

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

**Die 10. Novelle des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**

**Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des
Deutschen Bundestags**

2020

Diese Stellungnahme wurde vom Autor als Sachverständiger für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestags im Vorfeld der Anhörung am 25.11.2020 zur Reform des Kartellrechts (10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)) erstellt.

Die folgenden Anträge lagen dazu vor:

- Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492
- Antrag der FDP, BT-Drs. 19/23688
- Antrag der Linken, BT-Drs. 19/23698 (neu)
- Antrag 1 der Grünen, BT-Drs. 19/23701 (zit.: Grüne1)
- Antrag 2 der Grünen, BT-Drs. 19/23705 (zit.: Grüne5)

Düsseldorf, 19. November 2020

Prof. Dr. Rupprecht Podszun
Heinrich-Heine-Universität
Direktor des Instituts für Kartellrecht
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht

E-Mail: [ls.podszun \[at\] hhu.de](mailto:ls.podszun@hhu.de)
Twitter: [@ruppe_p](https://twitter.com/ruppe_p)
Blog: <https://www.d-kart.de/>
Website: <https://www.jura.hhu.de/dozenten/podszun.html>

Inhaltsübersicht

Wesentliche Erkenntnisse	5
I. Ein kartellrechtlicher Schlüsselmoment	6
1. Regelungsbedarf.....	7
2. Kartellrechtliche Defizite	7
3. Die Aufgabe des Bundestags	8
II. Änderungen im Missbrauchsrecht	9
1. Der neue § 19a GWB-E	9
a) Einordnung und europarechtliche Bezüge.....	9
b) Normadressatenstellung nach Abs. 1	10
c) Systematik nach Abs. 2	11
d) Anmerkungen zu einzelnen Tatbeständen	11
e) Weitergehende Vorschläge	12
2. Marktmachtkriterien in § 18 GWB-E	13
a) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E	13
b) Intermediationsmacht, § 18 Abs. 3b GWB-E.....	14
3. Kausalitätserfordernis, § 19 Abs. 1 GWB-E	15
4. Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E	15
5. Änderungen in § 20 GWB-E.....	17
a) Streichung des KMU-Erfordernisses, § 20 Abs. 1 S. 1 GWB-E	17
b) Weitere Abhängigkeitstatbestände in § 20 Abs. 1 S. 2 und § 20 Abs. 1a GWB-E	17
c) Datenzugangsanspruch, § 20 Abs. 1a GWB-E.....	18
d) Anti-Tipping-Paragraph, § 20 Abs. 3a GWB-E	20
e) Einsetzung einer/eines Chief Technologist	21
III. Befugnisse, Verfahren, Bußgelder.....	22
1. Einstweilige Maßnahmen, § 32a GWB-E.....	22
2. Rückkehr zum „comfort letter“, § 32c GWB-E	23
3. Missbrauchsunabhängige Entflechtung	24
4. Verbraucherrechtliche Befugnisse, § 32e GWB	24
5. Verfahrens- und Bußgeldrecht	25
IV. Änderungen in der Zusammenschlusskontrolle.....	26
1. Neue Schwellenwerte, §§ 35, 36 GWB-E	26
2. „Remondis“-Klausel, § 39a GWB-E.....	26

3. „Killer Acquisitions“	27
4. Ministererlaubnis, § 42 GWB-E	28
V. Sonderbereiche	29
1. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk.....	29
2. Presse, § 38 Abs. 3 GWB-E	29
3. Krankenhäuser, § 186 Abs. 9 GWB-E.....	30
VI. Zukünftige Regelungsaufgaben.....	32
1. Schadensersatzrecht	32
2. Kartellrecht und Nachhaltigkeit	33
3. Kartellrecht und Globalisierung.....	34

Wesentliche Erkenntnisse

1. Das Kartellrecht steht vor einem Schlüsselmoment. In der Wissenschaft besteht weitgehend Einigkeit, dass das bisherige kartellrechtliche Instrumentarium für die „Zähmung der Internet-Giganten“ nicht genügt und **Reformen erforderlich** sind. Darin liegt eine Ordnungsaufgabe für den Hoheitsträger. Der Deutsche Bundestag sollte diese Chance ergreifen und als erstes Parlament in der Welt das Kartellrecht zeitgemäß weiterentwickeln.
2. Die Regelung in **§ 19a GWB-E** stellt einen neuartigen Versuch dar, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb besser zu erfassen. Eine solche Hinwendung zu konkreteren Vorschriften für digitale Gatekeeper ist sinnvoll. Die Norm sollte allerdings besser handhabbar gemacht werden, indem die Verbotstatbestände in Abs. 2 präzisiert werden. Sie sollte auch noch weitere Tatbestände erfassen. Es ist nicht erforderlich, auf Vorschläge für das europäische Recht zu warten, auch wenn eine europaweite Lösung wünschenswert ist.
3. Die **Datenzugangsansprüche**, die vorgesehen sind, sind weitreichend, werden aber in der Praxis zahnlos bleiben. Sie können nur effektiviert werden, wenn ein rasches Durchsetzungssystem geschaffen wird. Hierfür sollte ein (sektorspezifisches) System mit Ombudspersonen und Datentreuhändern vorgesehen werden, damit der grundsätzliche Anspruch auf Zugang zu Daten nicht durch jahrelange Gerichtsverfahren aufgehalten wird.
4. Die Einführung eines **Anti-Tipping-Paragraphen** (§ 20 Abs. 3a) sowie die weiteren Änderungen im Missbrauchsrecht sind zu begrüßen.
5. Die **Erleichterung einstweiliger Maßnahmen** in § 32a GWB-E wird die Durchsetzung des Kartellrechts nur in wenigen Ausnahmefällen stärken. Die Bundesregierung sollte mit dem Bundeskartellamt und anderen Stakeholdern ausloten, wie die Verfahrensdauer in Kartellsachen allgemein verringert werden kann.
6. Die verbesserte Möglichkeit, sog. „**Vorsitzendenschreiben**“ zu erhalten, ist zu begrüßen. Es sollte eine Verpflichtung vorgesehen werden, diese Schreiben zu veröffentlichen.
7. Die Kompetenzen des Bundeskartellamts im **Verbraucherrecht** sollten mindestens um eine Abstimmungsmöglichkeit nach verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchungen ergänzt werden.
8. Die neuartige Aufforderung zur Anmeldung in **§ 39a GWB-E** bedarf der Überarbeitung, auch weil sie ungeklärte Rechtsbegriffe enthält. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a GWB sollten ihre Zusammenschlussvorhaben anzeigen müssen, damit sog. „killer acquisitions“ erfasst werden können.
9. **Ausnahmen vom Anwendungsbereich** des Kartellrechts sind stets kritisch zu sehen. Das gilt auch für neuerliche Anläufe zur Freistellung bestimmter Medienunternehmen. Im Bereich der Krankenhausfusionskontrolle sollte eine Korrektur nicht über die Bindung an das Krankenhausrecht ohne Einbindung der Wettbewerbsbehörde erfolgen, sondern über die beim Aufgreifen solcher Fälle zu berücksichtigenden Umsätze.
10. Für **künftige Gesetzgebungsvorhaben** sollten drei Felder besonders in den Blick genommen werden: Die Wirksamkeit der Kartellschadensersatzrechtvorschriften, die Verbindung von Kartellrecht und Nachhaltigkeit sowie die Herausforderungen durch die Globalisierung.

I. Ein kartellrechtlicher Schlüsselmoment

Der Deutsche Bundestag debattiert Änderungen des Kartellrechts. Im Fokus der Novellierung stehen neue Regeln für die Missbrauchsaufsicht angesichts der zunehmenden Bedeutung digitaler Plattformen. Das Gesetzgebungsverfahren wird damit zu einem kartellrechtlichen Schlüsselmoment: Selten zuvor war ein Update der Regelungen so erforderlich.

Es hat sich inzwischen in der Wissenschaft weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass die vorhandenen Regelungen nicht ausreichend sind.¹ Das Gesetzgebungsvorhaben wurde vom Bundeswirtschaftsministerium sorgfältig vorbereitet. Wegweisend dafür waren die Fallpraxis und die konzeptionellen Arbeiten des Bundeskartellamts.² Für die Gesetzesvorbereitung konnte auf zahlreiche Studien, auch aus Deutschland,³ Bezug genommen werden.⁴ Selbst die USA haben mit ihren jüngsten kartellrechtlichen Initiativen anerkannt, dass der Silicon Valley-Kapitalismus einer Zählung bedarf.⁵

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung enthält – über das Missbrauchsrecht hinaus – zahlreiche weitere wichtige Vorschläge. Ich werde im Folgenden – nach einer Einführung (I.) – zunächst zu den Änderungen im Missbrauchsrecht Stellung nehmen (II.) und sodann auch die weiteren geplanten Änderungen kurz beleuchten (III.-V.). Abschließend werfe ich ein Schlaglicht auf mögliche zukünftige Regelungsaufgaben (VI.) – denn „nach der GWB-Novelle ist vor der GWB-Novelle“.⁶ **Empfehlungen sind in Fettdruck hervorgehoben.** Schwerpunktmäßig orientiere ich mich an der Gliederung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung.

¹ Vgl. Kerber, Updating Competition Policy for the Digital Economy? An Analysis of Recent Reports in Germany, UK, EU, and Australia, 2019, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469624; Lancieri/Sakowski, Competition in digital markets: a review of expert reports – Stigler Center Working Paper Series No. 303, 2020, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3681322.

² Die Amtspraxis ist durch zahlreiche Fälle und hilfreiche Arbeitspapiere gekennzeichnet, die im Überblick hier dargestellt werden: https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Digitale_Wirtschaft/digitale_wirtschaft_node.html. Siehe auch Mackenrodt, Germany, in: Mândrescu, EU Competition Law and the Digital Economy: Protecting Free and Fair Competition in an Age of Technological (R)evolution, FIDE Congress 2020, Vol. 3, 2020, p. 251 ff.

³ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf>; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>.

⁴ Siehe u.a. Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era (Report), 2019, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>; Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report), 2019, abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf; Marsden/Podszun, Restoring balance to digital competition – Sensible rules, effective enforcement, 2020, abrufbar unter <https://www.kas.de/en/single-title/-/content/restoring-balance-to-digital-competition-sensible-rules-effective-enforcement>; Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platforms Inquiry, Preliminary Report, 2018, abrufbar unter <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf>; Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, 2019, abrufbar unter <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/antitrust-competition-conference/resources>; Japan Fair Trade Commission, Report on data and competition policy, 2017, abrufbar unter https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-4.pdf; BRICS, Digital Era Competition: A BRICS View, 2019, abrufbar unter <http://bricscompetition.org/materials/news/digital-era-competition-brics-report/>.

⁵ U.S. House of Representatives, Investigation of Competition in Digital Markets, 2020; U.S. Department of Justice et al., Complaint vs Google, filed 20.10.2020 in the U.S. District Court for the District of Columbia.

⁶ Frei nach MdB Matthias Heider, siehe Plenarprotokoll 18/221 v. 9.3.2017, S. 22131.

1. Regelungsbedarf

Schon die Zahlen machen schwindelig: Apple, Microsoft, Amazon und die Google-Muttergesellschaft Alphabet haben zwischen 2018 und 2020 eine Marktkapitalisierung von über 1 Billion US-Dollar erreicht, allein Apple ist mehr wert als die 30 DAX-Unternehmen.⁷ Der Umsatz von Facebook lag 2019 bei rund 79,7 Mrd. US-Dollar, das Nettoergebnis bei 18,48 Mrd. US-Dollar.⁸ Alphabet wies zum Ende des Jahres 2018 liquide Mittel in Höhe von 109,14 Mrd. US-Dollar aus.⁹

Diese finanziellen Kennzahlen spiegeln den phänomenalen Erfolg der Silicon Valley-Unternehmen. Google, Amazon, Facebook, Apple (GAFA) und Microsoft sind innerhalb kurzer Zeit zu den wertvollsten Unternehmen der Welt geworden, die mit begeisternden Produkten und Leistungen Verbraucher für sich gewonnen und an sich gebunden haben. Sie sind – zumindest in der westlichen Welt – die zentralen Akteure der Internetwirtschaft. Doch eine „Internetwirtschaft“ gibt es nicht mehr, alle Wertschöpfungsprozesse der Wirtschaft sind oder werden digitalisiert und vernetzt. Dadurch ändern sich die Infrastruktur der Ökonomie und ihre Parameter. Im Wettbewerb setzen sich zunehmend diejenigen durch, die Netzwerkeffekte durch den Betrieb einer Plattform generieren. Datensammlung und -verwertung sowie die Nutzung von Algorithmen (und zunehmend auch künstlicher Intelligenz) verändern die Wirtschaft. Netzwerkeffekte und Datenmacht wirken häufig spiralartig und führen dazu, dass nur ein zentraler Operateur überbleibt („the winner takes it all“). Immer stärker werden auf dieser Basis Zugänge zu Märkten verengt und Verbraucher in digitale Ökosysteme, sog. „walled gardens“, gelockt.

Viele Transaktionen laufen inzwischen über Plattformen, häufig unter Kontrolle der GAFAs. Dadurch konzentriert sich wirtschaftliche Macht auf wenige Akteure. Diese Entwicklung wird als Bedrohung des freien und fairen Wettbewerbs wahrgenommen. Aus europäischer Perspektive gesellt sich dazu die Sorge, dass „einheimische“ Unternehmen bei digitalen Themen nicht als Technologieführer wahrgenommen werden.¹⁰ Viele Hersteller von Waren oder Anbieter von Dienstleistungen verlieren die für sie wichtige Kundenschnittstelle an Intermediäre.

Veränderungen, auch einschneidende Veränderungen sind in der Wirtschaft nichts Schlimmes. Dank *Joseph Schumpeter* wissen wir vielmehr um die produktive Kraft der „schöpferischen Zerstörung“, die Innovationen ermöglicht. Unbestritten ist, dass die digitale Revolution neue Entwicklungen ermöglicht hat und viele Vorteile mit sich brachte.

2. Kartellrechtliche Defizite

In den vergangenen Jahren sind aber auch die Verwerfungen deutlicher geworden: Unternehmen geraten in Abhängigkeiten. Die Plattformbetreiber, die Leistungen zu verschiedenen Marktseiten hin vermitteln, nutzen zum Teil ihre überragende Stellung aus. Ihre Finanzkraft schreckt potenzielle Wettbewerber ab. Verbraucher werden zunehmend in ihren Entscheidungen vorgeprägt, sie können vorgegebenen Pfaden immer schwieriger entkommen.

