

# Oppenhoff

Oppenhoff & Partner · Konrad-Adenauer-Ufer 23 · 50668 Köln

Bundesverband der Deutschen Sicherheits- und Verteidigungsindustrie e.V.  
Herrn Roland Haag  
ATRIUM Friedrichstraße  
Friedrichstraße 60  
10117 Berlin

Dr. Daniel Dohrn / Dr. Simon Spangler  
Tel.: +49 (0) 221 2091-441 / +49 (0) 69 707968-183  
Fax: +49 (0) 221 2091-333  
E-Mail: daniel.dohrn@oppenhoff.eu / simon.spangler@oppenhoff.eu

Unser Zeichen: DDN/SSP

Köln, den 25. Mai 2020

## **Stellungnahme zum Reg-E 10. GWB Novelle (Stand 26.3.2020)**

Sehr geehrter Herr Haag, sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zum aktuellen Regierungsentwurf der 10. GWB Novelle (nicht endgültige Fassung, Stand 26.3.2020) Stellung zu nehmen. Wir sind Partner bei Oppenhoff und in der Kartellrechtspraxis tätig. Wir vertreten regelmäßig Unternehmen und Verbände in Bußgeld- und Missbrauchsverfahren vor den Kartellbehörden.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf geplante Neuregelungen bei Bußgeldern, die für Verbände und die Verbandsarbeit von Unternehmen besonders relevant sind. Darüber hinaus nehmen wir zu den Neuregelungen in Zusammenhang mit der Missbrauchsaufsicht Stellung.

### **1. Geldbußen gegen Verbände/Unternehmensvereinigungen (§§ 81b, 81c Abs. 4 GWB Reg-E)**

Auch in der nicht endgültigen Fassung des Regierungsentwurfs vom 26.3.2020 werden Unternehmensvereinigungen, also auch Verbände wie der BDSV oder der BDI, in §§ 81b und 81c Abs. 4 Reg-E weiterhin einem erweiterten Haftungsregime unterworfen. Die geplanten Bußgeldregelungen sind nicht nur rechtsstaatlich bedenklich, sie besitzen darüber hinaus auch ein erhebliches Potential, die Verbandsarbeit nachhaltig zu schädigen.

## 1.1 Zur Bußgeldbemessung, § 81c Abs. 4 GWB Reg-E

Auf Grundlage der Neuregelung ist zukünftig mit deutlich höheren Bußgeldern gegen Verbände zu rechnen. Sofern die Ordnungswidrigkeit eines Verbands mit den Tätigkeiten seiner Mitglieder in Zusammenhang steht, sollen Bußgelder gegen den Verband zukünftig nicht mehr, wie de lege lata, ausschließlich am Umsatz der Unternehmensvereinigung (also i.d.R. an den Mitgliedsbeiträgen) bemessen werden, sondern am Umsatz derjenigen Mitglieder des Verbandes, die auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig waren. Unberücksichtigt bleiben dabei lediglich die Umsätze solcher Mitglieder, gegen die bereits eine Geldbuße wegen derselben Ordnungswidrigkeit festgesetzt wurde, oder denen ein Bußgeld aufgrund der Kronzeugenregelung erlassen wurde.

