



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 37/2018 November 2018

#### „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“

erarbeitet von folgenden Ausschüssen der Bundesrechtsanwaltskammer:

##### **Ausschuss Gewerblicher Rechtsschutz:**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Osterrieth, Vorsitzender (Berichterstatter)  
Rechtsanwältin Dr. Julia Blind  
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Götz  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Mirko Möller, LL.M.  
Rechtsanwältin Dr. Anke Nordemann-Schiffel  
Rechtsanwalt und Notar Christian Reinicke  
Rechtsanwalt Dr. Uwe Richter  
Rechtsanwalt Pascal Tavanti

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, BRAK

##### **Ausschuss Kartellrecht:**

Rechtsanwalt Dr. Matthias Karl  
Rechtsanwalt Dr. Moritz Wilhelm Lorenz  
Rechtsanwalt Dr. Andreas Lotze  
Rechtsanwalt Dr. Martin Schwarz  
Rechtsanwältin Dr. Dominique Wagener  
Rechtsanwalt Dr. Markus Marcell Wirtz, LL.M. (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, BRAK

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:**

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktion  
Rat der Europäischen Union  
Europäische Kommission  
Europäisches Parlament  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Neue Richtervereinigung e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband  
Patentanwaltskammer  
Wirtschaftsprüferkammer  
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.  
Deutscher Gerichtsvollzieherbund  
Deutsche Rechtspflegevereinigung  
Bund Deutscher Rechtspfleger  
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, JZ, DRiZ, FamRZ, MDR, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, dpa, Spiegel, Focus, Handelsblatt  
online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris, Legal Tribune

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung in Deutschland. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die BRAK bedankt sich für die Möglichkeit, zu den Fragestellungen der „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“, Stellung nehmen zu können.

## **I. Rahmenbedingungen für Innovationen und Schlüsseltechnologien: Patentrecht und Wettbewerbsrecht**

Der in dem Mandat für die Einrichtung der „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ getroffenen Feststellung eines Handlungsbedarfs zur Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen an die Herausforderungen der Globalisierung und der Digitalisierung wird seitens der Bundesrechtsanwaltskammer uneingeschränkt zugestimmt. In der Tat ist zu prüfen, wie und in welcher Form das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht und UWG) im Hinblick auf die enormen Herausforderungen der technischen Revolution anzupassen ist.

Soweit sich das Mandat – zu Recht – hierbei auch auf die Rahmenbedingungen für „Innovationen und die Entwicklung von Schlüsseltechnologien“ bezieht (so insbesondere Ziff. 5 der Fragestellungen), ist darauf hinzuweisen, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für technische Innovationen und die Entwicklung von Schlüsseltechnologien zunächst und primär durch das Patentrecht definiert werden und das Patentrecht mindestens in gleicher Weise wie das Wettbewerbsrecht die hierzu maßgebenden rechtlichen Rahmenbedingungen definiert. Zu Recht wird in dem Mandat für die „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ die Bedeutung von „Industrie 4.0“ und „künstlicher Intelligenz“ erwähnt. So ist in Bezug auf den Bereich der „künstlichen Intelligenz“ zunächst zu fragen, wie dieses Thema patentrechtlich zu beurteilen ist, bevor über eine Anpassung der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen zu diskutieren ist. Die Frage einer sinnvollen Erstreckung des Patentrechts auf derartige Technologien wie auch die Frage der Begrenzung des Patentschutzes bei diesen Technologien ist vorgreiflich zu der Frage, wie und in welcher Form wettbewerbsrechtlich ein Korrekturbedarf besteht. Ob etwa die Durchsetzung von Schutzrechten in diesem Bereich einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen sollte, kann erst dann beurteilt werden, wenn zuvor die patentrechtlichen Rahmenbedingungen für die Grundlage und die Reichweite des Patentschutzes für Innovationen im Bereich der Digitalisierung (Industrie 4.0, Internet der Dinge, künstliche Intelligenz) definiert werden. Konkret dürfte es hierbei um die Frage einer sinnvollen Begrenzung des Patentschutzes und hierbei um Grenzen der Rechtsdurchsetzung gehen, um im Einzelfall unverhältnismäßige Auswirkungen im Rahmen der Durchsetzung von Patentrechten zu verhindern. Man denke hierbei nur an die Unterbrechung von komplexen Kommunikationsstrukturen im Bereich des „Internets der Dinge“ bzw. des Bereichs „Industrie 4.0“. Auch wenn im Bereich der Telekommunikationstechnologie durch den FRAND-Einwand kartellrechtlich ein Interessenausgleich erfolgen kann, stellt sich die Frage, ob außerhalb des Geltungsbereiches von standardessentiellen Patenten patentrechtlich oder wettbewerbsrechtlich die Möglichkeit einer vergleichbaren Begrenzung vorzusehen ist.