Zugleich sind die Kartellbehörden und -gerichte mit den bisherigen Instrumenten an ihre Grenzen gestoßen. Verfahren wie die spektakulären Entscheidungen der Europäischen Kommission gegen Google

⁷ Siehe <https://de.statista.com/infografik/20717/marktkapitalisierung-von-apple-und-aller-im-dax-30-gelisteten-unternehmen/>; <https://www.wsj.com/articles/alphabet-becomes-fourth-u-s-company-to-ever-reach-1-trillion-market-value-11579208802>. Siehe auch *Gökçe*, Restoring competition in „winner-took-all“ digital platform markets, UNCTAD Research Paper No. 40, 2019, S. 7.

⁸ Siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/217061/umfrage/umsatz-gewinn-von-facebook-weltweit/>.

⁹ Barmittel und handelbare Wertpapiere; siehe <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/finanzmarkt/google-mutterschiff-alphabet-verdient-praechtig-16024866.html>.

¹⁰ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Nationale Industriestrategie 2030, 2019, S. 20.

und des Bundeskartellamts gegen Facebook sind auch nach mehrjähriger Verfahrensdauer bis heute nicht rechtskräftig entschieden; die bislang *praktisch* erreichten Änderungen sind überschaubar. Provokant formuliert lässt sich festhalten: Kartellrecht erreicht zu wenig – und das zu spät.

Das liegt daran, dass es im Kartellrecht bislang nicht geglückt ist, die neuen Phänomene umfassend konzeptionell zu durchdringen und diesen Phänomenen mit den richtigen Instrumenten zu begegnen. Dafür ist auch eine einseitige Verengung des Kartellrechts in den letzten Jahren auf eine wohlfahrts-ökonomische Wirkungsanalyse mitverantwortlich. So wichtig und sinnvoll eine stärkere ökonomische Durchdringung des Kartellrechts, wie sie um das Jahr 2000 herum begonnen wurde, ist, so klar muss auch sein: Kartellrecht ist nicht nur ins Gesetz gegossene ökonomische Modellrechnung. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist vielmehr das „Grundgesetz der Marktwirtschaft“. Es ist wertgebunden und Ausdruck eines bestimmten Verständnisses dessen, was Wirtschaft leisten soll. MdB Falko Mohrs hat in der 1. Lesung zu den hier besprochenen Anträgen, stellvertretend für viele Parlamentarier, gesagt: „Wettbewerb ist eine Grundlage unserer sozialen Marktwirtschaft und hat damit eine ganz elementare Bedeutung in unserer deutschen Wirtschaft.“¹¹

3. Die Aufgabe des Bundestags

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der Deutsche Bundestag, soweit ersichtlich als erstes Parlament in der Welt, eine umfassende Reform des Kartellrechts mit Blick auf die Plattformökonomie anstrebt. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung gilt seit seiner ersten Veröffentlichung als bahnbrechend. Auch die konstruktiven Anträge der Oppositionsparteien FDP, Grüne und Linke zeichnen sich durch hohe Fachkenntnis und Engagement aus.

Der Deutsche Bundestag nimmt mit diesem Gesetzesvorhaben seine Verantwortung für die Wirtschaftsordnung wahr. Der Rechtsrahmen muss modernisiert werden, damit den Unternehmen und den Verbraucherinnen und Verbrauchern freie Entscheidungen ermöglicht werden. Es gilt gerade auch, diese Hoheit über die eigene Entscheidung als Ausgangspunkt der Marktwirtschaft zu schützen.¹² Die Exzesse wirtschaftlicher Freiheit müssen (ganz im Sinne des Freiheitsparadoxons)¹³ begrenzt werden. Gelingt dies nicht, besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft ihren Ordnungsanspruch in der Wirtschaft verliert. Denn auch in einer globalisierten und vernetzten Welt müssen es die demokratisch bestimmten Institutionen sein, die eine rechtsstaatliche, freie und soziale Ordnung der Wirtschaft gewährleisten. Sie sind es, die sich dem „Gesetz des Stärkeren“ entgegenstemmen und einen freien und fairen Leistungswettbewerb ermöglichen können. Die Regelsetzung darf nicht, wie zuweilen befürchtet, Plattformen und anderen mächtigen Unternehmen als neuen „privaten Gesetzgebern“ überlassen werden.¹⁴ Der Bundestag nimmt diese Herausforderung an.

¹¹ Plenarprotokoll 19/186 v. 29.10.2020, S. 23403.

¹² Vgl. *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digital-Unternehmen?, Gutachten für den 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F54 ff.

¹³ Vgl. *Fikentscher* et al., *FairEconomy*, 2013, S. 51.

¹⁴ Vgl. *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 ff; *Wernicke/Mehmel*, ZEuP 2020, 1; *Kettemann/Schulz*, *Setting Rules for 2.7 Billion*, 2020.

II. Änderungen im Missbrauchsrecht

Kern des Gesetzentwurfs der Bundesregierung sind die Vorschläge in Art. 1 Nr. 2-5, die sich auf §§ 18-20 GWB, also das sog. Missbrauchsverbot, beziehen.

1. Der neue § 19a GWB-E

a) Einordnung und europarechtliche Bezüge

§ 19a GWB gilt als Kernstück der 10. GWB-Novelle. Die öffentliche Aufmerksamkeit, die der Norm zuteil geworden ist, steht im Kontrast zu den Schwierigkeiten ihrer Durchsetzung und ihrer begrenzten Wirkung. Die Bundesregierung geht davon aus, dass nur in zwei Fällen in den nächsten fünf Jahren Verfahren nach § 19a GWB-E mit einer Verfügung abgeschlossen werden.¹⁵ Die Neuregelungen in § 20 dürften in der Praxis eine größere Bedeutung erlangen.

Das liegt auch daran, dass § 19a GWB-E in der Fassung des Regierungsentwurfs noch an übermäßiger Komplexität leidet. Die zentrale Leistung der neuen Vorschrift besteht in drei Punkten:

Erstens wird als neuer Normadressat im GWB das Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb anerkannt. Damit wird im Gesetzestext abgebildet, dass einige Unternehmen die Rolle von Infrastrukturanbietern im Wettbewerb übernommen haben, ohne dass ihre wettbewerbliche Position noch bestreitbar scheint. Dieses Phänomen hat sich durch die Vernetzung von Produkten, Leistungen, Unternehmen, Personen und Märkten erst richtig entfalten können.

Zweitens etabliert die neue Vorschrift Verhaltensregeln, die in ihrer Konkretisierung über §§ 19, 20 GWB hinausgehen. Der Vorschlag bewegt sich in die Richtung eines Katalogs verbotener Verhaltensweisen, quasi einer „Blacklist“, wie sie aus dem Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG oder im AGB-Recht (§§ 310, 309 BGB) bekannt ist.

Drittens führt die Vorschrift dazu, dass das überkommene Denken in kleinteilig abgegrenzten Märkten überwunden wird. Die Verzahnung von immer mehr Märkten wird in den Blick genommen. Die Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Verhaltensweisen können besser erfasst werden. Das Kartellrecht löst sich von einem engen Marktbegriff. Was mit § 18 Abs. 2a GWB bei der 9. GWB-Novelle begonnen wurde,¹⁶ wird konsequent fortgeschrieben: Die Anerkennung neuer wettbewerblicher Realitäten auch im Begriffsvokabular des GWB.¹⁷

Alle drei Leistungen haben Modellcharakter für andere Gesetzgebungsprojekte und sind mit großem Widerhall weltweit rezipiert worden. Den Verantwortlichen im Bundeswirtschaftsministerium gebührt große Anerkennung, dass sie sich zu diesem außergewöhnlichen Schritt entschlossen haben. Ob das eine „Revolution“ ist, mag dahinstehen.¹⁸ Es handelt sich m.E. um eine angemessene Weiterentwicklung des wirtschaftsrechtlichen Instrumentariums. Damit findet auch eine gewisse Annäherung an eine ex-ante-Regulierung statt. Das ist aber nicht beunruhigend: Das gesamte Wirtschaftsrecht enthält zahllose Verhaltensvorgaben. Das UWG oder das AGB-Recht sind hier die naheliegendsten Beispiele, weil sie – wie § 19a Abs. 2 – dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs und offener Märkte verpflichtet sind.

¹⁵ Vgl. BT-Drucks. 19/23492, S. 59.

¹⁶ Vgl. Podszun in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 1 Rn. 27 ff.

¹⁷ Vgl. auch Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 47 f.

¹⁸ So Meyer-Lindemann, zitiert nach <https://www.d-kart.de/blog/2019/10/31/conference-debriefing-15-forum-unternehmensrecht-zur-10-gwb-novelle/>. Deutlich kritisch Körber in: FS Wiedemann, 2020, S. 361.

Wenn durch ein wirtschaftliches Verhalten der zwischenstaatliche Handel in der EU spürbar beeinträchtigt ist, ist das europäische Kartellrecht anzuwenden. In weiten Bereichen ist es zu einem Gleichlauf zwischen europäischem und deutschem Kartellrecht gekommen. Angesichts der globalen Aktionsradien von Unternehmen wie den GAFAs lässt sich fragen, ob eine nationale Regelung überhaupt sinnvoll ist. Wäre eine europäische oder globale Lösung nicht besser?

Das ist zweifellos zu bejahen.¹⁹ Es gibt jedoch bislang keine europäischen Regeln. Die Vizepräsidentin der Europäischen Kommission, *Margrethe Vestager*, will dem Vernehmen nach am 9.12.2020 Vorschläge vorstellen, wie das europäische Kartellrecht weiterentwickelt werden kann (New Competition Tool, Digital Services Act, Digital Markets Act). Bis diese Vorschläge debattiert und umgesetzt sind, können ohne weiteres noch viele Monate vergehen – bei ungewissem Ausgang. Die Frage, wie sich dann im Fall des Falles europäisches und nationales Recht zueinander verhalten, ist jetzt nicht klärungsbedürftig. Dass die Europäische Kommission mit ihren Plänen in die selbe Richtung (und möglicherweise noch weiter) geht, bestätigt nur, wie wesentlich der Impuls der Bundesregierung war und ist.²⁰

Der Einwand, eine europäische Lösung sei besser, verkennt auch die Dynamik des „Laboratoriums Europa“: Ohne die deutsche Gesetzgebungsinitiative, ohne Verfahren wie den *Facebook*-Fall und die *Amazon*-Verfahren des Bundeskartellamts, ohne die Missbrauchsstudie und ohne die Vorschläge der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hätte es die aktuelle Initiative der Europäischen Kommission möglicherweise gar nicht gegeben. Das Modell der EU basiert gerade darauf, dass die Mitgliedsstaaten vorangehen, gerade auch weil die Prozesse in Brüssel langwieriger und komplexer sind.

b) Normadressatenstellung nach Abs. 1

Die Kriterien des Abs. 1 zur Bestimmung der Normadressaten entsprechen weitgehend denen des § 18 Abs. 3, 3a sowie 3b (neu). Allerdings ist nicht zwingend erforderlich, dass auf den betroffenen Märkten Marktbeherrschung gegeben ist. Entscheidend ist vielmehr, dass das Unternehmen ein Netz gesponnen hat und an verschiedenen Fäden ziehen kann. Typische Anwendungsfälle für § 19a GWB werden Fälle sein, in denen ein Unternehmen ein Betriebssystem steuert (z.B. auf Mobilgeräten) oder auf andere Weise ein digitales Ökosystem aufgebaut hat.²¹ Die Anwendungsfälle werden wegen des Bezugs auf § 18 Abs. 3a GWB auf vor allem digitale Akteure beschränkt bleiben.

Es kann erwogen werden (ist aber nicht zwingend), die Kriterien in § 19a Abs. 1 noch zu ergänzen. Dabei sollte insbesondere klargestellt werden, dass hier in allererster Linie die Vernetzung der Märkte der ausschlaggebende Punkt ist und also digitale Operatoren gemeint sind. Ein möglicher Indikator für die Macht eines Ökosystems kann die Zeit sein, die in diesem verbracht wird („user time spent“).²² Bewegt sich ein Nutzer lange auf nur in einem digitalen Ökosystem, sind die Einflussmöglichkeiten des Betreibers besonders groß.

Es ist darauf hinzuweisen, dass für § 19a GWB der kartellrechtliche Unternehmensbegriff (funktionale Einheit, inklusive abhängiger und beherrschender Unternehmen) gilt. Die Normadressaten müssen daher immer als Gesamtkonzerne gesehen werden.

Eine Feststellung der Normadressatenstellung bedarf der Befristung. Dies wird in der Gesetzesbegründung zu Recht betont.

¹⁹ Vgl. daher kritisch *von Wallenberg*, ZRP 2020, 238, 239; *Kredel/Kresken*, NZKart 2020, 502, 508.

²⁰ Siehe *Marsden/Podszun*, Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement, 2020, S. 25 ff.

²¹ Vgl. *Bourreau/de Streeck*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019; *Podszun*, Digital Ecosystems, Decision-Making, Competition and Consumers – On the Value of Autonomy for Competition, 2019, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3420692>.

²² CMA, Online platforms and digital advertising, Market Study Final Report, 1.7.2020, Ziff. 2.13 ff. und passim.

c) Systematik nach Abs. 2

Die in Abs.2 genannten Praktiken sollen diesen Unternehmen untersagt werden können. Ein normativer Ansatzpunkt besteht bereits in den Regeln der sog. P2B-Verordnung (VO (EU) Nr. 2019/1150), die v.a. Transparenzvorgaben macht. Mit § 19a Abs. 2 werden Transparenzvorgaben für einen kleinen Kreis ausgewählter Adressaten zu Verboten umgestaltet.

Das im Regierungsentwurf vorgesehene Modell geht davon aus, dass es zu einer Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts kommen muss. Das ist schon deshalb erforderlich, weil die Vorgaben in Abs. 2 weit gefasst sind. Das ist allerdings auch eine Einladung zu einem komplizierten und langdauernden Verfahren, das auch die Gerichte beschäftigen wird. Für den Erfolg des neuen Instruments ist eine Mischung aus sinnvollen Regeln und effektiver Durchsetzung wichtig. Dieses Verhältnis scheint in der Fassung, die im Regierungsantrag vorgelegt wurde, noch nicht optimal austariert.

Empfohlen wird, § 19a GWB-E in der Handhabung einfacher zu gestalten. Dazu sollten die Tatbestände in Abs. 2 präziser gefasst werden, sodass diese rasch angewendet werden können.

