

STELLUNGNAHME

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

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. vertritt als Spitzenverband der Deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in rund 310 Verbundgruppen organisiert sind. Die kooperierenden Mittelständler erwirtschaften mit 2,5 Mio. Vollzeitbeschäftigten einen Umsatz von mehr als 507 Mrd. Euro (rund 18 Prozent des BIP) und bieten 430.000 Ausbildungsplätze. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer Marke auf, z.B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP: ELECTRONIC PARTNER, EXPERT, HAGEBAU und BÄKO. Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung und Trendforschung.

Gerne nutzt DER MITTELSTANDSVERBUND die Möglichkeit, zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (kurz „GWB-Digitalisierungsgesetz“) vom 23.01.2020 Stellung zu nehmen.

I. Grundsätzliches

Als Interessenvertreter des kooperierenden Mittelstandes, mithin von kleinen und mittleren Unternehmen aus Handel, Handwerk und Dienstleistungsbranche, die sich im Rahmen der überbetrieblichen Zusammenarbeit in gewerblichen Verbundgruppen organisiert haben, sind Fragen der Wettbewerbspolitik und des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen sowie der Digitalisierung der mittelständischen Wirtschaft im Besonderen für den MITTELSTANDSVERBUND von äußerst hoher Relevanz.

DER MITTELSTANDSVERBUND ist zunächst der Ansicht, dass sich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in der Praxis grundsätzlich bewährt hat. Allerdings ist festzustellen, dass der das gesamte Wirtschaftsleben, insbesondere aber kleine und mittlere Unternehmen betreffende und noch immer rasant voranschreitende Prozess der digitalen Transformation eine besonders große Herausforderung für sämtliche Marktteilnehmer, ebenso wie für die Wettbewerbspolitik darstellt. Es ist daher ausdrücklich zu begrüßen, dass der Referentenentwurf eines GWB-Digitalisierungsgesetzes eine die sich verändernden Gegebenheiten berücksichtigende Anpassung des Kartellrechts ins Auge fasst, um so den Anforderungen des digitalen Zeitalters an die Wirtschaft besser Rechnung zu tragen.

Das Wettbewerbsrecht stellt dabei nach Ansicht des MITTELSTANDSVERBUNDES den richtigen Rahmen dar, um unerwünschten Einschränkungen des Wettbewerbs im Zuge einer dominierenden Marktmacht der großen Online-Plattformen angemessen entgegenzutreten und diese möglichst zu verhindern. Gegenwärtig erleben wir, wie gerade die Unternehmen des kooperierenden Mittelstands im Online-Handel substantiell benachteiligt sind, da ihnen der Zugang zu den für neue digitale Geschäftsmodelle notwendigen Daten verwehrt bleibt. Große Online-Plattformen, deren Expansion und Anwachsen auf marktbeherrschende Größe in ganz erheblichem Maße auf die Sammlung und exklusive Nutzung von Nutzerdaten zurückzuführen ist, lassen den mittelständischen Händlern kaum eine Möglichkeit, wettbewerbsfähige Geschäftsmodelle zu entwickeln und eigene Plattformen zu etablieren.

Grund dafür ist nicht etwa eine mangelnde Innovationsfähigkeit der mittelständischen Unternehmen, sondern in erster Linie der eingeschränkte Zugang zu den Daten, die auf Online-Plattformen generiert werden. Letzterer ist daher problematisch, weil diese Daten überwiegend durch die Nutzer der Plattform generiert werden und nicht originär durch die Plattformbetreiber selbst. Zu den Nutzern gehören vornehmlich mittelständische Händler, die selbst auf als Marktplatz fungierenden Plattformen Handel treiben. Trotzdem erhalten diese Händler in der Regel nur einen eingeschränkten oder gar keinen Zugang zu den auf ihre Nutzung zurückgehenden Daten. Die Plattformen selbst nehmen für sich oftmals die exklusive Nutzung und Verarbeitung in Anspruch, wodurch sie ihre Algorithmen und Geschäftsmodelle optimieren können.

