

FAIREN WETTBEWERB IN DIGITALEN MÄRKTEN SICHERSTELLEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv) zum Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

13. Februar 2020

Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Digitales und Medien

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

digitales@vzbv.de

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. EINLEITUNG	4
III. POSITION IM EINZELNEN	6
1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	6
2. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten	7
2.1 Die Bedeutung des Zugangs zu Daten für die Bewertung von Marktmacht.....	7
2.2 Daten als Essential-Facility: Die Bedeutung von Daten bei der Feststellung von Marktmachtmisbrauch.....	8
2.3 Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht	8
3. Intermediationsmacht.....	9
4. Unternehmen mit überragender, marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb	10
4.1 Kriterien	10
4.2 Adressatenkreis: Plattformunternehmen	11
4.3 Balancierter Ansatz	12
5. Relative Marktmacht.....	12
6. Verhinderung von Tipping	12
7. Einstweilige Maßnahmen	13
8. Widerlegliche Vermutung eines Mindestschadens.....	14
9. Verwendung von Kartellbußen und abgeschöpften Vorteilen für die Finanzierung der Verbraucherarbeit und kollektiven Rechtsdurchsetzung.....	15
10. Eine effektive kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Fernwärmemarkt.....	15

I. ZUSAMMENFASSUNG

- ❖ Der vzbv begrüßte die Abschaffung der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmisbrauchs, da dies zweckmäßig und geboten ist, um das BKartA in die Lage zu versetzen, gegen vielfältige Ausbeutungstatbestände in der digitalen Plattformökonomie einzuschreiten.
- ❖ Die praktische Umsetzung von Datenzugangsansprüchen muss stets im Einklang mit dem europäischen Datenschutzrecht stehen. Insbesondere muss klargestellt sein, dass das Kartellrecht keine neue Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines solchen Datenzugangsrechts schafft, sondern dass dafür stets eine eigene Rechtsgrundlage gemäß der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich ist.
- ❖ Die Erweiterung der Essential-Facility-Doktrin ist sachgerecht und zu begrüßen. Des Weiteren ist es wichtig, dass als ein „angemessenes Entgelt“ auch eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt.
- ❖ Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht ist zu begrüßen. Ebenso die Aufnahme der Intermediationsmacht als Ausdruck der relativen Marktmacht.
- ❖ Die Ermächtigung des BKartA vorab (ex-ante) einzuschreiten, um „Tipping“ zu verhindern, stellt einen sinnvollen und positiven Paradigmenwechsel dar.
- ❖ Die Möglichkeit des BKartA zukünftig auch gegen Unternehmen vorgehen zu können, die eine überragende, marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb haben, ist aus Verbraucher- und Wettbewerbssicht zu begrüßen.
- ❖ Die Absenkung der Schwellen zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen ist aus Verbrauchersicht zu begrüßen. Sie stellen die Weichen für ein schnelles, effektives Eingreifen in Fällen, in denen wettbewerbsschädigendes Verhalten zeitnah abgestellt werden muss, um kurz-, mittel- und langfristige Schäden von Verbrauchern und Wettbewerb abzuwenden. Zur Stärkung des Ansatzes sollte der Gesetzgeber ein Antragsrecht für einzelne betroffene Unternehmen einführen.
- ❖ Damit Verbraucher von der Schadensvermutung nur profitieren, sollte die Regelung durch die widerlegliche Vermutung eines Mindestschadens in Höhe von 10% ergänzt werden.
- ❖ Ein pauschalierter Anteil an den rechtskräftig vereinnahmten Kartellbußen sollte zweckgebunden für die finanzielle Unterstützung der Verbraucherarbeit in Deutschland verwendet werden, die ganz erheblich zu einer funktionierenden Wettbewerbsordnung beiträgt. Auch die von den Verbraucherverbänden abgeschöpften Vorteile sollten ähnlich verwendet werden.
- ❖ Die aktuelle GWB-Novelle muss dazu genutzt werden, den Fernwärmesektor in den Regelungsbereich des § 29 GWB aufzunehmen und damit den Energiesektoren Strom und Gas gleichzustellen. Zudem sollte die Gültigkeit von § 29 GWB entfristet werden.

II. EINLEITUNG

Um der zunehmend marktübergreifenden Bedeutung global operierender Digitalkonzerne über digitale Ökosysteme, den Marktkonzentrations- und Monopolisierungstendenzen in der Plattformökonomie und der Bedeutung von Daten als Wertschöpfungsfaktor Rechnung zu tragen, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Referentenentwurf eines „Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)“ (10. GWB-Novelle) vorgelegt.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) begrüßt diesen Vorstoß. Denn nur unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs, in dem die Stellungen marktstarker Akteure immer angreifbar sind, sorgen die Marktkräfte dafür, dass Verbraucher¹ eine große Auswahl innovativer Güter und Dienstleistungen zu günstigen Preisen angeboten bekommen. An dieser Stelle sei deshalb an Adam Smith erinnert, dessen Feststellung "Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to, only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer" uns daran erinnert, dass auch das eigentliche Ziel der Wettbewerbspolitik die Beförderung der Wohlfahrt der Menschen ist.

Der vzbv begrüßt daher das Vorhaben der Bundesregierung, das Wettbewerbsrecht an die Entwicklungen in der digitalen Ökonomie anzupassen und bedankt sich für die Gelegenheit, zu diesem wichtigen Vorhaben Stellung nehmen zu können. Der vzbv bittet um Verständnis dafür, dass er sich aufgrund der kurzen Frist nur zu einzelnen der geplanten Änderungen der 10. GWB-Novelle äußern kann.

Die im Mittelpunkt der 10. GWB-Novelle stehende Modernisierung der Missbrauchsaufsicht mit ihren angestrebten Verschärfungen ist notwendig und zu begrüßen; ebenso wie die damit einhergehenden Regelungen und Durchsetzungsbefugnisse des Bundeskartellamtes (BKartA).