Schlagkräftiger würde die Vorschrift, wenn die Verpflichtungen nach Abs. 2 automatisch wirken würden, sobald die Normadressatenstellung festgestellt wurde. Dies schlagen Grüne und Linke in ihren Anträgen vor.²³ Eine derartige Automatisierung würde allerdings voraussetzen, dass die Tatbestandsmerkmale wesentlich genauer gefasst werden. Andernfalls wäre die Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen zu hoch und eine Abstellung des Verhaltens kaum möglich oder zu weitreichend und kaum überprüfbar.

Ein Kompromiss zwischen der aktuellen Fassung und einer automatischen ex-ante-Verbotsregelung könnte darin liegen, die Verbotsvorschriften wesentlich präziser zu fassen, aber den grundlegenden Mechanismus – Verfügung durch das BKartA, Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung – beizubehalten.

Für alle Tatbestände sollte einheitlich die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung vorgesehen werden. Die Beweislast dafür würde beim Unternehmen liegen. Unbestimmte Rechtsbegriffe mit starkem Wertungscharakter (z.B. „unbillig“) sollten dafür aus den Einzeltatbeständen entfernt werden.

An der Europarechts- und Verfassungskonformität der Vorschrift gibt es keine Zweifel.

d) Anmerkungen zu einzelnen Tatbeständen

Nummer 1 enthält das Verbot der Selbstbevorzugung. Dieses Verbot ist auf Basis der *Google Shopping*-Entscheidung²⁴ und mit Blick auf den Fall *Apple/Spotify*²⁵ bereits vielfach diskutiert worden. Der BGH hat sich im Fall *Porsche-Tuning* mit dem Verbot der Selbstbevorzugung auseinandergesetzt. Dabei wurde klargestellt, dass im Grundsatz niemand verpflichtet ist, einen Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern. „Dieses im Ausgangspunkt legitime Interesse“, so der BGH, „findet seine Grenze indes dort, wo Wettbewerber daran gehindert werden, ihre eigene wertschöpfende Leistung angemessen am Markt präsentieren zu können.“²⁶

²³ Ebenso Höppner, WuW 2020, 71.

²⁴ Kommission, 27.06.2017, Case AT.39740, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (letzter Abruf 10.08.2020) – *Google Search (Shopping)*.

²⁵ Vgl. Vgl. Kotapati et. al., The Antitrust Case Against Apple, 2020, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3606073, S. 14, 29; Boston/Mândrescu, Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores, S. 14, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3629118.

²⁶ BGH, 06.10.2015, Az. KZR 87/13, WRP 2016, 229, Rz. 66 (juris) – *Porsche-Tuning*.

Für genau diese Präsentation am Markt sind Vermittler und Suchmaschinen verantwortlich.²⁷ Es wird nicht in Frage gestellt, dass hier ein besonders hohes Missbrauchspotenzial droht. Konkret geht es v.a. um die bevorzugte Darstellung eigener Angebote in Suchergebnissen, die Vorinstallation eigener Dienste, die gezielte Lenkung des Verbrauchers zu den eigenen statt den fremden Angeboten ohne sachlichen Grund, den besseren Zugriff auf Daten sowie die Erhöhung von Kosten für Wettbewerber, z.B. durch die Erhebung von Nutzungsentgelten oder die Beschränkung der Nutzung von Diensten oder Schnittstellen, die für den Erfolg beim Kunden erforderlich sind. Einzelne dieser Aspekte könnten als Regelbeispiele in Nr. 1 aufgeführt werden, um den gesetzgeberischen Willen stärker zu konturieren und langwierige Auseinandersetzungen in der Praxis um die sonst sehr weite Formulierung in Nr. 1 zu vermeiden.

Nummer 2 betrifft die Situation, in der ein Unternehmen seine Stärke auf einen weiteren Markt hebeln kann, ohne dass es auf diesem Markt bereits stark ist. In solchen Fällen besteht die Sorge, dass es zu einem Tipping kommt (siehe dazu schon II.4.d). Hohe Finanzkraft, Datenzugriff und Vernetzungsmöglichkeiten machen ein solches Aufrollen anderer Märkte möglich. In dieser Vorschrift sollte der Verweis auf die Unbilligkeit gestrichen werden und vielmehr einheitlich auf die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung verwiesen werden. Die Norm könnte dahingehend konkretisiert werden, dass hier insbesondere die Hebelwirkung ausgenutzt wird, wenn eine Leistung zwangsläufig mit weiteren Leistungen verknüpft wird (aufgedrängte Leistungserweiterung)²⁸. Hier ist auch das sog. „envelopment“ zu verorten, wenn also Angebote Dritter in das eigene Angebot integriert und dadurch aufgesogen werden.²⁹ (Zum Aufkauf von Leistungen durch sog. „killer acquisitions“ siehe unten IV.3).

Nummer 3 erfasst den Fall, dass Intermediäre ihre Datenmacht ausnutzen. Hier sollte klarer gefasst werden, dass es unzulässig ist, anderen Unternehmen und Verbrauchern, die auf Plattformen tätig sind, die Nutzung eigener Daten sowie solcher Daten, die durch Kontakte und Transaktionen generiert wurden, zu verweigern (vgl. Art. 9 P2B-Verordnung). Unzulässiges Trittbrettfahren ist es auch, wenn der Intermediär die durch die Transaktionen Dritter gewonnenen Daten nutzt, um selbst in den Markt als Wettbewerber zu just den Unternehmen einzutreten, deren Daten der Intermediär dafür gerade dank seiner Stellung ausgewertet hat.³⁰

Nummer 4 ist besonders interessant, da eine Interoperabilitäts- und Portabilitätsregelung vielfach als Schlüssel zu mehr Wettbewerb in der digitalen Welt angesehen wird.

Nummer 5 verpflichtet den Intermediär zur Information. Das entspricht der institutionenökonomisch begründeten Forderung, dass ein Vertreter (Agent) seinen Geschäftsherrn (Prinzipal) umfassend informieren muss, damit der Prinzipal den Agenten kontrollieren kann.

e) Weitergehende Vorschläge

In der fachöffentlichen Diskussion, auch inspiriert durch Anregungen aus Brüssel, werden weitere Konkretisierungen diskutiert, etwa für Vorinstallationen, Abschottungs- und Exklusivitätsmaßnahmen,

²⁷ Fairness der Vermittlung ist ein etablierter Grundsatz für Vermittlungsgeschäfte auch im übrigen Recht, Nachweise bei *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digital-Unternehmen?, Gutachten für den 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F49 ff.

²⁸ Zu diesem Begriff vgl. BGH, 23.6.2020, KVR 69/19 – *Facebook*.

²⁹ Vgl. zum Begriff *Eisenmann/Parker/Van Alstyne*, 32 (12) *Strategic Management Journal*, 2011, S. 1270 ff.

³⁰ Dieses Verhalten beanstandet die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte gegenüber Amazon, siehe KOM, Pressemitteilung v. 10.11.2020, Kartellrecht: Kommission richtet Mitteilung der Beschwerdepunkte an Amazon wegen Nutzung nichtöffentlicher Daten unabhängiger Verkäufer und leitet zweite Untersuchung der E-Commerce-Geschäftspraxis des Unternehmens ein, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2077. Ähnliche Vorwürfe werden gegen Apple erhoben, s. *Geradin/Katsifis*, *The Antitrust Case Against the Apple App Store*, S. 45, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3583029.

Ausbeutungstatbestände, Konditionenmissbrauch oder die Einräumung von Rechten. Eine konkretere Fassung entspricht dem oben skizzierten Regelungsgedanken, dass die Anwendung von § 19a Abs. 2 schnell und unkompliziert funktionieren soll. Die betroffenen Unternehmen können ihre Gegenargumente im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung einbringen.

Ökonomisch besonders kritisch sind solche Fälle zu sehen, in denen Plattformen die Leistung Dritter entschädigungslos übernehmen und einen Großteil des Profits daraus absaugen oder verhindern, dass Unternehmen in fairer Weise ihre Leistungen auf der Plattform überhaupt zur Geltung bringen können. Besonders anfällig sind dafür Hybridplattformen, die sowohl als Intermediäre als auch als Wettbewerber tätig werden. Sie missbrauchen ihre Intermediationsmacht, wenn sie die Marktseiten, für die sie in beiderlei Richtung tätig werden, zugunsten ihres eigenen Profits „vertreten“. Nicht umsonst ist die Vertretung beider Seiten bei einem Geschäft rechtlich in der Regel unzulässig oder mit hohen Auflagen verbunden.³¹

Bei Suchmaschinen darf es als besonders wettbewerbsschädigend gelten, wenn diese zwar eine organische, nutzerorientierte Darstellung der Suchergebnisse suggerieren, in Wirklichkeit aber das Ranking nach ihren eigenen Profitinteressen sortieren. Dies kann geschehen, indem eigene Produkte in den Vordergrund gerückt werden oder Zahlungen für die Präsentation auf den ersten Suchplätzen verlangt werden. Dies wird besonders dann problematisch, wenn dadurch diejenigen gänzlich in den Hintergrund gedrängt und von der Kundenschnittstelle abgeschnitten werden, die die eigentlichen Leistungserbringer sind oder nach denen primär gesucht wurde. Das Problem verschärft sich im Voice Commerce und bei der Darstellung von Suchergebnissen auf kleinen Displays. In beiden Fällen ist die Neigung für Verbraucherinnen und Verbraucher besonders groß, die ersten Ergebnisse anzuwählen. Dabei wird durch Nudging und Ausnutzung der Bequemlichkeit eine große Verbraucherlenkung erzielt.

Allerdings sollte auch darauf hingewiesen werden, dass solche per se-Regeln versteinern können: Was jetzt richtig und sinnvoll erscheint, kann sich in wenigen Jahren schon ganz anders darstellen. Verhaltensweisen, die jetzt noch nicht erkennbar sind, können sich in Kürze als großer Stolperstein für den Wettbewerb herausstellen. Das ist das Problem mit derartigen „Blacklists“ (wobei zu betonen ist, dass § 19a keine regulatorische, ex ante, per se-Regelung enthält).

Der Vorteil einer Generalklausel liegt demgegenüber in ihrer Dynamik und Flexibilität. Das ist dann aber ggf. mit langwierigen Verfahren verbunden. Bundestag und Bundesregierung sollten die Anwendung der Liste in § 19a Abs. 2 daher sorgfältig beobachten und ggf. nachjustieren.

Möglicherweise weist das UWG mit seiner Regelungssystematik einen Ausweg: Dort ist das Prinzip Generalklausel in verschiedenen Ausdifferenzierungen (sehr allgemein in § 3 Abs. 1 UWG, stärker eingegrenzte Generalklausel in § 5 Abs. 1 UWG) verwirklicht. Dort werden Verstöße regelmäßig zügig im Eilverfahren durch Gerichte abgestellt. Im Gegenzug bleibt aber die Regelungswirkung auch begrenzt: Es kommt nur zu einer dezentralen Einzelfallentscheidung, mit der lediglich eine Unterlassung für die Zukunft verfügt wird.

2. Marktmachtkriterien in § 18 GWB-E

a) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E

Die Bundesregierung schlägt vor, in § 18 Abs. 3 GWB den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als Marktmachtkriterium für alle Branchen zu verankern. Schon seit der 9. GWB-Novelle ist in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB dieses Kriterium verankert, allerdings für mehrseitige Märkte.

³¹ Vgl. *Podszun*, *Empfehlte sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digital-Unternehmen?*, Gutachten für den 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F49 ff.

Dagegen bestehen keine Bedenken. Der Entwurf trägt damit der Tatsache Rechnung, dass in allen Bereichen der Wirtschaft und in vielen Geschäftsmodellen Daten inzwischen von Bedeutung sind und Marktstärke vermitteln können. So kann beispielsweise der Zugang zu Maschinendaten für Zulieferbetriebe, Wartungsunternehmen, Handwerker usw. wichtig sein. Ohne Zugang zu Daten lassen sich Wartungsdienste oder Folgeprodukte gar nicht anbieten. Wer den Zugang zu den Maschinendaten kontrolliert, kann – je nach Fallgestaltung – über große Marktmacht verfügen, auch wenn es sich nicht um einen Plattformmarkt handelt.

Die Aufnahme weiterer Kriterien, etwa der Nutzerzahlen, der Analysemethoden oder der Lock-in-Effekte, wie im Antrag 1 der Grünen vorgeschlagen, ist denkbar. Allerdings erhebt die Liste in § 18 Abs. 3 und 3a ohnehin keinen Anspruch auf Vollständigkeit (im europäischen Recht findet sich Vergleichbares nur in Art. 2 Abs. 1b FKVO (VO (EG) Nr. 139/2004)). Nutzerzahlen werden teilweise schon unter das Marktanteilkriterium subsumiert.³² Der Begriff „Zugang“ im Zusammenhang mit Daten ist so auszulegen, dass überragende Analysemöglichkeiten mitgemeint sind. Denn die bloße tatsächliche Zugriffsmöglichkeit vermittelt noch keine Marktstärke. Diese tritt erst ein, wenn die Daten auch ausgewertet und analysiert werden können. Lock-in-Effekte sind ein wesentlicher Aspekt der digitalen Ökonomie. Sie werden allerdings bereits in § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB („Wechselaufwand für Nutzer“) implizit erfasst.

Da die übrigen Kriterien des § 18 Abs. 3 etabliert sind, und um Irritation in einer Übergangsphase zu vermeiden, wird angeregt, die Nummerierung nicht zu verschieben, sondern den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als Nr. 3a oder Nr. 9 einzufügen.

b) Intermediationsmacht, § 18 Abs. 3b GWB-E

Als § 18 Abs. 3b soll eine Formulierung eingefügt werden, mit der die Vermittlungstätigkeit von Unternehmen in den Blick gerückt wird. Der Gesetzgeber greift damit das Modell der „Intermediationsmacht“ auf, das in der sog. Missbrauchsstudie entwickelt wurde.³³ Die Regelung ist von großer konzeptioneller Bedeutung.