Laut Begründung im Gesetzesentwurf soll damit der Kartellbehörde die Möglichkeit gegeben werden, in konkreten Einzelfällen wirksame Bußgelder direkt gegen die Unternehmensvereinigung/den Verband zu verhängen und nicht gegen eine ggf. große Zahl der Mitglieder jeweils einzelne Verfahren führen zu müssen. Auch wenn diese Regelung den Willen des europäischen Richtliniengebers wiedergibt (vgl. Art. 15 Abs. 2 und Erwägungsgrund 48 der ECN+ Richtlinie 2019/1 v. 11.12.2018), ist sie verfassungsrechtlich doch höchst bedenklich. Letztlich wird hierdurch eine Art „Haftungskollektiv“ von Verband und Verbandsmitgliedern geschaffen. Es bleibt aber unklar, wie und inwieweit auf Basis dieser Regelung die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung von individuellen und ggf. auch unterschiedlich schwerwiegenden Tatbeiträgen des Verbands einerseits und seiner Mitglieder andererseits hinreichend gewährleistet werden soll. Damit geht die Gefahr einher, dass Verteidigungsmöglichkeiten des Verbands in unzulässiger Weise erschwert bzw. beschränkt werden. Vor dem Hintergrund der geplanten Ausfallhaftung kann dies auch Verbandsmitglieder treffen, weil diese – unabhängig von einer eigenen Tatbeteiligung – bei Leistungsunfähigkeit des Verbandes für ein gegen den Verband verhängtes Bußgeld einstehen müssen, sofern sie sich nicht exkulpierten können (dazu sogleich unter Ziff. 1.2).

Ebenfalls verfassungsrechtlich bedenklich ist die Ausgestaltung des Bußgeldrahmens. Gem. § 81c Abs. 4 GWB Reg-E darf das Bußgeld gegen die Unternehmensvereinigung 10 % der Summe des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes derjenigen Mitglieder, die auf dem von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Markt tätig waren, nicht übersteigen. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

*„Für die Bestimmung der Bußgeldhöhe darf allerdings nur der Gesamtumsatz der Mitglieder herangezogen werden, die auf dem von der Ordnungswidrigkeit der Unternehmensvereinigung betroffenen Markt tätig waren.“* (Begründung, S. 156).

Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung wird hinreichend ersichtlich, ob damit nur der Gesamtumsatz von Mitgliedern gemeint ist, der direkt auf dem vom Kartell betroffenen Markt erzielt wurde, oder ob auch Umsätze aus nicht betroffenen Märkten berücksichtigt werden müssen. Der Wortlaut des Gesetzes und die Gesetzesbegründung deuten eher auf letzteres hin. Eine Berücksichtigung von Umsätzen, die Mitglieder auf nicht vom Kartell betroffenen Märkten erzielt haben, wäre aber mit dem Grundsatz einer schuldangemessenen Sanktionierung nicht vereinbar. Zum einen stünde sie in keinem Verhältnis zum Tatbeitrag der rechtswidrig handelnden Unternehmensvereinigung.

# Oppenhoff

Zum anderen würde eine Berücksichtigung von Umsätzen auf nicht vom Kartell betroffenen Märkten dazu führen, dass die potentielle Bußgeldhöhe für den Verband und seine – ggf. über § 81b GWB Reg-E – mithaftenden Mitglieder nicht ausreichend vorhersehbar wäre. Schon eine Berücksichtigung „nur“ von Umsätzen auf Märkten, die vom Kartell betroffen waren, würde die Bußgeldhöhe für den Verband nur schwer bestimmbar machen, da die Sanktionierung von Umsätzen Dritter abhängen würde, auf die ein Verband regelmäßig keinen Einfluss hat. Eine darüberhinausgehende Berücksichtigung von Umsätzen auf Märkten, die noch nicht einmal mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, würde diese Unsicherheit noch weiter potenzieren. Dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot wäre damit nicht genüge getan.

Insgesamt halten wir daher die geplante Erweiterung des Bußgeldrahmens für Sanktionen gegenüber Unternehmensvereinigungen/Verbänden verfassungsrechtlich und rechtspolitisch für verfehlt. Als Minimum sollte jedenfalls klargestellt werden, dass im Rahmen des § 81c Abs. 4 GWB nur solche Umsätze der Mitglieder berücksichtigt werden dürfen, die auf einem von der Zuwiderhandlung der Unternehmensvereinigung unmittelbar betroffenen Markt erzielt wurden.

