



33. Frankfurter Newsletter zum Recht der Europäischen Union

(13.09.2018)

Anpassung des Wettbewerbsrechts an die Herausforderungen von Globalisierung und Digitalisierung – ein altbekanntes Projekt

Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Lübbig, Berlin

1. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0

Am 10. September 2018 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Einsetzung einer „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ bekanntgegeben, ein hochrangig besetztes Expertengremium, welches Vorschläge dafür entwickeln soll, wie das Wettbewerbsrecht modernisiert werden kann, um den wettbewerbspolitischen Fragestellungen zu entsprechen, „die sich durch die fortschreitende Entwicklung der Datenökonomie, die Verbreitung von Plattformmärkten und die Industrie 4.0“ ergeben. Die Kommission ist beauftragt „bis Herbst 2019 insbesondere konkrete Handlungsempfehlungen zum europäischen Wettbewerbsrecht [zu] erarbeiten“.¹

Die Einsetzung dieser Kommission steht in einem unmittelbaren thematischen, wenn auch in der Pressemitteilung vom 10. September 2018 nicht benannten Zusammenhang mit der am 4. September 2018 von Herrn Bundesminister *Altmaier* entgegengenommenen Studie des Wettbewerbsinstituts DICE Consult zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“.²

Diese Studie wiederum rät dem Gesetzgeber des Bundes zu Änderungen des deutschen Missbrauchsrechts, vor allem mit dem Ziel, nicht dem Leistungswettbewerb entsprechende

¹ Pressemitteilung des BMWi v. 10. September 2018 mit dem beigelegten „Mandat“ für die Einsetzung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0.

² DICE Consult, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, Projekt-Nr. 66/17 des BMWi v. 29. August 2018, veröffentlicht mit Pressemitteilung des BMWi v. 4. September 2018 (Link zum Volltext bei der Pressemitteilung).

Verhaltensweisen von digitalen Unternehmen auf dem Weg in eine marktbeherrschende Stellung bereits vor Erlangen derselben kartellrechtlich kontrollieren zu können. Viele der in dieser Studie angesprochenen besonderen wettbewerbsökonomischen Erscheinungsformen der digitalen Wirtschaft werden auch für die Arbeit der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 von Relevanz sein, das Ministerium scheint aber beide Vorgänge jedenfalls in dem Sinne zu trennen, dass sich das eine Projekt primär auf die Reform des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union beziehen soll (Kommission Wettbewerbsrecht 4.0), während die Studie von DICE Consult den Diskussionsprozess zur Reform des deutschen Kartellrechts befruchten soll. Selbstverständlich fehlt es in der schon vorliegenden Studie von DICE Consult nicht an umfangreichen Hinweisen zur Praxis der Unionsorgane und auch zum Recht der Vereinigten Staaten von Amerika.

2. Ein altbekanntes Thema

Auch wenn die Bundesrepublik Deutschland im Wettbewerb der Volkswirtschaften auf dem Weg in die voll digitalisierte Gesellschaft nicht als Speerspitze wahrgenommen wird, kann man den deutschen Wettbewerbsbehörden jedenfalls nicht vorwerfen, diese Thematik nicht rechtzeitig in ihrer Bedeutung erkannt zu haben. So finden sich bereits in dem Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1999 bis 2000 vom 22. Juni 2001 der Begriff „Internet“ insgesamt 104 Mal, ebenso der Begriff „Internet-Plattform“ mit insgesamt 61 Einträgen und damals schon sehr zukunftsweisende Erkenntnisse über die Entwicklung des Wettbewerbs in diesem Bereich. Hierzu heißt es in dem Bericht wie folgt:

„Ein weitgehend neues Phänomen im Berichtszeitraum war die deutliche Zunahme der Bedeutung des Internets als Transaktionsmedium im Geschäftsverkehr. In den ersten Jahren der kommerziellen Nutzung des Internets standen Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und Endkunden über dieses Medium im Mittelpunkt des Interesses. Hier haben sich bislang keine kartellrechtlichen Probleme ergeben. Inzwischen ist der sogenannte „Business-to-Business“ (B2B)-Bereich in den Vordergrund gerückt, also die Geschäftsabwicklung zwischen Unternehmen über eine Internetplattform. Grundsätzlich kann eine solche Abwicklung von Transaktionen effizienzsteigernd und wettbewerbsfördernd wirken. Internetplattformen können jedoch auch wettbewerbliche Probleme aufwerfen. Dies gilt etwa, wenn sie zur Nachfragebündelung eingesetzt werden oder wenn sie als Mittel des Informationsaustausches und damit der Koordinierung zwischen Wettbewerbern dienen. Bei allem Nutzen, den Internetplattformen haben, lassen sich diese wettbewerbliehen Gefährdungspotentiale nicht endgültig ausräumen und stellen damit besondere Anforderungen an die Verhaltensaufsicht durch die Kartellbehörden.“³

