

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – RA Dr. Ingo Brinker – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Thorsten Käseberg – VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RiEuG Johannes Laitenberger – RA Dr. Thorsten Mäger – VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt *Dr. Ulrich Soltész*, Brüssel

NZKart

12 2019

Seiten 633–680

7. Jahrgang

13. Dezember 2019

Aus dem Herausgeberkreis

Wechsel im Herausgeberkreis

Wir freuen uns Ihnen mitteilen zu dürfen, dass *Herr Johannes Laitenberger*, seit September 2019 Richter am Gericht der Europäischen Union und zuletzt Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, in den Herausgeberkreis eingetreten ist. Er wird den Platz von *Herrn Alfred Dittrich* einnehmen, der mit der Beendigung seiner Richtertätigkeit als Herausgeber ausgeschieden ist.

Herrn Dittrich danken wir für die langjährige Unterstützung und wünschen ihm alles Gute für seinen wohlverdienten Ruhestand. Auf die Zusammenarbeit mit Herrn Laitenberger freuen wir uns und danken ihm vorab.

Editorial

Prof. Dr. Torsten Körber

Die 10. GWB-Novelle als „GWB-Digitalisierungs-Regulierungs-Gesetz“

Kaum ist die 9. Novelle 2017 in Kraft, steht schon wieder eine Novelle des GWB vor der Tür. Die 10. Novelle hat ihren Anlass einerseits in der Vorgabe, die ECN+-Richtlinie 2019/1/EU bis zum 4. Februar 2021 umzusetzen und andererseits in der politischen Vorgabe des Koalitionsvertrags nochmals in Bezug auf den Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft nachzulegen. Dass der Gesetzgeber den zweiten Anlass sogar für den wichtigeren hält, wird darin deutlich, dass die Novelle offiziell den Namen „GWB-Digitalisierungsgesetz“ erhalten hat. Der Referentenentwurf sollte allerdings angesichts der angestrebten Änderungen eher „GWB-Digitalisierungs-Regulierungs-Gesetz“ heißen. Er geht inhaltlich weit über die zurückhaltenden Klarstellungen der 9. GWB-Novelle und auch über die moderaten Empfehlungen des die Novelle vorbereitenden BMWi-Gutachtens von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* hinaus.

Nachdem der RefE lange Zeit auf sich warten ließ, ein halbes Jahr lang immer wieder angekündigt wurde und dann (nicht ohne den Segen des BMWi, wie zu vermuten steht) durch ein „Leak“ schon etliche Wochen vor seiner offiziellen Veröffentlichung bundesweite Verbreitung fand, soll es jetzt ganz schnell gehen. Das BMWi hofft, dass die Novelle noch vor Jahresende den Segen des Kabinetts erhält und in der

ersten Jahreshälfte 2020 das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren durchläuft.

Ausweislich der Begründung des RefE lassen sich sechs Ziele der Novelle erkennen: (1) eine verbesserte Rechtsdurchsetzung durch Umsetzung der ECN+-Richtlinie, (2) die Beschleunigung des Kartellverfahrens und die Stärkung des einstweiligen Rechtsschutzes, (3) die Erhöhung der Rechtssicherheit bei Kooperationen, (4) Klarstellungen beim Kartellschadensersatzrecht, (5) eine Reduzierung der Fallzahlen bei der Fusionskontrolle und Korrekturen beim Ministererlaubnisverfahren und (6) insbesondere die weitere Ausgestaltung des digitalen Ordnungsrahmens.

Die meisten wesentlichen Inhalte wurden bereits im Novemberheft der NZKart dokumentiert und in einem Editorial von *Käseberg* skizziert. Der RefE wird sicher etliche Diskussionen auslösen. So ist in Bezug auf die neuen, am *Orkem*-Standard orientierten Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden schon jetzt umstritten, ob der RefE mit seinen § 59 und § 81 m GWB-E nicht über das durch die ECN+-Richtlinie 2019/1 vorgegebene Maß hinausschießt. Hohe praktische Relevanz (und Kritik) werden sicher auch die Regelung des Verhältnisses von BKartA und Staatsanwalt-