## 1.2 Zur Ausfallhaftung, § 81b GWB Reg-E

Mit dem erweiterten Bußgeldrahmen für Unternehmensvereinigungen/Verbände geht die in § 81b GWB Reg-E enthaltene Ausfallhaftung von Mitgliedsunternehmen einher. Ist die Unternehmensvereinigung/der Verband selbst nicht zahlungsfähig, kann die Kartellbehörde eine angemessene Frist setzen, binnen derer die Unternehmensvereinigung/der Verband von den Mitgliedern Beiträge zur Deckung der Geldbuße verlangen muss. Werden die Beiträge zur Zahlung der Geldbuße nicht innerhalb der Frist entrichtet, kann die Kartellbehörde nach § 81b Abs. 2 GWB Reg-E unmittelbar die Mitglieder des Verbands in die Pflicht nehmen.

Dafür ist ein zweistufiges Haftungssystem vorgesehen: Zunächst haften diejenigen Mitgliedsunternehmen, deren Vertreter den Entscheidungsgremien des Verbands/der Unternehmensvereinigung zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit angehört haben. Soweit es zur vollständigen Zahlung der Geldbuße notwendig ist, kann die Kartellbehörde die Zahlung des ausstehenden Betrags der Geldbuße aber auch von jedem Mitglied des Verbands/der Unternehmensvereinigung verlangen, das auf dem von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Markt tätig war – und zwar zunächst einmal unabhängig davon, ob das jeweilige Mitglied am Kartellrechtsverstoß selbst beteiligt war oder davon Kenntnis hatte (§ 81b Abs. 3 GWB Reg-E). Nur wenn die Mitglieder darlegen können, dass sie (1) entweder von der Zuwiderhandlung des Verbands keine Kenntnis hatten oder sich vor Einleitung des Verfahrens der Kartellbehörde aktiv davon distanziert haben und (2) den die Geldbuße begründenden Beschluss des Verbands nicht umgesetzt haben, bleiben sie von der Ausfallhaftung verschont (§ 81b Abs. 4 GWB Reg-E). Dasselbe gilt für diejenigen Mitglieder, gegen die wegen derselben Ordnungswidrigkeit bereits ein Bußgeld festgesetzt wurde, oder denen das Bußgeld aufgrund der Kronzeugenregelung erlassen wurde (§ 81b Abs. 6 GWB Reg-E).

Unabhängig davon, dass die Einführung der geplanten Ausfallhaftung aus rechtlichen Gesichtspunkten fraglich ist (dazu sogleich), besitzt sie auch rein faktisch das Potential, die

# Oppenhoff

Attraktivität von Verbandsmitgliedschaften erheblich herabzusetzen und damit die Verbandsarbeit in Deutschland insgesamt nachhaltig zu schädigen. Denn angesichts des in § 81c Abs. 4 Reg-E vorgesehenen weiten Bußgeldrahmens dürften Geldbußen gegen Verbände, die deren finanzielle Leistungsfähigkeit weit übersteigen, kein rein akademisches Thema bleiben. Damit wird das Risiko einer Ausfallhaftung deutlich steigen. Wenn in Gremien engagierte Verbandsmitglieder zukünftig nun auch bei einer drohenden Ausfallhaftung vor den nationalen Kartellbehörden in „erster Reihe“ stehen (bei der EU Kommission ist das bereits der Fall, vgl. Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003), wird dieser Umstand bei der Abwägungsentscheidung der Mitglieder über ein (fortgesetztes) Verbandsengagement mit Sicherheit keine positive Berücksichtigung finden. Droht darüber hinaus auch sonstigen Verbandsmitgliedern eine Bußgeldhaftung für Verfehlungen ihres Verbandes oder einzelner Mitglieder, von der sie sich nur unter erschwerten Bedingungen exkulpieren können, so wird auch dieser Umstand dazu führen, dass Unternehmen die Fortsetzung ihrer Verbandsmitgliedschaft oder einen Neueintritt zukünftig noch genauer abwägen werden.