Seitens der Bundesrechtsanwaltskammer wird daher angeregt, das Mandat der Kommission entweder auf die Überprüfung patentrechtlicher Rahmenbedingungen zu erstrecken oder unabhängig von dem Mandat der „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ durch andere geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die in dem Mandat angesprochenen Herausforderungen auch zum Anlass genommen werden, die patentrechtlichen Rahmenbedingungen zu überprüfen.

## II. Zu den wettbewerbsrechtlichen Fragstellungen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0:

Die Plattformökonomie, die „Industrie 4.0“ und das so genannte „Internet der Dinge“ fördern eine gesellschaftliche und wirtschaftliche Umwälzung, deren Kern die datenbasierte Vernetzung verschiedener Lebensbereiche ist<sup>1</sup>.

Diese Vernetzungstendenzen schaffen zugleich Chancen und Risiken für den Wettbewerb. Die zentrale Bedeutung der datenbasierten Verknüpfung verschiedener Lebens- und Produktwelten verlangt nach Kommunikation und Informationsaustausch. Interoperabilität und Datentransportabilität werden damit zu wettbewerbsrechtlichen Existenzbedingungen.

Vor diesem Hintergrund erachtet es die Bundesrechtsanwaltskammer als eine wesentliche Aufgabe des Kartellrechts und insbesondere der Missbrauchsaufsicht, Märkte offen zu halten, um auch zukünftig gesamtgesellschaftlich von der Innovationskraft des Wettbewerbs profitieren zu können. Unternehmen, die aufgrund ihrer zentralen Position über besondere Machtstellungen verfügen, müssen davon abgehalten werden, diese Stellung mit leistungsfremden Mitteln gegen vordringenden Wettbewerb zu immunisieren und auf angrenzende Bereiche zu erstrecken. Ihre Position muss mit Mitteln des Leistungswettbewerbs bestreitbar bleiben. Das Kartellrecht muss den Rahmen schaffen, in dem sich neue Ideen und Konzepte entwickeln können und nicht im Keim erstickt werden.

Vor diesem Hintergrund skizziert die folgende Stellungnahme in Anlehnung an die Fragen 1, 4, 6 und 8 aus dem Fragenkatalog der „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ Überlegungen zum Topos „Märkte bestreitbar halten“. Zunächst (1.) werden materiell-rechtliche Aspekte aufgegriffen, die anschließend (2.) verfahrensrechtlich ergänzt werden.

### 1. Missbrauch marktbeherrschender Stellungen (Fragen 1, 4 und 6)

*1. Sind grundlegende Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens erforderlich, um in Deutschland und Europa international wettbewerbsfähige Digitalunternehmen zu ermöglichen?*

*4. Besteht Anpassungsbedarf beim Zugang zu Daten? In welcher Weise lassen sich Zugangsrechte und -bedingungen rechtlich am besten verankern? Wie kann die Entwicklung einer wettbewerbsfähigen Datenwirtschaft mit den Anforderungen des Datenschutzes in Einklang gebracht werden?*

*6. Auf welche Weise können die wettbewerbsrechtlichen Regeln für marktstarke Plattformunternehmen weiterentwickelt werden?*

Art. 102 AEUV sowie §§ 19 und 20 GWB untersagen den Missbrauch marktbeherrschender bzw. – in Deutschland – relativ marktmächtiger Stellungen. Nach Einschätzung der Bundesrechtsanwaltskammer werden die bestehenden Regelungen grundsätzlich auch den wettbewerbsrechtlichen Entwicklungen der digitalen Ökonomie gerecht. Im Zusammenspiel mit dem Kartellverbot sowie der Fusionskontrolle<sup>2</sup> bietet das Kartellrecht den Behörden die wesentlichen Ansatzpunkte, um auch neuartige wettbewerbswidrige Praktiken und Entwicklungen effektiv zu adressieren.

