

2. Stellungnahme

zur 9. GWB-Novelle

20.01.2017

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.400 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon 1.600 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 79 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, weitere 9 Prozent kommen aus Europa, 8 Prozent aus den USA. 4 Prozent stammen aus Asien, davon die meisten aus Japan. Bitkom fördert die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Bitkom hat bereits im Sommer 2016 zum Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.07.2016 Stellung genommen. Im Hinblick auf das inzwischen weiter fortgeschrittene Gesetzgebungsverfahren und anlässlich der Anhörung im Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Energie möchten wir an unsere Stellungnahme vom 25. August 2016 anknüpfen. Nicht nur zu dem in der Anhörung zu diskutierenden Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle vom 07. November 2016 (18/10207), sondern auch im Hinblick auf die Stellungnahme des Bundesrates vom 25. November 2016 (606/16) zur 9. GWB-Novelle sowie zur Diskussion einer Erweiterung der Kompetenzen des Bundeskartellamts in den verbraucherschutzrechtlichen Bereich hinein, möchten wir gern Stellung beziehen:

I. Anpassungen im Regierungsentwurf im Verhältnis zum Referentenentwurf in den Bereichen Marktbeherrschung und Zusammenschlusskontrolle

In unserer Stellungnahme vom 25. August 2016 zum Referentenentwurf kommentierten wir die Pläne zur Einführung neuer Kriterien für die Feststellung der Marktbeherrschung im Rahmend des § 18 GWB-E, die mit dem Ziel einer Anpassung des Kartellrechts an die Besonderheiten digitaler Märkte eingeführt werden sollen. Wir warnten davor, durch die Aufnahme eines nur für mehrseitige Märkte und Netzwerke geltenden eigenen Kriterienkatalogs die digitale Wirtschaft und die traditionelle Wirtschaft nach komplett unterschiedlichen Maßstäben zu messen. Bitkom begrüßt, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren diesen Bedenken Rechnung getragen

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Marie-Teresa Weber
Bereichsleiterin
Verbraucherrecht & Medienpolitik
T +49 30 27576-221
mt.weber@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 2|9

wurde. Durch die im Regierungsentwurf vorgenommene Umformulierung des § 18 Abs. 3 a S. 1 GWB-E wird nun deutlich, dass die neu einzuführenden Kriterien „insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ Berücksichtigung finden sollen, aber eben nicht nur bei diesen.

Begrüßenswert ist ebenfalls die geänderte Formulierung des mit der 9. GWB-Novelle anzupassenden § 35 Abs. 1 a Zf. 4 GWB-E, der die Voraussetzungen festlegt, unter denen eine geplante Fusion zur Kontrolle angemeldet werden muss. Wir hatten in unserer Stellungnahme vom 25. August 2016 kritisiert, dass die im Referentenentwurf gewählte Formulierung zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde. Der Referentenentwurf sah vor, dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 35 GWB-E eine Fusion dann zur Kontrolle angemeldet werden müsse, wenn „mindestens eines der anderen Unternehmen [...] im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird.“ Diese Formulierung kritisierten wir als zu unbestimmt, da hierdurch Fusionen ohne Bezug zum deutschen Markt anmeldepflichtig werden könnten, wenn innerhalb des Prognosezeitraums mit einer Tätigkeit in Deutschland zu rechnen ist, dies zumindest nicht ausgeschlossen werden kann. Wir begrüßen, dass im Regierungsentwurf nun eine Regelung gewählt wurde, die die geforderte Rechtssicherheit bringt. Nach § 35 Abs. 1a Zf. 4 GWB-E soll nun vorausgesetzt werden, dass das zu „erwerbende Unternehmen [...] in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.“

