



Christian Rusche

## Wettbewerbsrecht 2.0

**Mit der bevorstehenden 9. Novellierung steht dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in mehreren Bereichen eine umfassende Umgestaltung bevor. Vor allem ist sie jedoch ein Versuch, das Wettbewerbsrecht für die Herausforderungen der Digitalisierung zu ertüchtigen. Grundsätzlich ist eine Anpassung an die neuen Entwicklungen zu begrüßen – allerdings weisen nicht alle Maßnahmen in die richtige Richtung.**

Die digitale Transformation geht mit vielen Herausforderungen einher – für Unternehmen wie für Regulierer. Die anstehende Novelle des GWB dient daher vor allem auch dazu, vor diesem Hintergrund Rechtssicherheit zu schaffen und das Wettbewerbsrecht in Deutschland für die digitale Welt fit zu machen. Auf die Notwendigkeit dazu hat bereits die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten hingewiesen (Monopolkommission, 2015, 10). Anlass für die Überarbeitung des GWB noch in dieser Legislaturperiode war jedoch ein anderer: Es gilt, eine EU-Richtlinie zum Schadenersatz einzuarbeiten.

Das GWB wird im Wesentlichen in vier Punkten angepasst, um den Anforderungen der Digitalisierung gerecht zu werden:

### 1. Marktmacht durch einzigartige Daten

Digitalisierung ermöglicht das Sammeln und Auswerten großer Mengen Daten. Diese riesigen Datenmengen können Marktmacht begründen. Dies wird im Entwurf des novellierten GWB in §18 Abs. 3a (Definition von Marktmacht) deutlich (Bundesregierung, 2016, 11 f.). Dort wird neben dem erhöhten Innovationstempo und Netzwerkeffekten bei digitalen Märkten auch auf die Bedeutung von Daten als Wettbewerbsfaktor hingewiesen. Es ist zu begrüßen, dass der Aspekt Daten bei der Beurteilung von Marktmacht berücksichtigt wird, weil dieser zukünftig eine zunehmende Rolle spielen dürfte. Ganz neu ist dieser Gesichtspunkt jedoch nicht, da die EU-Kommission bereits 2014 bei der Übernahme von WhatsApp durch Facebook die Auswirkungen auf den Datenzugriff geprüft hat (Monopolkommission, 2015, 58).

### 2. Marktdefinition bei unentgeltlichen Leistungen

Es gibt zahlreiche Onlineplattformen wie Google oder Facebook, die eine Leistung kostenlos anbieten, um dadurch Nutzer anzuziehen. Durch eine hohe Nut-

zuzahl werden diese Unternehmen unter anderem für das Schalten von Werbung attraktiv und die Nutzerdaten eröffnen neue Geschäftsmodelle (OECD, 2015). Die Nutzer der Dienstleistung zahlen folglich mit ihren Daten und erhalten beispielsweise speziell auf sie abgestimmte Werbeeinblendungen. Bislang verhinderte die Unentgeltlichkeit der Leistung ein Eingreifen des Bundeskartellamts zwar nicht, wenn die Wirksamkeit des Wettbewerbs gefährdet war (Pohlmann, 2016). Dennoch wurde zur Klarstellung die Unentgeltlichkeit einer Leistung bei der Definition des relevanten Marktes in § 18 Abs. 2a des Regierungsentwurfs explizit aufgenommen (Bundesregierung, 2016, 11).

Durch diese Anpassung des GWB besteht die Gefahr, dass der Aufwand für Unternehmen und Kartellbehörden steigt, weil die Anzahl an Überprüfungen zunimmt. Dies geschieht, wenn aufgrund ihrer fehlenden monetären Gegenleistung zuvor für unbedenklich gehaltene Leistungen als ein Markt gesehen und folglich zwingend kontrolliert werden.

### 3. Umsatzgrenzen in der Fusionskontrolle

Die bereits oben angesprochene Übernahme von WhatsApp durch Facebook war in Deutschland nicht genehmigungspflichtig beim Bundeskartellamt. WhatsApp unterschritt die dafür notwendigen Umsatzgrenzen, da seine Leistung im Bereich der Kommunikation im Wesentlichen kostenlos angeboten wurde. Auch bei Start-ups wird der notwendige Mindestumsatz oft noch nicht erreicht, wodurch auch hier die Fusionskontrolle nicht zum Tragen kommt. Für den Wettbewerb relevante Transaktionen könnten also nicht genehmigungspflichtig sein. Im Facebook/WhatsApp-Fall beispielsweise wurde ein Unternehmen mit hohem Marktanteil im Bereich der Kommunikationsdienste übernommen. Die Position von Facebook wurde verbessert, da der Zugriff auf mehr Kontakte ermöglicht wurde. Um auch in solchen Fällen den Eingriff des Bundeskartellamts zu ermöglichen, sieht der Entwurf des GWB die Ergänzung von § 35 Abs. 1 vor. Ein Zusammenschluss ist

danach auch ohne Erreichen der Umsatzschwellen anmeldepflichtig, wenn das zu erwerbende Unternehmen „in erheblichem Umfang im Inland tätig ist“ und „der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt“ (Bundesregierung, 2016, 22). Diese Schwelle ist geeignet, nur sehr wenige wirtschaftlich bedeutende Übernahmen zu betrachten.