Dies gilt insbesondere für Plattformen, die eine problematische Doppelrolle als Marktplatz und Händler zugleich aufweisen. Aufgrund der in der digitalen Wirtschaft entscheidenden Bedeutung von Daten können sie daher ihre marktbeherrschende Stellung zunehmend ausbauen und verhindern einen fairen Wettbewerb mit mittelständischen Händlern. Letzteren den Zugang zu Daten zu erleichtern und damit den für die soziale Marktwirtschaft konstitutiven Wettbewerb auch im Online-Handel zu ermöglichen, muss daher die Priorität der Wettbewerbspolitik sein.

Es fragt sich allerdings, ob dieser Ansatz im Zuge der rasanten Entwicklungen in der digitalen Ökonomie tatsächlich zu der Verhinderung von Marktverschiebungen führen wird. Denn: Gerade mittelständische Unternehmen schrecken derzeit oftmals vor der Einleitung kartellrechtlicher Verfahren im Zusammenhang mit dem Zugang zu Daten aufgrund der zu erwartenden langen Zeiträume bis zum Abschluss der Verfahren und der momentan bestehenden Rechtsunsicherheit bzgl. der Anspruchsvoraussetzungen zurück. Der Gesetzgeber scheint dieses Problem erkannt zu haben, was insbesondere die Absenkung der der Voraussetzung zum Erlass einstweiliger Maßnahmen im Sinne der Neufassung des § 32a Abs. 1 GWB Ref-E zeigt.

Auch wenn das bestehende ex post System gerade durch seine im Referentenentwurf vorgeschlagenen Ergänzungen weiterhin seine Berechtigung behält, befürwortet DER MITTELSTANDSVERBUND einen proaktiveren Ansatz. Auf großen Marktplätzen agierende mittelständische Händler brauchen schnellere Mechanismen für einen Zugang zu Daten, um im Wettbewerb weiter Schritt halten zu können. Es sollte daher ernsthaft in Erwägung gezogen werden, im Bereich der Datenökonomie einen ex ante Ansatz zu wählen. Dieser sollte den Marktplatzteilnehmern den Zugang zu Daten bei Vorliegen einer Daten-gestützten Marktmacht sofort und ohne weiteres Verfahren gewähren.

Andernfalls befürchtet DER MITTELSTANDSVERBUND, dass auch nach den grundsätzlich zu befürwortenden Ansätzen der 10. GWB-Novelle die zu erwartenden langen Verfahren zu unwiderruflichen Verschiebungen der Wettbewerbsbedingungen zum Nachteil mittelständischer Unternehmen führen wird. Die Notwendigkeit dieses Ansatzes bestätigt zudem die vom MITTELSTANDSVERBUND in Auftrag gegebene Studie „Data Sharing im E-Commerce Rechtliche und ökonomische Grundlagen“, welche wir dieser Stellungnahme beifügen.

Die im Referentenentwurf gewählten Ansätze hin zu einem besseren Datenzugang stellen hingegen eine wichtige wettbewerbsrechtliche Ergänzung des vom MITTELSTANDSVERBUND vorgeschlagenen Ansatzes dar; die Fragen der Marktmachtdefinition sowie die zukünftige Begründung und Durchsetzung von Daten-Zugangs-Ansprüchen aufgrund des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung müssen künftig mit einer belastbaren kartellbehördlichen Praxis beantwortet werden – dies unabhängig von der Frage, ob ein ex ante oder ein ex post Ansatz gewählt wird. Aus diesem Grund unterstützt DER MITTELSTANDSVERBUND die Vorschläge im Referentenentwurf grundsätzlich als taugliche Antwort auf die sich aus der Digitalwirtschaft ergebenden wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen.

Der Gesetzesentwurf des GWB-Digitalisierungsgesetzes dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts. Gleichzeitig soll der Referentenentwurf die im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.03.2018 zum Ausdruck gebrachte Zielsetzung verfolgen, einen Ordnungsrahmen zu gestalten, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft gerecht wird. Neben der Modernisierung der Mißbrauchsaufsicht sind dabei weitere Beweggründe Änderungen im Recht der Fusionskontrolle, Vorschriften zur Erhöhung der Rechtssicherheit von Kooperationen, Änderungen im Bereich des Kartellschadensersatzes, Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und die Vereinfachung der Vorschriften zu Verwaltungsverfahren, um die Rechtsanwendung zu erleichtern.

