konkurrieren (führt zu höheren Gebühren) ▪ Beschränkung von Wettbewerbsvorstößen und Markteintritten neuer Plattformen ▪ Beschränkung von Wettbewerb zwischen verschiedenen Vertriebskanälen und zwischen den einzelnen Anbietern 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beschränkt Wettbewerb beim Anbieten von Hotelzimmern. Hotels wird Möglichkeit genommen, die eingesparte Vermittlungsprovision durch Preissenkungen weiterzugeben und dadurch Kunden zu werben. ▪ Keine notwendige Nebenabrede ▪ Kein Freistellung, da nicht erforderlich, um Trittbrettfahreffekte zu vermeiden

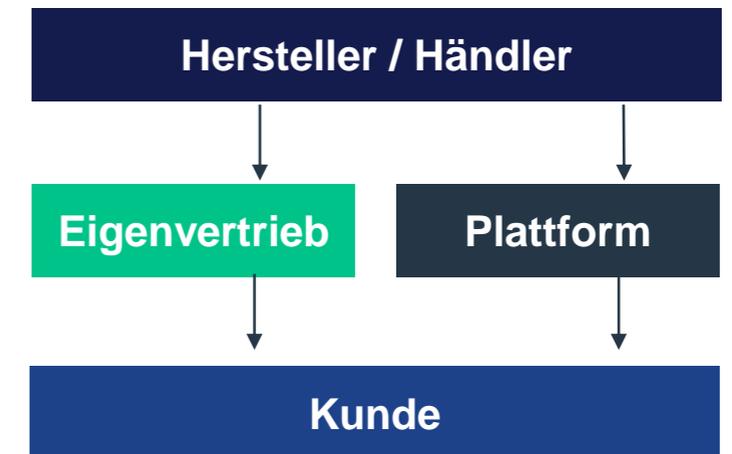
- **Regelung auf EU-Ebene steht noch aus; KOM deutet an, dass jedenfalls Beschränkung konkurrierender Portale verboten sein soll**

Hybridplattformen

- **Hybride Plattform** = Digitale Vermarktungsplattform für Hersteller und Händler (Plattformnutzer), deren Betreiber in Wettbewerb zu den Plattformnutzern steht
 - **Vertikales Element:** Plattformunternehmen als Anbieter der Plattform und Plattformnutzer als Nachfrager dieses Angebots
 - **Horizontales Element:** Plattformunternehmen und Plattformnutzer als Wettbewerber um den Kunden

Fallpraxis des BKartA zum Betrieb hybrider Plattformen (XOM Metals, Unamera)

- Besonderes Augenmerk auf Informationsaustausch angesichts
 - Übermittlung wettbewerbslich sensibler Informationen (z.B. Angebotspreise und -mengen) von den Plattformnutzern an das Plattformunternehmen
 - Entstehen wettbewerbslich sensibler Informationen bei der Abwicklung von Transaktionen (z.B. Abverkaufszahlen und -mengen) beim Plattformunternehmen.



Lösung: Informatorische Trennung der Plattform vom Unternehmen/ihren Gesellschaftern

Aber Achtung: Kein Standardprogramm, stets im Einzelfall zu prüfen!

Maßnahmen, unter denen Betrieb hybrider Plattformen als zulässig angesehen wurde:

Gesellschaftsrechtliche Trennung

- Eigene juristische Person als Betreibergesellschaft der Plattform
- Beschränkung der Gesellschafter-Informationsrechte bzgl. der Betreibergesellschaft bzw. Weigerungsrecht nach § 51a Abs. 2 GmbHG für wettbewerblich sensible Daten der Plattformnutzer



Organisatorische Trennung

- Betreibergesellschaft ist selbst nicht im Vertrieb tätig
- Reglementierung des Zugangs zu den Einrichtungen der Plattformgesellschaft



Technische Trennung

- Beschränkung von Zugriffsrechten auf wettbewerblich sensible Informationen
- Auch kein Zugriff der Plattformnutzer auf die wettbewerblich sensiblen Informationen anderer Nutzer
- Trennung der Informationen zwischen Daten der Plattformnutzer und des Eigenvertriebs