Regeln für den Umgang mit marktmächtigen digitalen Plattformen werden von unterschiedlichsten Akteuren gefordert - auch von Unternehmen aus Industrie, dem Dienstleistungssektor und Handel. Diese betonen häufig und oft zurecht die wachsende Bedeutung von digitalen Plattformen und deren zunehmende Bedeutung und Gestaltungsspielräume auf unterschiedlichsten Märkten. In diesem Lichte scheint die mancherorts von Unternehmensvertretern geäußerte Kritik an vielen der vorgeschlagenen Neuerungen der 10. GWB-Novelle eher einer reflexartigen Abwehrhaltung geschuldet zu sein und ist daher *cum grano salis* zu verstehen.

Die 10. GWB-Novelle ist ein großer Wurf, der mutig, richtig, aber vor allem notwendig ist. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Falle von Facebook² hat den Überholungsbedarf des GWB plastisch vor Augen geführt. Umso erfreulicher ist, dass jetzt der Ruf der Wissenschaft gehört und die entsprechend notwendigen Änderungen vorgeschlagen wurden. Auch wenn der Gesetzgeber in manchen Details nachschärfen sollte – so muss festgehalten werden, dass ein deutlicher Regelungsbedarf angesichts der

¹ Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

² OLG Düsseldorf, VI-Kart. I/19 (V).

Digitalisierung gegeben ist und die Bundesregierung diesem richtigerweise nachkommt.

III. POSITION IM EINZELNEN

1. MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

Die Ersetzung von „Die missbräuchliche Ausnutzung“ durch „Der Missbrauch“ in § 19 Abs. 1 GWB-Referentenentwurf (RefE) führt zu einer Abschaffung der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs. Diese besagt, dass der Normadressat seine Verhaltensweise nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen und Verbrauchern beispielsweise Vertragsbedingungen abverlangen kann, die gegen geltendes Recht verstoßen.

Die Erfahrung des Facebook Verfahrens hat gezeigt, dass die Annahme der Verhaltenskausalität zur Feststellung eines Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als obsolet angesehen werden muss. Im Sinne der Verhaltenskausalität muss Unternehmen nachgewiesen werden, dass missbräuchliches Verhalten nur aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung möglich war. Dies wird in digitalen Plattformmärkten regelmäßig schon daran scheitern, dass die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts schlicht nicht sinnvoll möglich ist: so etwa, wenn Dienstleistungen unentgeltlich und nur im Austausch gegen Nutzerdaten angeboten werden oder wenn aufgrund von Marktkonzentrationstendenzen (bedingt durch Netzwerkeffekte) schlicht keine sinnvollen Vergleiche zu anderen Märkten oder Diensten gezogen werden können, etwa weil keine äquivalenten Substitute für Nutzer vorhanden sind. Wie die Gesetzesbegründung darlegt, ergibt sich - äquivalent zum Behinderungsmissbrauch - auch für den Ausbeutungsmissbrauch „die normative Kausalität aus dem Gesetzeszweck des Schutzes der Marktgegenseite einschließlich der Verbraucher vor Machtausübung und Übervorteilung [...] sowie des Schutzes vor machtbedingter Fremdbestimmung durch den Vertragspartner“. In der Digitalökonomie sind Marktbeziehungen zwischen Unternehmen und Nutzern oft geprägt von nicht bestehenden Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher, rationaler Apathie der Nutzer, Informationsasymmetrien (typischerweise, aber nicht nur bezüglich der Sammlung und Verwertung von Nutzerdaten, der Kriterien für die Erstellung von Empfehlungen oder Rankings) und ungleichen Verhandlungspositionen zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Diese ermöglichen marktstarken Unternehmen die durch Ausbeutung der Nutzer erlangten Vorteile zu nutzen, um dem Wettbewerb zu schaden beziehungsweise ihre Marktposition zu festigen oder auszubauen. In Teilen der Fachliteratur führte die geplante Streichung der Verhaltenskausalität durch die Änderung von § 19 Abs. 1 RefE zu Bedenken, dass die Anpassung dazu führen könne, dass das Bundeskartellamt (BKartA) zu einer generellen „Aufsichtsbehörde über marktbeherrschende Unternehmen“ würde³. Der vzbv nimmt diese Bedenken ernst, neigt aber dazu, sich der Auslegung anderer Experten⁴ und der Gesetzesbegründung des Referentenentwurfs anzuschließen: Dementsprechend muss bei der notwendigen Interessenabwägung im Rahmen der Missbrauchskontrolle die auf Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB zwingend berücksichtigt werden. Verstöße gegen Rechtsnormen, die inhaltlich nicht direkt die Marktbeziehungen zum Gegenstand haben, werden also auch in Zukunft nicht per se einen Kartellrechtsverstoß

³ Koerber, Torsten: Die 10. GWB-Novelle als „GWB-Digitalisierungs-Regulierungs-Gesetz“ 7 (2019), in: NZKart, 12/2019, S. 633–635 [Zugriff: 17.01.2020] S. 634-635

⁴ Beispielsweise: Künstler, KimManuel: Facebook und die kartellrechtliche Regulierung der Datennutzungen (2019), in: Kommunikation und Recht, H. 10, S. 605–610 [Zugriff: 04.02.2020].

darstellen. Folglich ist die Verhaltenskausalität nicht notwendig, um die gebotene Trennung kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle und wettbewerbsfremder Aspekte aufrecht zu erhalten.

In diesem Sinne begrüßt der vzbv die Abschaffung der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs, da dies zweckmäßig und geboten ist, um das BKartA in die Lage zu versetzen, gegen vielfältige Ausbeutungstatbestände in der digitalen Plattformökonomie einzuschreiten. Der Handlungsbedarf wurde durch die Facebook-Entscheidung des OLG Düsseldorf verdeutlicht und folgerichtig vom Gesetzgeber im Referentenentwurf adressiert.

