

Positionspapier

Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie über den „Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)

Berlin, 8. November 2016

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 1. Juli 2016 den Referentenentwurf für die Änderung des Kartellrechts in Deutschland vorgelegt. Das Bundeskabinett hat am 28. September 2016 einen entsprechenden Regierungsentwurf vorgelegt. Mit dem Gesetzesentwurf möchte die Bundesregierung die „im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft [...] wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht“ verbessern. Darüber hinaus möchte sie mit dem Gesetzesentwurf die EU-Richtlinie 2014/104/EU „über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union“ umsetzen. Der Gesetzesentwurf behandelt außerdem den Umgang mit Zusammenschlüssen im Verlagswesen und der Konzentration der Presse.

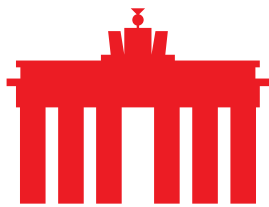
Die Richtlinie soll bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umgesetzt werden.

I. Inhalt des Gesetzes

Der Gesetzesentwurf soll zentrale Aspekte des Kartellrechts neu regeln. So sollen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung neue Maßstäbe definiert und gesetzlich festgeschrieben (Ziffer 4 des vorliegenden Gesetzesentwurfs) werden.

Zentral hierfür ist die Neuregelung des Paragraphen 18 GWB. Hier soll mit der Neueinführung eines Absatz 2a der Wirkungsbereich des Kartellrechts auch auf Produkte oder Dienstleistungen ausgeweitet werden, die unentgeltlich erhältlich sind. Für die Marktbeherrschung sollen durch einen neuen Absatz 3a zusätzliche Faktoren für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens herangezogen werden. Konkret benennt der Gesetzesentwurf

- direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
- die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
- Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten
- Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
- Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.



Außerdem sollen zukünftig Zusammenschlüsse der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, bei denen Unternehmen mit einer Umsatzschwelle von mehr als 25 Millionen Euro im Inland mit Unternehmen fusionieren, deren Umsätze unterhalb der so genannten 2. Inlandsumsatzschwelle von 5 Millionen Euro liegen (vgl. Ziffer 21 des Gesetzesentwurfs). Laut Ziffer 21 des vorliegenden Gesetzesentwurfs sollen Zusammenschlüsse auch dann überprüft werden müssen, wenn der Wert der Gegenleistung (meist der Kaufpreis) für die Übernahme einen Schwellenwert von 400 Millionen Euro überschreitet. Dazu zählen nach diesem Gesetzesentwurf auch die Übernahme von Verbindlichkeiten und geldwerte Leistungen (Ziffer 24 des Gesetzesentwurfs).

Für den Medienbereich soll unter Ziffer 12 der Paragraph 30 des GWB geändert werden. Zeitungs- und Zeitschriftenverlage wären dann vom Verbot wettbewerblicher Beschränkungen ausgenommen, wenn deren verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit den intermediären Wettbewerb stärkt. Sie könnten sich dies auf Antrag vom Bundeskartellamt bestätigen lassen.

Die Umsetzung der europäischen Kartellschadensersatzrichtlinie ins deutsche Recht findet sich in den Ziffern 13 bis 17 zukünftig den Umgang mit Kartellrechtsverstößen auf europäischer Ebene regeln. Für diese Verstöße gegen die Artikel 101 und 102 des AEUV werden Zuständigkeiten der Wettbewerbsaufsichten (§33b des GE), Haftungsfragen (§33d des GE) und weitere Verfahrensfragen geregelt.

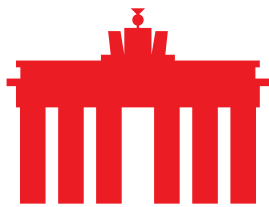
II. Einschätzung und Bewertung

Eine Diskussion um die Rolle und Bedeutung digitaler Unternehmen und hier insbesondere Startups mit disruptiven Geschäftsmodellen für Wirtschaft und Wettbewerb ist im Zuge der wirtschaftlichen Entwicklung der letzten Jahre sinnvoll und begrüßenswert. Zahlreiche Aspekte, die in einer solchen Debatte erörtert werden sollten, werden in dem vorliegenden Gesetzesentwurf aufgegriffen. eco begrüßt die Bemühungen der Bundesregierung, die Veränderungen der digitalen Märkte und die damit verbundenen Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht aufzulösen und erkennt die positive Intention zahlreicher Aspekte in diesem Gesetzesentwurf. Gleichzeitig hinterfragt er, ob mit den gewählten Maßnahmen tatsächlich eine Verbesserung der Situation erreicht wird, oder ob nicht neue Probleme erzeugt werden, die zu komplizierten Verfahren führen und die speziell Unternehmen der Internet- und Plattformwirtschaft zusätzlich belasten.

