

Zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbs- beschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Vorbemerkung | Bundesregierung und „Kommission Wettbewerb 4.0“ auf dem richtigen Weg

Das Bundeswirtschaftsministerium hat mit seinem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle richtungsweisende Ansätze für den Umgang mit marktmächtigen digitalen Anbietern vorgelegt. Damit greift es in vielen Punkten das treffende Konzept und die Vorschläge der „Kommission Wettbewerb 4.0“ auf. DIE FAMILIENUNTERNEHMER befürworten und unterstützen dieses Vorhaben, das Konzept ist eine fällige Antwort auf die Entwicklungen von Machtpositionen in von Digitalisierung geprägten Märkten. Der Referentenentwurf bildet in den Kernpunkten die von den Familienunternehmern formulierten Ziele und Anforderungen zur Erhaltung und Schaffung freiheitlicher Märkte und eines fairen Wettbewerbs als Grundpfeiler unserer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ab („Die Zukunft denken – Positionen zur Digitalisierung“, Berlin, Mai 2018). Die Familienunternehmer betonen, dass die im Referentenentwurf eingeführten Grundsätze und Instrumentarien nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene zum Einsatz und zur Geltung gebracht werden müssen, um im schärfer werdenden globalen Wettbewerb ihre Wirkung entfalten zu können.

Zu Beginn stellt sich die Frage, welche Ziele der GWB-Gesetzgeber mit der aktuellen GWB-Novelle verfolgt und verfolgen sollte – gerade im Licht der fortlaufenden Digitalisierung der deutschen Volkswirtschaft und anderer. Zum einen soll Marktmacht nicht ohne Aufsicht bleiben und muss Missbrauch verhindert werden. Neben diesen klassischen und erwartbaren Zielen rücken aktuell aber auch erkennbar industriepolitische Erwägungen ins Blickfeld: Können und müssen digitalrechtliche Rahmensetzungen dazu beitragen, den Industriestandort Deutschland und Europa im globalen Wettbewerbsumfeld zu verbessern, insbesondere im Wettbewerb mit den Regionen USA und China? Die Volkswirtschaften der Welt haben sich in den letzten Jahren weitreichend digitalisiert. Derzeit steht die Welt vor einer zweiten Digitalisierungsrunde: dabei geht es immer um technologische Führerschaft, taugliche Kapitalmärkte, und politische und wirtschaftliche Stabilität.

Zuletzt hat auch die Stiftung Marktwirtschaft mit Ihrer von Fulko Lenz verfassten Schrift „Plattformökonomie – zwischen Abwehr und Wunschdenken“ (2020) darauf hingewiesen, dass Unternehmen aus der EU in Bezug auf die Herkunftsstaaten der 70 wertvollsten Online-Plattformen inzwischen neben denen aus den USA und China eine schwache Rolle spielen. Daher genüge ein Ansatz reicher Gefahrenabwehr z. B. gegenüber großen US-Anbietern nicht, weil es vielmehr auf das Herstellen besserer EU-Rahmenbedingungen ankomme.

Es müsse „ein intelligenter Ordnungsrahmen für die Plattformökonomie“ geschaffen werden, um die „Voraussetzungen für die Entstehung neuer plattformbasierter Unternehmen“ in der EU zu verbessern.

Das Recht bildet dazu einen wesentlichen Pfeiler, auf den die Marktakteure im besseren Falle vertrauen wollen und dürfen. Dazu gehören insbesondere verlässliche und praxisnahe rechtliche Rahmensetzungen. Der Schutz von Sacheigentum, Geistigem Eigentum und bestimmten Informationen stärkt die Investitionsbereitschaft.

Die Gewährleistung der freiheitlichen Organisation von Märkten und fairen Wettbewerb schafft Marktchancen. Ein wirkungsvolles Wettbewerbsrecht leistet dazu einen wesentlichen Beitrag.

Im aktuellen weltweiten Vergleich hat Deutschland seine Stärke im ingenieurtechnischen Bereich, in vielen Bereichen der rasant wachsenden digitalen Branchendominieren hingegen die Anbieter aus den USA und Fernost. Das gilt insbesondere für weltumspannende Informations- und Kommunikationsnetze (u.a. Social Media) mit ihrem gigantischen Kundenstamm, die technischen Kommunikationsnetze in Kabel und Funk, die Investitionen in Künstliche Intelligenz, die Investitionen in Supercomputer und Cloudstrukturen und die Ressourcen zur Gewinnung von Kapital und High-Tech Mitarbeitern. Das kann zu brain gain führen.