2. ZUGANG ZU WETTBEWERBSRELEVANTEN DATEN

Daten sind eine der entscheidenden Ressourcen der digitalen Wirtschaft und der Zugang zu Daten kann für Unternehmen deshalb einen entscheidenden Wettbewerbsfaktor darstellen. Die Bedeutung dieses Wettbewerbsfaktors wird mit dem Fortschreiten der Digitalisierung in immer weiteren Lebensbereichen steigen. Der vzbv begrüßt, dass der Gesetzgeber diesem Umstand Rechnung trägt, indem Datenzugangsansprüche für Wettbewerber in der 10. GWB-Novelle an verschiedenen Stellen explizit eingeführt werden.

Die praktische Umsetzung solcher Datenzugangsansprüche muss dabei stets im Einklang mit dem europäischen Datenschutzrecht stehen. Insbesondere muss klar gestellt sein, dass das Kartellrecht keine neue Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines solchen Datenzugangsrechts schafft, sondern dass dafür stets eine eigene Rechtsgrundlage gemäß der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich ist.

Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass auch bei einem Zugang zu vermeintlich anonymisierten Daten weiterhin Risiken für die betroffenen Personen bestehen können, beispielsweise indem durch Neukombination mit anderen Datensätzen ein Personenbezug wiederhergestellt wird. Notwendig wären daher gesetzgeberische Vorgaben und die Entwicklung von Standards, die konkrete Anforderungen an die Anonymisierung sowie an die Verwendung anonymisierter Daten definieren. Dies sollte um strafbewehrte Verbote der De-Anonymisierung ergänzt werden.

2.1 Die Bedeutung des Zugangs zu Daten für die Bewertung von Marktmacht

In dem Katalog des § 18 Abs. 3 RefE wird ergänzend eine Klarstellung vorgenommen, die die Bedeutung von Daten für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen in *allen Wirtschaftsbereichen* unterstreicht. Dies erfolgt quasi ergänzend zu § 18 Abs. 3a GWB, der bereits die Bedeutung von Daten für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen in *insbesondere mehrseitigen Märkten* betont. Bei den durch die Ergänzung des § 18 Abs. 3 RefE adressierten Unternehmen, die Datenzugang gewähren müssten, dürfte es sich in der Regel zwar um mehrseitige Plattformen und Netzwerke im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB handeln. Allerdings sind nach Lesart des vzbv durchaus Fälle von Bedeutung, bei denen Unternehmen keine mehrseitige Plattform bezie-

hungsweise ein Netzwerk im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB sind, aber Daten (beispielsweise über Kunden und ihre Präferenzen) bedeutend für die Marktstellung eines Unternehmens sein können.

Die Ergänzung der Bedeutung von Daten für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen *in allen Wirtschaftsbereichen* ist angebracht.

2.2 Daten als Essential-Facility: Die Bedeutung von Daten bei der Feststellung von Marktmachtmissbrauch

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE stellt klar, dass ein Marktmachtmissbrauch in der Weigerung liegen kann, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu Daten zu gewährleisten, soweit „die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt“. Bisher war nur die Verweigerung des Zugangs zu eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen erfasst.

Die Klarstellung, dass die über § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kodifizierte Essential-Facility-Doktrin im digitalen Zeitalter nicht nur den Zugang zu Netzen oder physischer Infrastruktur, sondern auch den Zugang zu Daten umfassen muss, ist sachgerecht, wenn diese Daten notwendig sind, um auf den betreffenden Märkten in den Wettbewerb zu treten. Es ist davon auszugehen, dass in der datenbasierten Ökonomie die Integration von Daten aus verschiedenen Bereichen in einem Produkt/Dienst zunimmt und gleichzeitig Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit des Produktes/Dienstes sein wird. So könnten Produkte oder Dienstleistungen ohne entsprechend integrierte Daten verschiedener Provenienz nur einen relativ geringen Mehrwert bieten und somit der Nicht-Zugang zu den entsprechenden Daten einen gravierenden Wettbewerbsnachteil darstellen.

Dass der Referentenentwurf betont, dass als ein „angemessenes Entgelt“ auch eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt, ist zu begrüßen⁵. Wobei einer der Grundsätze der Informationsökonomie, dass die Grenzkosten der Verarbeitung digitaler Informationen gegen Null tendieren, die dieser Überlegung auch zugrunde zu liegen scheint, nicht das Erheben einer moderaten Verwaltungsgebühr zur Deckung der Fixkosten ausschließt.

Die Erweiterung der Essential-Facility-Doktrin ist sachgerecht und zu begrüßen. Des Weiteren ist es wichtig, dass als ein „angemessenes Entgelt“ auch eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt.

2.3 Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht

§ 20 Abs. 1a RefE führt ein Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht ein. Unternehmen sollen Zugang zu Daten erhalten, die von einem anderen Unternehmen mit relativer Marktmacht kontrolliert werden, wenn sie auf diese Daten für ihre eigene Tätigkeit angewiesen sind. Dass es sich bei den angängigen Unternehmen nach § 20 Abs. 1

⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) S. 75

Satz 1 RefE nun nicht mehr um kleine oder mittlere Unternehmen handeln muss, ist sachgerecht (siehe dazu die Ausführungen zu „Relative Marktmacht“ unten).

Die Einführung eines Datenzugangsrechts bei relativer Marktmacht ist in der digitalen Wirtschaft folgerichtig, denn hier können (große als auch kleine) Unternehmen von Plattformen mit relativer Marktmacht abhängig sein,⁶ insbesondere bezüglich des Zuganges zu Daten (siehe hierzu die Ausführungen unten zu „Intermediationsmacht“).