Konkret merkt der eco zum vorliegenden Gesetzesentwurf an:

▪ Genehmigungspflicht von Fusionen – Aufgreifschwellen

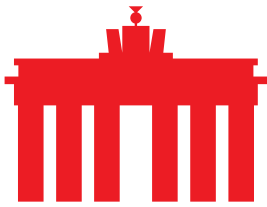
Die neue Regelung, nach der der Wert der Gegenleistung ein neues Aufgreifkriterium für die Zusammenschlusskontrolle bildet (Ziffer 20 bis 26 des Gesetzesentwurfes), ist problematisch. Zwar zeugt die festgelegte



Aufgreifschwelle von 400 Mio. Euro, dass hier vor allem sehr große Transaktionen im Fokus des Gesetzesentwurfs stehen. Aber sie führt zu zusätzlichem Aufwand bei den Unternehmen, die an einem Zusammenschluss beteiligt sind, wie auch das Vorblatt des Gesetzesentwurfes zugesteht. Es steht zu befürchten, dass aufgrund der Unklarheiten, die hinsichtlich der Bestimmung der Gegenleistung bestehen, die Anzahl der von der neuen Aufgreifschwelle betroffenen Zusammenschlüsse höher ist, als im Kabinettsbeschluss angenommen. So kann im Einzelfall eine erhebliche Unklarheit darüber bestehen, ob der Grenzwert von 400 Mio. Euro tatsächlich überschritten wurde. Folglich könnten den beteiligten Unternehmen Kosten durch weitere Prüfung und Rechtsberatung sowie zeitliche Verzögerungen entstehen, und das, obwohl sie den Schwellenwert nicht erreichen. Dieser zusätzliche Aufwand einer Anmeldung wird speziell für Unternehmen der Internetwirtschaft, in der ein hohes Maß an Dynamik herrscht, zum Problem. Die Zahl der Fusionen in Deutschland ist zuletzt eher niedrig gewesen¹. Der vorliegende Gesetzesentwurf würde nun zusätzlich den Aufwand und die Kosten für Fusionen erhöhen und diese unattraktiv machen.

Hinzu kommt, dass eine solche nationale Aufgreifschwelle zur Fusionenkontrolle speziell die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Deutschland schädigt. Positiv festzuhalten bleibt hier zunächst, dass das Marktortprinzip vom BMWi gewählt wurde. Somit sind alle Unternehmen, die in Deutschland aktiv sind, betroffen. Gleichzeitig würde eine solche Regelung im digitalen Binnenmarkt aber vor allem den Internet- und Innovationsstandort Deutschland treffen. Es besteht das Risiko, dass speziell junge IT-Unternehmen und Startups sich vor dem Hintergrund einer erschwerten Fusionskontrolle von Deutschland fernhalten, ihre Geschäftstätigkeit ins Ausland verlagern. Auch können durch das Gesetz Investoren und Geldgeber verschreckt werden und den Wirtschaftsstandort Deutschland als unattraktiv empfinden. eco gibt zu bedenken, ob eine Gegenleistung für einen Zusammenschluss mit einer Kostenschwelle von 400 Mio. Euro überhaupt geeignet sein kann, um eine mögliche Konzentrationen von Marktmacht in Deutschland aufzuzeigen. Umgekehrt ist die Einführung einer solchen Aufgreifschwelle für die Prüfung einer Fusion auch mit Verweis auf die im Gesetzesentwurf enthaltenen weiteren, weichen Faktoren eher ungeeignet. Die Monopolkommission hatte in Ihrem Gutachten zur Herausforderung der digitalen Märkte 500 Millionen Euro für die vertragliche Leistung als Aufgreifschwelle vorgeschlagen. Diese Lösung scheint eher geeignet, um die bestehenden Rechtsunsicherheiten im vorliegenden Gesetzesentwurf zu beseitigen und gleichzeitig eine effektive Zusammenschlusskontrolle zu ermöglichen.