Personelle Trennung

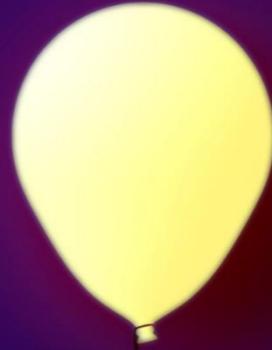
- Mitarbeiter der Plattformgesellschaft sind nicht gleichzeitig im Vertrieb des Plattformunternehmens tätig
- Abgabe von Vertraulichkeitserklärungen der Mitarbeiter der Plattformgesellschaft



6



Daten – Marktmacht und Zugangsansprüche



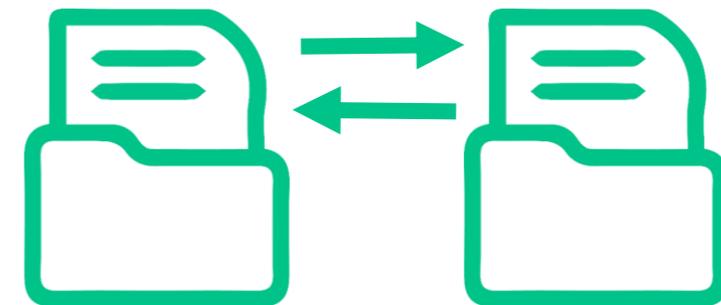
Daten – Marktmacht und Zugangsansprüche

- Zugang zu Daten als Faktor für Marktmacht:
 - § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB: *Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: [...] sein **Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten***
 - Fallpraxis: Z.B. BKartA – CTS Eventim



Daten – Marktmacht und Zugangsansprüche

- **§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB** → Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, wenn Zugang zu Daten gegen ein angemessenes Entgelt verwehrt wird
 - **Voraussetzungen:**
 - Datenzugang objektiv notwendig für Tätigkeit auf vor- oder nachgelagertem Markt
 - Zugangsverweigerung bedroht wirksamen Wettbewerb auf vor- oder nachgelagertem Markt
 - Zugang grds. nur gegen angemessenes Entgelt und
 - keine sachliche Rechtfertigung
- **§ 20 Abs. 1a GWB** → Missbrauch, wenn ein Unternehmen von dem Zugang zu Daten eines anderen Unternehmens abhängig ist und das kontrollierende Unternehmen ihm den Zugang zu den Daten gegen ein angemessenes Entgelt verwehrt
 - **Voraussetzungen:**
 - Datenbedingte Abhängigkeit
 - Zugang grds. nur gegen angemessenes Entgelt und
 - Unbilligkeit der Zugangsverweigerung



7



Key takeaways



Key takeaways

- Die Digitalisierung lässt neue Wettbewerbsverhältnisse entstehen – Vorsicht beim Austausch/der Übermittlung wettbewerbslich sensibler Informationen.
- Beschränkungen des Online-Vertriebs durch den Händler sind nur in engen Grenzen kartellrechtlich zulässig.
- Intermediäre/Plattformen können im Einzelfall marktbeherrschend sein oder über relative/überlegene Marktmacht verfügen. Dann greift das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zugunsten von Plattformnutzern und Konkurrenzplattformen.
- Hybride Plattformen müssen so gestaltet sein, dass es nicht zu einem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch kommt.
- Daten sind ein zunehmend wichtiger Faktor für die Feststellung von Marktmacht von Unternehmen. Das Kartellrecht sieht Datenzugangsansprüche für Dritte vor.



Q & A

Immer raus damit!



Anna Isabel Bernhöft

Bundeskartellamt, Referentin
Grundsatzabteilung

+49 228 94 99 0

info@bundeskartellamt.bund.de



Dr. Stefan Horn LL.B.

Taylor Wessing, Salary Partner

+49 40 36803-327

s.horn@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Competition, EU & Trade
- Digitalisierung
- Competition Litigation

DIGITAL LEGAL ACADEMY

by TaylorWessing

[Europa](#) > [Mittlerer Osten](#) > [Asien](#)

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

© Taylor Wessing 2021

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar. Die unter der Bezeichnung Taylor Wessing tätigen Einheiten handeln unter einem gemeinsamen Markennamen, sind jedoch rechtlich unabhängig voneinander; sie sind Mitglieder des Taylor Wessing Vereins bzw. mit einem solchen Mitglied verbunden. Der Taylor Wessing Verein selbst erbringt keine rechtlichen Dienstleistungen. Weiterführende Informationen sind in unserem Impressum unter [taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information](https://www.taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information) zu finden.