3. INTERMEDIATIONSMACHT

Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3a RefE ist zu begrüßen, ebenso wie die Aufnahme der Intermediationsmacht in § 20 Abs. 1 Satz 2 RefE als Ausdruck der relativen Marktmacht. So wird eine Abhängigkeit angenommen, wenn „Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von [der] Vermittlungsleistung [anderer Unternehmen] in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen“.

Plattformen, die zwischen verschiedenen Nutzergruppen vermitteln, können wettbewerbliche Verhaltensspielräume gewinnen und ausnutzen. Dies illustriert etwa der Fall von Buchungs- und Vermittlungsplattformen für Hotelunterkünfte⁷. An zentraler Stelle der strategischen Position, die den Zugang zu Verbrauchern kontrolliert, sitzen etwa auch Betreiber von App Stores, wie das Beispiel des Apple App Stores zeigt. Apple kontrolliert als „Torwächter“ den Zugang von App-Anbietern zu Endnutzern und Kunden in seinem digitalen Ökosystem. Der Marktanteil von iOS-Geräten liegt in Deutschland bei ca. 20 Prozent⁸, von einer marktbeherrschenden Stellung ist also nicht auszugehen. Dennoch liegt auf der Hand, dass Apple, indem es über den App Store den Zugang zu Applenutzern – und damit zu einer gegebenenfalls wichtigen Kundengruppe – kontrolliert, eine für den Wettbewerb überragende Bedeutung in verschiedenen Märkten zukommt, in denen der Nutzung von Apps große Bedeutung zukommt. Es ist davon auszugehen, dass smarte digitale Assistenten (beispielsweise Alexa, Siri, etc.) künftig eine ebenso zentrale strategische Schnittstelle zwischen Verbrauchern und Anbietern von Gütern und Dienstleistungen einnehmen werden, die den Zugang zu Verbrauchern kontrolliert.

Dass als „ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten“ nicht pauschal das Nutzen von vertikalen oder horizontalen Suchmaschinen angenommen werden kann, ist aus verhaltensökonomischer Sicht plausibel.⁹

⁶ Schw eitzer, Heike u. a.: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen (2018), URL: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html> [Zugriff: 03.02.2020], S. 48 ff.

⁷ Beispielsweise durch die Nutzung von „weiten Bestpreisklauseln“, vgl. OLG Düsseldorf: HRS-Hotelbuchungsportal: „Bestpreisklauseln“ kartellrechtswidrig und damit unzulässig (2015), URL: https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2015/20150109_PM_HRS_Entscheidung/index.php [Zugriff: 10.02.2020].

⁸ Statista: Vergleich der Marktanteile von Android und iOS am Absatz von Smartphones in Deutschland von Januar 2012 bis Dezember 2019 (2020), URL: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/256790/umfrage/marktanteile-von-android-und-ios-am-smartphone-absatz-in-deutschland/> [Zugriff: 10.02.2020].

⁹ Vgl. die Diskussion dazu in Steinberg, Philipp Marc; Wirtz, Markus: Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle WUW1320821 (2019), in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, H. 12, S. 606–612.

Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3a RefE ist zu begrüßen, ebenso wie die Aufnahme der Intermediationsmacht in § 20 Abs. 1 Satz 2 RefE als Ausdruck der relativen Marktmacht.

4. UNTERNEHMEN MIT ÜBERRAGENDER, MARKTÜBERGREIFENDER BEDEUTUNG FÜR DEN WETTBEWERB

Das größte Novum der 10. GWB-Novelle ist, dass der Gesetzgeber zusätzlich zur Marktbeherrschung und relativen Marktmacht durch den neunten § 19a RefE das Kriterium der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ einführt. § 19a RefE soll dem BKartA ermöglichen, wettbewerbschädliches Verhalten von Plattformunternehmen an zentralen strategischen Positionen, in mehrseitigen Märkten oder Netzwerken in den Blick zu nehmen und abzustellen.

Der vzbv möchte betonen, dass er diesen Ansatz begrüßt, da er eines der Kernprobleme im Wettbewerb digitaler Plattformen und Ökosysteme adressiert.

Es ist im Sinne der Verbraucher, wenn das BKartA dagegen vorgehen kann, wenn zentrale Plattformplayer, die Schlüsselpositionen besetzen, die für verschiedene Märkte von zentraler Bedeutung sind, die Vorteile konglomerater, marktübergreifender Strukturen ausnutzen und diese gleichsam in neue Märkte „hebeln“, um dort dem Wettbewerb zu schaden, „ohne notwendigerweise in allen diesen Märkten die Schwelle zur Marktbeherrschung bereits überschritten zu haben.“¹⁰

4.1 Kriterien

So muss das BKartA gemäß § 19a Abs. 1 RefE in einem ersten Schritt feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.

Die Kriterien für die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung umfassen dabei Kriterien, die auch für die Feststellung der Marktbeherrschung zum Tragen kommen. So zielen neben den Kriterien der marktbeherrschenden Stellung und der Finanzkraft oder des Zugangs zu sonstigen Ressourcen, die Kriterien der Intermediationsmacht, des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten und die vertikale Integration und Tätigkeit auf in miteinander verbundenen Märkten explizit auf konglomerate, marktübergreifende Plattformen ab.

In einem zweiten Schritt kann das BKartA Verhaltensweisen, die geeignet sind dem Wettbewerb zu schaden und in § 19a Abs. 2 RefE aufgeführt werden, ex nunc untersagen.