schaft in § 82 a und die Verjährungsregelungen in § 81 g erfahren. Im Kontext der vielen neuen Regelungen zum Bußgeldverfahren wird das Verhältnis zum noch nicht veröffentlichten Entwurf für ein Unternehmenssanktionsgesetz eines genaueren Blickes bedürfen. Auch andere Regelungen – etwa die deutliche Absenkung des Maßstabs für einstweilige Maßnahmen in § 32 a, die begrüßenswerten, aber recht allgemein gehaltenen Regelungen zur Erleichterung von Kooperationen in § 32 c und die durch § 56 Abs. 1 eröffnete Möglichkeit einer (nur noch) mündlichen Anhörung – werden ihre Praxistauglichkeit noch unter Beweis stellen müssen. Dass die Arbeitsbelastung des BKartA durch Absenkung verschiedener Schwellenwerte in der Fusionskontrolle reduziert und dadurch Kapazitäten für wirklich wichtige Fälle freigeräumt werden sollen, ist zu begrüßen. Dass dem Ministererlaubnisverfahren in § 42 Abs. 1 a ein zivilgerichtliches Vorverfahren vorgeschaltet werden soll, wird nicht jedermann erfreuen, reduziert aber immerhin die Gefahr einer Entwertung der Untersagungsbefugnis des BKartA angesichts der derzeitigen Renaissance der Industriepolitik auf ministerieller Ebene.

In Bezug auf den digitalen Ordnungsrahmen enthält der RefE nur wenige Regelungen. Aber diese haben es in sich. Letztlich nur deklaratorisch sind die Aufwertung des „Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten“ durch Verschiebung von Abs. 3 a in Abs. 3 und die Einführung des neuen Markt-machtkriteriums der „Intermediationsmacht“, das klarstellt, dass nicht nur der Zugang *des* potentiell marktbeherrschenden Unternehmens zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten, sondern auch dessen Einfluss *auf* den Zugang zu diesen Märkten relevant ist.

Dass die Essential-Facilities-Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 nun explizit auch Fälle des Zugangs zu Daten (und ausweislich der Begründung auch zu Immaterialgüterrechten) umfassen soll, könnte man ebenfalls wohl noch als eher deklaratorisch ansehen, auch wenn die Begründung des RefE Zweifel daran aufwirft.

Noch auf dem Boden des BMWi-Gutachtens steht die Streichung des KMU-Bezugs in § 20 Abs. 1 S. 1, durch welche jetzt auch (wieder) eine Abhängigkeit großer von kleinen Unternehmen in Betracht gezogen wird. Dies soll aber zu Recht nur bei einer „deutlichen Asymmetrie“ und beim Fehlen von Gegenmacht gelten. Eine Abhängigkeit kann sich in Zukunft nach § 20 Abs. 1 S. 2 auch aus der Intermediationsmacht und nach § 20 Abs. 1 a in Bezug auf den Zugang zu Daten ergeben. Nach dieser Regelung soll auch eine Datenzugangsverweigerung über § 19 Abs. 2 Nr. 4 hinaus missbräuchlich sein können. Wann genau dies der Fall ist, bleibt allerdings undeutlich. Nach der Begründung soll ein solcher Missbrauch „insbesondere“ bei Vertragsverhältnissen innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken in Betracht kommen, bei denen der Zugangspetent zur Wertschöpfung durch die Daten beigetragen hat.

Das BMWi-Gutachten hatte auch vorgeschlagen, Regelbeispiele in Bezug auf nicht-leistungsgerechte Praktiken auf „zum Tipping geneigten Märkten“ – etwa Verhinderung des Multi-Homing oder von Datenportabilität – in § 20 einzuführen. Das war mit Blick auf die Unbestimmtheit des Tipping-Kriteriums bereits an sich nicht unproblematisch. Der RefE verschärft diese Unklarheit, indem er in § 20 Abs. 3 a ein Verbot der unbilligen Behinderung der „eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten“ durch Wettbewerber einführt, das bewusst als (reichlich unbestimmte) Generalklausel formiert ist. Die oben genannten

Beispiele werden nur noch in der Gesetzesbegründung erwähnt.