In der sich weiter digitalisierenden Welt ist Deutschland aber noch nicht abgehängt, so auf Basis seiner nach wie starken Industrialisierung in Kontexten wie Industrie 4.0 und Internet der Dinge. Deutschland kann daher in Zeiten von „5G“ und „KI“ neue Chancen bekommen. Möglich ist, dass sich hier – wie bisher in den USA und China – nun auch in Deutschland und Teilen Europas GAFAM vergleichbare Unternehmen herausbilden.

Mit anderen Worten: Im Zuge von Industrie 4.0 u. a. könnte das Industrieland Deutschland digital in die Rolle hineinwachsen, die die USA mit ihren digitalen Giganten im Bereich Social und Commerce erreicht hat. Nach den Händlern in den USA könnten nun in Deutschland Ingenieure und Entwickler etwas aus den neuen digitalen Möglichkeiten machen. Das Spiel ist immer wieder neu eröffnet, und die aktuellen rechtlichen Rahmensetzungen sollten im Blick behalten, ob sie die EU nach vorn bringen, mit dem, was gerade hier gekonnt wird.

Im Referentenentwurf ist zu begrüßen, dass marktbeherrschende Unternehmen schärfer auf Missbrauch ihrer Stellung überwacht werden sollen. Richtig ist, dass sich Marktmacht heute nicht mehr nur aus der Stellung in einem abgegrenzten Markt ergibt, sondern auch aus übergreifenden Effekten aus Informationsmacht und Finanzkraft, mit denen Unternehmen auch durch Übersprungeffekte in anderen Märkten dominant werden können.

Insbesondere Netzwerke und Plattformen erzeugen derartige konglomerate Macht. Marktmächtige Social Media Unternehmen sollen daher die Datenressourcen ihrer Teilnehmer besser freigeben und portierbar machen.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER betonen wie die „Kommission Wettbewerb 4.0“, dass die Wettbewerbspolitik darauf zielen muss, wettbewerblich geprägte Märkte zu erhalten und zu schaffen. Dies ist aber gerade in bestimmten Digitalmärkten bisher nicht der Fall, weil sie von marktmächtigen Unternehmen dominiert werden, die teilweise ein Quasimonopol darstellen, zum Beispiel bei Suchmaschinen, Social Media und Bürosoftware. Kontrolle und Verbote sind entbehrlich, wenn im Markt kundenfreundliche Alternativen verfügbar sind. Die Aufgabe der Wettbewerbspolitik muss also dahingehen, Chancengleichheit für neue Wettbewerber zu schaffen. Dominante Unternehmen sind zu verpflichten, Schnittstellen zu ihrem Ökosystem zu schaffen, über die Kunden anderer Systemanbieter Kommunikationszugänge haben. Die Kommission Wettbewerb 4.0 verlangt zwar richtigerweise mehr Datenportabilität – das Recht auf Datentransfer am Ende der Nutzung (wie im Datenschutzrecht) greift aber nach Meinung von DIE FAMILIENUNTERNEHMER zu kurz: Daten müssen auch während der Nutzung transferierbar sein, als Datendiffusion durch die Wände des Ökosystems einer mächtigen Plattform.