DER MITTELSTANDSVERBUND hält die im Referentenentwurf enthaltenen Vorschläge für ein gezielter durchgreifendes, digitales Wettbewerbsrecht 4.0 vor diesem Hintergrund für grundsätzlich zielführend.

II.

Zu den verschiedenen für die Tätigkeit der gewerblichen Verbundgruppen relevanten Bestandteilen des Referentenentwurfs möchte DER MITTELSTANDSVERBUND gerne im Folgenden im Detail und differenziert wie folgt Stellung nehmen:

1. § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB Ref-E

Die durch Ergänzung von § 18 Abs. 2 Nr. 3 GWB Ref-E bezweckte Klarstellung, dass der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten in allen Wirtschaftsbereichen und nicht nur für

mehrseitige Märkte und Netzwerke als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens in Betracht kommt, wird ausdrücklich begrüßt. Damit wird der weiter steigenden Bedeutung von Daten und des Zugangs zu ebensolchen in sämtlichen Wirtschaftsbereichen Rechnung getragen.

2. § 18 Abs. 3b GWB Ref-E

Auch die vom Referentenentwurf vorgeschlagene Schärfung der Erfassung von Machtpositionen digitaler Plattformen wird vom MITTELSTANDSVERBUND unterstützt.

Verbundgruppen in Form von Handels-, Dienstleistungs- und Handwerkskooperationen sehen sich seit einiger Zeit vor neue Herausforderungen gestellt. In fast allen Sektoren spielen Online-Angebote eine weitaus größere Rolle, als dies noch vor einigen Jahren der Fall war und datengetriebene Plattformmodelle führen zu Machtgefällen. Letztere vereinen dabei in einem immer größeren Maße Marktmacht auf sich. Die damit verbundene Konzentrationswirkung führt zu einer Verdrängung gerade mittelständischer Unternehmensmodelle. Mehr noch: KMU geraten in ein immer größeres Abhängigkeitsverhältnis zu den großen Plattformen, ohne von den auf diesen generierten Daten in gleichem Maße profitieren zu können, weil eine gemeinschaftliche Nutzung von Daten durch die Plattformen oftmals nicht ermöglicht wird. Es gilt daher dringend die regulatorischen Rahmenbedingungen anzupassen, um gerade mittelständische Modelle in die Lage zu versetzen, in einen gleichberechtigten Wettbewerb mit großen Plattformen einzutreten. Diesen gilt es zu erhalten, um stetige Innovation, bessere Dienstleistungen und Angebote für den Verbraucher weiterhin zu ermöglichen.

Ein Blick auf die großen Plattformen der digitalen Wirtschaft zeigt, dass deren Erfolgsmodell fast ausschließlich darauf basiert, Daten zu generieren und wirtschaftlich nutzbare Informationen aus diesen Daten zu gewinnen. Bezogen auf Handelsplattformen dient die Nutzung von Daten dabei unter anderem der Steigerung der Effizienz – sei es durch die Optimierung der Angebote, die Vermeidung von Retouren, aber auch die Optimierung der Beschaffung, Lagerhaltung und Logistik. Aufgrund der schieren Menge an Daten und Informationen, die sich aus diesen Daten generieren lassen, entfalten die großen Plattformen mittlerweile eine Art Sogwirkung: Neue Geschäftsmodelle haben Schwierigkeiten, gegen die etablierten Marktteilnehmer zu bestehen, da die dafür erforderliche Datengrundlage nicht erhältlich ist. Kunden nutzen daher größtenteils bestehende Plattformmodelle, da nur diese ihren Erwartungen an Auswahl, Darbietung der Waren und Dienstleistungen sowie Kundenansprache gerecht werden können. Die Handelsmärkte drohen daher in vielen Bereichen zugunsten der großen Plattformbetreiber zu kippen – ein Aufholen vor allem mittelständischer Wettbewerber wird ab diesem Zeitpunkt auch unter Einsatz großer finanzieller Ressourcen kaum mehr möglich sein.