Dazu gehört u.a. die Selbstbevorzugung eigener Angebote, die Wettbewerbern und Verbrauchern direkt und in großem Ausmaß wirtschaftlich schaden können.¹¹ Es ist da-

¹⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (wie Anm. 5). S. 76

¹¹ Vgl. etwa Europäische Kommission: Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 2,42 Mrd. EUR gegen Google wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung als Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienst (2017), URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) [Zugriff: 10.02.2020].

von auszugehen, dass die bereits hohe Bedeutung und der Einsatz von personalisierten Empfehlungssystemen, die in verschiedensten Märkten das Matching zwischen Angeboten und Verbraucher-Präferenzen optimieren sollen, künftig weiter steigen. Dabei liegt nahe, dass bei dem Matching digitale Assistenten (etwa Siri, Alexa, etc.) künftig eine noch bedeutendere marktübergreifende Bedeutung zukommt, gerade weil die dahinterstehenden Plattformen aus verschiedenen Märkten Daten über Verbraucher und ihre Präferenzen sammeln und auswerten. In der strategisch zentralen Position als Kontrolleur des Zugangs von Anbietern zu Verbrauchern befinden sich diese Plattformen in einer Position, die ein besonders hohes Missbrauchspotenzial durch Selbstbevorzugung, aber auch in Form der anderen Missbrauchstatbestände in § 19a Abs. 2 RefE wie Behinderungsmisbrauch und den gezielten Einsatz von wettbewerbsrelevanten Daten zum Schaden des Wettbewerbs birgt.

Eine der weiteren Verhaltensweisen, die das BKartA nach § 19a Abs. 2 RefE untersagen kann, ist „die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern.“ Das gezielte Erschweren von Interoperabilität und Datenportabilität kann Plattformakteuren dazu dienen, die Wechselkosten von Nutzern zu erhöhen und damit Lock-ins zu verstärken beziehungsweise Multi-Homing zu erschweren. Dies kann gezielt eingesetzt werden, um Markteintrittsschranken zu erhöhen, innovative Wettbewerber zu behindern und die eigene Marktstellung abzusichern beziehungsweise auszubauen. Gegen diese Praktiken eine effektive Handhabe zu entwickeln, ist eine seit Langem von Ökonomie und Verbraucherschutz vorgetragene Forderung, die der Gesetzgeber nun in der 10. GWB-Novelle kodifiziert. Der vzbv begrüßt dies ausdrücklich.

Für die Handhabung der potenziell effektiven Mittel der Interoperabilität und Datenportabilität in der Praxis, ist in jedem Einzelfall sicherzustellen, nicht-intendierte negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition kleinerer Unternehmen und Anbieter zu vermeiden. Diese betrifft etwa Situationen, in denen das Alleinstellungsmerkmal und der Wettbewerbsvorteil von kleinen Anbietern (etwa im Falle von Datenschutzstarken Messenger-Diensten) durch die Interoperabilität und den Datenaustausch mit großen Anbietern und Netzwerken (mit einem fragwürdigen Umgang mit Nutzdaten) unterlaufen würde.

4.2 Adressatenkreis: Plattformunternehmen

Mit § 19a RefE zielt der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung explizit auf große Digtalkonzerne, die über große Ressourcen verfügen und „mit ihren Angeboten zentrale strategische Positionen einnehmen, die zu vielfältigen Abhängigkeiten anderer Marktteilnehmer führen und es den so positionierten Unternehmen erlauben, den Wettbewerbsprozess zum eigenen Vorteil zu verfälschen und ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen.“¹²

Durch den Verweis auf § 18 Abs. 3a GWB (mehrseitige Märkte und Netzwerke) wird der Normadressatenkreis auf nur wenige große und relevante Fälle beschränkt, also auf zentrale Player, die in der Regel digitale Ökosysteme beziehungsweise die Schnittstellen zwischen Verbrauchern und Anbietern aus mehreren Märkten kontrollieren und damit eine hohe Bedeutung für den Wettbewerb haben. Aus diesem Grund sieht der vzbv hier nicht die Gefahr der Ausweitung des Normadressatenkreises auf viele kleine

¹² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (wie Anm. 5), S. 75

und mittlere Unternehmen. Auch wenn der Gesetzgeber als Normadressat primär die großen Player der digitalen Plattformökonomie wie Apple, Google, Amazon, Alibaba und Tencent im Blick haben mag, sieht es der vzbv als unproblematisch an, wenn sich der Normadressatenkreis nicht nur auf diese beschränkt, sondern auch andere große, konglomerate Unternehmen umfasst, soweit diese die Voraussetzungen von § 19a RefE und § 18 Abs. 3a GWB erfüllen.

4.3 Balancierter Ansatz

§ 19a RefE ist keine Verbotsnorm. Seine Anwendung bedarf in einem ersten Schritt einer Verfügung des BKartA zur Feststellung der marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb eines Unternehmens. Erst in Verbindung mit einem zweiten Schritt – der Untersagung durch das BKartA – entfalten die in § 19a Abs. 2 RefE aufgeführten Verhaltensweisen ihre Geltung. Hierbei wird das BKartA prüfen, inwieweit mögliche sachliche Rechtfertigungen für die in § 19a Abs. 2 RefE aufgeführten Verhaltensweisen vorliegen – und diese also nicht untersagt werden müssen. Da dabei auch eine „Interessenabwägung im Lichte der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes“¹³ vorgenommen wird, ist aus Sicht des vzbv einer Überregulierung angemessen und ausreichend vorgebeugt. Die neue Norm scheint wirksam zu sein, aber vorsichtig austariert.

Vielmehr sollte der Gesetzgeber erwägen, ob es nicht angemessen wäre, § 19a RefE in eine Verbotsnorm umzuwandeln (wie § 19 GWB), so wie von einem Bündnis zivilgesellschaftlicher Organisationen gefordert wird¹⁴. Somit wäre eine Verfügung durch das BKartA nicht mehr notwendig und die Norm würde unmittelbar zu Anwendung kommen.