1. Ein fokussiertes Wettbewerbsrecht zur Fusionskontrolle

- 1.1.** DIE FAMILIENUNTERNEHMER können nicht einschätzen, ob das Bundeskartellamt tatsächlich an einer Überlastung an Verfahren leidet. In dem Fall wäre es aber besser, das Personal des Amtes aufzustocken als die Schwellenwerte zu erhöhen (wie im Gesetzentwurf vorgesehen).
- 1.2.** Dass Fusionskontrollverfahren künftig innerhalb einer Monatsfrist entschieden sein sollen, ist zu begrüßen. Es würde für die Unternehmen Planbarkeit und Rechtsicherheit erhöhen.
- 1.3.** Die Erhöhung der Anforderungen für Anträge auf die Erteilung einer Ministererlaubnis wird seitens von DIE FAMILIENUNTERNEHMER begrüßt. Es ist richtig, dass es zu keinem inflationären Gebrauch dieses Instruments etwa nur mit Blick darauf kommen sollte, weil das Verfahren quasi als eine „Abkürzung“ gelten mag, § 42 Abs. 1a GWB-RefE. Auch die konkret vorgesehenen Erschwerungen für einen Verfahrensbeginn (zunächst Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung oder die Zurückweisung einer Beschwerde) wirken verhältnismäßig.
- 1.4.** DIE FAMILIENUNTERNEHMER regen gleichzeitig an, das Rechtsinstitut „Ministererlaubnis“ in der jetzigen Form insgesamt auf den Prüfstand zu stellen. Dabei bleibt es im Grundsatz Ausprägung von Transparenz, wenn in einem zweistufigen Verfahren zunächst die sachliche Prüfung einer Fusion auf der Rechtsgrundlage des Wettbewerbsrechts erfolgt, und erst sodann gegebenenfalls eine politische Entscheidung, die die Rechtsentscheidung übersteuert.

Das Instrument der Ministerentscheidung muss dabei jedoch stets die Ausnahme bilden und darf nicht zur Regel werden, ins besondere weil scheinbare aktuelle gesamtwirtschaftliche Vorteile regelmäßig politisch verlocken mögen, solche aber auf Dauer den leistungsfähigen Wettbewerb unterminieren kann. Das Verfahren zur Erteilung einer Ministererlaubnis muss daher als Ermessensentscheidung in seinen Abwägungen sehr klar und nachvollziehbar ausgestaltet sein. Für die EU-Fusionskontrolle sollten die gleichen Grundsätze gelten, auch wenn im Verfahren der Kommission die gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkte bereits neben den reinen wettbewerbsrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen beachtet werden können.

- 1.5. Mit dem Referentenentwurf sollen die Zumessungsregeln für erlassene Bußgelder überprüft werden. Dem ist nur zuzustimmen.
- 1.6. Diskussionswürdig erscheint der große Sprung in den geplanten Aufgreifschwelen in der Fusionskontrolle, § 35 GWB (neu) in der Umsatzgröße von derzeit 5 Mio. auf 10 Millionen und die neue Grenze für „Bagatellmärkte“ von 15 Mio. auf 20 Mio. Euro. Hier stellt sich am Rande die Frage (an die Praxis der Aufsichtsbehörden), ob nicht große Marktteilnehmer einen solchen Bagatellwert dazu ausnutzen können, um mittels der Bildung einer Vielzahl entsprechend großer Kleinunternehmen „unter dem Radar“ zu bleiben. Und schließlich fällt auf, dass die neue Unterschwelle in § 39a Abs. 2 Nr. 1 GWB-RefE für die Pflicht zur Anmeldung doch sehr niedrig gesetzt ist (2 Mio. Euro) und so weiter viele typische „KMU“ mit in der GWB-Anmeldeverpflichtung geführt werden.
- 1.7. Im Kontext Fusionskontrollrecht kann nicht unerwähnt bleiben, dass der Brief vom 04.02.2020 des Bundeswirtschaftsministers mit vier weiteren EU-mitgliedstaatlichen Wirtschaftsministern, gerichtet an die Vizepräsidentin der EU-Kommission in Sachen „Modernisierung des EU-Wettbewerbsrecht“ für DIE FAMILIENUNTERNEHMER keine tragfähigen Ansätze beinhaltet. Der Bundeswirtschaftsminister verfolgt mit seinen Vorschlägen gegenüber der EU-Kommission Reformpläne, die er bereits in seinen industriepolitischen Strategiepapieren ab Februar 2019 vorgelegt hatte, und die auch national auf starken Widerspruch gestoßen waren. Daran ändert die sprachliche Neufassung als Vorschlag einer „Modernisierung“ wenig. Auf die Inhalte kommt es an. Zutreffend ist fraglos, dass sich die Rahmenbedingungen im globalen Wettbewerb geändert haben. Auch staatlicher Interventionismus seitens Drittstaaten muss immer gesehen werden, und hier ist auch zu reagieren. Allerdings ist nicht nur irgendeine Antwort, sondern eine ordnungspolitisch richtige Antwort auf die neuartigen Herausforderungen zu entwickeln. Eine „Flexibilisierung“, um in der EU leichter größere Einheiten bilden zu können, in vulgo „Europäische Champions“.