Vor diesem Hintergrund ist die Klarstellung in § 18 Abs. 3b GWB Ref-E im Hinblick auf die Erfassung von Machtpositionen digitaler Plattformen ausdrücklich zu begrüßen.

3. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB Ref-E

Ein großer Teil des Onlinehandels läuft über marktmächtige, digitale Plattformen. Die Daten fallen insofern bei diesen Plattformen an und werden von ihnen weiterverarbeitet und genutzt. Die Plattformen ermöglichen kleinen und mittleren Unternehmen die Abwicklung von Transaktionen, bieten diesen aber regelmäßig keinen angemessenen Datenzugang, obwohl die Daten ohne die Transaktionen der KMU gar nicht angefallen wären. Verwenden die Plattformen die Daten selbst und verweigern gleichzeitig den KMU den Zugriff, stellt dies einen erheblichen wettbewerblichen Nachteil für letztere dar. Der aus Daten generierbare Mehrwert fällt nicht bei ihnen an, während die vertikal integrierten Plattformen die Daten nutzen. Der stark zunehmende Onlinehandel steigert die relativen Wettbewerbsvorteile der großen Plattformen weiter und führt tendenziell zu noch stärkerer Konzentration im Bereich des E-Commerce.

Vor diesem Hintergrund ist die Klarstellung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB Ref-E, dass auch eine Verweigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen und darüber hinaus die Verweigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten selbst missbräuchlich sein kann, sehr zu begrüßen.

Kritisch muss demgegenüber die grundsätzliche Beibehaltung der Formulierung „gegen angemessenes Entgelt“ betrachtet werden. Es erscheint insoweit fraglich, ob es in Anbetracht der oben festgestellten Wettbewerbsnachteile gerade für den Mittelstand in jedem Fall notwendig ist, den Zugang entsprechend zu vergüten. Zwar stellt die Gesetzesbegründung diesbezüglich klar, dass durch die Beibehaltung der Formulierung nicht ausgeschlossen wird, dass es Fälle geben kann, in denen – insbesondere beim Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten – eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt. Dies ergibt sich so aber aus dem reinen Gesetzeswortlaut nicht. Es wird daher zur Vermeidung von Auslegungsmissverständnissen vorgeschlagen, wie folgt zu formulieren:

„4. sich weigert, ein anderes Unternehmen – gegebenenfalls gegen angemessenes Entgelt – mit dieser Ware...“

4. § 19a GWB Ref-E

Mit dem vorgeschlagenen § 19a GWB Ref-E soll ein neues System der wettbewerbsrechtlichen Aufsicht eingerichtet werden. Der Vorschlag ist von der Erkenntnis getragen, dass Unternehmen nicht lediglich auf Grundlage ihrer (relativen) Marktmacht unzulässig auf dem relevanten Markt ausüben, sondern dieses Potential auch auf andere Drittmärkte übertragen können. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen dabei insbesondere Digitalkonzerne unter eine besondere wettbewerbsrechtliche Aufsicht gestellt werden.

Grundsätzlich begrüßt DER MITTELSTANDSVERBUND einen solchen Ansatz. Denn: Die oben dargestellten negativen Folgen der Digitalwirtschaft gerade für mittelständische Unternehmen drohen sich auch auf das „klassische“ stationäre Geschäft auszuweiten. So werden bereits heute Daten-gestützte Erkenntnisse großer Plattformen zum Aufbau anderer Offline-Geschäftsfelder, aber auch der Weiterentwicklung neuer Online-Geschäftsfelder genutzt. Auch wenn mittelständische Unternehmen daher versuchen, sich durch die Erschließung neuer Wertschöpfungen von der Abhängigkeit großer

Digitalkonzerne zu lösen, sehen sie sich oftmals aufgrund der fehlenden Datengrundlage den gleichen Problemen und vor allem: den gleichen Wettbewerbern wie in der Digitalwirtschaft ausgesetzt.

Es ist daher folgerichtig, dass ein neues Aufsichtsmodell über Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung eingeführt wird.

