



Pinsent Masons

Kurzeinschätzung

bezüglich des Projektvorschlags der Association Henri Capitant zum Wettbewerbsrecht

von RA Prof. Dr. Hans Jürgen Meyer-Lindemann, M.C.J. (NYU)

I Das Projekt

Im Rahmen des von der Association Henri Capitant verfolgten Ziels, das europäische Handelsrecht in einem umfassenden Kodex zu regeln, soll dem Wettbewerbsrecht eine wichtige Rolle zukommen. Das betrifft u. a. das Kartellrecht im engeren Sinne, das Recht zum Marktmissbrauch, die Fusionskontrolle und das Beihilferecht. Entsprechende Regelungen sollen zunächst zwischen Frankreich und Deutschland harmonisiert werden. Dazu wird nachfolgend kurz Stellung genommen.

II Ausgangssituation

So lobenswert die Zielsetzung einer rechtlichen Angleichung grundsätzlich sein mag, so scheint das Projekt, ein einheitliches europäisches Gesetzbuch zum Wettbewerbsrecht nach vorheriger französisch-deutscher Einigung zu verfassen, für die ausgegebene Zielsetzung eher ungeeignet und auch in zeitlicher Hinsicht nicht prioritär zu sein:

1. Internationale Einbettung

Kaum ein Rechtsgebiet ist so international wie die hier maßgebliche Rechtsmaterie und bedarf deshalb besonderen Weitblicks, der durch eine innerhalb Europas zunächst nur bilateral vorangetriebene Kodifizierung nicht gewahrt wird.

Die französische Initiative beim Gipfel der G7-Staaten 2019 in Chantilly, eingebracht durch die Autorité de la concurrence, die zum Abschluss eines zwischen den Wettbewerbsbehörden der G7-Staaten vereinbarten „Digital and Competition Agreement“ führte, bekräftigt dies nur. Auf globaler Ebene fördert die UNCTAD die Bemühungen um politische Konvergenz im Wettbewerbsrecht durch Dialog und gegenseitigen Meinungsaustausch. Die OECD, das International Competition Network (ICN) oder das European Competition Network (ECN) sind alle wichtige Foren für eine weitere Harmonisierung des Wettbewerbsrechts, das von seiner erklärten Zielsetzung her auch in geographischer Hinsicht ein möglichst weitreichendes level playing field erreichen sollte. Dazu tragen auch bei die im Abstand von zwei Jahren zwischen der Autorité de la concurrence und dem Bundeskartellamt abgehaltenen Begegnungen zum Wettbewerbsrecht („Deutsch-Französische Wettbewerbstag“), gemeinsame Studien dieser beiden Wettbewerbsbehörden, wie etwa die zu „Algorithmen und Wettbewerb“, oder die vom Bundeskartellamt alle zwei Jahre stattfindende Internationale Kartellkonferenz.

2. Rege Gesetzgebungstätigkeit

Kaum ein Rechtsgebiet ist dynamischer in seiner Entwicklung und führt jetzt schon zu permanenten und tiefgreifenden Gesetzgebungsmaßnahmen, von denen nicht durch Arbeiten an einer neuen und alternativen Kodifizierung abgelenkt werden sollte:

Nur zwei Monate ist es her, dass in Deutschland die sogenannte Digitalisierungsnovelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) in Kraft gesetzt wurde, die neue Instrumente für die so wichtige Bekämpfung des Marktmissbrauchs in digitalen Bereichen bereitstellt, darüber hinaus aber auch die europäische Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten („ECN+“) umsetzt. In Frankreich wurde die Richtlinie durch die loi DDADUE umgesetzt. Allein diese von den Mitgliedstaaten umzusetzende Richtlinie führt zu einer weiteren wichtigen Harmonisierung des europäischen Wettbewerbsrechts. Ähnlich war es der Fall bei der Umsetzung der europäischen Schadenersatzrichtlinie für Kartellschäden.