II. Anmerkungen mit Bezug zur Medienpolitik

Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme vom 25. November 2016 weitreichende Änderungen des GWB im Bereich des Rundfunks vor. So sieht er im Rahmen des Vorschlags zur Erleichterung verlagswirtschaftlicher Kooperationen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von Presseverlagen im Verhältnis zu anderen digitalen Medien eine Ausweitung der Ausnahme vom sogenannten Kartellverbot auf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten vor. Dadurch sollen im Interesse der Beitragsstabilität und -akzeptanz Kostensenkungen erreicht werden. Dieses Ziel ist zwar im Grundsatz zu begrüßen. Gleichzeitig stellt sich hier bereits die Frage, ob es zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorrangig Aufgabe der Bundesländer und der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst sein muss, durch eine zeitgemäße Anpassung des Funktionsauftrages und eigene Anstrengungen für Einsparungen und für Effizienzsteigerung zu sorgen und so den Finanzbedarf zu begrenzen beziehungsweise zu senken. Der Bundesgesetzgeber sollte diesen Prozess, der noch in 2017 erste konkrete Ergebnisse hervorbringen soll, zunächst abwarten und sodann beurteilen, ob und wenn ja, in welchem Umfang und durch welche konkreten Maßgaben tatsächlich bestehende Hindernisse für wettbewerbskonforme Kooperationen durch be-

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 3|9

grenzte, begründete Erleichterungen im Wettbewerbsrecht unterstützt werden sollten.

Der Bundesrat schießt aus Sicht des Bitkom weit über das Ziel hinaus, indem er öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ohne nähere Konkretisierung weitestgehend von den Missbrauchsvorschriften freistellen will. Wo die Anstalten bereits über gesetzliche Privilegien verfügen, sollen diese nach dem Wunsch des Bundesrates dazu eingesetzt werden können, um etwa andere Marktteilnehmer unbillig zu behindern, oder um Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden oder um andere Unternehmen zu veranlassen, sachlich ungerechtfertigte Vorteile zu gewähren (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2, 5 GWB).

1. Ausnahme vom Kartellverbot für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten

Nach Ziffer 4 der Stellungnahme des Bundesrates vom 25. November 2016 sollen die pressenspezifischen Regelungen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausgedehnt werden. § 30 GWB erlaubt Presseverlagen die Zusammenarbeit im nicht-redaktionellen Bereich. Damit sollen im Wettbewerb mit anderen Medien Verlage gestärkt werden, da sie wachsenden Problemen begegnen, journalistisch-redaktionelle Inhalte privatwirtschaftlich zu refinanzieren.

Die Empfehlung des Bundesrates, diese Zusammenarbeitserlaubnis auf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten auszuweiten, negiert die gleichzeitig intendierte Stärkung der Verlage im intermedialen Wettbewerb. Die wohl größten Wettbewerber der Verlage erhielten die gleichen Befugnisse, obgleich sie marktwirtschaftlichen Zwängen durch ihre gesetzlich zugesicherte Finanzierung per Rundfunkbeitrag nicht unterliegen.

Kooperationsmöglichkeiten – insbesondere auch im Bereich des Grundversorgungsauftrags – werden dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk bereits umfassend im Rundfunkstaatsvertrag eingeräumt – anders als Verlagen auch im redaktionellen Bereich (siehe nur § 11 Abs. 3, § 11b Abs. 1 und 4, § 11c Abs. 1, § 11g RStV).

Die intendierte Förderung der privatwirtschaftlich finanzierten Medien zugleich auch auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auszuweiten, untergräbt die Grundlage außenpluralistisch organisierter Medienunternehmen am Markt. In der vorliegenden Empfehlung wird dies auch daran besonders deutlich, dass die Ausweitung allein für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorgeschlagen wird, nicht aber für privatwirtschaftliche Rundfunkveranstalter.

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 4|9

Es ist überdies völlig unbestimmt, welche Zusammenarbeit hier pauschal von § 1 GWB ausgenommen werden soll – „medienwirtschaftlich im Bereich des Funktionsauftrags“ dürfte beinahe alles sein, auch gemeinsame Vereinbarungen zur Kündigung von Einspeiseverträgen oder die Weigerung solche abzuschließen, der Einkauf von Verbreitungsdienstleistungen, etc.. „Gesetzlich bestimmt“ ist eine Zusammenarbeit im „redaktionellen Bereich“ innerhalb der ARD oder zwischen ARD und ZDF bereits heute in einem Ausmaß, das die Frage aufwirft, ob nicht die Ausnahme zur Regel geworden ist beziehungsweise bei kartellrechtlicher Betrachtung nach Maßgabe des Bundesrates werden würde. Hierzu zählen vor allem bei gemeinsamen Angeboten (Das Erste, ONE bzw. 3sat, Phoenix, KiKa, arte, FUNK). Auch der Sportrechteinkauf dürfte hier ein relevantes Feld sein. Hier wäre ein erheblicher Eingriff in den Lizenz- und Digitalmarkt zu Lasten privater Medienunternehmen zu befürchten.