Die Geschäftsmodelle der Plattformbetreiber zeichnen sich gerade dadurch aus, dass Vermittlungsleistungen zu verschiedenen Marktseiten hin vorgenommen werden. So werden die mehrseitigen Märkte bedient und durch einen zentralen Operator gesteuert. Das führt einerseits zu einer Senkung von Transaktionskosten. Andererseits besteht ein Potenzial, dass der Intermediär in eine Position der Stärke rückt, bevorzugten Zugriff auf Daten und Kunden hat und seine Stärke ggf. missbrauchen kann.³⁴

Mit § 18 Abs. 3b wird die Bedeutung der Vermittlungsleistung in den Vordergrund gerückt. Das impliziert, zumindest wenn man die Gesetzesbegründung mitliest, dass nicht nur eine einzelne Vermittlungsleistung zu einer Marktseite hin betrachtet wird. Dieses Verhältnis ist schon jetzt ohne weiteres abbildbar. Vielmehr kommt es gerade auf die Scharnierfunktion der Plattform an. Wettbewerbslich gefährlich sind nicht nur die Fälle, in denen ein Unternehmen eine Gatekeeper-Stellung hat und den Zugang zu einem anderen Markt kontrollieren kann, sondern auch die Fälle, in denen sich diese Nadelöhr-Position gerade aus dem gegenseitigen „Aufschaukeln“ ergibt. § 18 Abs. 3b GWB-E erfasst beide Formen von Vermittlungsmacht: Die einseitige Gatekeeper-Stellung und die Rolle als Vermittler zu mehreren Seiten.

³² BGH, 23.6.2020, Az. KVR 69/19, Rn. 38 – *Facebook*.

³³ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 85 ff.

³⁴ Vgl. *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, Gutachten für den Deutschen Juristentag, 2020, S. F49 ff.

3. Kausalitätserfordernis, § 19 Abs. 1 GWB-E

In § 19 Abs. 1 soll aus der Formulierung „Die missbräuchliche Ausnutzung“ die Wendung „Der Missbrauch“ werden. Damit wird das Kausalitätserfordernis in § 19 abgemildert. Auch wenn die Änderung im Wortlaut marginal zu sein scheint, lässt die Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf keinen Zweifel daran, dass hiermit die Klarstellung verbunden sein soll, dass weder für den Behinderungs- noch für den Ausbeutungsmissbrauch strikte Kausalität erforderlich ist.

Bislang war stets zu klären, inwiefern das Verhalten direkte Konsequenz der Marktmacht ist, oder anders gewendet: ob ein solches Verhalten gerade nur dem Marktbeherrscher möglich ist. Das war zum Beispiel bei der Verwendung ausbeuterischer Konditionen fraglich, wenn auch nicht-marktmächtige Anbieter ähnliche Konditionen verwendeten. Hier wurde in der Diskussion teilweise übersehen, dass Kausalitäten kaum mehr festzustellen und nachzuweisen sind, wenn die Standards in Märkten erst einmal durch Marktbeherrscher gesetzt werden. In der digitalen Welt beispielsweise sind es gerade die Bedingungen, die die GAFA-Unternehmen setzen, die zum Maßstab für den Wettbewerb werden.³⁵ Dass kleinere und mittlere Unternehmen dann ähnliche Bedingungen verwenden, kann den marktbeherrschenden Unternehmen nicht zur Entlastung gereichen.

Die Änderung liegt, wie in der Gesetzesbegründung angemerkt, auf der Linie der Rechtsprechung des BGH im *Facebook*-Verfahren und auf der Linie des europäischen Rechts. Der Gleichlauf mit dem EU-Recht ist konsequent.

4. Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E

In § 19 Abs. 2 Nr. 4 ist bislang ein Fall des Behinderungsmissbrauch geregelt, der dann gegeben ist, wenn der Zugang zu „Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen“ nicht gewährt wird. Mit dem Regierungsentwurf wird angestrebt, die Zugangsansprüche auf alle Waren und gewerbliche Leistungen auszudehnen. Nurmehr „insbesondere“ werden der „Zugang (...) zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen“ erwähnt. „Insbesondere“ erwähnt wird der Zugang zu Daten, der auch über § 20 Abs. 1a GWB-E gestärkt werden soll. Der Datenzugangsanspruch, der sich aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 und parallel aus § 20 Abs. 1a GWB-E ergibt, wird unten (II.4.b) im Zusammenhang kommentiert.

Zunächst irritiert an § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E die Verwendung des Wortes „beliefern“. Um Warenlieferung dürfte es in aller Regel nicht gehen. Leistungen, Daten und der Zugang zu Netzen werden aber nicht „geliefert“, sondern eher „gewährt“, „eröffnet“ oder „bereitgestellt“.

Die Neuregelung ist weitreichend. Bislang war § 19 Abs. 2 Nr. 4 ein selten bemühtes Instrument, mit dem ein besonders weitreichender Eingriff in die Vertragsfreiheit vorgenommen wurde: Es wurde die Mitbenutzung eines Netzes zugunsten eines Dritten verfügt. Das fand seine Legitimation darin, dass die Machtposition aus natürlichen Gründen unbestreitbar war (Infrastruktureinrichtung, z.B. Häfen, Brücken, Energienetze). Der Ansatzpunkt wird nun erheblich erweitert auf alle Waren und Leistungen (und Daten). Der legitimatorische Eingriffspunkt findet sich nur noch im weiteren Text, indem nämlich Belieferung oder Zugangsgewährung objektiv notwendig sein müssen, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig werden zu können. Zudem müsste die Verweigerung zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen. Aus der hohen Mauer von drei harten, fast unüberwindlichen Voraussetzungen wird ein Stein herausgebrochen, nämlich die Begrenzung auf Infrastruktureinrichtungen.

Die Gesetzesbegründung beruft sich insoweit auf einen Gleichlauf mit dem europäischen Recht. Das ist insofern übertrieben, als das europäische Recht keine gesetzlich niedergelegte Fassung dieser sog.

³⁵ BGH, 23.6.2020, KVR 69/19, Rn. 89 – *Facebook*.

„essential facilities doctrine“ kennt. Die Weiterentwicklung in Fällen wie *Microsoft* durch das Europäische Gericht und *ARA Foreclosure* durch die Europäische Kommission scheint nicht ohne weiteres verallgemeinerbar.³⁶ In *ARA Foreclosure* hat die Kommission betont, dass es um eine „infrastructure“ gehe³⁷ – keineswegs um eine Ware oder gewerbliche Leistung. Im konkreten Fall ging es um den Zugang zum Abfallentsorgungsnetz, das mit einigem Fug jedenfalls noch als Infrastruktureinrichtung bezeichnet werden kann. Die Kommission betonte insbesondere die Nicht-Duplizierbarkeit dieses Netzes.³⁸ Der *Microsoft*-Fall betraf die Offenlegung von Programmierschnittstellen und passte sich damit in die lange europäische Rechtsprechungstradition zu Schutzrechten, etwa in Folge der *IMS Health*-Entscheidung,³⁹ ein.

Die vorgelegte Fassung ist an die Mitteilung der Kommission zu ihren Durchsetzungsprioritäten für Art. 102 AEUV angelehnt.⁴⁰ Hierbei handelt es sich allerdings nur um ein Dokument, das die Durchsetzungsprioritäten der Kommission darlegt (nicht die Anwendungspraxis beschreibt). Zudem nennt die Kommission – anders als die Fassung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E – eine Verbraucherschädigung als Erfordernis. Unter dieser Anforderung wird dann beispielsweise geprüft, welche Innovationswirkungen von einer Zugangseröffnung zu erwarten wären. In der Fassung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E wird die Beweislast, dass die Weigerung sachlich gerechtfertigt sein kann, allein dem Unternehmen auferlegt.

Ein Beispiel möge verdeutlichen, was das bedeutet: Unternehmen U hat ein neuartiges Verfahren entwickelt, um bestimmte Logistikdienstleistungen in Fabriken zu erbringen. Damit können die Kosten stark gesenkt werden. Das Verfahren wird implementiert, indem von U Roboter an die Fabriken verkauft werden. Wettbewerber X stellt solche Roboter her, kann aber das neue Verfahren nicht programmieren. Muss U nun seine Erfindung herausgeben, weil sonst der Wettbewerb auf dem Robotermarkt zum Erliegen kommt?

Das lässt sich durchaus vertreten. Die Frage ist aber, wer welche Anstrengungen im kartellrechtlichen Gerichtsprozess vor einem Landgericht unternehmen muss. Nach der Gesetzesfassung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E würde es U obliegen, nachzuweisen, warum es erforderlich ist, dass sich das Unternehmen den Robotermarkt vorbehält – nämlich möglicherweise, weil es sonst die Entwicklungskosten für das neue Verfahren nicht amortisieren kann. Gerade solche Innovations- und Investitionswirkungen müssen berücksichtigt werden. Die Kompensation („gegen angemessenes Entgelt“) ist je nach Konstellation dann nur ein schwacher Trost.⁴¹

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E eröffnet also grundsätzlich die Möglichkeit, sich in Geschäftsbereiche Dritter einzuklagen. Diese Möglichkeit sollte, hier hat die Bundesregierung Recht, nicht nur für klassische Infrastruktureinrichtungen eröffnet werden. Die Hürden müssen aber hoch sein. Bei Infrastrukturanbietern mit nicht-duplizierbaren Netzen mag das auf der Hand liegen. Für Daten (die grundsätzlich vielfach hinterlegt werden können) und andere Waren oder Leistungen ist das weniger deutlich. Kann beispielsweise eine Kundendatei, die sich ein Unternehmen in jahrzehntelanger Vertriebspflege erarbeitet hat, Gegenstand eines Anspruchs aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB werden?

³⁶ Vgl. EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft*; KOM, 20.9.2016, Az. AT.39759 – *ARA Foreclosure*.

³⁷ Siehe dort Rn. 74.

³⁸ Siehe dort Rn. 28 ff.

³⁹ EuGH, 29.4.2014, Rs. C-418/01 – *IMS Health*. Für den Zugang zu Programminformationen (i.E. abgelehnt) EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P – *Magill*.

⁴⁰ KOM, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C, 24.2.2009, 45/07, dort Ziff. 81 f.

⁴¹ Zumal eine Kompensation auch unentgeltlich angemessen sein, so ausdrücklich die Begründung, S. 89.

Die essential facilities-Doktrin zielt darauf ab, eine strukturelle Änderung herbeizuführen. Das ist ein besonders weitreichender Eingriff, der gut begründet werden muss. Er unterscheidet sich von kurzfristigen, einmaligen Zugangsgewährungen (wie etwa für den Zugang zu einer Veranstaltung oder die kurzfristige Belieferung mit einem benötigten Stoff).

Empfohlen wird eine strengere Fassung des Zugangsanspruchs aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E. Es sollte deutlich werden, dass Ansprüche nur in Ausnahmefällen gewährt werden können.

Dazu könnte beispielsweise die Formulierung aufgenommen werden:

„sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu gewerblichen Leistungen, Daten, Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, die anders nicht zumutbar erlangt werden können, und die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist...“

Zum Zugang zu Daten im Speziellen siehe unten (II.4.b).

5. Änderungen in § 20 GWB-E

§ 20 GWB ist eine bewährte Sonderregelung im deutschen Recht, in der über § 19 GWB hinaus der Anwendungsbereich der Missbrauchsvorschriften ausgedehnt wird. Der Gesetzgeber hat hier verschiedene Änderungen vorgesehen.

a) Streichung des KMU-Erfordernisses, § 20 Abs. 1 S. 1 GWB-E

In § 20 Abs. 1 soll das bisherige KMU-Erfordernis gestrichen werden, aber dafür ein Kriterium der Macht-Asymmetrie eingeführt. Demnach können sich auch Großunternehmen darauf berufen, von anderen Unternehmen abhängig zu sein. Änderung ist signifikant. Den bislang anspruchsberechtigten KMU fehlten ggf. die Mittel und der Mut, gegen ein marktmächtiges Unternehmen vorzugehen. In der Konstellation Groß gegen Groß mag dies eher der Fall sein, sodass ein erhöhtes Fallaufkommen zu § 20 Abs. 1 zu erwarten steht.

Die Regelung kann die Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung stärken. Die Ross-und-Reiter-Problematik, die im Kartellrecht lange beklagt wurde (es fand sich kein Kläger, weil sich die abhängigen Unternehmen nicht trauten, Ross und Reiter zu nennen), wird gelöst. Es steht zu erwarten, dass in Folge der Rechtsdurchsetzung auch kleinere Unternehmen profitieren können, etwa weil rechtswidrige Praktiken durch Gerichtsverfahren transparent werden und allgemein abgestellt werden (nicht nur für den konkreten Klagegegner).

b) Weitere Abhängigkeitstatbestände in § 20 Abs. 1 S. 2 und § 20 Abs. 1a GWB-E

Im neuen Satz 2 soll zudem Intermediationsmacht als Abhängigkeitstatbestand eingefügt werden. Dies ist sinnvoll. Die Abhängigkeit kann sich gerade aus der Stellung des Intermediärs ergeben, der möglicherweise gar nicht über hohe Marktmacht im traditionellen Sinn verfügt, aber für den konkreten Akteur eine überragende Bedeutung innehat, etwa weil ein Wechsel zu einem anderen Intermediär aus rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Gründen schwierig ist (etwa wegen der fehlenden Möglichkeit der Mitnahme von Bewertungen oder Kundendaten).

Die Beschreibung möglicher Abhängigkeitsverhältnisse in § 20 Abs. 1a Satz 1 GWB-E ist zutreffend. Abhängigkeiten können sich immer weiter daraus ergeben, dass kein Zugriff auf Daten möglich ist, beispielsweise in IoT-Netzwerken. Jedes Gerät, das mit einem Sensor und einem Chip ausgestattet ist,

wird potentiell zu einem proprietär gebauten Gerät, das für Dritte nicht mehr ohne Zustimmung desjenigen nutzbar ist, der den Chip betreibt. Probleme sind mit der zunehmenden Vernetzung verbunden, wenn etwa nicht mehr nur die einzelne Maschine, sondern der gesamte Maschinenpark, die gesamte Fabrik, das gesamte Wohnhaus einen digitalen Schlüssel voraussetzen. Der Inhaber des „Schlüssels“ hat eine starke Machtposition inne und kann alle nachgelagerten Märkte im Zweifel monopolisieren. Die Abhängigkeit nach § 20 Abs. 1a GWB kann allein auf dem fehlenden Datenzugang basieren. Weitere Marktbedingungen werden nicht vorausgesetzt. Das ist eine weitgehende, progressive Regelung.

c) Datenzugangsanspruch, § 20 Abs. 1a GWB-E

Mit § 20 Abs. 1a GWB soll ein Zugangsanspruch zu Daten geschaffen werden. Dieser Anspruch würde den Anspruch aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E ergänzen (siehe auch dort). § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E eröffnet den Zugangsanspruch für jedes Unternehmen. § 20 Abs. 1a GWB-E setzt hingegen ein spezifisches Verhältnis zwischen Normadressat und Zugangspetent voraus (typischerweise ein zuvor bestehendes Vertragsverhältnis).⁴²

In solchen Konstellationen soll die Zugangsverweigerung ggf. missbräuchlich sein. Satz 2 in § 20 Abs. 1a GWB-E führt dazu, dass diese Regelung sehr weit gefasst ist, da auch die Verweigerung des Datenzugangs gerügt werden kann, wenn ein Geschäftsverkehr noch gar nicht eröffnet ist. Der Gesetzgeber hebt damit den Zugangsanspruch aus dem Feld der Diskriminierung oder Lieferverweigerung und macht diesen zu einem Markteröffnungsanspruch.