5. RELATIVE MARKTMACHT

Die Änderungen in § 20 Abs. 1 Satz 1 RefE stellen klar, dass auch größere Unternehmen von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht abhängig sein können. Dies ist in der digitalen Wirtschaft folgerichtig, denn hier können relativ kleine Unternehmen und Plattformen zentrale Schlüsselpositionen in Märkten einnehmen, die sie in die Lage versetzen, effektiv den Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten beziehungsweise Anbietern oder Nachfragern zu kontrollieren. Hierdurch können sie eine relative Marktmacht erlangen, von der große Unternehmen abhängig sein können, wenn sie auf diesen Märkten effektiv in Wettbewerb treten wollen¹⁵ (siehe hierzu ergänzend die Ausführungen oben zu „Intermediationsmacht“ und „Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht“).

6. VERHINDERUNG VON TIPPING

Aus Sicht der Verbraucher und der Wettbewerber von Plattformunternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht ist positiv zu bewerten, dass § 20 Abs. 3a RefE vorsieht, dass das BKartA mit einstweiligen Maßnahmen effektiv ex-ante gegen „Tipping“

¹³ Ebd. S. 80

¹⁴ DigitalCourage u. a.: Ungezähmte Internetgiganten, URL: <https://www.oxfam.de/ueber-uns/publikationen/ungezaehmte-internetgiganten-gwb-digitalisierungsgesetz-tippelschritte> [Zugriff: 04.02.2020] S. 2

¹⁵ Schw eitzer, Heike, et al. (2018) (wie Anm. 6). S. 48 ff.

vorgehen kann: Wenn Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht Wettbewerber daran hindern, selbst Größenvorteile zu erzielen (Wettbewerbsverzerrungen), kann der Wettbewerb (kurz- beziehungsweise mittelfristig) ausgeschaltet werden und damit für Wettbewerb und Innovation – mithin für Verbraucher - ein Schaden entstehen, der sich ex-post nicht ohne Weiteres rückgängig machen beziehungsweise kompensieren lässt. Dies gilt insbesondere für gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsverluste durch nicht erfolgte Marktdurchdringung mit innovativen verbraucherfreundlicheren alternativen Gütern, Dienstleistungen und Geschäftsmodellen als mittel- und langfristige Folge einer Wettbewerbsverzerrung.

Vor diesem Hintergrund ist die Ergänzung von § 20 Abs. 3a RefE ein angemessener „Paradigmenwechsel“, mit dem das BKartA ermächtigt wird, vorab einzuschreiten, um „Tipping“ zu verhindern und um Schaden für Verbraucher, den Wettbewerb und die Gesamtwohlfahrt zu verhindern.

7. EINSTWEILIGE MAßNAHMEN

Mit der Neugestaltung u.a. des § 32a Abs. 1 RefE strebt der Gesetzgeber an, das GWB proaktiver zu gestalten. Wenn wettbewerbsschädigendes Verhalten ein Einschreiten der Behörden erforderlich macht, muss in der schnelllebigen digitalen Ökonomie ein rasches effektives Eingreifen zum Schutz von Verbrauchern und Wettbewerbern erfolgen, das umgehend Wirkung zeigt. Bei verzögerten Abstellung von missbräuchlichem Verhalten besteht das Risiko, dass das Unternehmen über fortgeführtes wettbewerbsschädigendes Verhalten seine Marktstellung weiter verfestigt oder stärkt – etwa über die Ausnutzung von Netzwerk- und Verbundeffekten – und damit der Schaden für Verbraucher und Wettbewerb steigt.

Bisher musste das BKartA hierfür nachweisen, dass „die Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“ besteht (was aufgrund des abstrakten Charakters schwer zu erbringen ist). Nach dem neuen Entwurf kann das BKartA einstweilige Maßnahmen anordnen, „wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 32 Abs. 1 überwiegend wahrscheinlich erscheint und die Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist“. Durch die Herabsetzung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs und den hinzugekommenen Bezug auf die Schädigung eines einzelnen Unternehmens (statt auf den abstrakten Wettbewerb), ist zu hoffen, dass einstweilige Maßnahmen in der künftigen Praxis eine größere Rolle spielen werden.

Zur Stärkung des Ansatzes sollte der Gesetzgeber ein Antragsrecht für einzelne betroffene Unternehmen einführen.

Die in § 32a Abs. 1 RefE vorgenommene Absenkung der Schwellen für das BKartA zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen sind aus Verbrauchersicht zu begrüßen. Sie stellen die Weichen für ein schnelles, effektives Eingreifen des BKartA in Fällen, in denen wettbewerbsschädigendes Verhalten zeitnah abgestellt werden muss, um kurz-, mittel- und langfristige Schäden von Verbrauchern und Wettbewerb abzuwenden. Zur Stärkung des Ansatzes sollte der Gesetzgeber ein Antragsrecht für einzelne betroffene Unternehmen einführen.

8. WIDERLEGLICHE VERMUTUNG EINES MINDESTSCHADENS

Zu Artikel 1 Nr. 9. und Nr. 10 (§ 33a Absatz 5 RefE; § 33c Absatz 3 Satz 2 RefE):

Der vzbv begrüßt die Einführung einer widerleglichen Vermutung zugunsten unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer, dass Rechtsgeschäfte eines kartellbeteiligten Unternehmens von dem jeweiligen Kartell erfasst waren. Der Änderungsvorschlag und das zugrunde liegende Urteil des Bundesgerichtshofs zum Schienenkartell (BGH, Urteil vom 11.12.2018, KZR 26/17), in dem dieser die Grundsätze des Anscheinsbeweises zur Schadensverursachung und Kartellbetroffenheit für nicht anwendbar erklärt hat, zeigen, dass die deutsche Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie mit Blick auf die erforderlichen gesetzlichen Vermutungen zur schadensbegründenden Verantwortlichkeit und Schadenshöhe lückenhaft war.

Diesbezüglich ist die vorliegende Korrektur zu begrüßen, sie geht aber nicht weit genug. Erforderlich ist auch eine widerlegliche Vermutung zur Schadenshöhe.