Darüber hinaus ist die geplante Ausfallhaftung rechtsstaatlich bedenklich. Der Ausfallhaftung der Verbandsmitglieder ist inhärent, dass ihre Höhe an die vorausgegangene Sanktionierung des Verbandes anknüpft. Auch im Rahmen einer Ausfallhaftung sollten Verbandsmitglieder aber nur dann haftbar gemacht werden können, wenn ihnen ein individueller Schuldvorwurf gemacht werden kann. Dies wird durch die in § 81b Abs. 4 Reg-E vorgesehene Exkulpationsmöglichkeit verdeutlicht. Folglich müssen bei der Ausfallhaftung die Grundsätze der schuldangemessenen Sanktion berücksichtigt werden, u.a. der Grundsatz „in dubio pro reo“ oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Diesen Grundsätzen wird § 81b Reg-E in seiner jetzigen Fassung nicht gerecht.

Rechtsstaatlich verfehlt ist bereits der Ansatz, von einer Schuldvermutung der Mitgliedsunternehmen auszugehen und es den Mitgliedsunternehmen aufzuerlegen, diese im Rahmen einer Exkulpation i.S.d. § 81b Abs. 4 Reg-E zu widerlegen. Auch wenn den Mitgliedsunternehmen bei der Exkulpation keine Beweis-, sondern „nur“ eine Darlegungslast aufgebürdet wird (vgl. Begründung Reg-E, S. 155), kann dies die grundsätzlichen rechtsstaatlichen Bedenken („in dubio pro reo“) nicht entkräften. Vielmehr sollte die Kartellbehörde von Amts wegen ausermitteln, ob die Voraussetzungen einer Enthaltung vorliegen bzw. die Kartellbehörde sollte positiv darlegen und ggf. nachweisen, dass die Voraussetzungen einer Exkulpation nicht vorliegen.

Zudem ist davon auszugehen, dass die Mitgliedsunternehmen im Rahmen der Ausfallhaftung (analog zum europäischen Sanktionsrecht in Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003) gesamtschuldnerisch für die gegen die Unternehmensvereinigung verhängte Geldbuße einzustehen haben. Das folgt aus dem Wortlaut des § 81b Abs. 2 und 3 Reg-E, wonach die Kartellbehörde die Zahlung des ausstehenden Betrages „von jedem“ Mitglied der Unternehmensvereinigung verlangen kann. Mit dem Grundsatz der schuldangemessenen Sanktion und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist eine gesamtschuldnerische Haftung von Verbandsmitgliedern aber nicht zu vereinbaren. Denn es läuft darauf hinaus, dass Mitglieder für Verstöße eines Dritten (des Verbandes) sanktioniert werden können, ohne dass die Schwere ihrer individuellen Verantwortung Beachtung finden kann. Daran vermag auch die 10%-Grenze in § 81b Abs. 5 GWB Reg-E nichts zu ändern, denn sie ist nicht geeignet, den

# Oppenhoff

individuellen Tatvorwurf und -beitrag eines Verbandsmitglieds angemessen zu berücksichtigen.

Aus diesen Gründen, müssten den Mitgliedsunternehmen bereits im Bußgeldverfahren gegen den Verband Mitsprache- bzw. Beteiligungsrechte sowie eigene Verteidigungsrechte eingeräumt werden. Es ist aber völlig unklar, weil nicht gesetzlich geregelt, ob und wenn ja welche (Verteidigungs-)Rechte Verbandsmitglieder bereits im Bußgeldverfahren gegen den Verband und bei etwaigen Rechtsmitteln gegen die Sanktion haben. Einer an die Sanktionierung des Verbands anknüpfende Ausfallhaftung fehlt es daher an einer verfassungsrechtlich vertretbaren Grundlage.

## 2. Missbrauchsaufsicht

Ein Schwerpunktthema des Reformvorschlags sind die Herausforderungen der fortschreitenden Digitalisierung, wie die zunehmende Bedeutung von Daten als Wettbewerbsfaktor und Marktkonzentrationstendenzen in der marktübergreifenden Plattformökonomie. In diesem Zusammenhang sind speziell Zugangsansprüche zu wettbewerbsrelevanten Daten vorgesehen. Außerdem soll das Konzept der „Intermediationsmacht“ als Kriterium zur Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung eingeführt werden, sowie dem sog. Tipping von Märkten begegnet werden.