DIE FAMILIENUNTERNEHMER haben zu keiner Zeit die – vielleicht französisch geprägte - Hoffnung geteilt, dass bereits aus Größe mehr Wettbewerbsfähigkeit erwächst. Kommissarin Margrethe Vestager hat sich jüngst mit Argumenten und Überlegungen zu den Vorschlägen des Wirtschaftsminister-Quartetts geäußert, die DIE FAMILIENUNTERNEHMER teilen.

Die Fusionskontrolle ist nicht das Instrument erster Wahl, gilt es, gegen Subventionen, Interventionen. Hier bedarf es vor allem internationaler Abkommen, die für mehr Waffengleichheit, global gleichartige Bedingungen und Reziprozität der Marktzugänge sorgen. Größe ist nicht die Lösung.

2. Ein proaktives Wettbewerbsrecht

2.1. DIE FAMILIENUNTERNEHMER begrüßen nachdrücklich, Unternehmen in bestimmten Situationen mehr Rechtssicherheit zu bieten, wenn sie im Wettbewerb der Daten- und Digitalökonomie zur Stärkung ihrer Wettbewerbsfähigkeit Kooperationen eingehen wollen (§§ 32c Abs. 2 bis 4 GWB-RefE). Auch der neu geregelte Entscheidungszeitraum seitens des Bundeskartellamtes von maximal sechs Monaten ist zu begrüßen. Drei oder 1,5 Monate wäre noch besser, s. u.

2.2. Dazu kommt die die „Kommission 4.0“ zu dem Ergebnis, dass Kooperationen Rechtssicherheit brauchen, um in der Digitalwirtschaft zu bestehen und technologische Chancen nutzen zu können. Insbesondere „Datenkooperationen“ brauchen sicheren Rahmen:

- Vereinbarungen zwischen Unternehmen über das Austauschen, Teilen und Zusammenführen von Daten
- Kooperationen beim gemeinsamen Aufbau von Plattformen, digitalen Ökosystemen, Datenpooling
- freiwilliges Anmeldeverfahren einrichten („Kommission 4.0“) an die GD IV, Entscheidung binnen 90 Tagen

DIE FAMILIENUNTERNEHMER halten diesen Vorschlag für richtig und wichtig, insbesondere für Plattformen und Vernetzungen zu KI, Industrie 4.0, Cloud Anwendungen oder Softwareentwicklung. Die Mehrzahl von Geschäftsmodellen im industriellen Bereich setzt zwingen Kooperationsbeziehungen voraus.

3. Ein Wettbewerbsrecht für die Datenökonomie

3.1. Neue Bewertung von Marktmacht

Die Macht aufgrund von Vermittlungsdienstleistungen, insbesondere Plattformen, stellt als Intermediationsmacht eine neue und durchschlagende Erscheinungsform von Marktmacht dar, die das bisherige Wettbewerbsrecht nicht abbildet. Daher ist richtig, dass dieses nun von Amts wegen zu berücksichtigen werden soll (§ 18 Abs. 3b GWB-RefE).

Zielführend integriert ist nun auch das Kriterium Informationsmacht, die sich in der Verfügbarkeit von Daten des betreffenden Unternehmens zeigt. Denn es ist gerade solch eine Informationsmacht, die als Informationsvorsprung des Anbieters die Kunden dazu veranlasst, bestimmte Verhaltensweisen des Anbieters zu akzeptieren, die er bei hinreichendem Wettbewerb so kaum tolerieren würde.

3.2. Verschärfung der Missbrauchsaufsicht

In der bisherigen Diskussion (2019) lag zunächst ein gewisser Schwerpunkt möglicher regulatorischer Eingriffe an dem Punkt, wie bei der Akquisition von Start-ups mit sog. „Killer-Akquisitionen“ am besten umzugehen sei. (Hier sind die seinerzeit mitgeteilten Vorbehalte von DIE FAMILIENUNTERNEHMER mit Blick auf Lösungen unter Vorverlagerung missbräuchlicher Tuns auf den Zeitraum strategischer Erwägungen nicht zu wiederholen.). Auch die „Kommission 4.0“ hat Aufkäufe von innovativer Start-Ups durch „marktmächtige Digitalunternehmen“ problematisiert und empfiehlt dazu „Leitlinien“.

