

STELLUNGNAHME

Zu dem Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Berlin, 12.02.2020

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt rund 1.500 Stadtwerke und kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Mit mehr als 268.000 Beschäftigten wurden 2017 Umsatzerlöse von mehr als 116 Milliarden Euro erwirtschaftet und rund 10 Milliarden Euro investiert. Im Endkundensegment haben die VKU-Mitgliedsunternehmen große Marktanteile in zentralen Ver- und Entsorgungsbereichen: Strom 61 Prozent, Erdgas 67 Prozent, Trinkwasser 86 Prozent, Wärme 70 Prozent, Abwasser 44 Prozent. Sie entsorgen jeden Tag 31.500 Tonnen Abfall und tragen entscheidend dazu bei, dass Deutschland mit 68 Prozent die höchste Recyclingquote in der Europäischen Union hat. Immer mehr kommunale Unternehmen engagieren sich im Breitband-Ausbau. Ihre Anzahl hat sich in den letzten vier Jahren mehr als verdoppelt: Rund 180 Unternehmen investierten 2017 über 375 Mio. EUR. Seit 2013 steigern sie jährlich ihre Investitionen um rund 30 Prozent und bauen überall in Deutschland zukunftsfähige Infrastrukturen (beispielsweise Glasfaser oder WLAN) für die digitale Kommune aus.

Verband kommunaler Unternehmen e.V. · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin
Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · info@vku.de · www.vku.de

Zusammenfassung:

Der VKU begrüßt, dass mit dem Referentenentwurf den Kartellbehörden ermöglicht werden soll, besser auf die **Änderung der Wettbewerbsbedingungen in der Digitalökonomie** zu reagieren. Die Kartellaufsicht braucht effektive Werkzeuge, um wettbewerblichen Fehlentwicklungen im Bereich der großen Digitalkonzerne entgegenzuwirken. Hier bestehen derzeit noch Defizite.

Der Zugang zu und Umgang mit Daten ist ein entscheidender Umstand für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs auf einer Vielzahl von Märkten. Hier ist gesetzgeberisches Handeln notwendig, wenn man eine weitgehende Vermachtung verhindern will. Der VKU begrüßt insbesondere, dass mit dem **GWB-Digitalisierungsgesetz Datenherausgabeansprüche** nun auch gegen private Unternehmen und vor allem die großen Digitalkonzerne möglich werden.

Der VKU begrüßt die **Klarstellungen im Kartellschadensersatzrecht** in § 33a Abs. 5 GWB und in § 89b Abs. 7 Satz 2 GWB. In Kartellschadensersatzverfahren hat es sich in den letzten Jahren trotz der weitreichenden Änderungen der 9. GWB-Novelle als sehr schwierig dargestellt, in Bezug auf von den Kartellbehörden festgestellte Kartelle die Kartellbetroffenheit darzulegen oder auch nur Zugang zu dem relevanten Bußgeldbescheid zu erhalten.

Die vorgesehene **Erhöhung der Schwellenwerte der Fusionskontrolle** ist sinnvoll, um den bürokratischen Aufwand für Unternehmen und Behörden zu verringern. In einzelnen Märkten ist allerdings zu beobachten, dass Unternehmen durch Akquisitionen, die nicht die Schwellen der Fusionskontrolle erreichen, den Wettbewerb mehr und mehr einschränken. Deswegen ist es sinnvoll, aber auch notwendig, dass das Bundeskartellamt, wie jetzt in § 39a GWB vorgesehen, die Befugnis erhält, im Einzelfall und für eine beschränkte Zeit eine **besondere Anmeldepflicht unabhängig von den Umsatzschwellen des § 35 GWB** anzuordnen.

Der Referentenentwurf sieht in § 50 Abs. 1 GWB vor, dass die Anwendung europäischen Rechts in Zukunft ausschließlich in die Zuständigkeit des Bundeskartellamts fallen soll. Damit wird die **Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt** nachhaltig geändert; die Regelung in § 48 Abs. 2 GWB spiegelt diese Änderung noch nicht wieder. Im Sinne der Rechtssicherheit sollten hier klarere Zuständigkeitsregeln vorgesehen werden.

1. Regelungen zu Digitalisierung und digitalen Märkten

Mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz soll ein auf die Anforderungen der Digitalisierung der Wirtschaft abgestimmter Ordnungsrahmen zur Gestaltung des digitalen Wandels geschaffen werden. Der Entwurf enthält deswegen vor allem im Bereich der Missbrauchsaufsicht zahlreiche Änderungen, die eine effektivere Anwendung des Wettbewerbsrechts in Bezug auf die großen Digitalkonzerne bewirken soll. Des Weiteren erkennt der Entwurf nunmehr noch deutlicher an, dass Daten eine wesentliche Rolle in der digitalen Ökonomie spielen und der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten über Innovations- und Wettbewerbschancen entscheidet.