¹ https://www.iwkoeln.de/_storage/.../IW-Trends_2015-04-01_Demary_Diermeier.pdf

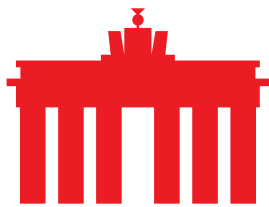


▪ Kriterien zur Feststellung der Marktbeherrschung

Darüber hinaus bedarf auch die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung näherer Erörterung. Grundsätzlich begrüßt eco das Bestreben der Bundesregierung und des Bundeskartellamtes, einen fairen und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen. In diesem Kontext versteht er den neuen §18 Abs. 2a des GWB-Regierungsentwurfs (4. Ziffer des neuen Gesetzesentwurfs) zur Annahme eines Marktes bei unentgeltlichen Leistungen. Diese Erkenntnis ist grundsätzlich richtig, wenn auch schon mit dem bestehenden GWB eine kartellrechtliche Prüfung von unentgeltlich erbrachten Leistungen bei Missbrauchsverdacht möglich ist. Dies wirft die Frage auf, ob eine solche gesetzliche Klarstellung überhaupt erforderlich ist und ob mit der Festschreibung der Unentgeltlichkeit in den Entwurf des Gesetzestextes nicht Diskriminierungspotential für unentgeltlich erbrachte Leistungen geschaffen wird. Unentgeltliche Dienstleistungen könnten verstärkt in den Fokus des Bundeskartellamtes kommen, da sie durch das Gesetz in der vorliegenden Entwurfsfassung herausgestellt werden.

Daneben legt die Bundesregierung weitere, bei der Feststellung von Marktmacht auf mehrseitigen Märkten und bei Netzwerken zu berücksichtigende, Kriterien fest. Diese können im Rahmen der Untersuchung auf das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung um weitere Kriterien erweitert werden. Die im Gesetz genannten Kriterien sind relevante Indikatoren für die Bewertung von Unternehmen in der Internetwirtschaft. Gleichzeitig besteht dennoch die Problematik, dass diese für sich genommen nicht zwingend auf eine marktbeherrschende Stellung schließen lassen können. Sie müssten immer im Kontext aller zugrundeliegenden Marktstrukturbedingungen analysiert werden. Zudem sind Größenvorteile, der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck nicht nur für mehrseitige Märkte oder Netzwerke relevant. Die Neufassung des §18 Abs. 3a GWB-E könnte den Eindruck erwecken, dass hier die digitale Wirtschaft und die traditionelle mit zweierlei Maß gemessen werden.

Dass wettbewerblich relevante Effekte zwischen Nutzern oder Nutzergruppen auftreten, die als Netzwerk miteinander verbunden sind, ist unbestritten. Jedoch kann sich eine tatsächliche Analyse der Marktmacht als schwierig erweisen, da die Vorhersage, wann und warum es zum Markt-Tipping kommt, sich nur schwer treffen lässt. In der Tat ist die wachsende Vernetzung und Teilnahme auf Plattformen oder in Netzwerken für deren Betreiber ein wichtiger Faktor. Und die Größe einer Plattform, eines Intermediärs oder eines Netzwerks mag maßgeblich zu dessen Fähigkeit zur Markenbildung beitragen, ggf. auch durch dessen schiere Größe deutlich attraktiver für Nutzerinnen und Nutzer sein. Gleichzeitig bleibt die Frage, inwieweit sich aus solchen Skaleneffekten eine tatsächliche oder mögliche marktbeherrschende Stellung ergibt. Es muss deshalb im Einzelfall in einer Gesamtschau mit allen anderen relevanten Faktoren sorgfältig geprüft werden, wie sich Netzwerke konkret auswirken. Abhängig vom Wirtschaftssektor gilt es hier, auch mögliche weitere Differenzierungen vorzunehmen. Der Düsseldorfer Ökonom Justus Haucap hat in seiner



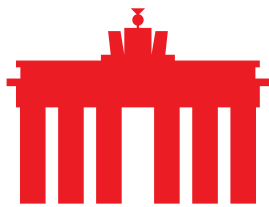
Stellungnahme für den Ausschuss Digitale Agenda (ADrs. 18(24)99²) sehr präzise ausgeführt, dass durch indirekte Netzwerkeffekte nicht zwangsläufig eine höhere Marktkonzentration anzunehmen sei. Für Haucap stehen Netzwerkeffekten eine heterogene Verbraucherschaft, die Fähigkeit zum Multi-Homing und die Möglichkeiten zur Differenzierung von Plattformen entgegen.