Es erscheint hingegen fraglich, ob dieses neue Instrument tatsächlich zu den gewünschten positiven Effekten auf den neuen Digitalmärkten führen wird. Zunächst ist das Verhältnis zwischen der Missbrauchsaufsicht und dem neuen § 19a GWB Ref-E teilweise unklar. Dem Wortlaut nach ist die Marktmacht des Unternehmens nicht Voraussetzung für die Feststellung einer marktübergreifenden Bedeutung des Unternehmens. Die Gesetzesbegründung spricht hingegen von Unternehmen, die „nicht nur eine beherrschende Stellung auf einzelnen Plattform- oder Netzwerkmärkten im Sinne des § 18 Absatz 3a innehaben, ...“. Hier sollte die Klarstellung erfolgen, dass sich diese neue Aufsicht zwar in den meisten Fällen auf marktmächtige Unternehmen bezieht, die Marktmacht hingegen im Rahmen des § 19a GWB Ref-E keine zwingende Grundvoraussetzung für ein behördliches Einschreiten ist.

In einigen Stellungnahmen wurde diesbezüglich bereits kritisiert, dass der neue § 19a GWB Ref-E in der Praxis nicht durchsetzbar sein wird. Hingegen muss dabei beachtet werden, dass auch der Gesetzgeber (ausweislich der Gesetzesbegründung) davon ausgeht, dass das neue Instrument nur auf eine geringe Anzahl von Unternehmen Anwendung finden wird. Bereits die Feststellung der marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens – zunächst sogar ohne ein anschließendes Verbot nach § 19a Absatz 2 GWB Ref-E – könnte bereits zu wichtigen Erkenntnissen hinsichtlich der Funktionsweise neuer Märkte und deren Missbrauchs-Anfälligkeit mit sich bringen. Weiterhin könnten die im Rahmen von § 19a GWB Ref-E erlangten Erkenntnisse auch einer besseren Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB dienen. Vor diesem Hintergrund erscheint die vorgebrachte Kritik zwar nicht falsch, aber im Ergebnis wenig zielführend, denn die im Zuge der Verfahren gewonnenen Erkenntnisse werden sicherlich über die Verfahren hinaus wichtig und relevant.

5. § 20 Abs. 1 GWB Ref-E

Der Referentenentwurf schlägt vor, den Anwendungsbereichs der Missbrauchsaufsicht zu erweitern und dazu die Beschränkung des Schutzbereichs in § 20 Abs. 1 GWB auf kleine und mittlere Unternehmen zu streichen und stattdessen die Anwendbarkeit davon abhängig zu machen, dass die Abhängigkeit wegen einer deutlichen Asymmetrie nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird. Diese Änderung sei geboten und angemessen, weil einschlägige Abhängigkeitslagen auch für große Unternehmen entstehen könnten.

Diese Auffassung wird vom MITTELSTANDSVERBUND nicht geteilt und daher die Änderung der Regelung und damit die Erweiterung des Schutzbereiches auf jegliche Unternehmensgröße abgelehnt.

Die Regelung des § 20 Abs. 1 GWB dient nach richtiger Auffassung nicht primär dem Wettbewerb als Prozess und Institution, sondern dem Schutz des Mittelstandes. Nach den Vorschlägen des Referentenentwurfes, die auf eine Empfehlung der Studie „Modernisierung der Mißbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ von Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker zurückgehen, sollen nun aber auch große, mithin Unternehmen jeder Größenklasse in den Schutzbereich der Norm einbezogen werden. Dies widerspricht nach Auffassung des MITTELSTANDSVERBUNDES klar der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, wonach nur kleine und mittlere Unternehmen als potentiell schwächere Anbieter oder Nachfrager bestimmter Waren oder Dienstleistungen vor missbräuchlichem Marktverhalten großer, marktbeherrschender oder mindestens marktstarker Unternehmen geschützt werden sollten.