Das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit dient dazu, eine Generalklausel für weltweite Übernahmen zu vermeiden. Jedoch wird nicht definiert, wie diese Erheblichkeit zu erkennen beziehungsweise zu messen ist. Dies birgt zum einen die Gefahr, dass es zu mehr als den drei prognostizierten Anmeldungen pro Jahr (Bundesregierung, 2016, 2) kommt, wenn Übernahmen zur Sicherheit angemeldet werden. Zum anderen könnten Transaktionswerte in der Folge auch gar nicht veröffentlicht werden. Zudem kann diese Anpassung trotz der Einschränkungen als Generalklausel verstanden werden, da so bei Bedarf ein Eingreifen der Kartellbehörde begründet werden kann.

Dazu kommt, dass der Nachweis der Inlandstätigkeit im Gesetz zusätzlich genutzt wird, um die Informationspflicht von Unternehmen zu verschärfen. So wird in § 39 Absatz 5 des Entwurfs festgelegt, dass Unternehmen Angaben zu Zahlen und Standorten ihrer Kunden sowie der Orte, an denen ihre Angebote erbracht und bestimmungsgemäß genutzt werden, auf Verlangen herausgeben müssen (Bundesregierung, 2016, 23). Da im Gesetz jedoch keine Verbindung zum Nachweis der Inlandstätigkeit festgesetzt ist, besteht die Gefahr, dass die Informationspflicht bei Fusionen generell verschärft wird und somit die Belastung der Unternehmen deutlich steigt.

### 4. Handlungsspielraum für Presseunternehmen

Presseunternehmen wie Verlage stehen im Zuge der Digitalisierung unter besonderem Wettbewerbsdruck: Konkurrenz von reinen Onlineanbietern von Inhalten, eine steigende Nachfrage nach Onlinein-

halten und eine gleichzeitig fallende Zahlungsbereitschaft der Kunden sind nur einige Ursachen dafür. Der Entwurf des GWB nimmt diesen Umstand auf, indem in § 30 eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit vom Kooperationsverbot des § 1 GWB ausgenommen wird. Das bedeutet, dass Verlage den Wettbewerb verhindern, beschränken oder verfälschen können, solange ihre eigene Position im Vergleich zu anderen Medien, insbesondere digitalen, gestärkt wird (Bundesregierung, 2016, 13). Explizit ausgenommen von dieser Freigabe ist der redaktionelle Teil. Dennoch wird diese selektive Ausnahme sogar vom Präsidenten des Bundeskartellamts als „wettbewerbspolitisch nicht überzeugend“ kritisiert (Deutscher Bundestag, 2017). Die Gefahr besteht, dass in der Folge Digitalisierung auch für andere Wirtschaftsbereiche als Grund dafür genutzt wird, Erleichterungen beim Wettbewerbsrecht zu fordern. Dies könnte darin resultieren, dass aus der digitalen Transformation entstehende Innovationen in den betroffenen Sektoren be- oder verhindert werden. Vor diesem Hintergrund ist die Ausnahmeregelung für Presseunternehmen abzulehnen.

Abschließend ist es sehr zu begrüßen, dass im Gesetz eine Reportpflicht für die neuen Regelungen verankert wurde. Diese sieht vor, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einige Jahre nach Inkrafttreten der Änderungen dem Gesetzgeber über die Erfahrungen damit berichtet. Der Evaluationszeitraum liegt zwischen drei und fünf Jahren. Dies eröffnet die Möglichkeit, die nun vorgesehenen Änderungen nach Ablauf dieses Zeitraums zu prüfen und gegebenenfalls zu ändern – sei es wegen Schwierigkeiten bei der Umsetzung oder weiterer Anpassungen aufgrund der digitalen Transformation.

Insgesamt handelt es sich bei zwei der Anpassungen des GWB im Zuge der Digitalisierung um Klarstellungen, eine weitere reagiert auf einen bisherigen Einzelfall, die Facebook/WhatsApp-Übernahme. Das Wettbewerbsrecht scheint sich in seiner jetzigen Form in Bezug auf Digitalisierung weitgehend bewährt zu haben. Dennoch ist die Anpassung grundsätzlich zu begrüßen, um eine größere Rechtssicher-

heit auch für die betroffenen Unternehmen zu schaffen. Die Unschärfe der neuen Kriterien der Fusionskontrolle sollte jedoch noch nachgebessert werden, um den zukünftigen Aufwand für betroffene Unternehmen möglichst gering zu halten. Nicht überzeugend kann dagegen die Freigabe der Kooperation von Presseunternehmen sein. Diese Ausnahmeregelung schafft möglicherweise einen Präzedenzfall für andere Sektoren, den es zu vermeiden gilt.

### Literatur

BDI – Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., 2016, Positionspapier, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Dokumenten Nr. D 0747, Berlin

Bundesregierung, 2016, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, o. O.

Deutscher Bundestag, 2017, Kartellgesetz-Novelle stößt bei Experten auf ein geteiltes Echo, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw04-pa-wirtschaft/485948> [27.1.2017]

EuGH – Europäischer Gerichtshof, 2009, Urteil in der Rechtssache C-97/08 P, Akzo Nobel NV u. a. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg

Monopolkommission, 2015, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Bonn

OECD, 2015, Data-Driven Innovation, Big Data for Growth and Well-Being, OECD Publishing, Paris

Pohlmann, Petra, 2016, 9. GWB-Novelle und Digitalisierung: Innovative oder innovationshemmende Gesetzgebung?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 66. Jg., Nr. 12, S. 563