2. Ausnahme vom Missbrauchsverbot für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten

Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme vom 25. November 2016 ferner einen neuen § 18 Abs. 8 GWB-E vor, wonach gesetzliche Angebots- oder Nachfragepflichten mit dem Ziel der Gewährleistung publizistischer Vielfalt keine marktbeherrschende Stellung begründen sollen. Aus Sicht des Bitkom ist nachvollziehbar, dass dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk auf Grund von etwaigen – zurzeit jedoch nicht näher konkretisierten – Regelungen zur Vielfaltssicherung keine unbeabsichtigten wettbewerbsrechtlichen Nachteile entgegenstehen sollen. Grundsätzlich sind jedoch die jeweiligen Kompetenzen und Regulierungsziele der Regelungen des Wettbewerbs- und des Vielfaltssicherungsrechts ins Gleichgewicht zu bringen. Im Konkreten weckt der Vorschlag des Bundesrates in Ziffer 2 seiner Stellungnahme vom 25. November 2016 bereits erhebliche Zweifel daran, ob mit ihm der Regelungsrahmen respektiert wird, den Deutschland verfassungsrechtlich beziehungsweise als Mitgliedstaat der EU in rechtlich zulässiger Weise in seinem nationalen Wettbewerbsrecht vorsehen darf. Ebenso gravierende Zweifel sind mit Blick darauf angebracht, ob der Vorschlag nicht zugleich unbestimmbar weit über das intendierte Ziel hinausschießt. Denn es soll pauschal ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dort legalisiert werden, wo er von einem Unternehmen ausgeht, dessen Marktbeherrschung auf gesetzlichen Privilegien beruht. Hintergrund dessen ist offensichtlich der Streit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten um die Vergütung der Einspeiseleistung von Kabelnetzbetreibern. Da diese verpflichtet sind, ihre Kapazitäten mit öffentlich-rechtlichen Programmen zu belegen, haben die Rundfunkanstalten die Zahlung der Entgelte eingestellt, profitieren aber weiterhin von der Verbreitung durch die Netzbetreiber. Angesichts der Belegungspflicht können die Verhandlungen kraft Gesetzes nicht auf Augenhöhe stattfinden.

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 5|9

Gerade auf dem Markt der Einspeiseentgelte sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Nachfrager wie jeder andere Rundfunkveranstalter auch. Hinzu kommt im speziellen Fall, dass sich aus dem rundfunkrechtlichen Nichtdiskriminierungsverbot weitere unbeabsichtigte Konsequenzen ergeben würden, die weit über eine Befreiung der öffentlich-rechtlichen Anstalten vom Wettbewerbsrecht in diesem Bereich hinausgehen würden und die den gesamten Einspeisemarkt und damit das Geschäftsmodell von Kabelnetzbetreibern in Frage stellen würden. Eine solche Befreiung würde überdies zu einer bedenklichen faktischen Benachteiligung privater Sender führen. Diese könnten entsprechende Verbreitungspflichten gegenüber einem Plattformbetreiber zu ihren Gunsten reklamieren.

Der Bundesgerichtshof hat bereits mit seinen Urteilen aus 2015 und 2016 (Urteile vom 16. Juni 2015, Az. KZR 83/13 und KZR 3/14, Urteil vom 12. April 2016, KZR 31/14) eine marktbeherrschende Stellung der Rundfunkanstalten kraft der Privilegierung durch die rundfunkstaatsvertragliche Belegungspflicht festgestellt hat. Zwar spricht der Vorschlag des Bundesrates für einen neuen § 18 Abs. 8 GWB ganz allgemein von „[g]esetzliche[n] Angebots- oder Nachfragepflichten mit dem Ziel der Gewährleistung publizistischer Vielfalt“, die sodann keine marktbeherrschende Stellung begründen sollen. Faktisch ist der einzige Anwendungsfall dieser Regelung jedoch im Bereich der Einspeiseentgelte zu sehen. Die Negierung der vorstehenden Rechtsprechung per Gesetz – im Übrigen wortgleich mit dem Vortrag der Rundfunkanstalten in den einschlägigen Gerichtsverfahren – trifft aus den vorgenannten systemischen, rechtlichen und tatsächlichen Gründen auf erhebliche Bedenken. Bisher war es der klar geäußerte Wille des Gesetzgebers, in diesen Streit gerade nicht gesetzgeberisch einzugreifen. Umgekehrt ist die Formulierung in der Stellungnahme des Bundesrates so weit getroffen, dass jegliche zukünftige Angebots- oder Nachfragepflicht die vorgeschlagene Freistellung nach sich zieht, ohne dass im konkreten Einzelfall geprüft werden könnte, ob dies auch sachgerecht wäre.

Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist unionsrechtlich vorgezeichnet (Art. 102 AEUV) und kann nicht auf nationaler Ebene ausgehebelt werden. Die Konsequenzen sind nicht absehbar, da der Anwendungsbereich unbegrenzt weit formuliert ist (jede Angebots- oder Nachfragepflicht; beherrschende Stellung auf jedem erdenklichen Markt). Die Norm enthält keinerlei Schutz für wettbewerbswidrige Ausnutzung einer durch Privilegien vermittelten Verhandlungsmacht und ist damit unverhältnismäßig. Zudem ist der Bund nicht zuständig für die Vielfaltssicherung. Die Kompetenz zu einer etwaigen Ausweitung der Privilegien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks obläge den Landesgesetzgebern.

Sofern bestimmte Angebots- oder Nachfragepflichten mit Privilegien einhergehen sollen, müssen diese im Zusammenhang mit der jeweiligen Regulierung eingeräumt werden. Für die Belegungspflicht ist der Rundfunkstaatsvertrag einschlägig, in dem

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 6|9

auch andere Ausnahmen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verankert sind. Eine Zusatzprivilegierung über die Belegungspflicht hinaus müsste entsprechend im Zusammenhang der Regelungen des Rundfunkstaatvertrages erfolgen. Eine globale Freistellung von Grundregeln des Wettbewerbsrechts kann kein probates Mittel sein.

Es überzeugt nicht, öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und anderen Rundfunkveranstaltern über das bestehende Privilegierungsmaß hinaus eine Freistellung vom Missbrauchs- und Kartellverbot einzuräumen. So sehr die Strukturdebatte und die Suche nach einer effizienten Umsetzung des Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebots zu begrüßen ist, so wenig kann es überzeugen, diese Ziele durch einen Freibrief zur wettbewerbswidrigen Behinderung aller anderen Marktteilnehmer erreichen zu wollen. Im Gegenteil, es spricht viel dafür, dass eine solche umfassende Freistellung gegenteilige Ergebnisse zutage fördern würde. Mit einer solchen Freistellung würden Effizienz- und Wirtschaftlichkeitseffekte konterkariert oder sogar ausgeschaltet, die mit einem ordnungspolitischen Rahmen für den Wettbewerb im Sinne von Verbrauchern und anderen Marktbeteiligten gerade verbunden sind. Hier wäre als ein Beispiel etwa das Vergaberecht zu nennen.

3. Berechnung der Umsatzerlöse

Nach dem Regierungsentwurf (18/10207) soll im Rahmen der Beschreibung zusammenschlussrechtlicher Aufgreifschwelle laut § 38 Abs. 3 GWB-E einerseits für einen Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen und deren Bestandteilen sowie andererseits für die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen beziehungsweise den Absatz von Rundfunkwerbezeiten das Achtfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen sein. Der seit Jahrzehnten unverändert geltende Multiplikationsfaktor für die Berechnung der Umsatzerlöse im Rundfunkbereich wird damit ebenfalls von 20 auf 8 reduziert. Dadurch würde wieder ein einheitlicher Umsatzmultiplikator für Presse und Rundfunk gelten. Für Presseunternehmen war der Multiplikator bereits mit der 8. GWB-Novelle an die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf den Pressemärkten angepasst und von 20 auf 8 verringert worden. Aus Sicht des Bitkom stellt sich die Frage, warum gerade Fusionen im Rundfunkbereich im Vergleich zu anderen Fusionen so unproblematisch sein sollen, dass hier nur noch mit dem Faktor 8 multipliziert werden soll. Auch stellt sich die Frage, welche Aktivitäten der Rundfunkanstalten hier erfasst werden sollen. Wie sieht es mit Aktivitäten wie der Bereitstellung der Mediatheken oder anderen Video-on-Demand-Angeboten aus? Gibt es aus Vielfaltssicherungsgründen eine Vergleichbarkeit zwischen Print und Rundfunk oder wird die Vergleichbarkeit anderweitig begründet? Der § 38 Abs. 3 GWB-E wirft aus Sicht des Bitkom viele Fragen auf, die es zu klären gilt. Dazu zählt neben den Genannten auch, ob die Beschreibung der Fälle, in denen es zu einer Erhöhung der Umsatzwerte (und damit einem „früheren“ Eingreifen der Fusionskontrolle) kommt, zeitgemäß, die Marktdefinition durch das zur