Der VKU begrüßt, dass mit dem Entwurf eine Ergänzung der Missbrauchsaufsicht vorgesehen wird, die es den Kartellbehörden ermöglicht, besser auf die Änderung der Wettbewerbsbedingungen in der Digitalökonomie zu reagieren. Die Änderungen stellen auch effektive Werkzeuge dafür dar, Fehlentwicklungen im Bereich der großen Digitalkonzerne entgegenzuwirken. Wie die gerichtliche Spruchpraxis des letzten Jahres zeigt, gibt es bei den bestehenden Normen noch Defizite.

Auch der VKU ist der Ansicht, dass der Zugang zu und Umgang mit Daten für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs auf einer Vielzahl von Märkten entscheidend sein wird und dass hier gesetzgeberisches Handeln notwendig ist, wenn eine weitgehende Vermachtung unterschiedlichster Märkte verhindert werden soll. Während öffentliche Stellen und auch öffentliche Unternehmen aufgrund europäischer und nationaler Regelungen schon einer Vielzahl von Datenherausgabeansprüchen unterliegen, sind diese bei privaten Unternehmen bislang noch kaum oder nur sektoral ausgeprägt. Angesichts der Tatsache, dass die datenbezogene Marktmacht im Wesentlichen bei privaten Unternehmen liegt, ist die Korrektur, die mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz hier vorgesehen ist, zu begrüßen.

Im Einzelnen:

a) Berücksichtigung des Zugangs zu Daten bei der Marktbeherrschung

Bislang ist in § 18 GWB der Zugang zu Daten als Kriterium der Marktbeherrschung ausdrücklich nur in Abs. 3a in Hinblick auf mehrseitige Märkte und Netzwerke vorgesehen. Der Referentenentwurf nimmt den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten auch in den Abs. 3 auf, der die allgemeinen Kriterien der Marktbeherrschung enthält. Auch wenn eine Berücksichtigung des Datenzugangs schon bei dem bisherigen Gesetzeswortlaut möglich ist, erscheint es sinnvoll und angemessen, durch die ausdrückliche Aufnahme dieses Faktors die Bedeutung wettbewerbsrelevanter Daten für die moderne Wirtschaft deutlich zu machen.

b) Wettbewerbsrelevante Daten als Essential Facility

Der Referentenentwurf sieht vor, dass in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB im Rahmen des Zugangs zu Essential Facilities auch der Zugang zu Daten aufgenommen wird. Angesichts der Bedeutung der Daten ist diese Änderung, die im Lichte der europäischen Entscheidungspraxis im Wesentlichen eine Klarstellung darstellt, sinnvoll. Die praktische Relevanz der Ergänzung wird jedoch eher begrenzt sein, da einem Anspruch gem. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB hohe praktische Hürden entgegenstehen. Wichtig ist jedoch, dass § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB so ausgestaltet wird, dass er nicht zu einem Werkzeug der Digitalkonzerne werden kann, von Dritten Daten zu fordern, um weitere Märkte zu arrondieren. Insbesondere ist eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung sinnvoll, dass ein Anspruch auf Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (bzw. nach § 20 Abs. 1, 1a, i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) nicht zu einer Eröffnung des Anwendungsbereichs des Informationsweiterverwendungsgesetzes (IWG) führt.

c) Besondere Eingriffsmöglichkeiten bei neuen Märkten

§ 19a GWB verleiht dem Bundeskartellamt eine Ermächtigung, mit der es missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb in stärkerem Maße als bisher ahnden kann. Die Untersagungstatbestände des § 19a Abs. 2 GWB sind dabei nicht als Verbotsgesetz ausgestaltet, sondern sie stellen nur eine Ermächtigung für Maßnahmen des Bundeskartellamtes dar. Voraussetzung ist zudem, dass das Bundeskartellamt vorher formell festgestellt hat, dass ein Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken hat. Diese Konzeption hat den Vorteil, dass das Bundeskartellamt die Möglichkeit hat, geeignete Fälle zu wählen und zu entwickeln, ohne dass die Rechtssicherheit beeinträchtigt wird. Angesichts der Schnelligkeit der wettbewerblichen Entwicklungen auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken und angesichts der Dominanz weniger Unternehmen, ist die Einführung des § 19a GWB angemessen und zu begrüßen.