Ebenfalls im Jahre 2001 widmete das Bundeskartellamt seine X. Internationale Kartellrechtskonferenz in Berlin dem Thema „Wettbewerb in der New Economy, das Internet als Motor des Wandels“.⁴ Die Diskussionsbeiträge führender Vertreter aus Politik, Verwaltung und Wirtschaft sind in diesem Tagungsband im Volltext veröffentlicht, die Herausforderungen der bevorstehenden Digitalisierung sind damals bereits helllichtig erkannt worden. Viele heute erneut aufgegriffene Fragestellungen waren schon damals Diskussionsgegenstand. Seitdem mangelt es nicht an einer Vielzahl von Diskussionsbeiträgen, aber auch von gesetz-

³ BT-Drs. 14/6300, S. 9, S. 47.

⁴ Tagungsunterlagen v. 21. und 22. Mai 2001, veröffentlicht auf der Internetseite des Bundeskartellamtes.

geberischen Initiativen zu dieser Thematik, so wie etwa die 9. GWB-Novelle, die das Ziel verfolgt, „den Ordnungsrahmen für die digitalisierte Wirtschaft“ zu verbessern.⁵

Mit dieser Fragestellung beschäftigen sich nicht nur die Wettbewerbsbehörden im engeren Sinne, sondern auch die Regulierungsbehörden. Sehr lesenswert in diesem Zusammenhang ist der kürzlich veröffentlichte Bericht der italienischen Regulierungsbehörde für den Telekommunikationssektor zu „Big Data“.⁶ Diese Studie weist auch darauf hin, dass bestimmte Wirkungsweisen von Big Data noch nicht vollständig verstanden seien. Zugleich führt auch die italienische Kartellbehörde eine ähnliche Sektoruntersuchung durch.⁷ Unabweisbar wird aus diesen vielfältigen Äußerungen deutlich, dass es weder für den Gesetzgeber noch für die Kartellbehörden leicht ist, auf diese Herausforderungen geeignete und einfache Antworten zu finden. So heißt es in einem Vortrag von Generaldirektor *Laitenberger*:

„In responding to the challenge, we must stay away from simplifications that obfuscate the matter more than clarifying it. In the digital age, we are neither at competition’s „death door“ nor are we in a brand new world where competition controls becomes superfluous because „competition is always just a click away.“⁸

Es ist der Verdienst der von DICE Consult vorgelegten Studie, diese Herausforderungen in einer ebenso umfassenden wie gut lesbaren Studie zusammengefasst zu haben.

3. Die Studie von DICE Consult

Die Studie von DICE Consult bietet auf insgesamt 173 Seiten eine vollständig wirkende Erörterung der Herausforderungen für den deutschen Gesetzgeber. Für den effizienzorientierten Leser bietet sich an, zunächst die diversen Zusammenfassungen, Fazits und Executive Summaries am Ende der Studie zu lesen (S. 156-173), interessant auch die skeptische Einschätzung der „schöpferischen Zerstörung“ durch disruptive Innovation (S. 28) und die Passagen zu „Tipping“-geneigten Märkten (S. 59-64).

Der Sache nach empfiehlt der Bericht, den das Bundesministerium am 4. September 2018 „entgegengenommen“ hat,

- Eine **Renaissance von § 20 GWB** bei Entfernung der bisherigen Beschränkung auf den Schutz der kleinen und mittleren (abhängigen) Unternehmen.
- Interventionsmöglichkeiten gegen Nicht-Leistungswettbewerb durch Unternehmen, deren Marktposition im Sinne eines „**Tipping**“ auf dem Weg ins Monopol ist.
- Die Einbeziehung von **Informationsintermediären** (z.B. Preisvergleichs- oder Ranking-Plattformen) in den Tatbestand der Marktbeherrschung i.S.v. § 18 Abs. 1 GWB.
- Die Erweiterung der Fusionskontrolle um einen Tatbestand, der es ermöglicht, rasant wachsende Unternehmen daran zu hindern, systematisch Start-up-Wettbewerber aufzukaufen.

⁵ Pressemitteilung des BMWi v. 9. Juni 2017: „Machnig: GWB-Novelle holt das Wettbewerbsrecht ins digitale Zeitalter“.

⁶ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), Department of Economics and Statistics, Big Data, Interim Report in the context of the joint inquiry of „big data“ launched by the AGCOM, deliberation no. 217/17/cons (Juni 2018).

⁷ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Bericht IC 53 v. 8. Juni 2018.

⁸ *Johannes Laitenberger*, Striking the right balance in the enforcement of competition rules, Vortragsmanuskript v. 20. September 2017, Consumer and Competition day, Tallinn.

- Eine Erweiterung von **Daten-Sharing-Pflichten** über die bisherigen Fälle aus dem Marktbeherrschungsrecht hinaus.