Es stellt sich die Frage, wann der Datenzugang zu gewähren ist. Das entscheidende Kriterium dafür ist das Kriterium der „unbilligen Behinderung“, das in § 19 Abs. 2 Nr. 1 festgelegt ist. Der Begriff der Behinderung ist mit der ständigen Rechtsprechung weit zu verstehen und umfasst jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkung für den Betroffenen hat.⁴³ Die Unbilligkeit wird in einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt.⁴⁴

Aus wettbewerblicher Sicht ist eine gewisse „Data Governance“ erforderlich:⁴⁵ Es kann zu gravierenden Fällen von Marktabschottungen kommen, wenn kein Zugang zu bestimmten Daten oder Schnittstellen (APIs) gewährleistet wird. Durch die Digitalisierung hängen immer mehr Unternehmen in digitalisierten Netzwerken, von denen sie abhängig sind. Nutzt ein Betreiber eines solchen Netzes seine Macht aus, kann dies existenzgefährdend werden. Irgendeine Form von Datenzugang ist hier erforderlich. Die Regelungen in § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1a sind jedoch sehr weit gefasst. Wenn sie „Zähne“ haben, können sie zu einem kraftvollen Instrument werden, mit dem Unternehmen ihr Datenschatz entrissen werden kann. Es sind aber zahllose Konstellationen denkbar, in denen nicht von vorn herein klar ist, wie die oben beschriebene Interessenabwägung auszufallen hat.

Dafür sind jedoch noch drei Probleme zu lösen:

Erstens ist der Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Datenzugangsansprüche genauer zu bestimmen. Zu welchen Daten soll den Zugangspetenten Zugang erhalten? Welche Gegenargumente darf der „Dateninhaber“ vorbringen? Das ist, auch in der Wissenschaft, weitgehend ungeklärt und unterscheidet sich von Branche zu Branche und von Fall zu Fall. Eine gewisse Eingrenzung ist aber erforderlich:

⁴² Vgl. *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 607.

⁴³ BGH, 14.7.1998, KZR 1/97 – *Schilderträger im Landratsamt*.

⁴⁴ BGH, 8.10.2019, KZR 73/17, WuW 2019, 638 Rn. 36 – *Werbeblocker III*.

⁴⁵ Positiv *Kerber*, WuW 2020, 249.

Ein Zugangspetent kann beispielsweise nicht erwarten, Zugriff auf die über Jahre aufgebaute Kundenkartei zu erhalten. Dem Zugangspetenten ist möglicherweise auch nicht damit geholfen, die Rohdaten einer Maschinennutzung gestreamt zu bekommen, die ohne spezifische Software nicht auszulesen sind und von denen möglicherweise nur ein geringer Bruchteil für den Petenten relevant ist.

Zweitens ist unklar, wie im Rahmen solcher Ansprüche mit personenbezogenen Daten, mit Geschäftsgeheimnissen und geschützten Informationen (z.B. Urheberrechte, Patente) umzugehen ist. Entsprechende Einwände mögen in manchen Fällen gar keine Rolle spielen, dafür aber in anderen höchst relevant sein. Die übrigen Rechtsvorschriften bieten jedenfalls erhebliches Potential zur Verzögerung der Gewährung von Datenzugang. Einige dieser Probleme ließen sich mit zertifizierten Datentreuhändern möglicherweise abmildern.⁴⁶

Drittens lassen die Regelungen derzeit völlig offen, wie mit den zahlreichen weiteren Folgefragen eines grundsätzlichen Zugangsanspruchs umzugehen ist. Dass grundsätzlich ein solcher besteht, sagt noch nichts darüber, welche Daten genau in welchem Format in welcher Frequenz zu welchem Zeitpunkt gegen welche Kompensation in welchem Umfang an wen wie bereit gestellt werden müssen. Die Erfahrungen mit bisherigen Zugangsansprüchen, beispielsweise im Patentrecht, lehren Demut, was die Wirksamkeit solcher Zugangsansprüche angeht.⁴⁷

Auch in der Wissenschaft haben sich noch keine allgemeingültigen Lösungen für diese Probleme finden lassen. Ein wichtiger Ansatzpunkt ist die Schaffung sektorspezifischer Lösungen. Solche Modelle haben sich beispielsweise im Automobilsektor⁴⁸ und in der Finanzwirtschaft⁴⁹ teilweise durchsetzen lassen.

Möglicherweise gelingt es auch, allgemeine Kriterien für die Eröffnung des Datenzugangs zu entwickeln, die über die bloße Abwägung nach Billigkeitskriterien hinausgehen. Eine Zugangsverweigerung könnte z.B. unbillig sein, wenn Wettbewerber ohne den Zugang gehindert werden, ihre eigene erhebliche wertschöpfende Leistung angemessen am Markt zur Geltung bringen zu können.⁵⁰ In Anlehnung an die europäische *IMS Health*- und die *Microsoft*-Rechtsprechung ließe sich verlangen, dass der Zugangspetent auf Basis des Datenzugangs ein neues Produkt oder eine technische Entwicklung anbieten muss. Ob eine unbillige Behinderung hingegen auch vorliegt, wenn der Zugangspetent bloß eine Leistung erbringen will, die der Dateninhaber ebenfalls bereits erbringt, ist offen. Dies kann bei quasi-monopolistischer Marktmacht des Dateninhabers durchaus einmal der Fall sein, damit Wettbewerb möglich bleibt.

Für den Moment bleibt aber die schnelle Streitentscheidung der entscheidende Erfolgsparameter für Datenzugangsansprüche. Mit den zahllosen, oben nur ausschnittsweise skizzierten Folgefragen wird die Justiz womöglich überfordert sein. Verweist sie die Streitparteien an den Verhandlungstisch, kann dies wegen des Machtgefälles und der Verzögerungsmöglichkeiten rasch bedeuten, dass ein Anspruch dem Grunde nach wertlos wird.

Will man eine raschere Lösung der praktisch anstehenden Fragen, sollte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit nur das „ob“ des Zugangsanspruchs geklärt werden. Das „wie“ sollte sodann im Konfliktfall an eine Ombudsperson überantwortet werden. Eine solche könnte sektorspezifisch und mit dem Monitoring durch das Bundeskartellamt tätig werden, ähnlich wie die schon bestehenden Schlichtungsstellen. Ombudspersonen könnten bei Datenzugangsansprüchen die zahlreichen Folgefragen in einer raschen Adjudikation bindend entscheiden. Dazu könnten sie von den Gerichten ermächtigt werden.

⁴⁶ Vgl. *Blankertz et al.*, Datentreuhandmodelle – Themenpapier, April 2020.

⁴⁷ Vgl. nur das Hin und Her in sog. FRAND-Verfahren, in denen ein kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand geltend gemacht wird, dazu EuGH, 16.7.2015, Rs. C-170/13 – *Huawei*.

⁴⁸ Siehe etwa Art. 6 Euro5/6-VO (VO 715/2007).

⁴⁹ Siehe die PSD2-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2015/2366).

⁵⁰ Vgl. BGH, 6.10.2015, KZR 87/13, Rn. 66 f. – *Porsche-Tuning*.

Ohne eine solche rasche Konfliktlösung wird der Datenzugangsanspruch in der Praxis sonst schwerfällig bleiben. Entsprechende institutionelle Lösungen könnten mit den Verbänden und Kammern entwickelt werden. Die Fälle werden voraussichtlich so kleinteilig und unterschiedlich sein, dass das Entwerfen großer Maßstäbe für den Einzelfall in Gesetzesform nicht zielführend ist.

Empfohlen wird vor dem hier geschilderten Hintergrund,

- **alternative, v.a. sektorspezifische Lösungen zum kartellrechtlichen Datenzugangsanspruch auszuloten, auch auf europäischer Ebene;**⁵¹
- **die Vorschriften in § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1a um ein schnelles Konfliktentscheidungssystem zu ergänzen, etwa mit sektorspezifisch tätigen Ombudspersonen und Datentreuhändern;**
- **die Regeln in § 20 Abs. 1a und § 19 Abs. 2 Nr. 4 im Hinblick auf den Zugang zu Daten regelmäßig zu überprüfen und ggf. den Anwendungsbereich einzuschränken.**

Nur am Rande soll hier bemerkt sein, dass der Erfolg von Unternehmen in der Datenökonomie auch davon abhängt, wie weitgehend öffentliche Daten zugänglich gemacht werden (*open data/public sector information*). Hier liegen in Deutschland noch Potenziale brach.

d) Anti-Tipping-Paragraph, § 20 Abs. 3a GWB-E

In § 20 Abs. 3a GWB soll eine (in der öffentlichen Diskussion bislang unterschätzte) Vorschrift eingeführt werden, die in bestimmten Konstellationen verhindert, dass die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten behindert wird. Normadressaten sind insbesondere Plattformanbieter mit überlegener Marktmacht gegenüber Wettbewerbern. Zu denken ist etwa an die Betreiber von sog. Hybrid-Marktplätzen, die sowohl den Marktplatz betreiben, aber auch als Wettbewerber zu den dort tätigen Händlern aktiv sind. Für diese Händler ist es – zum Aufbau eigener Netzwerkeffekte – etwa wichtig, mit anderen Händlern oder Plattformen kooperieren zu können, Daten zu erhalten oder Bewertungen mitnehmen zu können, wenn sie eigene Angebote im Netz machen.

Es besteht eine gewisse Restchance, dass aufgrund solcher Öffnungsklauseln wie in § 20 Abs. 3a GWB-E das Tipping von Märkten verhindert werden kann. Dabei reicht die Vorschrift weit.⁵² Als Tipping wird es bezeichnet, wenn aufgrund von Netzwerkeffekten nur ein Anbieter auf einem Markt überlebt – typischerweise ein Plattformanbieter, der sodann den Markt beherrschen kann („the winner takes it all“-Prinzip“).⁵³ Angesichts des Spiraleffekts von Netzwerkeffekten und der Normadressatenstellung ist fraglich, warum im Regierungsentwurf noch gefordert wird, dass eine ernstliche Gefahr einer erheblichen Behinderung des Leistungswettbewerbs vorliegt. Gerade dieser Gefährdungstatbestand hat allerdings auch Kritik hervorgerufen.⁵⁴ Allerdings ist diese Hürde, wie auch die Begründung zeigt, keine hohe. Die Beweisregel des § 20 Abs. 4 soll den Geschädigten allerdings offenbar nicht zugutekommen, obwohl dies denkbar ist.⁵⁵

Angeregt wird, die Anwendbarkeit von § 20 Abs. 4 GWB auf § 20 Abs. 3a GWB zu prüfen.

Ein überraschendes Fundstück in der Neufassung ist die Einführung des Begriffs „Leistungswettbewerb“ im GWB (dieser findet sich bislang nur in § 24 Abs. 2 als „leistungsgerechter Wettbewerb“ und ist dort mit dem Lauterkeitsrecht verknüpft). Der Begriff ist ordoliberal besetzt und steht damit in einer

⁵¹ Vgl. KOM, Eine europäische Datenstrategie, 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

⁵² Kritisch daher *Esser* in: FS Wiedemann, 2020, S. 285.

⁵³ *Katz/Shapiro*, 8 (2) *The Journal of Economic Perspectives*, 1994, 106; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016.

⁵⁴ *Cetintas*, WuW 2020, 446.

⁵⁵ Siehe auch *Cetintas*, WuW 2020, 446.

glanzvollen Tradition. In diesem Kontext ist seine Verwendung aber möglicherweise gar nicht erforderlich.⁵⁶

e) Einsetzung einer/eines Chief Technologist

Mit den Änderungen wird das Bundeskartellamt noch weitergehend als zentrale Behörde für die Regelung im digitalen Bereich wahrgenommen werden. Die hervorragenden Leistungen des Amtes bisher sollten durch die Berufung eines „Chef-Technologen“ oder einer „Chef-Technologin“ abgesichert werden. In Anlehnung an das Modell des „Chief Economist“ bei der EU-Kommission könnte es sich um eine/n vorübergehend dem Amt zugeordnete/n Berater/in handeln, der/die sicherstellt, dass Abhilfemaßnahmen greifen und das Amt stets technologisch am Puls der Zeit agiert.⁵⁷

⁵⁶ Siehe auch *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 609.

⁵⁷ Zu dem Vorschlag siehe schon *Podszun*, Die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Stellungnahme, Ausschussdrucksache 18(9) 1092, S. 37.

III. Befugnisse, Verfahren, Bußgelder

Die GWB-Novelle wird auch das Verfahrensrecht ändern.

1. Einstweilige Maßnahmen, § 32a GWB-E

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung ist vorgesehen, einstweilige Maßnahmen zu erleichtern.

Die vorgeschlagene Regelung ist recht- und zweckmäßig. In der Tat ist die Verfahrensdauer ein Problem im Kartellrecht. Hohe Anforderungen an die Darlegungen durch Gerichte, eine Flut von Informationen und Daten, die in Verfahren zu bewältigen sind, neuartige Sachverhalte, möglicherweise auch gezielte Verzögerungstaktiken führen dazu, dass behördliche Verfahren lang andauern. Das steht in Diskrepanz zu einer öffentlichen Erwartungshaltung und zu der Dynamik gerade auf solchen Märkten, in denen ein Tipping droht.

Einstweilige Verfahren sind jedoch kein Patentrezept zur Beschleunigung von Verfahren. Erst einmal *erhöhen* sie die Arbeitslast der Behörden, da ein weiteres Verfahren innerhalb des eigentlichen Untersuchungsverfahrens zu führen ist.

Gerade für schwierige, neuartige Fallkonstellationen bieten sich einstweilige Regelungen eher nicht an (wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt).⁵⁸ Einstweilige Regelungen bieten sich an, wenn es um einen glasklaren Verstoß bei bekannten Beteiligten und Märkten geht und eine einfache Abhilfemaßnahme auf der Hand liegt.⁵⁹ Die vorgesehenen Erleichterungen sind insofern zu begrüßen.

Eine Beschleunigung der kartellrechtlichen Verfahren muss aber von anderer Seite ausgehen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Verfahrensführung beim Bundeskartellamt als schlank und nicht-hierarchisch gilt und die so produzierten Ergebnisse als qualitativ hochwertig eingeschätzt werden.