Große nationale oder gar international operierende Unternehmen sind in diesem Sinne nicht schutzbedürftig. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs würde vielmehr zu einer ganz grundsätzlichen und letztlich verfehlten Änderung der Zielrichtung im Bereich der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht führen, weil die Schutzrichtung vom Mittelstand auf Großunternehmen verschoben werden würde. Für den Schutz von Großunternehmen sah der Gesetzgeber aber im Zuge der 5. GWB-Novelle gerade keine Notwendigkeit und beschränkte den Schutzbereich der Norm auf kleine und mittlere Unternehmen, um das Verbot „auf das Maß des Erforderlichen“ zu beschränken (BT-Drs. Nr. 11/4610, S. 11 ff.). Auf diese Weise wird berücksichtigt, dass die Regeln des § 20 GWB mit Eingriffen in die Vertragsfreiheit verbunden sind, die sich aber nur rechtfertigen lassen, wenn sie verhältnismäßig sind. Die Einbeziehung von Großunternehmen in den Anwendungsbereich geht aber offensichtlich über das erforderliche Maß hinaus und hält einer Verhältnismäßigkeitsprüfung daher nicht stand.

An dieser Wertung ändert auch die vorgeschlagene Aufnahme des neuen Halbsatzes in § 20 Abs. 1 Satz 1 a.E. GWB Ref-E nichts. Zur Umsetzung der Empfehlung aus der Studie von Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker zielt die Ergänzung in § 20 Abs. 1 Satz 1 a.E. GWB Ref-E darauf, eine Heranziehung des § 20 Abs. 1 in den Fällen wechselseitiger Abhängigkeiten auszuschließen, wenn zwischen diesen kein deutliches Ungleichgewicht besteht. Insofern wird klargestellt, dass eine Normadressatenstellung nicht besteht, wenn die abhängigen Unternehmen im Hinblick auf die jeweilige konkrete Abhängigkeitslage mit einer entsprechenden Gegenmacht ausgestattet sind. Solche Konstellationen sind auch weiterhin vom Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 ausgeschlossen.

Ob und inwieweit aber überhaupt eine solche konkrete wechselseitige, sprich symmetrische Abhängigkeitslage zwischen zwei Unternehmen besteht, lässt sich nach unserer Auffassung kaum beantworten. Dies insbesondere deshalb nicht, weil eine Abschätzung der Folgen durch eine Beendigung der Vertragsbeziehungen für die jeweiligen Vertragspartner nur sehr schwer zu treffen sein dürfte.

6. § 20 Abs. 1a GWB Ref-E

Im E-Commerce spielen Daten als Faktor im Wettbewerb verschiedener Akteure seit langem eine besondere Rolle, deren Bedeutung weiter wächst. Daten entstehen dabei insbesondere, wenn potenzielle Kunden Produkte im Internet anschauen, vergleichen und kaufen oder Verkäufer Produkte online anbieten, bewerben und verkaufen. Besonders

viele Daten werden durch oder mithilfe von E-Commerce-Plattformen gesammelt, die eine große Anzahl von Käufern und Verkäufern vereinen und umfangreiche Transaktionen abwickeln. Die anfallenden Daten können personenbezogen (wie etwa Namen, Adress- und Kontoinformationen) oder nicht-personenbezogen (zum Beispiel Anzahl an Verkäufen eines bestimmten Produkts, Anzahl der Retouren) sein und sich unter anderem auf Käufer, Verkäufer oder das Produkt beziehen.

Je nachdem, wer Zugang zu den Daten hat, können diese Daten unterschiedlichen Zwecken zugeführt werden. So lassen sich aus Sicht des Verkäufers unter anderem das Produkt-Portfolio, das Marketing, die Bepreisung und die Vertriebskanäle optimieren. Die genaue Herkunft der Daten ist dabei in der Regel zweitrangig. Das heißt, die Daten eines Verkäufers und seiner Kunden sind möglicherweise auch für Wettbewerber und E-Commerce-Plattformen ähnlich interessant. Das Motiv für die Nutzung von Daten liegt dabei schlussendlich in der Stabilisierung oder einer Verbesserung der eigenen Marktposition. Der Zugang zu diesen E-Commerce-Daten wird damit – gerade und insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen - zu einem bedeutsamen Faktor im Wettbewerb und kann diesen entscheidend beeinflussen.