Der nun im Rahmen der 10. GWB-Novelle gewählte Ansatz, sogenannte „Killer-Akquisitionen“ und/oder auf Marktbildungsprävention abzielende Übernahmen nicht in der Missbrauchsaufsicht, sondern bei der Fusionskontrolle zu bewältigen, verdient eine wohlwollend-kritische Prüfung. Daneben mag aber auch schon hier die ganz neuartige Regelung einer sog. „Feststellung von marktübergreifender Bedeutung“ in § 19a GBW-neu taugen. Auf diese Breitband-Neuregelung bleibt noch ausführlicher einzugehen.

3.3. Regulierung von Plattformen

Auch Plattformen als solche können marktbeherrschende Stellung erlangen. Dies führt insbesondere zu sich verstärkenden - für Plattformen - positiven Netzwerkeffekten.

3.4. Zugang zu Daten

Eine Missbrauchsaufsicht speziell für verweigerten Datenzugang (§ 19 Abs. 2 Ziffer 4. GWB-RefE) ist richtig und zielführend. Zu Recht nimmt der Gesetzgeber dazu Anleihen bei vorhandenen Regulierungen von sog. „kritischer Infrastruktur“.

Der Staat steht auch hier in der Verantwortung, eine Ausschaltung von jeglichem Wettbewerb zu unterbinden.

3.5. **Untersagung von missbräuchlichem Datengebrauch**

Dem Gesetzgeber ist zu dem neuen und umfassenden regulatorischen Ansatz in § 19a GWB-RefE weitgehend zu gratulieren. Hier kann in einem ersten Schritt eine Art Gefahrenfeststellung erfolgen, wobei brauchbare Kriterien oder Parameter in das Gesetz aufgenommen werden (§ 19a Abs. 1 GWB-RefE).

Die eingangs erfolgende definitorische Erfindung von Unternehmen mit überragend marktübergreifender Bedeutung i. S. d. § 19a Abs. 1 GWB-RefE ist handhabbar und macht mit Blick auf die neuen Marktstrukturen Sinn. Insbesondere sind die fünf zur Fassung der Definition entwickelten Kriterien überzeugend und wohl praxistauglich.

Die Untersagungsoptionen in § 19a Abs. 2 GWB-RefE sind ebenfalls im Wesentlichen gelungen. Einzig an einer Stelle melden DIE FAMILIENUNTERNEHMER Bedenken an: Es soll nach dem Entwurf nunmehr möglich sein, eine Unterlassung von Maßnahmen auszusprechen, mit denen ein Unternehmen die „Interoperabilität von Produkten und Leistungen oder die Portabilität von Daten“ erschwert und damit den Wettbewerb behindert“. Hier bedarf es näherer Konkretisierungen/Präzisierungen, welche Art von Daten wie auch z. B. Kundendaten etc. tatsächlich portabel gehalten werden müssen. Das GWB darf nicht zu noch einem weiteren Gesetz für kaum ernsthaft konditionierte „Transparenz“ von Unternehmerdaten werden. Portabilität muss bei Plattformen sein, aber sie darf nicht zu dem (Miss-) Verständnis führen, dass Unternehmen auch Daten aus dem Bereich ihrer Kerndaten teilen müssen.

Zusätzlich folgende Verbesserungsvorschläge:

- Wenn es denn bei einer Ermessensentscheidung bleibt, sollte das Ermessen in § 19a GWB-RefE („kann“) deutlich präzisiert werden, nicht zuletzt damit das Bundeskartellamt nicht weiter Anwürfen wie Allmacht, Abgehobenheit oder auch Rücksichtslosigkeit ausgesetzt ist, nur weil nach außen oftmals kaum ersichtlich ist, nach welchen Maßgaben das Amt seine Entscheidungen fällt.
- Die Konditionierung im zweiten Spiegelstrich („sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“) könnte ähnlich auch in den Text des ersten Spiegelstrichs aufgenommen werden.