Die Europäische Kommission hat Entwürfe für einen Digital Markets Act und einen Digital Services Act vorgelegt, um Marktmissbrauch durch „Big Tech“ zu verhindern. Das betrifft das momentan wohl wichtigste Thema des Wettbewerbsrechts. Europaweit und darüber hinaus werden die Vorschläge der Kommission

intensiv beraten und diskutiert. Daneben wird das Kartellrecht auf eine mögliche bessere Kompatibilität mit dem von der Kommission verfolgten Green Deal geprüft. Wichtige horizontale Gruppenfreistellungsverordnungen (für Spezialisierungsvereinbarungen und Vereinbarungen für Forschung und Entwicklung) werden bis Ende 2022 mit den dazugehörigen Leitlinien neu gefasst. Die von ihrer praktischen Bedeutung her so zentrale Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen, ein Bereich, der auch im Kodex prominent geregelt werden soll (Art. 19-26, aber auch z. B. Art. 15), wird mit entsprechenden ausführlichen Leitlinien im Frühjahr 2022 nach umfangreichen Beratungen neu überarbeitet in Kraft treten. Für die Fusionskontrolle schließlich ist für 2022 eine neue Bekanntmachung zur zentralen Frage der maßgeblichen Marktdefinition zu erwarten, wie sie z. B. für die Digitalwirtschaft oder auch die Pharmaindustrie von großer Bedeutung sein wird.

III Die Argumente aus dem Projektvorschlag

Vor diesem Hintergrund vermögen die für eine Kodifizierung angeführten Argumente nicht zu überzeugen:

1. Lesbarkeit / Verständlichkeit

Die Annahme, durch eine Kodifizierung die Lesbarkeit und damit das Verständnis der Rechtsmaterie zu verbessern, muss bei einem Rechtsgebiet wie dem Wettbewerbsrecht, bei dem sehr weitreichende ökonomische Wertungen erforderlich sind, fehlgehen. Auch blendet diese Annahme die starke Prägung durch die (notwendige) Kasuistik der Rechtsprechung aus. Selbst eine harmonisierte Bestimmung des Kodex birgt die Gefahr einer unterschiedlichen Auslegung in sich, da der Kodex erklärtermaßen – das wäre auch kaum anders möglich – nichts an der Existenz der vorhandenen Institutionen, also den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten ändert, die jeweils ihren eigenen Standpunkt vertreten.

2. Bessere Strukturierung

Dass eine Kodifizierung eine bessere Strukturierung der hier maßgeblichen Rechtsmaterie herbeiführt, muss bezweifelt werden. Ob Regelungen für die Vertikalvereinbarungen und die Fusionskontrolle in einem Buch geregelt werden oder nicht, ist nachrangig. Auch der Kodexentwurf erreicht die angestrebte Einheitlichkeit in keiner Weise, wenn er zu Recht davon ausgeht, dass etwa Gruppenfreistellungsverordnungen oder Leitlinien besser separat und außerhalb des Kodex belassen werden sollten (vgl. Art. 18). Wenn dies allerdings, wie in der Einführung zum Projekt des Kodex, mit dem Argument verbunden wird, dass nur so die notwendige Flexibilität erreicht wird, so wird damit die Dynamik des Wettbewerbsrechts verkannt, das nicht einfach auf wenigen unumstößlichen Regelungen eines Kodex basieren kann. Allein die Entwicklungen bei der Digitalisierung, wo das Kartellrecht momentan eine besonders prominente Rolle spielt, fordern ein ständiges Infrage stellen bisheriger Lösungen und neue Ansätze, die im bisherigen Entwurf des Kodex noch gar nicht reflektiert sind.

3. Historische Dimension

Auch eine in der Begründung des Kodifizierungsprojekts aufgeführte historische Rechtfertigung für das Projekt des Kodex gibt es nicht. Es ist nicht so, dass das nationale Kartellrecht das europäische Recht im Laufe der Zeit nicht mehr beachtet hätte. Historisch gesehen waren es eher die Mitgliedstaaten, die zuerst eine umfassende Kartellrechtsordnung geschaffen haben. Eine Fusionskontrolle in Europa – der EGKS-Vertrag behandelte nur einen Spezialbereich – wurde zuerst in Deutschland eingeführt und hatte dann einen großen Einfluss auf die Einführung der europäischen Fusionskontrolle. In Deutschland behielt man sich auch vor, die Missbrauchstatbestände nicht nur auf die marktbeherrschenden Unternehmen zu beschränken, und bei der Kartellverfolgung nahm man u. a. die Mittelstandskartelle aus dem Kartellverbot heraus und hat zuletzt ein völlig neues Instrument mit quasi-regulatorischen Befugnissen eingeführt, um einen Marktmissbrauch durch „Big Tech“ zu verhindern. Aus historischer Sicht gibt es somit keine überzeugenden Gründe, neben all den sonstigen Initiativen auf internationaler und gerade auch europäischer Ebene, ein zunächst bilaterales Kodifizierungsprojekt zu beginnen.