Insoweit soll weiterhin die allgemeine Schadensschätzungsbefugnis gemäß § 287 ZPO zur Anwendung kommen. Die ergänzende Vermutungsregelung sagt nur, dass bei einem Kartell von einem Schaden größer Null auszugehen ist. Die Quantifizierung von Kartellschäden bleibt damit für die Geschädigten eine schwierige Hürde.

Verschiedene Untersuchungen belegen eine Kartellrendite von 10 bis 20% und unterstützen eine entsprechende Pauschalierung aus wissenschaftlicher Sicht.¹⁶ Da die Quantifizierung von Schäden im Einzelfall sehr aufwändig und teuer ist, behilft sich die Wirtschaft längst mit Pauschalvereinbarungen, die im Einzelfall widerlegt werden können. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden solche Pauschalierungen von 15% auch gerichtlich als realistisch anerkannt.

Demgegenüber müssen Verbraucher bei Kartellschadensersatzverfahren den Schaden selbst berechnen und gegebenenfalls die für eine gerichtliche Schätzung erforderlichen Angaben machen. Dies ist für sie noch schwieriger als für unmittelbar betroffene Unternehmen, weil ihnen als nachgelagerte Betroffene keine betriebsinternen Unterlagen und Daten zur Verfügung stehen.

Verbraucher können deshalb von der Schadensvermutung in § 33a Absatz 2 Satz 1 RefE nur profitieren, wenn auch eine (widerlegliche) Vermutung in Höhe eines prozentual zu errechnenden Schadens Eingang ins Gesetz findet. Auch die Monopolkommission hat sich in XXI. Hauptgutachten zugunsten eines Mindestschätzbetrags und eine hiermit verbundene Beweislastumkehr ausgesprochen.¹⁷

Die Regelung sollte deshalb durch die widerlegliche Vermutung eines Mindestschadens in Höhe von 10% ergänzt werden.

¹⁶ Bundeskartellamt: Tätigkeitsbericht 2013/2014. BT-Drucks. 18/5210 (2015), S. 35; dass.: Erfolgreiche Kartellverfolgung (2011), S. 12; Oxera et al.: Quantifying Antitrust Damages. Executive Summary (2009), S. ix; Lande, Robert H; Connor, John M.: Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines (2008), in: 3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008); ebenso für die Kodifikation eines Mindestschadens: Kersting, Christian; Preuß, Nicola: Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften. Bd. 137: Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) 2015, Baden-Baden, Nomos, Rn. 58 ff; hierzu auch Sirakova: Impediments to the private enforcement of competition law in Europe (2015), in: NZKart, H. 11, Seite 466, 468.

¹⁷ Monopolkommission: Hauptgutachten XXI: Wettbewerb 2016 (2016), Teil I, Ziffer 150 (Seite 38), URL: <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/hauptgutachten/88-xxi-gesamt.html>.

9. VERWENDUNG VON KARTELLBUßEN UND ABGESCHÖPFTEN VORTEILEN FÜR DIE FINANZIERUNG DER VERBRAUCHERARBEIT UND KOLLEKTIVEN RECHTSDURCHSETZUNG

Unverändert sollen Kartellbußen ausschließlich der Bundeskasse zufließen. Der Referentenentwurf sieht keine Änderung des § 82a Abs. 2 GWB vor. Damit gelangen auch solche Kartellbußen in den allgemeinen Haushalt, denen ein Kartellrechtsverstoß mit unmittelbarer Schädigung für Verbraucher zugrunde gelegen hat und wo kein individueller Schadensausgleich erfolgt ist. Auch die Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände werden ausschließlich der Bundeskasse zugewiesen (§ 34a Abs. 1 GWB). Die Verbraucherverbände können lediglich eine Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom beklagten Unternehmen keinen Ausgleich erlangen können.

Die 10. GWB-Novelle greift damit keinen der Vorschläge auf, die seit geraumer Zeit im politischen Raum diskutiert werden – etwa einen Teil der Kartellbußen und die abgeschöpften Vorteile zweckgebunden für die strukturell unterfinanzierte Verbraucherarbeit in Deutschland einzusetzen.

Zwischen dem sanktionierten Kartellrechtsverstoß und der Verbraucherarbeit gibt es einen unmittelbaren Zusammenhang – denn in jeder Kartellbuße steckt bereits notwendigerweise ein verbraucherbezogener Unrechtsanteil.¹⁸ Beim so genannten Badezimmerkartell lag der Verbraucherschaden bei geschätzten 7 Mrd. Euro – Geldbuße 622 Mio. Euro. Beim so genannten Kaffeekartell lag der Verbraucherschaden bei 860 Mio. Euro – Geldbuße 160 Mio. Euro. Beim so genannten Mehlkartell lag der Verbraucherschaden bei 1,2 Mrd. Euro – Geldbuße 82 Mio. Euro. Die Liste der Kartellrechtsfälle mit unmittelbarem Verbraucherbezug ließe sich ohne Weiteres fortführen.

Die Forderung nach Verwendung eines Teils der Kartellbußen steht auch nicht im Widerspruch dazu, dass Verbrauchern der Schaden, den sie durch kartellrechtswidriges Verhalten von Unternehmen erleiden, möglichst unmittelbar auszugleichen ist. Nach aller bisherigen Erkenntnis machen Verbraucher ihren Schaden vielfach nicht geltend, wenn es sich um Streuschäden handelt. Der individuelle Schadensersatzanspruch ist damit alleine nicht zweckdienlich.

Ein pauschalierter Anteil an den rechtskräftig vereinnahmten Kartellbußen sollte zweckgebunden für die finanzielle Unterstützung der Verbraucherarbeit in Deutschland verwendet werden, die ganz erheblich zu einer funktionierenden Wettbewerbsordnung beiträgt. Auch die von den Verbraucherverbänden abgeschöpften Vorteile sollten ähnlich verwendet werden.