Besondere Praxisrelevanz kommt den Ansprüchen für einen Zugang zu Daten zu. Diese sollen künftig auf folgenden Grundlagen möglich sein:

- Zugang zu den Daten eines marktbeherrschenden Unternehmens, § 19 Abs. 2 Nr. 4 ReG-E;
- Datenzugangsanspruch bei Abhängigkeit aufgrund einer deutlichen Asymmetrie der Machtverhältnisse zwischen Anbieter und Nachfrager (sog. relative Marktmacht), § 20 Abs. 1a ReG-E;
- Zugang zu Daten von Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung, § 19a Nr. ReG-E.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen bereits nach geltendem Recht verpflichtet sein kann, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt einen Zugang zu seinen Daten zu gewähren. Grundlage hierfür ist der Gedanke der sog. Essential-Facilities-Doctrine, wonach ein Missbrauch von Marktmacht in der Weigerung liegen kann, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren.

Ein Anspruch auf Datenzugang kann künftig jedoch nach § 20 Abs. 1a RefE auch dann bestehen, wenn der Dateninhaber zwar nicht marktbeherrschend ist, aber der betreffende Nachfrager auf einen Zugang zu Daten angewiesen ist, den der Dateninhaber kontrolliert, und ein deutliches Ungleichgewicht der Machtverhältnisse zwischen Anbieter und Nachfrager gegeben ist. Voraussetzung eines Zugangsanspruchs wäre in diesem Fall zusätzlich, dass eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung vorliegt.

Ein Novum des Gesetzesentwurfs ist in diesem Zusammenhang außerdem das Konzept der Intermediationsmacht (§ 18 Abs. 3b GWB ReG-E; § 20 Abs. 1 S. 2 ReG-E). Dieser

# Oppenhoff

Begriff bezieht sich auf die Position von Unternehmen, die als Vermittler zwischen verschiedenen Marktseiten agieren. Ziel der Adressierung von Intermediationsmacht soll es sein, die Marktpositionen digitaler Plattformen zu erfassen. Derartige Unternehmen verfügen nach Auffassung des Gesetzgebers über eine potentiell missbrauchsanfällige Machtposition, da sie an einem Knotenpunkt sitzen (sog. Gatekeeperstellung).

Es ist davon auszugehen, dass den neu geschaffenen Datenzugangsansprüchen künftig eine erhebliche praktische Relevanz zukommen wird. Dies gilt speziell für den Zugangsanspruch aufgrund relativer Marktmacht, da es in der Praxis häufig an einer Marktbeherrschung fehlen dürfte.

Eine Schwachstelle des Entwurfs besteht darin, dass die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs auf Zugang zu Daten derzeit im Detail größtenteils ungewiss sind und nach der Begründung „die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs“ bewusst der Anwendungspraxis und Rechtsprechung überlassen wird. Für Unternehmen entsteht hierdurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Vor diesem Hintergrund dürfte es künftig bereits Diskussionsbedarf bei der Ausgangsfrage geben, ob überhaupt eine Asymmetrie zwischen den beteiligten Unternehmen und damit eine Abhängigkeit besteht. Von Bedeutung wird auch sein, zu welcher Art von Daten ein Zugang verlangt werden kann und wann eine Zugangsverweigerung im Einzelfall unbillig ist. Die Gesetzesbegründung sieht hier vor, dass bei der Frage der Unbilligkeit insbesondere die Kosten für die Zugänglichmachung der Daten (und deren Verhältnis zum Wertschöpfungsbeitrag des abhängigen Unternehmens), der Aufwand für Datenerzeugung, Bereinigung um Geschäftsgeheimnisse und personenbezogenen Daten oder die „Beeinträchtigung des Anreizes Generierung, Speicherung sowie Pflege der Daten“ zu berücksichtigen sein sollen. In der Praxis wird sich zeigen, in welcher Höhe der Anspruchssteller an den Kosten beteiligt werden kann. Unklar ist ferner, inwieweit einer missbräuchlichen Beanspruchung eines Datenzugangs entgegengewirkt werden kann. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll jedenfalls „Zurückhaltung in Konstellationen geboten sein, in denen unabhängig von einem geleisteten Wertschöpfungsbeitrag und ohne ein bestehendes Vertragsverhältnis der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten begehrt wird“.