d) Ansprüche gegen Unternehmen mit relativer Marktmacht

In § 20 GWB soll ein neuer Abs. 1a aufgenommen werden, der klarstellt, dass eine Abhängigkeit, die zu einer relativen Marktmacht führt, auch darin bestehen kann, dass das Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von dem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Dabei kann eine unbillige Behinderung auch dann bestehen, wenn bislang ein Geschäftsverkehr für diese Daten noch nicht eröffnet ist. Gleichzeitig wird in § 20 Abs. 1 GWB die bisherige Beschränkung der Anspruchsberechtigten auf kleine und mittlere Unternehmen aufgehoben. Voraussetzung ist nunmehr nur noch, dass keine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens besteht. Schließlich wird über § 20 Abs. 1 S. 2 GWB die Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch unbillige Behinderung oder Diskriminierung auch

auf Vermittler auf mehrseitigen Märkten ausgedehnt, soweit andere Unternehmen von diesen abhängig sind.

Grundsätzlich ist die Erweiterung des § 20 GWB auf Ansprüche auf Datenherausgabe zu begrüßen. Auch die Erweiterung der möglichen Anspruchsberechtigten scheint zunächst sinnvoll, da z.B. gegenüber den großen Digitalkonzernen auch bei Unternehmen, die nicht klein oder mittel sind, eine Abhängigkeit bestehen kann. Bei der Ausgestaltung muss allerdings sichergestellt werden, dass § 20 GWB nicht zukünftig zu einem Werkzeug großer Digitalunternehmen werden kann, von kleineren Unternehmen in Nischenmärkten Daten zu fordern, die einen Markteintritt ermöglichen. Hier ist auch zu berücksichtigen, dass § 20 GWB regelmäßig nicht behördlich, sondern zivilgerichtlich durchgesetzt wird. Bei der Rechtsanwendung kann also nicht darauf vertraut werden, dass die Fälle im Rahmen einer wettbewerblichen Gesamtabwägung und einer sinnvollen Priorisierung gewählt werden. Entsprechende Klarstellungen, die über die bisherige Gesetzesbegründung hinausgehen, sind deswegen aus unserer Sicht sinnvoll.

2. Kartellschadensersatzrecht

In dem Referentenentwurf werden zwei Punkte klargelegt, bei denen sich im Rahmen der Verfolgung von Kartellschadensersatzansprüchen die bisherigen Regelungen als nicht befriedigend herausgestellt haben. In Kartellschadensersatzverfahren hat es sich in den letzten Jahren trotz der weitreichenden Änderungen der 9. GWB-Novelle als sehr schwierig dargestellt, in Bezug auf von den Kartellbehörden festgestellte Kartelle die Kartellbetroffenheit darzulegen oder auch nur Zugang zu dem relevanten Bußgeldbescheid zu erhalten. Die Neuregelungen in § 33a Abs. 5 GWB und in § 89b Abs. 7 Satz 2 GWB sind aus Sicht des VKU geeignet, hier Abhilfe zu schaffen.

§ 33a Abs. 5 GWB sieht eine widerlegliche Vermutung vor, dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren. Diese widerlegliche Vermutung ist angesichts der Bindungswirkung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden nahezu zwingend. Es gehört aber zur Standardargumentation von Kartellanten, dass trotz rechtskräftig festgestelltem Kartell konkrete Erwerbe aus den verschiedensten Gründen nicht vom Kartell erfasst gewesen seien. Die widerlegliche Vermutung der Kartellbefangenheit ist hier eine zweckmäßige Lösung.

Mit der 9. GWB-Novelle wurden die Möglichkeiten der Akteneinsicht bei Kartellbehörden durch Kartellgeschädigte weithin eingeschränkt, dafür aber ein zivilrechtlicher Weg eröffnet, von den Kartellanten die Bußgeldentscheidung und weitere Dokumente zu erlangen. Durch die Praxis der Gerichte, insbesondere durch die Entscheidungen des OLG

Düsseldorf vom 03.04.2018 und 07.05.2018, wurde diese Möglichkeit aber praktisch weitgehend vereitelt. Wir begrüßen deswegen die Ergänzung in § 89b Abs. 5 Satz 2 GWB. Wir weisen allerdings darauf hin, dass auch die Erwägung des OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 03.04.2018, der Streitwert einer Klage auf Herausgabe einer Bußgeldentscheidung nebst dort in Bezug genommenen Dokumenten sei auf ein Drittel des geltend gemachten Schadensbetrages festzusetzen, in der Praxis prohibitiv wirken kann.

3. Änderungen des Kartellverfahrens

Der Referentenentwurf enthält eine umfassende Umgestaltung der Regelungen zum Kartellverfahren, die nur teilweise der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten geschuldet ist. In Bezug auf die Änderungen aufgrund der Richtlinie plädieren wir für eine 1:1-Umsetzung, die auch die Verhältnismäßigkeit wahrt. Hier verweisen wir insbesondere auf die vorgesehene Haftung von Mitgliedsunternehmen für kartellrechtliche Verstöße von Verbänden sowie auf die weiteren Verschärfungen der Regelungen zu Auskunftersuchen und Durchsuchungen.