Allerdings wurde im Schrifttum (Thomas Höppner, Plattform-Regulierung light, in: WuW 12/2019, Handelsblatt Fachmedien) mit einiger Berechtigung zuletzt die Frage aufgeworfen, weshalb die in § 19a GWB-RefE enthaltenen Missbrauchstatbestände nicht als unmittelbar wirkende Verbote ausgestaltet werden sollen.

Stattdessen habe man sich für den Weg einer Untersagung entschieden, die erst durch ein Verdikt des Bundeskartellamtes „aktiviert“ werden könne.

So plädiert Höppner für eine so wörtlich „konsequente Anwendung des Verbotsprinzips“. Dafür spricht zunächst ein Umstand, auf den auch bereits Höppner hinweist: Moderne Vermittlungsleistungen, gerade durch umsatzstarke Plattformen, sind „technisch und ökonomisch hochkomplex, datenlastig und (...) intransparent. Kaum ein Externer kennt und versteht die Wirkung der hunderten von (regelmäßig geänderten) relevanten Algorithmen. Sie wettbewerbsrechtlich zu beurteilen erfordert auf Seiten der Regulierungsbehörden besonderes Knowhow und eine detaillierte Befassung mit den größten Geschäftsgeheimnissen der einzelnen Unternehmen.“ Hier fragt sich in der Tat, ob hier seitens eines Amtes ein Beurteilungsermessen noch ausgeübt werden kann. Höppner spricht dezidiert von „Informationsasymmetrien“.

Als Konsequenz wird dort vorgeschlagen, über die Einrichtung einer „spezialisierten“ Behörde“ für Intermediäre nachzudenken. Ähnliche Überlegungen werden wohl auch im Vereinigten Königreich diskutiert (Höppner).

DIE FAMILIENUNTERNEHMER sehen sich an dieser Stelle nicht in der Lage sicher einzuschätzen, ob entweder das Bundeskartellamt, die Bundesnetzagentur, beide zusammen oder eine dritte Einrichtung am besten aufgestellt sind oder noch werden können, um den hier erforderlichen Sachverstand aufzubringen. Jedenfalls ist hier eine zeitnahe Lösung geboten, damit nicht zuletzt vor besagtem Hintergrund die zuständigen Ämter Unternehmen der old economy schärfer kontrollieren als die in bestimmten Hinsichten komplexeren Intermediäre, weil es einfach einfacher ist. Das wäre dann in etwa mit den kommunalen Polizisten zu vergleichen, die lieber Fahrräder anhalten und auf intakte Lichtsignale kontrollieren kann als z. B. Gewaltverbrecher zu jagen.

Nach allem ist ein gesetzliches Verbot von Beginn an einem Verbot missbräuchlichen Handels erst nach Feststellung durch ein Amt, wie das Bundeskartellamt, vorzuziehen.

Entsprechend wäre dann im § 19a GWB-RefE allerdings auch zu beachten, dass ohne Ermessensraum für ein Amt die tatbestandlichen Begriffe im Zweifel durchgehend noch präziser zu fassen wären, worauf Höppner (a. a. O.) nur ganz zurecht hinweist.

Richtig ist es aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER insbesondere auch, das Aufnötigen digitaler Kopplungsangebote zu verhindern, was nun nach § 19a Abs. 2 Ziffer 1 GWB-RefE möglich werden dürfte: Die Anbieter verbreiteter Programme versuchen mit Vorliebe, Kunden im Gespann mit der bereits genutzten Software weitere Programme zu verkaufen oder zur Nutzung aufzunötigen. Nachdem einzelnen Digitalkonzernen schwere wettbewerbsrechtliche Sanktionen wegen der Kopplung ihrer Produkte auferlegt wurden, versuchen sie nun, ihre Zusatzprogramme mit aggressiven Angebotstechniken in den Markt zu drücken. So drängt sich die Software „Microsoft Teams“ bei jedem Öffnen des Office-Programms mit einem Fenster in den Vordergrund.