Es sollte geprüft werden, wie die kartellbehördlichen Verfahren beschleunigt werden können.

Aspekte dieser Thematik sind

- die Abläufe in kartellbehördlichen Verfahren; inkl. der Veröffentlichung von Entscheidungen (mit Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen);
- die Priorisierung von Verfahren im Bundeskartellamt, auch in personeller Hinsicht;
- mögliche Fristsetzungen für betroffene Unternehmen und Präklusionsvorschriften;
- Beweisstandards der Rechtsprechung, die ggf. auf ein moderat handhabbares Maß zurückgeführt werden können;
- eine stärkere Strukturierung der Verfahrensschritte (im Gesetz, in Leitlinien oder in „Best Practices“);
- personelle und technische Ausstattung des BKartA;
- sonstige Maßnahmen.

⁵⁸ Podszun/Deuschle, WuW 219, 613.

⁵⁹ So lag es auch bei KOM, 16.10.2019, AT.40608 (Interim Measure) - *Broadcom*.

2. Rückkehr zum „comfort letter“, § 32c GWB-E

Die Bundesregierung schlägt vor, das Institut der sog. „Vorsitzendenschreiben“ besser zu regeln. Zum einen soll die Ermessensausübung der Kartellbehörden strukturiert werden, zum anderen soll es für bestimmte Fälle einen Anspruch auf Entscheidung geben.

Damit kehrt die deutsche Praxis teilweise zu den „comfort letters“ zurück, die vor Erlass der Verordnung 1/2003 im europäischen Kartellrecht üblich waren. Im Sinne der Rechtssicherheit für Unternehmen und einer stärkeren Durchdringung des Kartellrechts für die Praxis insgesamt ist der Vorschlag zu begrüßen. Offen bleibt die Frage, ob sonstige Stakeholder (also Dritte) am Verfahren zu beteiligen sind, was angesichts der möglichen Regelungswirkung solcher Vorsitzendenschreiben geboten scheint.⁶⁰ Hier wird es für die Kartellbehörde im Einzelfall geboten sein, die Meinung anderer Marktteilnehmer einzuholen.

Es ist jedoch unklar, warum nur für Kooperationen von Wettbewerbern ein Anspruch nach § 32c Abs. 4 GWB-E geschaffen werden soll. In Datenpools könnte beispielsweise auch die Zusammenarbeit mit Nicht-Wettbewerbern relevant sein.⁶¹ Zwar sollen schlichte Vertriebs- und Zulieferverträge nicht der Prüfung unterliegen. Auch hier kann aber ggf. ein erhebliches Interesse bestehen.

Empfohlen wird, die Begrenzung auf horizontale Fälle zu streichen.

Derzeit wird in vielen Branchen stark diskutiert, ob eine Zusammenarbeit von Unternehmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen freigestellt ist, wenn damit Nachhaltigkeitsziele angestrebt werden.⁶² Ob diese Fälle, eine erhebliche rechtliche oder wirtschaftliche Bedeutung haben, ist offen. Der Gesetzgeber könnte hier den Unternehmen entgegenkommen und Gründe der Nachhaltigkeit in § 32c Abs. 4 aufnehmen, um ein Signal zu senden, dass die Kartellbehörden solche Fälle, an denen ein praktisches Bedürfnis besteht, ansehen. Eine Änderung des materiellen Prüfungsmaßstabs ist damit nicht verbunden, es geht lediglich um eine Prioritätensetzung.

Empfohlen wird, einen Anspruch auf § 32c-Entscheidung auch zuzusprechen, wenn es Nachhaltigkeitsziele angestrebt werden.

In § 61 Abs. 3 GWB-E wird der Behörde ein Ermessen hinsichtlich der Veröffentlichung von Entscheidungen nach § 32c Abs. 1 eingeräumt.

Empfohlen wird, eine Pflicht zur Veröffentlichung von „Vorsitzendenschreiben“ vorzusehen.

Es gibt keinen Grund, derartige Entscheidungen (die nach IFG ohnehin herauszugeben wären) nicht zu veröffentlichen. Die bislang intransparente Praxis der „Vorsitzendenschreiben“ führt dazu, dass gerade kleinere Marktteilnehmer nicht immer über die aktuelle Amtspraxis im Bilde sind. Hier sollte Abhilfe geschaffen werden. Andernfalls kommt es zu Verzerrungen, wenn nur bestimmte Verbände und Kanzleien über eine Rechtsposition des Bundeskartellamts informiert werden.

⁶⁰ *Brinker* in: FS Wiedemann, 2020, S. 737.

⁶¹ Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9; *Lundqvist*, EuCML 2018, 146, 152.

⁶² Vgl. das instruktive Hintergrundpapier des BKartA mit weiteren Nachweisen, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, 2020, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.html?nn=3591286. Vgl. *Podszym* in FS Schroeder, 2018, S. 613.

3. Missbrauchsunabhängige Entflechtung

Grüne und Linke schlagen eine missbrauchsunabhängige Entflechtung vor.

Es mag sein, dass manche Wettbewerbsprobleme solche Ausmaße angenommen haben, dass eine Entflechtung sinnvoll wäre. Eine solche konfrontativ durchzusetzen, zudem ohne eindeutigen Rechtsverstoß, scheint mir aber nicht zielführend. Die Folge wären jahrelange Rechtsstreitigkeiten. Beispiele für relativ erfolgreiche Entflechtungen, etwa die Aufspaltung der britischen Flughäfen 2009,⁶³ legen nahe, dass diese überhaupt nur ihre Ziele in angemessener Zeit erreichen, wenn sich die betroffenen Unternehmen zur Mitwirkung bereit erklären. Das kann im Verhandlungsweg ggf. erreicht werden.

Auf europäischer Ebene wird mit dem New Competition Tool eine solche Regelung wohl angestrebt. Eine Regelung im GWB ist demgegenüber derzeit nicht veranlasst.

4. Verbraucherrechtliche Befugnisse, § 32e GWB

Die Bundesregierung hat davon abgesehen, in den Gesetzentwurf Befugnisse des Bundeskartellamts zur Abstellung von Verstößen gegen Verbraucherrecht aufzunehmen. Damit bliebe die in § 32e Abs. 5 und 6 eingeführte Befugnis zur Sektoruntersuchung in gewisser Weise unvollendet.

Das Bundeskartellamt hat seit Verabschiedung der 9. GWB-Novelle mehrere verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen durchgeführt, die auf große Resonanz gestoßen sind und die aufgezeigt haben, wie wichtig es ist, dass manche Bereiche des Verbraucherrechts systematisch durchleuchtet und mit hoheitlichen Befugnissen ermittelt werden.⁶⁴ Das Amt hat seine Kompetenz unter Beweis gestellt. Die aktuelle GWB-Novelle sollte genutzt werden, um den Vorstoß aus dem Jahr 2017 abzuschließen.

Empfohlen wird, dem Bundeskartellamt die Befugnis zu geben, in besonders gravierenden Fällen verbraucherrechtliche Rechtsverstöße abzustellen.

Das Bundeskartellamt sollte ermächtigt werden, erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, wie sie in Sektoruntersuchungen zutage treten, abzustellen. Die Untersuchungen bleiben sonst eine Art wissenschaftliche Forschung ohne echte Folgen. Dies wird auch im Antrag 2 der Grünen angeregt.

Die Defizite, die aktuell in der Verbraucherrechtsdurchsetzung bestehen, und mögliche Regelungsoptionen wurden in einem Gutachten für das Bundeswirtschaftsministerium umfassend dargestellt.⁶⁵ Dabei wurde Wert darauf gelegt, die Errungenschaften der privaten Rechtsdurchsetzung nicht zu gefährden und gezielt die Defizite zu lösen, die durch private Kläger (Verbraucher- und Wirtschaftsverbände, Mitbewerber und Kammern) nicht angegangen werden können.

Private Akteure können manche Erscheinungsformen kaum mehr wirtschaftlich bekämpfen. Das sind insbesondere die Fälle, in denen Geschäftsmodelle und Verhaltensweisen nicht von außen durchschaubar sind, Akteure mit besonders großer Macht und starken Finanzmitteln gegenüberstehen und Fälle mit Auslandsberührung. Für einen Verbraucherverband wird es beispielsweise kaum möglich

⁶³ Siehe dazu den Evaluationsbericht der CMA, BAA airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 market investigation remedies, 16.5.2016.

⁶⁴ Das Bundeskartellamt hat verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen in den Bereichen Nutzerbewertungen, Smart-TVs und Vergleichsportale abgeschlossen, siehe https://www.bundeskartellamt.de/DE/Verbraucherschutz/Verfahren/verfahren_node.html.

⁶⁵ Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Studie für das BMWi, 2018, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.html>. Siehe auch *dies.*, GRUR 2018, 1004; *Podszun/Schmieder* in: Kerstig/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 6.

sein, die Praktiken, die als „dark patterns“ bekannt geworden sind, abzustellen. Die Notwendigkeit eines behördlichen Eingreifens ist angesichts der Marktsituation gestiegen.

5. Verfahrens- und Bußgeldrecht

Die GWB-Novelle führt zu zahlreichen Änderungen im Verfahrensrecht und im Bußgeldrecht.⁶⁶ Hintergrund ist vor allem die erforderliche Anpassung des GWB an die ECN-plus-Richtlinie (RL (EU) 1/2019). Die dazu vorgenommenen Anpassungen sind in ihrer Wirkung ganz überwiegend überschaubar. Die Umsetzung ist gelungen. Der Gesetzesbegründung der Bundesregierung ist nichts hinzuzufügen.

⁶⁶ Zum Bußgeldrecht mit kritischen Anmerkungen *Meyer-Lindemann*, WuW 2020, 16; *Giese u.a.*, NZKart 2020, 562. Kritisch zum Verfahrensrecht *Ludwigs*, NZKart 2020, 576.

IV. Änderungen in der Zusammenschlusskontrolle

Die Bundesregierung schlägt auch Änderungen in der Zusammenschlusskontrolle vor.

1. Neue Schwellenwerte, §§ 35, 36 GWB-E

Uneingeschränkt zu begrüßen ist die Anpassung der Schwellenwerte. Insbesondere die einheitliche Festlegung einer 10-Mio.-Euro-Umsatzschwelle, die dazu führt, dass die bisherige „Anschlussklausel“ in § 35 Abs. 2 S. 1 GWB entfallen kann, folgt einer langjährigen Empfehlung.⁶⁷ Die Anhebung der Schwellenwerte wird Bürokratiekosten für Unternehmen senken. Es steht nicht zu befürchten, dass relevante Zusammenschlüsse durch die Maschen des Netzes schlüpfen.

Zur Pressefusionskontrolle siehe V.2.

2. „Remondis“-Klausel, § 39a GWB-E

In § 39a GWB sieht der Regierungsentwurf eine neuartige Regel vor, mit der das Bundeskartellamt in die Lage versetzt werden soll, bestimmte Unternehmen aufzufordern, Zusammenschlüsse unabhängig von den üblichen Schwellenwerten anzumelden. Die Klausel ist als sog. „Remondis“-Klausel bekannt geworden. Es wird angenommen, dass in der Entsorgungswirtschaft (in der das Unternehmen Remondis tätig ist) zahlreiche Aufkäufe kleinerer Unternehmen stattfinden, die bislang nicht kontrollpflichtig sind, aber in der Summe dazu führen, dass auf vielen benachbarten Regionalmärkten nur noch ein Unternehmen tätig ist.

Ob dieses Problem tatsächlich der Lösung bedarf, ist eine politische Frage. Das hängt vor allem davon ab, ob es sich um einen Einzelfall handelt, wie es ihn immer wieder geben kann, oder ob hier ein systematisches Defizit in den Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle vorliegt. Für Letzteres gibt es, auch im internationalen Vergleich, wenig Indizien. Bei einem System wie dem der Zusammenschlusskontrolle wird es immer Fälle geben, die durch die Maschen schlüpfen, wenn nicht sämtliche Zusammenschlüsse angemeldet werden sollen (was niemand will). Als Notnagel gibt es nachträglich noch die Missbrauchsaufsicht.

Die nun in § 39a GWB vorgesehene Umsetzung stellt in mehrfacher Hinsicht eine Besonderheit für die Fusionskontrolle dar:

Erstens wird, anders als bislang, keine sich aus dem Gesetz ergebende Anmeldepflicht vorgesehen. Vielmehr muss diese vom Bundeskartellamt für einen begrenzten Zeitraum ausgesprochen werden.

Zweitens wird für die Anmeldepflicht kein objektiv leicht nachvollziehbares Kriterium verwendet, sondern auf strittige Faktoren abgestellt, etwa Anhaltspunkte für Wettbewerbsbehinderungen (§ 39a Abs. 1 Nr. 2).

Drittens wird davon ausgegangen, dass in „Wirtschaftszweigen“ Anteile, ähnlich wie Marktanteile, berechnet werden können (§ 39a Abs. 1 Nr. 3). Bei aller berechtigten Kritik am Markt begriff (siehe auch oben, II.1.b) scheint mir der Begriff des „Wirtschaftszweigs“ sehr anfällig für langwierige Streitigkeiten. Mit diesem Kriterium sind deutliche Unsicherheiten behaftet.

⁶⁷ Podszym, WuW 2010, 1128, 1139.

Hinzukommt, dass die praktische Anwendung von § 39a GWB durch die Notwendigkeit einer vorherigen Sektoruntersuchung nach § 32e (siehe § 39a Abs. 3) nur in sehr seltenen Fällen in Betracht kommen wird.

Für eine Effektivierung der Vorschrift sollte man entweder erwägen, die Voraussetzung in Abs. 3 fallen zu lassen oder, das schiene mir besser, die Voraussetzung in Abs. 1 Nr. 3 aufzugeben. § 39a GWB könnte dann in Folge einer Sektoruntersuchung, bei der sich Verkrustungen herausgestellt haben, eine zeitlich befristete Anmeldepflicht auslösen.

Empfohlen wird, Abs. 1 Nr. 3 des § 39a GWB-E zu streichen.

In § 39a Abs. 2 Nr. 2 ist eine Inlandsschwelle vorgesehen, sodass nur Zusammenschlüsse erfasst werden, bei denen das Target 2/3 seiner Umsätze im Inland erzielt. Mit der Regelung würden also ggf. nur schwerpunktmäßig in Deutschland tätige KMU und Start-ups erfasst.