Vor diesem Hintergrund begrüßt DER MITTELSTABDSVERBUND ganz ausdrücklich die Aufnahme einer kartellrechtlichen Regelung eines begrenzten Datenzugangsanspruchs in § 20 Abs. 1a GWB Ref-E.

Über die in der Gesetzesbegründung genannten spezifischen Konstellationen im Bereich von „komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarkt und IoT-Kontexten“ hinaus sollte der Datenzugangsanspruch aber auch auf entsprechende Plattformkonstellationen Anwendung finden, zumindest solche, in denen der Plattformbetreiber gleichzeitig als Verkäufer agiert. Hier sollte eine regulatorische Verpflichtung des Plattformbetreibers gewährleisten, dass die im Wesentlichen aus kleinen und mittleren Unternehmen bestehenden Händler gleichen Zugang zu Daten erhalten. Dies könnte entweder durch die Weitergabe aufbereiteter Informationen oder ein Data-Sharing erfolgen.

In der Ausprägung der Pflicht als Weitergabe aufbereiteter Informationen bestünde die Verpflichtung des Plattformbetreibers darin, die für einen fairen Wettbewerb zwischen den Händlern und dem Plattformbetreiber als Verkäufer notwendigen Informationen bereits aufbereitet datenschutzkonform zur Verfügung zu stellen. Der Zugang zum Datensatz selbst bliebe dem Plattformbetreiber vorbehalten, aber die daraus generierten Informationen zu Preisen, Nachfrage, abgeschlossenen Transaktionen und anderen für die Händler relevanten Indikatoren würden durch den Plattformbetreiber weitergegeben.

Diese Vorgehensweise hätte den Vorteil, dass die Händler nicht selbst in der Lage sein müssten, einen Rohdatensatz insbesondere in der entsprechend erforderlichen Geschwindigkeit auszuwerten. Der regulatorische Eingriff wäre vergleichsweise gering. Zudem würde für den Plattformbetreiber auf Basis der Daten ein Geschäftsmodell entstehen, innerhalb dessen zielgruppengerechte Informationen aus den Daten abgeleitet und an die Händler verkauft werden würden. Da der Plattformbetreiber in diesem Konstrukt weiterhin alleinig den Zugang zum Datensatz hätte, wäre eine Überwachung der Vorgehensweise angezeigt, um faire Preise und die zur Verfügungstellung sämtlicher potenziell für die Händler relevanten Informationen zu garantieren. Solche

Geschäftsmodelle verfolgen einige digitale Plattformen auch ohne einen regulatorische Eingriffe: So bietet beispielsweise die Sharing-Plattform Airbnb den Anbietern von Unterkünften gegen Entgelt die Möglichkeit, auf Basis der zur Verfügung stehenden Daten zu Nachfrage, Veranstaltungen in der Nähe und anderen Komponenten, die Preissetzung von Unterkünften automatisiert anzupassen. Hier manifestieren sich möglicherweise die Unterschiede in den Interessenlagen zwischen voll vertikal integrierten Plattformen und solchen Plattformen, die sich weitestgehend auf eine Handelsstufe beschränken. Auch wenn z.B. Amazon den auf dem Marketplace tätigen Händlern gewisse Informationen, wie z.B. Referenzpreise für die angebotenen Produktkategorien zur Verfügung stellt, werden Berichten zufolge selbst im Rahmen des Premium Services noch Informationen zurückgehalten.

Im Unterschied zur Weitergabe von aufbereiteten Informationen würde eine Vorgabe zum Data-Sharing den Plattformbetreiber verpflichten, den Händlern im Rahmen der datenschutzrechtlichen Möglichkeiten Zugang zu seinem gesamten Datensatz zu gewähren. Gegebenenfalls ließe sich dies auch auf die relevanten Teile des gesamten Datensatzes begrenzen. Dies würde die Händler vor die Herausforderung stellen, eine Datenanalyse selbst durchführen zu müssen, was insbesondere für die kleineren Händler schwierig sein dürfte. Denkbar wäre dann, dass Händler sich gemeinsam organisieren, möglicherweise in Form einer Genossenschaft – und sich damit die Kosten für die Analyse der Daten teilen. Die Daten würden gemeinsam genutzt und zentral ausgewertet, so dass für den einzelnen geringere Kosten für die Auswertung anfallen und gleichzeitig die Vorteile des Datenzugangs gerade für KMU auch in vollem Maße ausgeschöpft werden können.