Die Europäische Kommission hat beispielsweise in ihren Entscheidungen gegen Google gezeigt, dass sie auf Basis der bestehenden Normen in der Lage ist, missbräuchliche Praktiken, die auf die Abschottung von Märkten gerichtet sind, zu erfassen. Insbesondere die Erwägungen in der Entscheidung

---

<sup>1</sup> Ausgehend von (mehrseitigen) Plattformen kombinieren Unternehmen Produkte und Dienstleistungen zu ganzen Produktuniversen (Amazon, Apple, Google u.a.), während die "Industrie 4.0" bzw. "das Internet der Dinge" die umfassende Verknüpfung von Menschen, Maschinen und Produkten auf Basis moderner Informations- und Kommunikationstechnik anstrebt.

<sup>2</sup> Insbesondere unter Berücksichtigung der neuen Aufgreifschwelle nach § 35 Abs. 1a GWB.

„Android“ zeigen, dass die in der bisherigen Fallpraxis z. B. in den Verfahren gegen Microsoft formulierten und etablierten Missbrauchskategorien (wie Kopplung) nach wie vor Relevanz und Gültigkeit besitzen<sup>3</sup>.

Ebenso beweist das Bundeskartellamt in seinem Verfahren gegen Facebook, dass mittels der vorhandenen Eingriffsinstrumente auch neuartige Missbrauchsmöglichkeiten wie beispielsweise exzessive Datennutzungsrechte, die sich ein marktbeherrschendes Unternehmen mangels Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite einräumen lässt, grundsätzlich kartellrechtlich erfasst werden können<sup>4</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist die Bundesrechtsanwaltskammer der Ansicht, dass die Missbrauchskontrolle keiner grundlegenden Revision bedarf. In ihrer gegenwärtigen Fassung schafft sie einen angemessenen Ausgleich zwischen unternehmerischen Freiheiten, die auch marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich zustehen, und dem gesamtgesellschaftlichen Interesse an wirksamem Wettbewerb. Auf Grundlage der offenen Tatbestände sollte auch weiterhin den Kartellbehörden die Möglichkeit gegeben werden, den Inhalt der Missbrauchsaufsicht im Zusammenspiel mit der Rechtsprechung evolutionär fortzuschreiben und auf diese Weise neuen Entwicklungen anzupassen.

Dem Gesetzgeber verbleibt vor diesem Hintergrund die Aufgabe, mit angemessenen Feinjustierungen zum Gelingen dieses Entwicklungsprozesses beizutragen. Dementsprechend sollte den sensiblen Bereichen der Plattformökonomie sowie der „Industrie 4.0“ ein angemessener Stellenwert eingeräumt werden, der die Kartellbehörden sowie Gerichte in der praktischen Fortschreibung des kartellrechtlichen Instrumentariums unterstützt. Demgemäß betrachten wir die Überlegungen im „Gutachten zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ als einen wichtigen Beitrag<sup>5</sup>.

In Anbetracht dieser Ausgangslage sieht die Bundesrechtsanwaltskammer – angelehnt an die Einführung von § 18 Abs. 3a GWB in der 9. GWB-Novelle – die Möglichkeit und Notwendigkeit, mittels moderater Eingriffe eine erhöhte Sensibilität für Problembereiche zu schaffen, die dem Topos „Märkte bestreitbar halten“ zugeordnet werden und die insbesondere aus den technischen Entwicklungen der „Industrie 4.0“ folgen.

#### **a) Interoperabilität**

Die Neuerungen der „Industrie 4.0“ bzw. des „Internet der Dinge“ verlangen nach einer ständigen Kommunikation zwischen einer Vielzahl von Produkten und Leistungen. Der informations- und kommunikationsbasierte Kern der „Industrie 4.0“ führt für Anbieter verschiedenster Produkte zur Notwendigkeit, Zugriff auf Schnittstelleninformationen komplementärer Produkte und Leistungen anderer Anbieter zu haben. Die Relevanz von Schnittstelleninformationen potenziert sich mit der Anzahl kommunizierender Lebensbereiche. Während Kompatibilitätsfragen bisher vornehmlich aus Sekundärmärkten (Märkte für Zubehör und Verbrauchsmaterialien<sup>6</sup>) bekannt waren, dürfte sich die Bedeutung des Zugangs zu Schnittstelleninformationen zukünftig verschärfen. Wir erwarten zukünftig vermehrt Versuche zur Schaffung proprietärer Digital- und IT-Systeme.