Insgesamt sollte der Bundestag mit neuen Aufgreifkriterien in der Zusammenschlusskontrolle allerdings vorsichtig umgehen.⁶⁸ Das liegt nicht zuletzt an der Vorbildfunktion, die Deutschland auch international hat: Führt Deutschland ein System ein, bei dem die Anmeldepflicht für bestimmte Unternehmen im Ermessen der Kartellbehörde steht, kann dies zur Nachahmung in anderen Ländern führen. Es ist gut denkbar, dass dann für deutsche Unternehmen bei Akquisitionen im Ausland die Hürden erhöht werden.

3. „Killer Acquisitions“

§ 39a GWB ist nicht als Instrument gedacht, um sog. „Killer Acquisitions“⁶⁹ von großen Digitalunternehmen zu regulieren. In dieser Dimension würde die Inlandsschwelle besonders hemmend wirken.

Will man den Aufkauf potentiellen Wettbewerbs durch digitale Gatekeeper bremsen, würde sich dafür eine eigene Regelung anbieten, die an § 19a GWB anknüpft, aber systematisch im Fusionskontrollrecht aufzuführen wäre (z.B. als § 39b GWB). In diese Richtung gehen auch Anträge der Oppositionsparteien.⁷⁰

Gerade die Finanzkraft einiger Unternehmen ist enorm gewachsen. Das verleiht ihnen die Möglichkeit, potentiellen Wettbewerb frühzeitig vom Markt zu nehmen (sog. „killer acquisitions“) und mit ihrem Geld das Schicksal anderer Unternehmen, gerade Start-ups, zu steuern. Vielfach wird beobachtet, dass der Aufkauf von potentiellen Wettbewerbern zu einer Machtarrondierung der GAFa-Unternehmen geführt hat.⁷¹ Der Erwerb von WhatsApp und Instagram durch Facebook gibt davon beredtes Beispiel. Dabei ist der Effekt nicht einseitig negativ: Der Anreiz, durch ein starkes Unternehmen gekauft zu werden, kann besondere Innovationsanstrengungen bei Start-ups auslösen; die Integration des hinzugekauften Produkts kann für Kundinnen und Kunden sehr positiv ausfallen.

⁶⁸ Kritisch zu § 39a GWB-E auch *Gröss/Mersch*, NZKart 2020, 119; *Kredel/Kresken*, NZKart 2020, 502, 504.

⁶⁹ Der Begriff geht zurück auf *Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707.

⁷⁰ Dafür auch *von Wallenberg*, ZRP 2020, 238, 241.

⁷¹ *Borraan/de Streeck*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 19; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 117; *Caffarra/Cranford/Valletti*, „How Tech rolls“: Potential competition and “reverse” killer acquisitions, CEPR, 11.05.2020, abrufbar unter <https://voxeu.org/content/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions>.

Angesichts der besonderen Macht und der „besonderen Verantwortung“ der Normadressaten des § 19a Abs. 1 GWB-E sollten ihre Konzentrationsstrategien jedoch nicht unterhalb des Radars der Öffentlichkeit bleiben.⁷²

Empfohlen wird, Unternehmen mit überragender Bedeutung für den marktübergreifenden Wettbewerb, also Normadressaten des § 19a, einer Anzeige- oder Anmeldepflicht hinsichtlich ihrer Fusionen zu unterwerfen, soweit ein ausreichender Bezug zum Inland besteht.

Der Inlandsbezug ist eine völkerrechtliche Anforderung.

Eine Anzeigepflicht könnte – ob in § 19a GWB oder als § 39b GWB – Transparenz über wirtschaftliche Verflechtungen und die Ausbreitung der digitalen Ökosysteme von Unternehmen mit überragender Bedeutung vermitteln und damit den hoheitlichen Ordnungsanspruch absichern. Ohne Kenntnis dessen, was im Markt geschieht, kann eine Ordnung der Wirtschaft nicht gelingen. Der EuGH hat vielfach festgestellt, dass marktbeherrschende Unternehmen eine „besondere Verantwortung“ tragen.⁷³ Das gilt umso mehr für Unternehmen mit einer überragenden Bedeutung für den marktübergreifenden Wettbewerb.

4. Ministererlaubnis, § 42 GWB-E

Die Änderungen korrigieren zumindest teilweise den bei der 9. GWB-Novelle gerügten Fehler, die Beschwerdebefugnis Dritter abzuschaffen. Nun wird als Kontrollinstanz vor der Entscheidung der Ministerin oder des Ministers wenigstens im Eilverfahren eine gerichtliche Stellungnahme erforderlich.⁷⁴

Unverändert bleibe ich der Auffassung, dass die Ministererlaubnis als Instrument und in ihren Voraussetzungen fehl am Platz ist. Sie konterkariert die Arbeit des Bundeskartellamts, häufig gerade in den wichtigsten Fällen, sie hat Voraussetzungen, die nicht sinnvoll geprüft werden können, sie lädt zu „regulatory capture“ ein. Die Entscheidungen der Vergangenheit, in denen einen Ministererlaubnis gewährt wurde, haben sich durchweg als Fehlentscheidungen herausgestellt.⁷⁵ Das Instrument sollte daher gänzlich abgeschafft werden.

⁷² Vgl. auch *Budżinski/Gaenssle/Stöbr*, Der Entwurf zur 10. GWB-Novelle: Interventionismus oder Laissez-faire?, Ilmenau Diskussionspapier Nr. 140, 2020, die sich für eine Integration des Konzepts aus § 19a Abs. 1 GWB-E in die Fusionskontrolle stark machen.

⁷³ St. Rspr. seit EuGH, 09.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, Rn. 57 – *Michelin*.

⁷⁴ Skeptisch *Konrad*, WuW 2020, 244, 248 f.

⁷⁵ Vgl. *Stöbr/Budżinski*, Ex-post Analyse der Ministererlaubnis-Fälle - Gemeinwohl durch Wettbewerbsbeschränkungen?, Ilmenau Economics Discussion Papers No. 124, 2019; *Konrad*, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2019.

V. Sonderbereiche

In der Diskussion sind Ausnahmen für verschiedene Sonderbereiche.

Grundsätzlich sind dazu drei Feststellungen zu machen:

Erstens zieht das Kartellrecht einen Teil seiner Bedeutung und seines Ansehens aus der Tatsache, dass Unternehmen aus allen Branchen gleichermaßen dem Kartellrecht unterworfen sind (Universalitätsgedanke). Es ist eben der grundlegende Wirkungsmechanismus der Marktwirtschaft, der für alle Wirtschaftsbereiche in gleicher Weise gelten soll. Jede Ausnahme höhlt das „Grundgesetz der Marktwirtschaft“ ein Stück weit aus.

Zweitens ist im Bereich der Anwendung von Art. 101 AEUV eine nationale Ausnahmeregelung häufig sinnlos, da stets der Zugriff des europäischen Rechts droht. Rechtssicherheit kann angesichts der weiten Annahmen für die Bejahung der Zwischenstaatlichkeit kaum erzielt werden.

Drittens hat Deutschland immer auch eine Vorbildfunktion als eine der angesehensten Kartellrechtsnationen der Welt. Nehmen wir Sektoren von der Anwendung des Kartellrechts aus, kann dies rasch auch in anderen Staaten Schule machen – gelegentlich mit problematischen Folgen für den Marktzutritt europäischer Unternehmen.

1. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Immer wieder wird vorgetragen, der öffentlich-rechtliche Rundfunk bedürfe einer Ausnahme vom Kartellrecht für seine kommerziellen Aktivitäten. Mit den kommerziellen Aktivitäten stehen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die ohnehin schon von ihrer privilegierten Finanzierung profitieren, aber im Wettbewerb zu privaten Anbietern. Von Absprachen wären beispielsweise kleine und mittlere Unternehmen der Filmbranche (Produktionsfirmen, Technikverleih, Catering-Dienste, Werbefilmfirmen, Schauspieler/innen) betroffen. Gerade in dieser ohnehin derzeit gebeutelten Branche wäre eine Vermachtung auf Seiten der öffentlich-rechtlichen Sender höchst problematisch. Von jeglicher Ausnahme sollte abgesehen werden.

2. Presse, § 38 Abs. 3 GWB-E

In den vergangenen Jahren wurden immer wieder Ausnahmen für Presse-Unternehmen geschaffen, beispielsweise in § 30 GWB oder durch Absenkung der Anmeldepflichten in § 38 Abs. 3 GWB. Im Entwurf der Bundesregierung ist eine weitere Reduzierung der Pressefusionskontrolle vorgesehen.

Richtig ist, dass für die Pressefusionskontrolle aus Gründen des Vielfaltsschutzes höhere Umsätze fingiert werden als für andere Unternehmen. Eine Reduzierung würde den Bereich der Presse folglich weiter dem Standard annähern, der für alle Branchen gilt. Allerdings hat sich der Gesetzgeber des GWB bewusst entschieden, die Medienvielfalt auch über die Pressefusionskontrolle zu sichern. Die Hürde der Fusionskontrolle beim Bundeskartellamt war in den vergangenen Jahren nicht unüberwindlich. Weiterhin ist es so, dass in vielen Regionen Zeitungen die einzigen relevanten Meinungsbildner von Seriosität und Gewicht sind. Rückt man von der Pressefusionskontrolle noch weiter ab, wäre dies das Signal, dass der Bundestag den Wettbewerb der Zeitungsverlage aufgibt.

Dieses Signal ist auch deshalb nicht geboten, weil die Zeitungsverlage sich in den vergangenen Jahren vielfach zu Medienunternehmen umstrukturiert haben und längst nicht mehr nur Print-Verlage sind. Als Medienunternehmen müssen sie aber selbsttätig versuchen, am Markt zu bestehen.

Auch für die Erleichterung weitergehender Kooperationen besteht kein Anlass. Mit § 30 GWB ist der Gesetzgeber den Verlagen weit entgegen gekommen. Es ist nicht bekannt, dass innovative Vorhaben der Pressewirtschaft gerade an kartellrechtlichen Vorgaben gescheitert wären. Die Rahmenbedingungen stehen, sie sind für die Presse an vielen Punkten äußerst großzügig. So wesentlich das Überleben seriöser Medien für die Demokratie ist, so wenig hängt dieser Fortbestand nun am Kartellrecht. Es ist an den Medienunternehmen, Konzepte und Projekte zu entwickeln, die wettbewerbsfähig sind. Das Kartellrecht steht nicht im Weg.

3. Krankenhäuser, § 186 Abs. 9 GWB-E

Der Regierungsentwurf sieht für eine Übergangszeit bis zum 31.12.2025 eine Ausnahmenvorschrift für die Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhäusern vor.

Mit Blick auf die Corona-Pandemie ist zunächst zweifelhaft, ob es ökonomisch und gesundheitlich sinnvoll ist, die Konsolidierung der Krankenhauslandschaft weiter voranzutreiben, mit der vor der Pandemie begonnen wurde. Inzwischen haben sich die Vorteile von Überkapazitäten und dezentraler Organisation deutlich gezeigt.

Die Regelung ist teilweise eine Reaktion auf gescheiterte Krankenhausfusionsvorhaben, die vom Bundeskartellamt gestoppt wurden oder gar nicht erst in eine nähere Prüfung gelangt sind. Das Bundeskartellamt hat – in Einklang mit der BGH-Rechtsprechung – ein Prüfraster entwickelt, das zu einer relativen hohen Zahl an Untersagungen geführt hat. Interventionen des Bundeskartellamts im Krankensektor sind sehr viel häufiger als im Durchschnitt aller anderen Sektoren.⁷⁶ Unter den Fällen, in denen das Bundeskartellamt eingreift, sind häufig Zusammenschlüsse benachbarter Krankenhäuser, deren volkswirtschaftliche Bedeutung letztlich überschaubar bleibt. Es ist daher nachvollziehbar, dass ein gewisser Regelungsbedarf besteht.

Die dafür vorgelegte Lösung überzeugt jedoch nicht und ist verfassungsrechtlich heikel: Sie entzieht einen Teil der Fälle der Zusammenschlusskontrolle von vornherein und bindet die Entscheidung darüber an die Förderung im Rahmen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und der Krankenhausstrukturfonds-Verordnung. Erst im Nachhinein ist eine Meldung an das Bundeskartellamt erforderlich. Damit wird die Entscheidung über die Anmeldepflicht eines Zusammenschlusses weitgehend in die Hände der Länder gelegt, die einen Förderantrag nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz stellen. Darin liegt die Bindung einer Bundeskompetenz (Durchsetzung der fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht) an die Länder (Mechanismus der Krankenhausstrukturfonds-Verordnung). Das ist mit dem Verbot der Mischverwaltung zumindest schwer in Einklang zu bringen.

Wieder gilt auch das oben bereits angeführte Argument, dass die Bundesrepublik im Bereich der Fusionskontrolle keine Blaupause für andere Staaten liefern sollte, um ihre Unternehmen (womöglich auch noch die staatlich kontrollierten Unternehmen!) von der Zusammenschlusskontrolle auszunehmen. Es kommt zu einem komplizierten Systembruch im System der Fusionskontrolle.

Beklagenswert ist auch, dass nicht einmal – wie im anderen Fall des Systembruchs, § 158 Abs. 2 SGB V für Krankenkassen – das Bundeskartellamt in irgendeiner Form in die Entscheidung eingebunden wird.

⁷⁶ Vgl. im Einzelnen *Podszum* in: FS Wiedemann, 2020, S. 449 m.w.N.

Die wettbewerbliche Perspektive bleibt bei Fusionen, die nach § 186 Abs. 9 GWB durchgeführt werden, gänzlich ausgeblendet. An die Stelle des angeblich bisher geltenden „Primats des Kartellrechts“,⁷⁷ tritt eine Ignoranz der Wettbewerbswirkungen. Das ist misslich. Dass Wettbewerb im Krankenhausbereich seinen Platz haben sollte, dürfte unbestritten sein. Dennoch soll eine ganze Reihe von Zusammenschlüssen künftig nicht mehr wettbewerblich kontrolliert werden, nicht einmal im Ansatz. Eine Benehmensregel oder eine Stellungnahemöglichkeit für das Bundeskartellamt wäre das Minimum in dieser Hinsicht.

Das ist im Ergebnis auch deshalb unbefriedigend, weil selbst Mega-Fusionen auf diesem Weg an der Fusionskontrolle vorbeigeführt werden können. Hier kann es zu erheblichen Ungleichbehandlungen kommen, wenn einige Zusammenschlüsse über den Fonds an der Fusionskontrolle gänzlich vorbeigeleitet werden, andere aber voll kontrollpflichtig sind. Das ist der – durchaus auch privatwirtschaftlich geprägten Gesundheitsbranche – kaum vermittelbar.