10. EINE EFFEKTIVE KARTELLRECHTLICHE MISSBRAUCHSAUFSICHT IM FERNWÄRMEMARKT

§ 29 GWB regelt eine erleichterte Preismissbrauchsaufsicht im Strom- und Gassektor. Sie erleichtert die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht durch eine Beweislastumkehr

¹⁸ Fezer: Zweckgebundene Verwendung von Unrechtsersparnissen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit. Juristische Expertise von Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer im Auftrag des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (2012), Düsseldorf, S. 29/30.

missbräuchlicher Entgelte und eine Kostenreflektion. Die Norm ist jedoch nach § 186 Abs. 1 GWB bis zum 31. Dezember 2022 befristet.

Der vzbv fordert eine Entfristung der Gültigkeit von § 29 GWB.

Der vzbv setzt sich nachdrücklich für die Integration des Fernwärmesektors in den § 29 GWB ein¹⁹. Anders als auf dem Strom- und Gasmarkt fehlt im Fernwärmesektor nicht nur ein strukturell gesicherter Wettbewerb. Es besteht vielmehr eine Monopolstruktur in jedem Fernwärmenetz. Das Bundeskartellamt spricht im Fernwärmesektor von „gefangenen Kunden“. Die Verbraucher sind den Tarifen und Preiserhöhungen der Versorger ohnmächtig ausgeliefert. Die kartellrechtliche Kontrolle ist das einzige Regulierungsinstrument des Fernwärmesektors. Daher ist der Fernwärmesektor erst recht in den § 29 GWB aufzunehmen.

Weder kann der Verbraucher sich gegen eine Preiserhöhung zur Wehr setzen, noch kann er ihr ausweichen. Verbraucher haben bei einer einseitigen Preiserhöhung des Fernwärmeversorgers während der Vertragslaufzeit keine Möglichkeit den Vertrag zu kündigen oder den Anbieter zu wechseln. Auch bei einer einseitigen Veränderung der Kostenindizes in der vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel bleiben die Kunden in ihren Verträgen „gefangen“. Ihr Vertrauen in die Funktion einer vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel wird enttäuscht, Leistung und Gegenleistung über die Vertragsdauer hinweg in einem angemessenen Gleichgewicht zu halten.

Der Wechsel des Heizsystems kommt zwar theoretisch zum Ende unüblich langer Vertragslaufzeiten, die selbst nach Abschreibung der Investitionen gelten, in Betracht. Der Wechsel scheitert aber regelmäßig an den damit verbundenen hohen Kosten oder an baulichen Gegebenheiten. Bei einem Anschluss- und Benutzungszwang oder einer im Grundbuch eingetragenen Anschlusspflicht an das Fernwärmenetz ist ein Wechsel des Heizsystems vielfach nicht einmal theoretisch möglich. Es gibt Unmut bei den Verbrauchern im Fernwärmesektor. Während eines dreieinhalbmonatigen Aufrufs erfasste die Marktbeobachtung 132 auffällige Fallbeschreibungen²⁰. An dem Verbraucheraufruf nahmen über 200 betroffene Verbraucher teil. Vielerorts haben die Betroffenen sich zu Interessengemeinschaften zusammengeschlossen, wie beispielsweise in Offenbach oder Böblingen.

Grundsätzliche Änderungen im Fernwärmesektor sind daher dringend geboten. Solange abweichend vom Strom- und Gasmarkt keine wettbewerblichen Strukturen geschaffen werden und keine präventive behördliche Preisaufsicht über Monopolstrukturen ausgeübt wird, muss für den Fernwärmemarkt zumindest eine effektive kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht eingeführt werden.

In Folge der Sektoruntersuchung 2012 hat das Bundeskartellamt 2013 zwar gegen sieben Fernwärmeversorger Missbrauchsverfahren eingeleitet²¹. Die Verfahren nach gel-

¹⁹ Bundesrat Drucksache 606/16 (Beschluss), S. 3 f.

²⁰ Markt wächter: Fernwärme: Preisanpassungen in bestehenden Kundenverhältnissen (2019), URL: <https://www.marktwaechter.de/fernwaerme-preisanpassungen-bestehenden-kundenverhaeltnissen> [Zugriff: 12.02.2020].

²¹ Bundeskartellamt: Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise (2013), URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/07_03_2013_Fernwaermpreise.html?nn=3591568 [Zugriff: 12.02.2020].

tendem Recht scheinen aber aufwendig und schwierig. Das Bundeskartellamt plant offenbar keinen erneuten Anlauf für eine Missbrauchskontrolle, obwohl die Fernwärmepreise sich vielerorts stark entwickelt haben. Auch die Landeskartellbehörden scheinen im Fernwärmesektor an ihre Grenzen zu stoßen. Teilweise scheinen sie keine Sektoruntersuchungen durchgeführt zu haben oder diese zumindest nicht zu veröffentlichen. Eine Erleichterung der Missbrauchsverfahren scheint nützlich zu sein, denn das Kartellrecht ist gegenwärtig das einzige Instrument zur Kontrolle der Monopolpreise. Der vzbv fordert, dass der Fernwärmesektor genau zu diesem Zweck in § 29 GWB aufgenommen werden muss.

Eine spezifische Sektorregelung zur Preiskontrolle, die während der GWB-Novelle 2017 als Gegenargument angeführt und für ein besseres Instrument gehalten wurde, wurde bis heute nicht geschaffen und ist auch nicht absehbar. Daher hält der vzbv eine Regelung der Fernwärme in § 29 GWB für dringend erforderlich. Angesichts der prekären Situation für Verbraucher im Monopolmarkt kann ein entsprechender Bedarf nicht ernsthaft bestritten werden.

Die aktuelle GWB-Novelle muss dazu genutzt werden, den Fernwärmesektor in den Regelungsbereich des § 29 GWB aufzunehmen und damit den Energiesektoren Strom und Gas gleichzustellen.