Der Nutzer muss dieses Fenster jedes Mal einzeln schließen, eine Funktion zur Abschaltung dieser unbestellten Werbung findet sich dort nicht, sondern nur im sog. „Task Manager“, also für den Normalnutzer eher versteckt. Damit verdrängt das Angebot zu Teams auf dem Trittbrett von Microsoft andere Anbieter von Teamwork-Software.

Das Einblenden des Werbefensters von Teams ist wirkungsgleich mit der wettbewerbswidrigen Zusendung von unbestellten E-Mails und sollte damit verboten sein. Zudem handelt es sich um einen Fall des Missbrauchs von Marktmacht indem der Anbieter versucht, ein verbotenes Kopplungsgeschäft aufzudrängen.

In das gleiche Schema passt die Aufforderung zur Eingabe eines Microsoft-Kontos bei jedem neuen Öffnen des Programms - das der Nutzer aber für die Funktion des bestehenden Office Programms gar nicht benötigt. Noch subtiler ist die untergeschobene Speicherfunktion von Office 365: Ein neues Dokument, wird automatisch in der Microsoft Cloud gespeichert - es sei denn der Nutzer erkennt und nutzt dann auch die wiederum geradezu versteckte Option zur Speicherung auf seinem privaten Gerät.

3.6. Insbesondere Durchsetzung von Datenportabilität

Auch hier hat der neue § 19a GWB (konkret in § 19a Abs. 2 Ziffer 4 GWB-RefE) einen rechtlichen Aufgreifpunkt für die Datenportabilität geschaffen. Dabei ist richtig, das untersagbare Verhalten schon bei dem bloßen „Erschweren“ (nicht erst bei einem kompletten Verhindern) einsetzen zu lassen. Damit es hier nicht zu Anwendungsdefiziten kommt, ist der Begriff der Interoperabilität möglichst scharf zu fassen, vielleicht durch Beispiele in einem Klammerzusatz.

3.7. Datendiffusion von Plattform zu Plattform

Wesentlich wichtiger als die Datenportabilität am Ende der Plattformnutzung ist hingegen die Datendiffusion während der Plattformnutzung, also der Datenverkehr durch die Außenwände der Social Media-Silos. Denn der Wechsel von einer Plattform zur anderen wird nicht nur durch den drohenden Verlust von Daten am Ende der Nutzung verhindert, sondern auch, weil während der Nutzung die laufende Kommunikation der Nutzer von Plattform zu Plattform nicht möglich ist. Nutzer wechseln die Plattform nicht, weil sie dadurch ihre bisherigen Kontakte verlieren.

Die „Kommission 4.0“ macht dazu einen guten Vorschlag und empfiehlt Rahmenrichtlinien nach Art. 114 AEUV über das Recht, Drittanbietern ein digitales Nutzerkonto zugänglich zu machen. Denn auch die „Kommission 4.0“ setzt viel Nachdruck auf das Erreichen hoher Portabilität von Nutzern und Nutzungsdaten. Die Empfehlung der Kommission 4.0 einer EU-VO für Verhaltensregeln für marktbeherrschende Online-Plattformen ist im Grundsatz diskutabel.

Derartige Anregungen spielen zwar heute bei der anstehenden GWB-Novellierung noch nicht direkt eine Rolle, jedoch ist das Gesetz dergestalt neu zu fassen, dass es später zu reibungslosen Einfügungen von gleichgerichtetem EU-Recht kommt.

Wesentlich dazu sind Schnittstellen zur Kommunikation mit anderen Plattformen. Ein jedenfalls rechtstechnisches Vorbild bietet die EU Richtlinie zu Zahlungsdiensten, die mit Einwilligung des Nutzers den Diensten den Informationszugang zu allen anderen Bankkonten und Zahlungsverkehrskonten erlaubt.

3.8. Datenzugang und verbundene Behinderungen gegenüber Abhängigen

In § 20 Abs. 1 die Wörter „kleine und mittlere“ zu streichen ist sinnvoll, denn auch größere Familienunternehmen bedürfen des Schutzes der Wettbewerbsordnung bei auftretenden „Asymmetrien“.