Schlussendlich kommt es zu Friktionen mit der europäischen Fusionskontrolle, die weiterhin anwendbar bleibt. Die Europäische Kommission wird allerdings keine Fälle mehr nach Bonn verweisen können.

Ein alternativer Lösungsweg zur Entschärfung der Diskussion wäre, bei der Berechnung der Anmeldepflicht von Krankenhäusern nur diejenigen Umsätze zu berücksichtigen, die im Gesundheitssektor erzielt werden. Dann würden einige fast kurios anmutende Kleinstfälle aus der Anmeldepflicht herausfallen, die bislang geprüft werden, weil dem Krankenhausträger (z.B. dem Landkreis oder dem Land) Umsätze aus entfernten Geschäftsbereichen (z.B. Landeslottogesellschaft, Sparkasse) zugerechnet werden. In den umstrittenen Fällen dürfte eine solche schlanke und systematisch akzeptable Lösung stets zu dem richtigen Ergebnis führen: Bedeutsame Zusammenschlüsse wären vom Bundeskartellamt zu prüfen, andere sind nicht anmeldepflichtig.

Empfohlen wird, die Regelung zur Krankenhausfusionskontrolle zu überarbeiten, dem Bundeskartellamt eine Stimme zu geben und das zugrundeliegende Problem über eine Einschränkung der zu berücksichtigenden Umsätze im Rahmen der Aufgreifschwelen zu lösen.

⁷⁷ So Heyers, WuW 2020, 237.

VI. Zukünftige Regelungsaufgaben

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist ein sehr fortschrittlicher Vorschlag, der das Kartellrecht in zentralen Punkten weiterentwickeln wird.

Das Kartellrecht wird, das zeigt schon die Gesetzgebungshistorie der letzten Jahrzehnte, den Gesetzgeber immer wieder beschäftigen. Es wird Evaluationen und Nachjustierungen geben. Die Ordnung der Wirtschaft ist eine Daueraufgabe.

Drei Regelungsaufgaben der nächsten Jahre skizziere ich im Folgenden kurz – als Impuls für den Tag nach der Verabschiedung dieser Novelle.

1. Schadensersatzrecht

Im Entwurf der Bundesregierung werden Modifikationen im Kartellschadensersatzrecht vorgenommen, die zu begrüßen sind. Einzelne Fragen der Kartellrechtsdurchsetzung, die sich in der Rechtsprechung gestellt hatten, werden damit geklärt.

Dennoch wird auch in Zukunft die private Kartellrechtsdurchsetzung noch unter Schwierigkeiten leiden. Die hohe Zahl der Klageeingänge bei Gerichten und die Komplexität, mit der die Verfahren geführt werden, belasten die Kartellrechtsdurchsetzung. Der Europäische Gerichtshof hatte wiederholt gefordert, dass private Schadensersatzklagen nach Kartellrechtsverstößen wirksam sein müssen (sog. „effet utile“ des europäischen Rechts). In der Sache geht es darum, dass Geschädigte die durch das Kartell verursachten Schäden ersetzt bekommen – eigentlich ist das ein selbstverständlicher Anspruch des Haftungsrechts. Die Durchsetzung solcher Ansprüche ist insbesondere für solche Geschädigten kaum zu stemmen, die über wenige Ressourcen verfügen, z.B. private Endverbraucher.

Der Präsident des Landgerichts Stuttgart, *Andreas Singer*, hat in einem Pressegespräch 2019 erklärt, dass bei seinem Landgericht etwa 250 Klagen wegen des LKW-Kartells anhängig seien, wohingegen früher nur rund 1-2 Kartellschadensersatzklagen eingegangen seien. Das bringt die Justiz an ihre Grenzen, zumal es teilweise um Streitwerte in Millionenhöhe geht.⁷⁸ Die Verfahren dauern lange. Zwar erhalten Kläger häufig dem Grunde nach Recht, es gibt aber so gut wie keine Urteile, in denen Klägern der Höhe nach tatsächlich Schadensersatz zugesprochen wird.⁷⁹

Aufbauend auf einer Auswertung der bisherigen Praxis – einschließlich der außergerichtlichen Einigungen – sollte die Bundesregierung prüfen, inwieweit Geschädigte tatsächlich Chancen haben, Kartellschadensersatzansprüche erfolgreich durchzusetzen, insbesondere wenn es nicht um Produkte geht, die – wie LKW – schon bei Bezug eines einzelnen Produkts hohe Schäden verursachen können. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, inwieweit die deutsche Justiz als Gerichtsstandort international wettbewerbsfähig ist.

⁷⁸ Vgl. LG Stuttgart, Pressegespräch 2019, abrufbar unter www.landgericht-stuttgart.de/pb/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/import/landgericht%20stuttgart/pdf/PDF%20f%C3%BCr%20Pressemitteilungen/Pressegespr%C3%A4ch%202019%20-%20Handout.pdf. Näher zur Überlastung der Gerichte mit Kartellklagen siehe auch *Klumpe*, NZKart 2019, 405.

⁷⁹ Vgl. zur Statistik *Rengier*, JECLAP 2020, 72, 75; *Rengier*, WuW 2018, 613 ff.

Andere Mitgliedsstaaten der EU haben durch Einführung eines Mindestschadensersatzes eingegriffen.⁸⁰ In eine ähnliche Richtung geht eine Entscheidung des LG Dortmund aus jüngster Zeit.⁸¹ Daneben sind, wie im Antrag der Grünen 1 vorgeschlagen, Stärkungen von Verbraucherrechtsbehelfen oder Lockerungen für innovative Rechtsdienstleistungsmodelle denkbar. Es gibt hier noch vielfältige Entwicklungen, die der Beobachtung bedürfen. Deshalb ist für die 10. GWB-Novelle noch kein Handlungsbedarf gegeben. Das Problem sollte aber sorgfältig beobachtet werden.

Gänzlich unterbelichtet sind bislang Schadensersatzansprüche nach Missbrauchsverfahren. Auch hier besteht möglicherweise Handlungsbedarf.

2. Kartellrecht und Nachhaltigkeit

Kein Thema bewegt die Generation meiner Studentinnen und Studenten so sehr wie der Klimawandel. Zugleich wird Nachhaltigkeit auch für Unternehmen wichtiger, sei es aufgrund gesetzlicher Anforderungen oder wegen einer geänderten Verbrauchernachfrage. Wenn, wie im European Green Deal angelegt, sämtliche Politikfelder darauf überprüft werden, ob sie einen Beitrag zur Nachhaltigkeit leisten, dann ist auch das Kartellrecht zu prüfen.

Aktuell wird insbesondere eine Lockerung des Kartellrechts für den Fall diskutiert, dass Unternehmen kooperieren, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.⁸² Gesetzgeberischer Bedarf besteht hier zunächst nicht. Die Ausnahmeregelung in § 2 GWB ist flexibel genug, um auch Nachhaltigkeitseffekte einzubeziehen, soweit diese einen wettbewerblich-wirtschaftlichen Kern haben und noch als „Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“ oder als „technischer oder wirtschaftlicher Fortschritt“ einzustufen sind.⁸³

Mit der Änderung, die für § 32c GWB-E vorgesehen ist, lässt sich die Rechtssicherheit für Unternehmen erhöhen. In der Gesetzesbegründung (oder sogar im Gesetzeswortlaut) könnte klargestellt werden, dass ein erhebliches Interesse auch aus ökologischen Gründen gegeben sein kann (siehe schon oben, III.2). Das wäre kein Systembruch im Kartellrecht, da es lediglich den Bereich des Aufgreifermessens betrifft, nicht die anzuwendenden Maßstäbe. Es darf, das ist zu betonen, nicht dazu kommen, dass unter dem Deckmäntelchen der Nachhaltigkeit wichtige Wettbewerbsparameter abgesprochen werden.⁸⁴

Weitergehend muss gefragt werden, inwieweit das Kartellrecht Nachhaltigkeit fördert. Am Beispiel der Fusion *Bayer/Monsanto* haben wir dieses Thema im Ausschuss schon einmal besprochen.⁸⁵ Die Einführung eines ökologischen Standards im Kartellrecht oder die stärkere Berücksichtigung außer-wettbewerblicher Politikziele verwässert den klaren wettbewerblichen Fokus und überfordert Kartellbehörden und -gerichte. Allerdings sollten gerade die wirtschaftlichen Effekte von Umweltzerstörung oder Klimawandel Eingang in die kartellrechtlichen Überlegungen finden: Ein Unternehmen, das umwelt-

⁸⁰ Siehe *Klumpe*, Vermutung von 20 % Kartellpreisaufschlag, <https://www.d-kart.de/blog/2020/10/26/vermutung-von-20-kartellpreisaufschlag-rumalien-verleiht-der-privaten-kartellrechtsdurchsetzung-biss/>.

⁸¹ LG Dortmund, 30.9.2020, Az. 8 O 115/14 (Kart), WuW 2020, 619 m. Anm. *Kersting*; vgl. auch *Isikay*, Schadensschätzung bei Kartellverstößen – was kann das Kartellrecht vom Zivilrecht lernen?, 2020.

⁸² Vgl. BKartA, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis, 2020, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.html?nn=3591286.

⁸³ Siehe allerdings *Engelsing/Jakobs*, WuW 2019, 16, 21.

⁸⁴ Ebenso *Vestager*, Rede v. 24.10.2019, Competition and sustainability: „sustainability agreements mustn't be used as cover for a cartel.“

⁸⁵ Sitzung des Wirtschaftsausschusses vom 27.6.2018, siehe <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw26-pa-wirtschaft-556686>.

schädigend handelt und seine Kosten externalisieren kann, hat einen wettbewerblichen Vorteil gegenüber Unternehmen, die strengeren Standards genügen. Die externen Effekte von Umweltschäden sollten stärkere Berücksichtigung finden. So ließe sich etwa, völlig systemkonform, in § 18 Abs. 3 GWB als Kriterium für Marktmacht ergänzen:

„Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: (...) die Möglichkeit Gewinne zu erzielen, indem Umweltschäden externalisiert werden.“

Die Externalisierung von Kosten hat zumindest das Potential, Marktmacht zu festigen; dies wäre eine denkbare Brücke zwischen unverzerrtem Wettbewerb und Nachhaltigkeit.

3. Kartellrecht und Globalisierung

Manche Beobachter sehen Europa in einer Art „Systemwettbewerb“ mit den USA und China. Verknüpft ist dies mit einer Idee europäischer Werte, die im internationalen Kontext stärker berücksichtigt werden sollen. *Charles Michel*, der Präsident des Europäischen Rats, hat vor diesem Hintergrund eine „strategische Autonomie“ der EU gefordert.⁸⁶

Auf Ebene des wirtschaftlichen Wettbewerbs stellt sich die Situation so dar, dass die globalen Märkte für europäische Unternehmen eine herausragende Chance bieten. Zugleich beklagen sie das fehlende „level playing field“, insbesondere durch verzerrende Rahmenbedingungen. Das Thema hat längst auch das Kartellrecht erreicht. Im instruktiven Fusionsfall *CRRC/Vossloh* prüfte das Bundeskartellamt die Übernahme eines deutschen Lokomotivenherstellers durch ein chinesisches Staatsunternehmen. In der Entscheidung werden die Schwierigkeiten bei Ermittlung und Bewertung eines solchen Falls sehr greifbar.⁸⁷

Die Europäische Kommission hat gesetzgeberische Schritte zur Beihilfenkontrolle bei ausländischen Staatsunternehmen angekündigt, die u.a. beim European Competition Day des Bundeswirtschaftsministeriums diskutiert wurden.⁸⁸ Die Praktikabilität dieser Vorschläge scheint noch nicht ausgegoren.

Das Thema Globalisierung hat jedoch viele Facetten. CDU/CSU und SPD haben die Globalisierung als Thema des Kartellrechts erkannt. Schon im Koalitionsvertrag von 2018 heißt es:

„Wir brauchen eine Modernisierung des Kartellrechts in Bezug auf die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaftswelt.“ (Rn. 2755 f.)

Das Bundeskartellamt hat sich in vorbildlicher Weise der internationalen Zusammenarbeit verschrieben. Dies wird schon durch die führende Rolle von *Andreas Mundt* im höchst effektiven International Competition Network deutlich, dem er seit 2013 vorsteht. Die internationale Kooperation sollte ausgebaut werden. Die Bundesregierung sollte auf internationaler Ebene darauf hinwirken, dass gemeinsame Ermittlungen und multinationale Case Teams zum Standard des Kartellrechts werden. Das gilt erst recht für Sektor- und Marktuntersuchungen. Warum sollte nicht ein deutsch-amerikanisch-koreanisches Case Team gemeinsam Praktiken von Internetkonzernen untersuchen oder ein weltweites Kartell beußen? Warum sollte nicht ein deutsch-türkisches Team gemeinsam Rechtsverletzungen in beiden Ländern prüfen? Die Unterstützung von jungen Kartellrechtsjurisdiktionen gehört ebenfalls dazu.

⁸⁶ *Michel*, Rede vom 28.9.2020, Bruegel-Online-Veranstaltung, abrufbar unter <https://www.bruegel.org/wp-content/uploads/2020/09/michel-speech.pdf>.

⁸⁷ BKartA, 27.4.2020, B4-115/19 – *CRRC/Vossloh*.

⁸⁸ KOM, White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies, 17.6.2020, COM(2020) 253 final.

Teilweise ist dies – auch völkerrechtlich – noch ein weiter Weg, aber es wäre die richtige Antwort auf globalisierte Märkte und angenäherte kartellrechtliche Standards.

Innerhalb der EU ist bereits ein starkes Netzwerk entstanden, das allerdings noch zu sehr auf der Führungsrolle der Europäischen Kommission aufbaut. Bei künftigen Reformen auf europäischer Ebene sollte sich die Bundesregierung dafür einsetzen, die Kompetenzen und Kapazitäten der nationalen Wettbewerbsbehörden zu stärken. Gerade bei neuen Regelungsprojekten, etwa beim Digital Markets Act, kann die Durchsetzung nur gelingen, wenn die nationalen Akteure auf Augenhöhe mit der EU-Kommission zusammenarbeiten.

Die Bundesregierung sollte sich bei internationalen Handelsverträgen dafür einsetzen, dass kartellrechtliche Mindeststandards in den Partnerländern eingehalten werden. Perspektivisch sollte auch im Rahmen der WTO das Kartellrecht wieder Gegenstand der Beratungen werden.

Düsseldorf, 20.11.2020

[Prof. Dr. Rupprecht Podszun]