7. § 32a Abs. 1 GWB Ref-E

Die Absenkung der Gefährdungslage (als Voraussetzung zum Erlass einer einstweiligen Maßnahme) in der vorgeschlagenen Neufassung des § 32a Absatz 1 GWB Ref-E ist zu begrüßen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass gerade in der digitalen Wirtschaft ein schnelles behördliches Eingreifen notwendig ist, um unwiderrufliche negative Folgen gerade für Mittelständler zu vermeiden.

Die Neufassung senkt die Rechtsunsicherheit und könnte damit zu einem Anstieg von Verfahren in der Digitalwirtschaft führen, insbesondere im Zusammenhang mit Datenzugangsansprüchen.

8. § 32c Abs. 2 GWB Ref-E

Ebenso positiv ist die gesetzliche Verankerung des sog. Vorsitzendenschreibens in § 32c Abs. 2 GWB Ref-E. Mittelständischen Verbundgruppen ist daran gelegen kartellrechtsrelevante Sachverhalte möglichst schnell und rechtssicher zu klären. Das Instrument des Vorsitzendenschreibens bietet hierzu durch den Verzicht auf eine förmliche Entscheidung und den damit verbundenen gesteigerten Ermittlungsbedarf eine weitere gute Möglichkeit.

Anzusprechen ist in diesem Zusammenhang auch die Einführung von § 32c Abs. 3 GWB Ref-E. In diesem neuen Abs. 3 wird die Möglichkeit zur Festlegung von allgemeinen

Verwaltungsgrundsätzen kodifiziert. Die Kombination aus Leitlinien und den Entscheidungen nach § 32c Abs. 1 u. 2 GWB Ref-E kann zu mehr Rechtssicherheit für mittelständische Unternehmen führen. Ob dies gelingt, hängt insbesondere von der Ausgestaltung der kartellrechtlichen Leitlinien ab. Aus diesem Grund werden die Leitlinien zur Vereinbarkeit von Genossenschaften und Kartellrecht des Bundeskartellamts (BKartA) mit großer Spannung erwartet.

Vervollständigt wird die Ergänzung von § 32c GWB durch den neuen Abs. 4, der gegenüber dem BKartA einen Anspruch auf Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB Ref-E einräumt, wenn die Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen in der Zusammenarbeit mit Wettbewerbern (horizontale Kooperation) ein besonderes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben. Leider besteht nach der Gesetzesbegründung ein besonderes rechtliches und wirtschaftliches Interesse nur bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlichem hohen Investitionsvolumen und -aufwand. Hinzu kommt, dass eine Entscheidung, ob die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 32c Abs. 4 S. 1 GWB Ref-E vorliegen erst nach 6 Monaten getroffen werden muss. Darüber hinaus dürfte die bislang praktizierte informelle Abstimmung von Rahmenbedingungen ohne gesetzliche Einschränkungen mit dem BKartA nach der Einführung von Abs. 4 voraussichtlich nicht mehr möglich sein.

Mit den Änderungen dürfte sich die Rechtssicherheit bei Kooperationen für mittelständische Unternehmen aus den vorstehenden Gründen nur marginal verbessern, weshalb die vorgeschlagenen Änderungen nicht weitgehend genug sind.

9. § 35 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1a Nr. 2 b) GWB Ref-E

Durch die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1a Nr. 2 b) GWB Ref-E von 5 Mio. Euro auf 10 Mio. Euro werden Zusammenschlüsse von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung nicht mehr der Zusammenschlusskontrolle unterliegen. Ebenso soll der Schwellenwert der sog. Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB von 15 Mio. Euro auf 20 Mio. Euro erhöht werden und mehrere (Bagatell-)Märkte gebündelt betrachtet werden können. Die Erleichterungen, die mit diesen Änderungen für mittelständische Unternehmen verbunden sein wird, werden sich bei Konsolidierungsvorhaben positiv bemerkbar machen und sind deshalb zu begrüßen.