Zu weiteren Änderungen des Verfahrens im Einzelnen:

a) Umsatzschwellen der Fusionskontrolle

In § 35 Abs. 1 GWB soll die zweite Inlandumsatzschwelle von 5 Mio. € auf 10 Mio. € erhöht werden, entsprechend sollen auch die Schwellen in § 35 Abs. 1a und 36 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 GWB erhöht werden. Mit dieser Erhöhung der jeweiligen Schwellenwerte wird der bürokratische Aufwand für eine Vielzahl von Unternehmensakquisitionen, bei denen schon von vornherein keine wesentlichen Auswirkungen auf die Märkte zu erwarten sind, deutlich reduziert. Das Bundeskartellamt erhält zugleich mehr Zeit, sich um wirklich relevante Fälle zu kümmern. Der VKU begrüßt deswegen diese Anpassung.

In einzelnen Märkten, insbesondere auch im Entsorgungsbereich, ist allerdings bereits jetzt zu beobachten, dass Unternehmen durch Akquisitionen, die nicht die Schwellen der Fusionskontrolle erreichen, den Wettbewerb mehr und mehr einschränken. Deswegen ist es sinnvoll, aber auch notwendig, dass das Bundeskartellamt, wie jetzt in § 39a GWB vorgesehen, die Befugnis erhält, im Einzelfall und für eine beschränkte Zeit eine besondere Anmeldepflicht unabhängig von den Umsatzschwellen des § 35 GWB anzuordnen. Praktisch relevant wird diese Anmeldepflicht nur in Märkten werden, die stark regional geprägt sind. Befürchtungen, dass damit eine Hürde für eine Start-up-Kultur geschaffen würde, halten wir für unbegründet.

b) Anspruch auf Entscheidung gemäß § 32c GWB

§ 32c Abs. 5 GWB sieht nunmehr einen Anspruch von Unternehmen vor, eine Entscheidung des Bundeskartellamtes zu erhalten, dass kein Anlass zum kartellrechtlichen Einschreiten besteht, soweit sie im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung haben. Diese Regelung ist zu begrüßen. Dabei sollten an die Feststellung eines erheblichen Interesses keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Die grundsätzliche Verpflichtung der Unternehmen der eigenständigen kartellrechtlichen Evaluierung, verbunden mit den ständig schärferen kartellrechtlichen Sanktionen und dem Nichtigkeitsrisiko bei Kooperationsverträgen, führt ansonsten dazu, dass auch wettbewerblich und volkswirtschaftlich sinnvolle Kooperationen wegen nicht auszuräumender kartellrechtlicher Risiken nicht durchgeführt werden.

4. Landeskartellbehörden

Der Referentenentwurf sieht in § 50 Abs. 1 GWB vor, dass die Anwendung europäischen Rechts in Zukunft ausschließlich in die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes fallen soll. Mit dieser Zuständigkeitsregelung verbleibt für die Landeskartellbehörden nur noch die Anwendung des deutschen Kartellrechts. Wegen der Regelung in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003 bedeutet das zudem, dass die Landeskartellbehörden nur noch Vereinbarungen zwischen Unternehmen beurteilen können, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. In Bezug auf missbräuchliches Verhalten können die Landeskartellbehörden nur noch Missbräuche behandeln, die nicht gleichzeitig einen gem. Art. 102 AEUV verbotenen Missbrauch darstellen. In allen anderen Fällen besteht nämlich gem. VO 1/2003 die Verpflichtung, auch Art. 101 AEUV bzw. Art. 102 AEUV anzuwenden; dies ist den Landeskartellbehörden aber in Zukunft verwehrt.

Die Abgrenzung, ob eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten besteht, ist damit in Zukunft für die Bewertung der Zuständigkeit der Landeskartellbehörden entscheidend. Diese Abgrenzung kann aber im Einzelfall schwierig sein. Die Bewertung ist zudem nicht notwendigerweise deckungsgleich mit den Abgrenzungskriterien der Zuständigkeit von Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt in § 48 Abs. 2 GWB.

Eine Anpassung oder Ergänzung des Wortlauts des § 48 Abs. 2 GWB sollte deswegen erwogen werden, um Klarheit über die zukünftigen Zuständigkeitsregelungen zu haben. Die Regelungen werden im Einzelfall auch dazu führen, dass Angelegenheiten, die bislang durchgehend von den Landeskartellbehörden behandelt wurden, in Zukunft in die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes fallen.