In einem ähnlichen Kontext stehen die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer. Bereits jetzt werden in den Untersuchungen des Bundeskartellamtes die Möglichkeiten eines Angebotswechsels für Nutzer und Anwender geprüft. Warum eine separate Festschreibung des Kriteriums speziell für mehrseitige Märkte notwendig ist, wird auch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht ersichtlich. Auch sollte berücksichtigt werden, dass derzeit auf europäischer Ebene eine Debatte um die Regulierung insbesondere so genannter OTT-Dienste stattfindet. Dieser möglichen Regulierung sollte – auch um Zersplitterung der verschiedenen Definitionen von Diensten und den hierfür nötigen Auflagen zu vermeiden – nicht vorgegriffen werden. Auch wird an dieser Stelle nicht klar, wie genau der „Wechselaufwand“ für Nutzerinnen und Nutzer analysiert wird.

Die Erfassung von Größenvorteilen kann zur sachlichen Bewertung eines Unternehmens beitragen. Jedoch gilt auch hier der vorne bereits angesprochene Punkt, dass aus einer größeren Nutzer- / Datenbasis nicht zwangsläufig eine marktbeherrschende Stellung abgeleitet werden kann. Sie dient vielmehr der Erkennung von Netzwerkeffekten, so dass Größenvorteile bestenfalls als Hilfsindikator herangezogen werden können. Unklar ist, inwieweit bspw. auch Verbundeffekte o.ä. Einfluss auf die Wettbewerbsgestaltung nehmen.

Der Zugang zu Daten ist ein ebenfalls nicht eindeutiger, ausschließlicher Indikator. Daten sind per se kein rivalisierendes Gut und können daher auch nicht verknappen. Eine marktbeherrschende Stellung aus dem Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten abzuleiten, ist daher problematisch. Insbesondere wenn man bedenkt, dass zahlreiche digitale Geschäftsmodelle Daten benötigen, um ihre Dienste nutzergerecht anbieten zu können, bzw. auf der Speicherung und Analyse von – auch öffentlich zugänglichen – Daten aufbauen. Allgemein bleibt auch festzuhalten, dass Datenerhebung und -verarbeitung zwar häufig mit Geschäftsmodellen im Internet verbunden sind, die Bedeutung und der Umfang an Datenerhebung allerdings auch auf traditionellen Märkten steigen. Dabei gehen traditionelle Unternehmen oftmals weiter als Onlinedienste. Vor diesem Hintergrund bleibt fraglich, warum der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten speziell für mehrseitige Märkte relevant ist. Daneben stellt sich außerdem die Frage, wie der Begriff der Wettbewerbsrelevanz zu deuten ist und welche Daten in welchem Kontext als „wettbewerbsrelevant“ eingestuft werden. Die Wahl des Begriffs

² <https://www.bundestag.de/blob/418338/79dbed18675981913f0e4505c90c5a9c/stellungnahme-haucap-data.pdf>

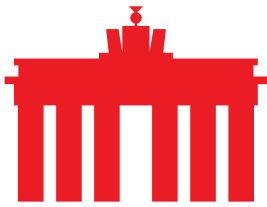


impliziert, dass hier weniger das Vorhandensein von Daten unter die Lupe genommen wird, sondern vielmehr auf das dahinterliegende Geschäftsmodell gezielt wird.

Der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck scheint ein geeignetes Maß für die Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung zu sein – auch wenn sie sich als alleinige Größe problematisch darstellt. Die Begründung des Kabinettsbeschlusses führt hier an, dass der Wettbewerbsdruck aufgrund der Innovationskraft internetbasierter Angebote die Möglichkeiten von disruptiven Veränderungen beinhalte, die zur Angreifbarkeit einer starken Marktposition eines Unternehmens führen könnten und weist auf die Problematik hin, dass solche Veränderungen über einen bestimmten Zeitraum nur schwer dokumentierbar seien. Es ist begrüßenswert, dass der Kabinettsbeschluss die Wirkungen von Innovationspotential in der digitalen Ökonomie anerkennt. Auch wenn die Entscheidung, ob innerhalb des kartellbehördlichen Prognosezeitraums Verschiebungen bestehender Marktstellungen mit einiger Wahrscheinlichkeit eintreten, sich als schwierig darstellt, sollte berücksichtigt werden, dass sich der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck auch bei einer bestehenden starken Stellung ähnlich dem potentiellen Wettbewerb auswirken kann. Wenn ein Unternehmen ständig mit neuen konkurrierenden Angeboten und Wettbewerbern konfrontiert ist, hat dies Auswirkungen auf das Unternehmen, selbst wenn sich die Wettbewerber letztlich nicht durchsetzen.