IV Arbeiten an einem „acquis communautaire“?

Angesichts dieser Sachlage mag man abschließend fragen, ob nicht zumindest die in der Begründung zum Kodex geäußerte Forderung nach einem modernen *acquis communautaire* Grund genug ist, um schon einmal auf bilateraler Ebene harmonisierte Antworten auf zentrale Wettbewerbsfragen zu finden – aus den vorgenannten Gründen ohne entsprechende Kodifizierung. Wie schwierig allerdings allein das ist, zeigen zahlreiche im Entwurf des Kodex aufgeführte Bestimmungen, die keineswegs nur die lang erprobte europäische Kartellrechtstradition reflektieren und die Zukunft nicht immer vor Augen haben. Das mögen ein paar Beispiele zeigen:

1. Ausnahmen vom Kartellverbot

Freistellungen vom allgemeinen Kartellverbot (Art. 17) werden großzügiger gehandhabt als im geltenden europäischen Kartellrecht und verengen die Beurteilungskriterien allein auf die für viele Interpretationen offene Sicht des „consumer welfare“. (Besonders deutlich ist dies bei Version 2.)

2. Vertriebskartellrecht

Die Bestimmungen zum Vertriebskartellrecht, das unter großem Aufwand und entsprechender öffentlicher Beteiligung z. Zt. auf europäischer Ebene umfassend revidiert wird, sind weniger streng als das geltende Recht (für die Vertriebspartner sind höhere Marktanteile erlaubt, Art. 21.1.) und legalisieren sogar Kernbeschränkungen des geltenden Rechts. (Bei bestimmten Voraussetzungen sind z.B. Preisbindungen für Mindestpreise erlaubt, Art. 21.2.) Fragen wie die nach der Behandlung von Bestpreisklauseln, die in den Mitgliedstaaten bisher sehr unterschiedlich behandelt werden, oder zu Vertikalabreden von Intermediär-Händler-Plattformen werden nicht aufgegriffen.

3. Marktmissbrauch

Marktmissbrauchsregelungen beschränken sich auf die Erfassung von marktbeherrschenden Unternehmen und erfassen damit wichtige Problem-Konstellationen, die sich etwa im Digitalbereich ergeben können, nicht. Die Effizienzgewinne für die Verbraucher allein als Kriterium für die Rechtmäßigkeit einseitigen Verhaltens zu verwenden (Art. 33), dürfte im Digitalbereich besonders problematisch sein. Eine Marktbeherrschung wird zudem erst ab einem Marktanteil von 50 % vermutet (Art. 29).

4. Fusionskontrolle

Bei den Bestimmungen zur Fusionskontrolle fällt auf, dass eine Freigabe aus industriepolitischen Gründen erfolgen kann (Art. 75.2.). Vorschläge zur Einführung einer Transaktionsschwelle (Art. 69.4.), wie sie derzeit in Deutschland und Österreich gilt, sind bedenkenswert, werden jedoch auch schon auf europäischer Ebene diskutiert, wobei zu sagen ist, dass die bisherigen Erfahrungen mit der Schwelle nicht voll überzeugen. Innovativ ist der Vorschlag zur Kontrolle des Erwerbs von Minderheitsbeteiligungen (Art. 84). Vorschläge zu Regelungen über Verweisungen (Art. 72 f.) dürften keine großen Probleme schaffen. Befremdlich erscheint dagegen, dass im Rahmen der Fusionskontrolle weitreichende Nachprüfungsbefugnisse der Behörden wie bei Kartellverfahren bestehen sollen (Art. 81 i.V.m. Art. 43 ff.), unrichtige oder irreführende Angaben der Zusammenschlussbeteiligten jedoch nicht sanktioniert werden.

V Schluss

Das Projekt eines Kodex für das Marktrecht, das insbesondere auch das Wettbewerbsrecht detailliert regelt, erscheint visionär, doch wird man sagen können, dass das angestrebte Projekt zumindest für den hier maßgeblichen Bereich angesichts der vorstehenden Bedenken nicht überzeugt. Unabhängig davon wird es immer sinnvoll bleiben, zwischen den Jurisdiktionen Lösungen zu suchen, die eine weitere Harmonisierung des Wettbewerbsrechts vorantreiben und am Ende tatsächlich einen *acquis communautaire* herbeiführen.