Der vollständig neu geschaffene Zugang zu Daten von Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung (§ 19a Nr. ReG-E) dürfte sich in der Anwendungspraxis dagegen auf einige wenige Adressaten beschränken. Gefordert wird hier ein „Mehr“ gegenüber einem gewöhnlichen marktstarken Unternehmen. Daher ist derzeit nicht davon auszugehen, dass das Bundeskartellamt den Anwendungsbereich der Vorschrift über die Machtpositionen von bedeutsamen Intermediären (mit besonders verfestigter Marktmacht und hohem Gefährdungspotential) aus der Digitalwirtschaft hinaus ausdehnen wird.

Die neue Vorschrift des § 20 Abs. 3a ReG-E zum „Tipping“ von Märkten dürfte ebenfalls zu erheblichen praktischen Anwendungsschwierigkeiten führen. Die Regelung soll verhindern, dass Unternehmen mit „nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln“ ein Tipping herbeiführen, z.B. indem sie Multihoming erschweren oder Plattformwechsel behindern. Das Bundeskartellamt kann insoweit einstweilige Maßnahmen erlassen, bevor es zu einem Tipping kommt (§ 32a ReG-E). Hier stellt sich bereits die Frage, ob das Bundeskartellamt überhaupt in der Lage sein wird, im Vorfeld ein Tipping von Märkten zu identifizieren. Aus Unternehmenssicht ergeben sich mit der Neuregelung erhebliche Unsicherheiten, gerade



# Oppenhoff

hinsichtlich der Frage, wann ein Verhalten dazu geeignet ist, die „eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten“ durch Wettbewerber zu verhindern. Hier dürfte es viele Zweifelsfälle geben, bei denen unklar ist, ob der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichen Maße beschränkt wird.

Schließlich ist auch bemerkenswert, dass der Gesetzgeber Fragen der Interoperabilität im Zusammenhang von Datenzugangsansprüchen nicht geregelt hat.

Insgesamt dürfte gerade der Datenzugangsanspruch bei Abhängigkeit aufgrund einer deutlichen Asymmetrie der Machtverhältnisse zwischen Anbieter und Nachfrager nach § 20 Abs. 1a ReG-E von erheblicher Praxisrelevanz sein. Die Vorschrift ist aber zu unbestimmt und schafft damit erhebliche Rechtsunsicherheit. Es steht zu befürchten, dass hier in missbräuchlicher Weise Ansprüche geltend gemacht werden, insbesondere wenn die Gerichte und das Bundeskartellamt künftig die Tendenz erkennen lassen, die Voraussetzungen für einen Datenzugangsanspruch weit auszulegen.

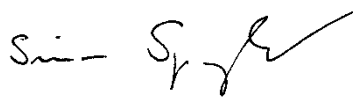
Die neugeschaffenen Verhaltensregeln für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung werden sich voraussichtlich auf wenige Fälle der Digitalwirtschaft konzentrieren und vermutlich darüber hinaus wenig praktische Relevanz entfalten. Gleichmaßen ungewiss bleibt, ob die Eingriffsermächtigung des Bundeskartellamts gegen ein „Tipping“ von Märkten tatsächlich ihr Ziel erreichen wird, oder ein „Tipping“ in der Praxis vielmehr oftmals nicht rechtzeitig erkannt werden wird.

Für Rückfragen oder einen weiteren inhaltlichen Austausch stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Daniel Dohrn



Dr. Simon Spangler