Darüber hinaus ist die Aufzählung der im Gesetzesentwurf genannten Kriterien nicht abschließend und die Untersuchung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Bundeskartellamt grundsätzlich immer eine speziell auf die jeweiligen Marktgegebenheiten und Unternehmensgegebenheiten ausgerichtete Untersuchung. Das wirft die Frage auf, weswegen hier speziell für mehrseitige Märkte spezielle Kriterien eingebracht werden, deren Eignung für eine solche Untersuchung ohnehin im Kontext des jeweiligen Einzelfalls betrachtet werden. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Festschreibung in dieser Form ist unter diesem Aspekt fraglich.

Die einzelnen Indikatoren sind für sich genommen nur bedingt geeignet, um eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen und bedürfen auch in Kombination einer kritischen Prüfung für den jeweils vorliegenden Einzelfall. Daher ist es bedenkenswert, die Überprüfung einer marktbeherrschenden Stellung, die sich aufgrund der hier dargestellten Komplexität schwieriger gestalten wird, nicht standardmäßig beim Auftreten der nunmehr abgesenkten Aufgreifschwelen im Rahmen der Fusionskontrolle durchzuführen. Bereits in seiner Stellungnahme in der Bund-Länder-Kommission für Medienkonvergenz hat der eco die Frage aufgeworfen, inwieweit eine marktbeherrschende Stellung allein bereits Auslöser für eine Regulierung sein kann und für eine Stärkung der Kontrolle des Missbrauchs



von Marktmacht plädiert³. Auf Grundlage konkreter Beschwerden könnten so situationsgerechte und zügige Untersuchungen eines möglichen Marktmachtmissbrauchs durchgeführt werden und – sollten sich erkannte Mängel nicht abstellen lassen – auch zu Sanktionen führen.

▪ **Medienregulierung im Bereich der Presseverlage**

Die Neuregelung des §30 im Referentenentwurf des GWB sieht der eco in mehrerlei Hinsicht problematisch. So ist zunächst die Frage nach der Abgrenzung von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen gegenüber rein digitalen Medienangeboten problematisch. Während letztere den strengen Auflagen der Fusionskontrolle unterworfen sind, werden Zeitschriftenverlage – und damit auch deren digitale Angebote – vom maßgeblichen Paragraphen 1 des GWB weitgehend entbunden. Eine solche Ungleichbehandlung ist für die Internetwirtschaft und die Erzeuger digitaler Medien nicht hilfreich, im Gegenteil: Neue digitale Geschäftsmodelle können durch das hier entstehende Regulierungsgefälle behindert werden.

Der formulierte Ausnahmetatbestand – die Ausnahme für die redaktionelle Zusammenarbeit bei Verlagskooperationen – ist de facto nicht messbar und als Ausschlusskriterium daher nicht hilfreich.

Zuletzt bleibt die Frage offen, ob durch solche Kooperationen von Verlagen tatsächlich die Wettbewerbsfähigkeit der Presse anderen Medienformen gegenüber gefördert wird, oder ob sich dadurch nicht noch weitere Konzentrationen im Printbereich ergeben. Unklar ist zuletzt auch, ob es eines besonderen Schutzes für einzelne Medienträger gibt und inwieweit dieser kartellrechtlicher Regulierung bedarf.

III. Zusammenfassung

Insgesamt zeigt der Gesetzesentwurf, dass die Bundesregierung die Aspekte der Digitalisierung bei der Ausarbeitung des Gesetzes reflektiert hat. Es muss jedoch auch festgehalten werden, dass durch die konkrete Festschreibung der Kriterien für mehrseitige Märkte und der Unentgeltlichkeit mögliche Schieflagen aus den gesetzlichen Formulierungen ergeben, die sich negativ für die Internetwirtschaft in Deutschland auswirken können. Vor diesem Hintergrund scheint eine Überprüfung der Notwendigkeit der Festschreibung dieser Kriterien angezeigt. Dies gilt analog für die Aufgreifschwelle bei der Zusammenschlusskontrolle, welche für rechtliche Unsicherheit sorgen. Der Aspekt der Medienkonvergenz sollte bei der Überarbeitung des § 30 GWB stärker Rechnung getragen werden.

³ https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20150908_eco_stn_fragebogen-blk-regulierung-intermediaere.pdf



VERBAND DER INTERNETWIRTSCHAFT E.V.



Über eco

eco - Verband der Internetwirtschaft e.V. ist Interessenvertreter und Förderer aller Unternehmen, die mit oder im Internet wirtschaftliche Wertschöpfung betreiben. Der Verband vertritt derzeit mehr als 900 Mitgliedsunternehmen. Hierzu zählen unter anderem ISP (Internet Service Provider), Carrier, Hard- und Softwarelieferanten, Content- und Service-Anbieter sowie Kommunikationsunternehmen. eco ist der größte nationale Internet-Service-Provider-Verband Europas.