Es ist richtig, im reformierten § 20 GWB stärker auf in der digitalen Wirtschaft typische „Abhängigkeiten“ abzustellen (§ 20 Abs. 1 S. 2 GWB-RefE). Entscheidend ist dabei der neue § 20 Abs. 1a GWB-RefE, in dem der gesetzliche Tatbestand richtungsweisend umreißt, was das Wesen der neuen digitalen Abhängigkeiten ausmacht. Zutreffend bezieht der Entwurf auch Sachverhalte ein, in denen ein Geschäftsverkehr noch gar nicht eröffnet ist.

Nicht weniger wichtig als der neue Abs. 1a des § 20 GWB-RefE ist aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER die Regelung im künftigen Abs. 3a GWB, mit dem dafür Sorge getragen werden soll, dass weiter ein sog. „Multihoming“ bewahrt werden kann und werden wird. Nur so lange Plattform-Unternehmen Arten des Multihoming gewährleisten, leistet die Digital- und Plattform-Ökonomie weiter einen starken Beitrag zu mehr Wettbewerb.

Insgesamt ist der gewählte Ansatz richtig, nicht eine generelle Pflicht etwa zum Daten-Sharing einzuführen, sondern eine solche in klar umrissenen Ausnahme-Sachverhalten vorzugeben und dabei i. E. streng verhältnismäßig vorzugehen.

3.9. Einführung einstweiliger Maßnahmen

Die Verbesserungen auf dem Gebiet von einstweiligen Maßnahmen, vgl. § 32a Abs. 2 GWB-RefE, werden durch DIE FAMILIENUNTERNEHMER als sachlich angemessen und gut begrüßt.

3.10. Verfahrensrecht bei Ermittlungen des Bundeskartellamts: Reform des Auskunftsverlangens

Nach § 59b WGB-neu sollen sämtliche Bücher etc. für Durchsuchungen zugänglich gemacht werden. In der Begründung heißt es:

„(...) Die „Zugänglichkeit“ der Information im Sinne des § 59b Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 ist umfassend zu verstehen. Sie bezieht sich auf alle relevanten Informationen, die innerhalb des Unternehmens im Sinne der wirtschaftlichen Einheit verfügbar sind (...).“

Eine Information ist dementsprechend ebenso „zugänglich“ im Sinne der Vorschrift, wenn eine Mutter- oder Schwestergesellschaft auf die Information zugreifen kann.“
DIE FAMILIENUNTERNEHMER weisen an dieser Stelle darauf hin, dass es in der Praxis immer weniger lebensnah sein dürfte, zu glauben, z. B. Server beschlagnahmen zu können. Häufig befinden sich Daten auf sog. „Serverfarmen“ in virtuellen Servern, wobei solche mit sog. „Backups“ in einer anderen Region gesichert werden.

Erste Gesamtbewertung

Die GWB-ReE (10. Novelle)n ist ein großer Wurf. Es sei dahingestellt, ob Daten „das neue Erdöl“ sind, und ob diese Metapher stringent ist und hilft. Aber der Zugriff auf Daten ist jedenfalls eines: Macht, und das heißt auch: Marktmacht. Und damit stellt sich die Frage, wem Daten gehören, und wer sie wie nutzen darf. Michal Kosinsky hat jüngst die Frage aufgeworfen, ob „es so etwas wie Privatsphäre“ denn überhaupt geben müsse oder aber nur Ausdruck der Spezifika eines bestimmten Zeitalters (gewesen) sei. („Facebook ist phantastisch für die Demokratie“, Interview mit Michal Kosinsky, NZZ, 22.11.2019, S. 21).

Der vorgelegte Entwurf einer 10. GWB-Novelle erweist sich bei nur einigen Vorschlägen für Verbesserungen als insgesamt überaus geeigneter Beitrag zur Lösung der großen Aufgabe, in der sich abzeichnenden neuen Datenwelt zu ersten Ausbalancierungen von Marktmacht zu gelangen. Der Entwurf gehört auch zu den leider zu selten gewordenen Beispielen einer gesetzgeberischen Anstrengung, mit der es gelingt, sprachlich-logisch und kognitiv-Lösungen entwickelnd eine fraglos komplexe Rechtsetzungsmaterie zu durchdringen und in den Griff zu bekommen, ein BGB für die sich digitalisierende Welt und insofern - wie jenes - schon ein kleines mittels Jura ordnendes Jahrhundertwerk.