

## Zum Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)

### Allgemeines und Prozessrechtliches

DIE FAMILIENUNTERNEHMER teilen den Standpunkt der Bundesregierung, dass vor allem eine Anpassung des GWB an die veränderten Verhältnisse und Herausforderungen in einer sich weiter digitalisierenden Wirtschaft geboten ist.

Sie verschließen sich auch nicht der Notwendigkeit eines umfassenden Lückenschlusses bei der Bußgeldhaftung für alle Fälle der Rechtsnachfolge und bei Konzernstrukturen. In diesem Zusammenhang ist aber auch zu prüfen, ob die Höhe kartellrechtlicher Bußgelder das Maß optimal wahrt, das sich aus einerseits individual- und generalpräventiven Erfordernissen ergibt, andererseits aber betriebswirtschaftlich nicht zu nachhaltig negativ einwirken sollte. Das sollte auch nicht nur bei sogenannten „KMU“ gelten (s. unten).

Nicht einverstanden sind DIE FAMILIENUNTERNEHMER mit der versteckten Neuregelung in dem neu eingefügten § 89b Absatz 6 Entwurf, wonach das Gericht künftig auf Antrag die Offenlegung von Beweismitteln oder die Erteilung von Auskünften anordnen können soll, „deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird“. Die im Entwurf vorgesehene „Abwägung aller Umstände des Einzelfalles“ mit einerseits dem „Interesse des Anspruchstellers an der Offenlegung“ und andererseits dem Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung“ muss aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER noch strenger gefasst werden, um einen Missbrauch des Kartellrechts zur Öffnung von Geheimnissen zu vermeiden. Gerade für technologisch hochspezialisierte (hidden) Marktführer im gehobenen großen deutschen Mittelstand ist im immer schwierigen Wettbewerbsfeld das Bewahren von Geschäftsgeheimnissen von Bedeutung. Der Verweis in der Begründung (S. 105) auf § 33g Entwurf bringt noch keine hinreichende Klarheit. Es ist auch nicht zutreffend, dass „unternehmensbezogene Angaben, die älter sind als 5 Jahre, in der Regel keine Vertraulichkeit mehr genießen“ und per se „ihren geschäftlichen Wert eingebüßt haben“ (Begründung, S. 105). Richtig ist dagegen, dass Weltmarktführer ihren Vorsprung oftmals über noch deutlich längere Abfolgen von Innovationsschritten erlangen, so dass auch schon vertrauliche Informationen von vor 5 Jahren für Wettbewerber relevant sein können.

Eine Lösung könnte darin liegen, dass die womöglich entscheidungserheblich vertraulichen Informationen nicht im Prozess offengelegt werden, das Gericht selbst aber exklusiv Einsicht nehmen kann, sei es der ganze Gerichtskörper oder aber nur der berichterstattende Richter.

## Schadensersatzansprüche von Geschädigten

Die im Referentenentwurf vorgesehene Stärkung der Position von Kartellgeschädigten findet im Grundsatz die Zustimmung von DIE FAMILIENUNTERNEHMER.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER melden allerdings Zweifel an, ob die in § 33a Absatz 2 Entwurf vorgesehene Umkehr der Beweislast nicht zu rigoros ausgestaltet ist. Wenn widerleglich vermutet wird, dass ein Kartell einen Schaden auslöst, geraten nun umgekehrt die möglicherweise schadensersatzpflichtigen Unternehmen in Beweisnöte. Wie soll man einen Nicht-Schadenseintritt darlegen und beweisen? Immerhin hilfreich ist der Hinweis auf S. 55 der Begründung, wonach die Vermutung durch den Nachweis einer Weitergabe eines etwaig kartellbedingt erhöhten Preises widerlegt werden könne. Weitere ähnliche Hinweise des Gesetzgebers wären für die künftige Praxis hilfreich – dabei nicht etwa zur Erleichterung von Kartellvereinbarungen, sondern als Anhaltspunkt für künftige zu leistende Dokumentationen.

Richtig ist es jedenfalls, im Rahmen der Beweislastumkehr, die Höhe des verursachten Schadens „von der Vermutung unberührt“ zu lassen. Anderenfalls wäre der Gegenbeweis durch den Betroffenen kaum zumutbar zu führen.

Weiter sollte auch die Regelung der Intensivierung der Bindungswirkung von Entscheidungen (§33b Entwurf) einer Wettbewerbsbehörde nicht zu weit reichen, sonst droht im Ergebnis der Verlust eines Rechtsweges.

Es ist nicht verständlich, weshalb der Schutz eines Unternehmens vor unwiederbringlicher Gefährdung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit infolge einer kartellrechtlichen Ersatzpflicht nur für kleine und mittlere Unternehmen mit einem Marktanteil von unter 5 Prozent gelten soll, § 33d Absatz 3, Satz 1, Nr. 1 und 2 Entwurf.