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 7|9

Anwendung berufene Bundeskartellamt ausreichend offen haltend und insgesamt der Konvergenzentwicklung und der Bedeutung digitaler Medien adäquat ist.

4. Verfahren der Zusammenschlusskontrolle

Nach § 40 Abs. 4 GWB-E des Regierungsentwurfs (18/10207) soll bei der Zusammenschlusskontrolle für den Fall einer Untersagung des Zusammenschlusses im Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter das Benehmen mit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich hergestellt werden. Aus Sicht des Bitkom stellt sich hier die Frage, in welchen Fällen die Verfahrensregelung anwendbar sein, wozu diese „Herstellung eines Benehmens“ genau dienen soll und warum dieses Erfordernis gerade der im Wortlaut und in der Gesetzesbegründung beschriebenen Konstellation gelten soll und nicht auch in anderen.

III. Anmerkungen mit Bezug zum Verbraucherschutz

Nach der ersten Lesung zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle vom 07. November 2016 (18/10207) wurde aus den Reihen der Bundesregierung die Forderung öffentlich, die Befugnisse des Bundeskartellamts um Eingriffsbefugnisse im Verbraucherrecht zu erweitern.

Zur Diskussion steht die Einführung eines neuen Kapitels „Verbraucherschutz“ in das GWB. Hier sollen neue Befugnisse des Bundeskartellamts auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes geregelt werden. Im Fokus stehen dabei insbesondere digitale Geschäftsmodelle, zum Beispiel der Internethandel.

Um Verstöße aufzudecken und erforderlichenfalls zu beenden, soll sich das Bundeskartellamt seiner beim Schutz des Wettbewerbs bereits bewährten Instrumente bedienen dürfen. Es wird diskutiert, als Voraussetzung für ein Eingreifen des Bundeskartellamts eine erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des UWG und sowie eine Vielzahl potenziell oder tatsächlich betroffener Verbraucher festzulegen. Zudem möchte man durch die behördliche Rechtsdurchsetzung kollektivrechtlicher Verbraucherinteressen die zivilrechtliche Durchsetzung lediglich in Einzelfällen ergänzen, jedoch nicht ersetzen, so heißt es.

In den vergangenen Jahren wurde zugunsten des Verbraucherschutzes das Instrument der Verbandsklage regelmäßig ausgeweitet. Zur gerichtlichen Durchsetzung von Verbraucherrechten sind gemäß § 8 (3) UWG alle Wettbewerber, eine Vielzahl anerkannter Verbraucherschutzverbände und über 130 Wirtschaftsverbände berechtigt; durch § 4 des UKlaG sind darüber hinaus weitere 78 Einrichtungen anspruchsberechtig.

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 8|9

—
rechtigt. Insgesamt führen diese weit gefassten Rechte zur Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Nichteinhaltung gesetzlicher Anforderungen, die dem Verbraucherschutz dienen, jährlich zu unzähligen Abmahnungen und vielen Zehntausenden von Klagen, wodurch das deutsche System der „privaten“ Rechtsdurchsetzung im Bereich der Verbraucherrechte wohl bereits das strengste und effektivste System in der EU ist. Die dezentrale Durchsetzung des Verbraucherschutzes wurde dabei gerade als eine Stärke des deutschen Systems angesehen.