Die Studie beginnt mit einer Schilderung der aus vielen anderen Veröffentlichungen bekannten Besonderheiten des Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie, beschäftigt sich dann mit dem US-amerikanischen Tatbestand der Monopolisierung, empfiehlt aber ausdrücklich keine Übernahme dieser Regel in das deutsche Recht. Klassische Marktabgrenzung und Feststellung von Marktbeherrschung bringen nach der Studie in der Internetökonomie weniger Erkenntnisgewinn.

Sehr lesenswert ist die ausführliche Analyse der breiten Interventionsmöglichkeiten, die die deutschen Kartellbehörden und Gerichte bereits jetzt nach § 20 GWB genießen. Hier ist es auch jetzt schon möglich, unterhalb der Schwelle des EU-Marktbeherrschungsrechts bei Vorliegen der Normadressateneigenschaft viele Verhaltensweisen, die der ehrbare Hamburger Kaufmann als „unanständig“ empfindet, auch als missbräuchlich zu brandmarken. Die hierzu bestehende sehr reiche Judikatur findet in der internationalen Debatte dazu naturgemäß nur wenig Beachtung. Die Rechtsprechung zu § 20 GWB ermöglicht den Kartellbehörden und Gerichten sehr vielgestaltige Eingriffe in das Wettbewerbsgeschehen und hat sich fast zu einer der Rechtsprechung zu § 315 BGB ähnelnden Billigkeitskontrolle des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen entwickelt. Auf dieser Grundlage sieht sich die Rechtsprechung z.B. in der Lage, die Schiedsordnung eines internationalen Berufssportverbandes in beherrschender Stellung auf Fairnesslücken zu überprüfen.⁹ Ebenso ermöglicht § 20 GWB der Rechtsprechung in den sog. Schilderprägerfällen, sogar in Abwesenheit entsprechender gesetzgeberischer Vorschriften kommunale Dienststellen bei der Vermietung von Räumlichkeiten für die Tätigkeit von Schilderprägerunternehmen in unmittelbarer Nähe zur KFZ-Zulassungsstelle zur Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbes zu verpflichten.¹⁰ In seiner Auslegung und Fortentwicklung durch das Richterrecht entwickelt sich § 20 GWB in die Nähe eines Blankett-Tatbestandes, der vor allem wegen der Wertungsmerkmale „unbillig“ und „Interessenabwägung“ in manchen Situationen schwer vorhersehbar ist. Wer somit eine Ausweitung von § 20 GWB empfiehlt, bürdet den betroffenen Unternehmen zugleich weitreichende Rechtsunsicherheiten auf, die sich aus der vielfältigen Kasuistik zu § 20 GWB ergeben.

Auf den S. 161-165 erläutert der Bericht schließlich, warum im Lichte von Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003 ein deutscher Alleingang durchaus möglich wäre, insoweit also durchaus Handlungsspielräume des deutschen Gesetzgebers bestehen.

Neben vielen Fragen dazu ergeben sich folgende Grundsatzprobleme:

- Definition des Normadressaten. In der Studie ist viel von „Plattformen, digitalen Plattformen“ und „digitalen Konzernen“ die Rede. Hiermit sind aber offenbar nicht nur die großen Tec-Unternehmen aus Kalifornien gemeint, sondern ganz ausdrücklich auch die (inländischen) Aufsteiger von morgen. Was aber heißt in der Jetztzeit „digital“ und „Plattform“ – ist der mittelständische Versandhändler damit ebenso gemeint wie eventuell Amazon, was ist mit dem Spezialmaschinenhersteller, der erfolgreich im Sinne der Industrie 4.0 Strategie agiert?

⁹ Fall Claudia Pechstein, BGHZ 210, 292 (zu § 19 GWB a.F.) = BGH NJW 2016, 2266.

¹⁰ BGH, WuW/E DE-R 1724, Rn. 12; BGH, WuW/E DE-R 1951, Rn. 16 (zu § 20 GWB a.F.).

- Bei der Intervention gegen „Tipping“-geneigte Märkte stellt sich die Frage, wie die Behörden eigentlich erkennen können, welche innovative Verhaltensweise zwar wettbewerbspolitisch gewünscht disruptiv, trotzdem aber „unfair“ ist. Hier ergeben sich dieselben aus dem Marktbeherrschungsrecht bereits bekannten Abgrenzungsfragen zwischen der cleveren und zielstrebigem Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen, die dann auch [gern] Opfer kosten kann, und dem, was nicht mehr als Leistungswettbewerb eingestuft wird.
- Die Durchsetzung dieser Vorschriften gegenüber ausländischen Unternehmen, die für den deutschen Markt Insellösungen schaffen könnte.

4. Ausblick

Das Bundesministerium für Wirtschaft hat sich mit den beiden hier referierten Aktivitäten an die Spitze einer Thought Leadership-Bewegung gestellt, die für die nächste GWB-Novelle ebenso von Bedeutung sein wird, wie für die Reform des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union.

Frankfurter Institut für das Recht der Europäischen Union

fireu@euroap-uni.de

<http://www.fireu.de>