## Anpassung an die laufende digitale Transformation

DIE FAMILIENUNTERNEHMER begrüßen die im Referentenentwurf erkennbaren Versuche von Anpassungen an die Digitalisierung. Es ist wichtig, dass das „Grundgesetz der freien Marktwirtschaft“, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nunmehr an die digitale Transformation der Wirtschaft angepasst werden soll. Die Bedeutung der Verhinderung von Machtkonzentrationen in der Wirtschaft bleibt aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER auch - und vielleicht dringlicher denn je - in der weiter digitalisierten Volkswirtschaft bestehen.

Bei den jetzt also vorzunehmenden Änderungen ist es jedoch – nicht anders als in anderen Rechtsbereichen - besonders wichtig, nicht über das Ziel hinaus zu schießen und mit übertriebenen Eingriffen den laufenden Prozess der digitalen Transformation zu behindern, was fraglos unabsehbare negative Folgen für die Entwicklung der deutschen (und europäischen) Wirtschaft nach sich zöge. Denn deren zukünftige Wettbewerbsfähigkeit hängt entscheidend von einer erfolgreichen Bewältigung der Digitalisierung ab.

Die beiden von DIE FAMILIENUNTERNEHMER wichtigsten vorgeschlagenen Änderungen in der vorliegenden Novelle in Bezug auf die Digitalisierung sind

- die Berücksichtigung von datengetriebenen Geschäftsmodellen in §18 Absatz 2a sowie
- die besondere Berücksichtigung von Plattformen, ihren Netzwerkeffekten und ihrer mehrseitigen Marktstruktur in der digitalisierten Wirtschaft in §18 Absatz 3a.

Beide Änderungen werden von DIE FAMILIENUNTERNEHMER grundsätzlich gutgeheißen. Es ist in Bezug auf §18 Absatz 2a in der Tat dringend geboten, die teilweise non-monetären Marktstrukturen von Dienstleistern zu berücksichtigen. Wenn Nutzer für eine Dienstleistung z. B. mit ihren Daten bezahlen statt mit Geld oder integraler Bestandteil einer mehrseitigen Plattform sind, dann heißt dies nicht, dass deshalb etwa kein Markt vorliegen würde.

Dem Gesetzgeber ist zu der Entscheidung zu gratulieren, der Verführung widerstehen zu wollen, Begriffe wie „Plattform“ in diesem Gesetz vorschnell in einer Legaldefinition zu fixieren. Richtig wird (Begründung, S. 47) darauf hingewiesen, dass dieser Begriff (und andere Begriffe aus der Sphäre der digitalen Wirtschaft) weder in der juristischen Literatur noch in der Praxis bereits einheitlich verwendet werden, und dass sich hier eine Definition tatsächlich erst herauszubilden begonnen haben dürfte. Der Gesetzgeber beweist hier einiges Taktgefühl dafür, dass er sich mit seinen (erforderlichen) Bemühungen um Regulierungen schon in der Gegenwart auf ein Feld gewagt hat, das noch weiter ein sich erst Entwickelndes ist.

Überzeugend ist soweit die Legaldefinition des „mehrseitigen Marktes“ (Begründung S. 47).

Für die jetzt einsetzende Entwicklung eines Wettbewerbsrechts auch für den digitalen Bereich dürfte die gedankliche Leistung auf Seite 48 der Begründung von bleibendem Nutzen sein: „Marktmacht muss sich nicht zwangsläufig in Preissetzungsspielräumen spiegeln, sondern kann beispielsweise auch mit dem exklusiven Zugang zu Daten einhergehen. In diesem Punkt zeigt sich das ganz Spezifische und Neuartige der digitalen Wirtschaft, was dann auch die Novellierung des GWB in dieser Hinsicht gebietet.

Eine regulierende Berücksichtigung der besonderen Bedeutung von Plattformen, die aufgrund von Netzwerkeffekten immer zu einer winner-takes-it-all-Marktstruktur tendieren, ist geboten.

Besonders wichtig ist es den Familienunternehmern jedoch darauf zu drängen, dass das Wettbewerbsrecht in Fällen der Übernahme von (oder Fusion mit oder zwischen) innovativen Unternehmen künftig nicht auf eine Weise strikt angewendet wird, dass es im Ergebnis den deutschen Start-Up-Markt austrocknen könnte.

Aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER ist es für eine auch weiter erfolgreiche Digitalisierung der deutschen Wirtschaft essentiell, dass zunächst neue Unternehmen innovative Technologien und Geschäftsmodelle ausprobieren und diese im Anschluss gegebenenfalls von bestehenden Unternehmen übernommen werden können.

Damit sich der Start-Up-Biotop in Deutschland weiterhin positiv entwickeln kann, wird es nötig sein, dass durch Exit-Strategien von Gründern ein Kapitalzufluss für das Gründungsunternehmen erreicht werden kann.

Der Erfolg der Start-Up-Szene im Silicon-Valley beruht schließlich auch darauf, dass die Erlöse aus erfolgreich verkauften Start-Ups in neue Gründungen investiert werden.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER begrüßen es, dass auch in Fällen von innovationsgetriebenem Wettbewerbsdruck in §18 Absatz 3a Entwurf bei einer Entscheidung berücksichtigt werden soll, ob eine Übernahme zu einer marktbeherrschenden Stellung führen könnte.