—
Vor einer möglicherweise voreiligen Gesetzesänderung erscheint es deshalb aus Sicht des Bitkom sinnvoll, zunächst zu analysieren, ob nicht bereits durch die erwähnten bereits erfolgten gesetzlichen Anpassungen die wünschenswerte Stärkung der Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz erreicht wurde. Sollte die Analyse zu dem Ergebnis kommen, dass dies nicht der Fall ist, wären aus unserer Sicht vorrangig Anpassungen am „bewährten“ Modell des Verbraucherschutzes zu prüfen, bevor eine weitere Säule mit weiterer Zuständigkeit eingeführt wird. Hinzu kommt, dass das materielle Verbraucherschutzrecht in Deutschland häufig strenger ist als in anderen (EU-) Ländern, zumindest dort, wo es keine Vollharmonisierung gibt. Die für Verbraucher entwickelten Grundsätze werden in Deutschland, anders als in den meisten anderen Ländern, zudem häufig auch im B2B Verhältnis angewendet, etwa über die Geltung des AGB-Rechts. Durch eine Verschärfung der Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts würden deutsche Unternehmen auf ihrem Heimatmarkt gegenüber Anbietern in anderen Ländern benachteiligt, was den Erfolg neuer (digitaler) Geschäftsmodelle aus Deutschland gefährdet. Schließlich besteht die Gefahr einer ungleichen Behandlung verschiedener Wirtschaftsbereiche durch den Fokus auf die digitale Wirtschaft. Da heute viele Unternehmen sowohl online als auch außerhalb des Internets aktiv sind, dürfte die Beschränkung auf die digitale Wirtschaft auch erhebliche Abgrenzungsprobleme nach sich ziehen.

Die Einführung behördlicher Befugnisnormen für das Bundeskartellamt im Verbraucherschutz könnte die Einrichtung einer vollwertigen „zweite Säule“ neben der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung im Rahmen des Verbraucherschutzes bedeuten. Für Unternehmen im Telekommunikationssektor wäre es nicht nur eine „zweite Säule“. Hier bestehen erhebliche Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur, auch und gerade zu Verbraucherschutzthemen. Dazu kommt die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden im Bereich Datenschutz. Für Unternehmen ist es sehr ungünstig, verschiedenen Aufsichtsbehörden mit teils parallelen, sich überschneidenden Aufsichtsbefugnissen zu unterliegen. Divergierende Wertungsentscheidungen bis hin zu sich widersprechenden Anforderungen sind hier vorprogrammiert.

Sollten die diskutierten neuen Eingriffsbefugnisse eingeführt werden, so warnt Bitkom außerdem davor, dem Bundeskartellamt in der zu schaffenden Befugnisnorm so weite Beurteilungsspielräume einzuräumen, mit deren Hilfe das Bundeskartellamt

2. Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle

Seite 9|9

quasi jeden Eingriff „zugunsten“ des Verbraucherschutzes legitimieren und den Verbraucherschutz in diesem Bereich somit nahezu vollständig an sich ziehen könnte. Hierdurch bestünde die erhebliche Gefahr, dass auf diese Weise nicht bloß eine Ergänzung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung geschaffen, sondern vielmehr eine Ablösung dieser durch behördliche Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts vollzogen würde. Die bisher gewichtige Rolle von Verbraucherschutzverbänden und das Primat der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung nähmen in der Folge stark ab.

Darüber hinaus müsste in jedem Falle des gesetzgeberischen Tätigwerdens die entsprechende Kompetenzregel zugunsten des Bundeskartellamts unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgestaltet werden. So würde etwa eine zu gering angesetzte Zahl an relevanten Fällen in Massenmärkten wie der Telekommunikationsbranche dazu führen, dass das Bundeskartellamt in nahezu allen Fällen kollektiver Verbraucherbeschwerden tätig werden könnte und sogar müsste. Eine Erheblichkeitsschwelle müsste deshalb hoch genug gewählt und zur Ausräumung von Unsicherheiten direkt im Gesetz verankert werden.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass ein Systemwechsel weg von einem privatrechtlich hin zu einem behördlich organisierten Verbraucherschutz zu erheblichen Rechtsunsicherheiten bei allen potentiell betroffenen Unternehmen führen würde. Bitkom steht einem solchen Vorhaben daher ablehnend gegenüber.