Dass insoweit schon zwei neue Daten Zugangsregelungen und umfangreiche Instrumentarien etabliert werden sollen, um sowohl marktbeherrschende Unternehmen i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 4 als auch nur marktstarke Unternehmen i. S. v. § 20 Abs. 1 a bzw. Abs. 3 a schärfer zu kontrollieren, reicht dem BMWi aber noch nicht aus. Nach dem Motto „alle guten Dinge sind drei“ soll (wohl inspiriert durch den *Furman-Report*) mit dem neuen § 19 a eine neben §§ 19, 20 stehende zusätzliche Missbrauchsaufsicht über „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ eingeführt werden. Mit dieser dritten Kategorie von Verbotsadressaten sind ausweislich der Gesetzesbegründung besonders „große Digitalkonzerne“ gemeint. Warum nur diese und nicht z. B. auch diversifizierte deutsche Industriekonzerne wie VW oder Siemens „marktübergreifende Bedeutung“ haben sollten, wird aus den vorgestellten Kriterien ebenso wenig klar wie der RefE die Frage beantwortet, ob überhaupt ein Marktversagen oder „*gap cases*“ existieren, die eine derart weitreichende Regelung neben §§ 19 und 20 GWB legitimieren. Die Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen in diese neue Kategorie fällt, stellt § 19 a Abs. 1 ins Ermessen des BKartA, das sich damit gleichsam selbst zu einer verschärften Aufsicht über bestimmte (Digital-)Unternehmen ermächtigen kann. Eine gewisse Abmilderung schafft zwar, dass die in Abs. 2 beschriebenen Praktiken (u. a. die Selbstbevorzugung und diverse datenbezogene Praktiken) nicht kraft Gesetzes verboten sein sollen, sondern nur mit Wirkung für die Zukunft vom BKartA untersagt werden können. Das ändert aber nichts daran, dass diese Regelung den Rahmen sinnvoller kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht sprengt. Das BKartA würde letztlich zu einer Regulierungsbehörde für die Digitalwirtschaft geadelt und der Rechtssicherheit ein Bärendienst erwiesen.

Doch damit nicht genug. Auch § 19 Abs. 1 GWB, der Grundtatbestand der deutschen Missbrauchsaufsicht, soll geändert werden. In Zukunft soll nicht mehr die „missbräuchliche Ausnutzung“ einer marktbeherrschenden Stellung, sondern ganz allgemein deren „Missbrauch“ verboten sein. Dahinter steht (wie die Begründung betont) das Ziel, das Erfordernis der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs abzuschaffen. Dies könnte einer Anwendung des Missbrauchsverbots bei jedweden Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens Tür und Tor öffnen und das BKartA zu einer Art „Aufsichtsbehörde über marktbeherrschende Unternehmen“ auch außerhalb der Digitalwirtschaft machen. Dass das BMWi diese grundlegende Neuinterpretation als Nebensächlichkeit behandelt, überrascht ebenso wie die Begründung des RefE, es handle sich dabei nur um eine klarstellende Anpassung an das EU-Recht. In Wirklichkeit wäre der (auch durch den neuen Wortlaut keineswegs zwingend vorgegebene) Verzicht auf eine Prüfung der Verhaltenskausalität ein tiefgreifender Paradigmenwechsel, der nicht nur die wohlbegründete Rechtsprechung des OLG Düsseldorf im *Facebook-Fall* konterkarieren, sondern auch der h. M. in der Literatur (einschließlich des an dieser Stelle nicht vom RefE zitierten BMWi-Gutachtens) widersprechen würde. Die h. M. differenziert aus guten Gründen zwischen Ausbeutungsmissbrauch (Verhaltenskausalität) und Behinderungsmissbrauch (Ergebniskausalität), und nicht nur die BGH-Rechtsprechung, sondern auch die EU-Position zu dieser Frage ist alles andere als eindeutig. Würde das Erfordernis der Verhaltenskausalität abgeschafft, so würde dies dem BKartA zwar im ersten Zugriff mehr Kompetenzen ver-

schaffen, könnte sich aber als Danaergeschenk erweisen, weil eine solche Änderung das Kartellrecht klarer Konturen (etwa im Verhältnis zum Verbraucherschutz-, AGB- oder Datenschutzrecht) berauben und politischer Einflussnahme Tür und Tor öffnen könnte.

In der Summe bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber die ECN+-Umsetzungsfrist nutzt, um die teilweise deutlich über das Ziel hinausschießenden Vorschläge des RefE noch einmal

sorgfältig zu überprüfen, klarer zu fassen und vor allem – nach dem Vorbild der besonnenen 9. GWB-Novelle – durch maßvolle Regelungen zu ersetzen, die das derzeitige System der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nicht aus Unbehagen gegenüber der Digitalisierung auf den Kopf stellen. Für politisch getriebenen Aktionismus á la Klimagesetzgebung ist das seit über 60 Jahre bewährte deutsche Kartellrecht kein geeignetes Objekt. Dafür ist das GWB als „Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft“ ganz einfach viel zu wichtig. ■