Die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen im digitalen Raum ist oft innovationsbedingt und kann aufgrund von neuen Innovationen schnell zurückgedrängt werden. Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele von Microsoft über Yahoo bis zu Intel.

Nach § 18 Absatz 3a Entwurf soll die Bewertung einer Marktstellung nach einer ganzen Reihe von Kriterien erfolgen, worunter unter Ziffer 2 „die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer“ gehört. Das ist soweit überzeugend. In der Begründung, S. 50, werden noch weitere „Parameter“ für die Stärke und Intensität von Netzwerkeffekten genannt, im Text beginnend mit „Darüber können auch...“. Auch diese Parameter sollten zur Erleichterung der Rechtsanwendung mit in den Wortlaut des Gesetzes aufgenommen werden.

Schon problematisch ist der sich bei Prüfung von Marktbeherrschung auf digitalen Märkten abzeichnende große Ermessensraum für die Wettbewerbsbehörde. So heißt es in der Begründung auf S. 50 unten sehr offen: „Im Einzelfall kann die Feststellung einer starken Kundenbindungswirkung der 4 Netzwerkeffekte wegen entstehender Wechselkosten für eine fehlende oder schwierige Angreifbarkeit der Marktstellung des Anbieters der internetbasierten Dienstleistung sprechen.“ Einzelfallentscheidungen und Ermessen sollen und müssen immer möglich sein, gerade bei der Beurteilung komplizierter wirtschaftlicher (Markt-) Verhältnisse. Gleichwohl zeichnet sich hier ein großer Ermessensraum für die entscheidenden Beamten ab, was mit Blick auf die oben bereits kritisierte Bindungswirkung für die Gerichte an Gewicht noch gewinnt.

## Berücksichtigung erweiterter Wettbewerbssituationen

Allerdings fehlt in Bezug auf die Digitalisierung der Volkswirtschaft im Kontext mit dem GWB in der Novelle noch ein wesentlicher Aspekt.

In §18 Absatz 3a des Entwurfes müsste aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER ein Kriterium eingefügt werden: Da digitale Geschäftsmodelle aufgrund der gegen null gehenden Transaktionskosten im digitalen Raum schnell skalierbar und potentiell weltweit vermarktbar sind, sollte die weltweite Wettbewerbssituation besonders berücksichtigt werden. So könnte z. B. die Fusion zweier deutscher Plattformen in einem bestimmten Bereich, die zusammen fast 100 Prozent des Marktes abdecken, trotzdem noch akzeptabel sein, wenn und solange starke Konkurrenten aus anderen Ländern potentiell mit relativ wenig Aufwand in den Markt eintreten könnten. Dieser Gedanke müsste sich nach Ansicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER bei

der Überarbeitung des GWB im Übrigen auch grundsätzlich berücksichtigt werden. Durch die Digitalisierung verändern sich zum einen die Kosten des Markteintritts in vielen Bereichen erheblich (sie sinken), zum anderen erhöht sich der Wettbewerbsdruck in vielen Bereichen, da digitale Güter und Dienstleistungen über das Internet zu sehr niedrigen Grenzkosten weltweit vermarktet werden können.

Diese soweit ausführlich benannten Umstände (1. Berücksichtigung von datengetriebenen Geschäftsmodellen in §18 Absatz 2a, sowie 2. die besondere Berücksichtigung von Plattformen, ihren Netzwerkeffekten und ihrer mehrseitigen Marktstruktur in der digitalisierten Wirtschaft in §18 Absatz 3a.) zusammengenommen, können selbstverständlich sehr leicht erhebliche Auswirkungen auf Märkte mit physischen Dienstleistungen oder Gütern haben.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER empfehlen, dass dieser spezifische und dabei grundlegende Zusammenhang, der sich aus der Digitalisierung ergibt, in der 9. GWB berücksichtigt wird. Das könnte womöglich durch eine generalklauselartige Formulierung im Nachgang zum neu gefassten § 18 GWB erfolgen. Hier könnte womöglich von **mittelbarer** oder auch **gemittelter** Marktbeherrschung auf verbundenen physischen oder gleichsam analogen Märkten infolge von digitaler Marktbeherrschung gesprochen werden.

## Fazit

DIE FAMILIENUNTERNEHMER kommen zu dem Schluss, dass dem Bundesgesetzgeber mit dieser 9. GWB-Novelle die Bewältigung zweier voneinander ganz unterschiedlicher Aufgaben insgesamt gut gelingen dürfte: Erstens die Umsetzung europäischen Rechts mit Blick auf eine Stärkung kartellbezogener Geschädigtenrechte und zweitens Anpassungen an die sich weiter rasant verändernde volkswirtschaftliche Wirklichkeit unter Digitalisierungsschüben.

Es ist mit Blick insbesondere auf die noch junge Genese der digitalisierten Märkte auch richtig, dass sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie dazu verpflichten will, dem Parlament nach drei Jahren (erstmal) über die Erfahrungen mit den GWB-Anpassungen an diverse Facetten der Digitalisierung zu berichten.