---

<sup>3</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2018, COMP/40.099 "Android"; Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Dezember 2017, COMP/39.740, "Google Shopping"; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16. Dezember 2009, COMP/39.530 "Internet Explorer"; Europäische Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/37.792 "Windows Media Player".

<sup>4</sup> Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 13. Dezember 2018, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

<sup>5</sup> Schweitzer, Haucap, Kerber, Welker, 29. August 2018, Gutachten zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen.

<sup>6</sup> Druckerpatronen, Kaffeekapseln, Ersatzteile u.ä.

Ohne die Gewährleistung der Interoperabilität verschiedener Produkte kommt es zu einem Lock-in der Kunden/Nutzer. Aufbauend auf der Primärentscheidung für einen bestimmten Hersteller oder ein bestimmtes Produkt wird auch die Entscheidung über nachfolgende Transaktionen vorweg genommen. In diesen Bereichen kann der Wettbewerb nicht ausreichend wirken, wenn es zu einer Marktabschottung hinsichtlich der Folgetransaktionen kommt<sup>7</sup>. Eine Marktabschottung droht insbesondere, wenn ohne Kenntnis der notwendigen Schnittstelleninformationen ein Angebot komplementärer Leistungen durch Wettbewerber ausbleibt. Dieser marktverschließende Effekt versetzt Inhaber der relevanten Informationen in die Lage, ihre Machtstellung auf angrenzende Märkte auszudehnen.

## b) Datentransportabilität

Während die wettbewerbliche Bedeutung von Daten – jenseits ihrer persönlichkeitsrechtlichen Dimension – vielschichtig ist und kartellrechtlich in unterschiedliche Form relevant werden kann, liegt im Kontext der diskutierten Interoperabilität der Fokus auf der Datentransportabilität<sup>8</sup>. Die zunehmende Digitalisierung unternehmerischer und gesellschaftlicher Prozesse generiert Daten als zentrale wirtschaftliche Ressource. Der jederzeitige Zugriff auf z. B. angesammelte Markt- oder Kundendaten ist unerlässlich.

Ist ein Nutzer für die Inanspruchnahme der Dienste Dritter oder den Wechsel seines bisherigen Anbieters, beispielsweise eines IT-Systems, auf die Übertragung von Nutzungsdaten angewiesen, führt dies leicht zum Lock-in. Unternehmen können Marktstellungen gegen Konkurrenz abschotten, indem der Anbieter- oder Produktwechsel, der einen Datentransfer voraussetzt, künstlich erschwert wird, ohne dass eine leistungswettbewerbliche Rechtfertigung ersichtlich ist. Anders als in Art. 20 DSGVO ist es aus wettbewerblicher Sicht unerheblich, ob es sich um personenbezogene Daten handelt, die den Wechsel erschweren, oder um andere Daten (etwa technischer Natur).

## c) Vorschlag

Vor diesem Hintergrund sollte die wettbewerbliche Relevanz der angesprochenen Aspekte mittels eines zusätzlichen Regelbeispiels in der Missbrauchskontrolle hervorgehoben werden. Art. 102 lit. e AEUV könnte lauten:

### **Art. 102 AEUV**

*„Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.*

*Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:*

[...]

*e) der Abschottung von Märkten mittels unbilliger Behinderung der Interoperabilität von Produkten und Leistungen oder der Datentransportabilität.“*

---

<sup>7</sup> Die traditionelle Überlegung, dass ausreichender Wettbewerb hinsichtlich des Primärprodukts auch ausreichenden Wettbewerb auf den Anschlussmärkten gewährleistet, erscheint vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung von Produktuniversen und "Ecosystems" zu naiv.

<sup>8</sup> Art. 20 DSGVO spricht von "Datenübertragbarkeit".

## 2. Verfahrensrechtliche Reformüberlegungen (Frage 8)

8. Sind zusätzliche verfahrensrechtliche Instrumente der Kartellbehörden erforderlich, um auf sich dynamisch verändernde Märkte für digitale Plattformen und Unternehmen zu reagieren?

Eine wesentliche Voraussetzung der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung ist das zeitnahe Einschreiten der zuständigen Behörden. Die Abstellung missbräuchlicher Abschottungspraktiken nach Jahren ungestörter Durchführung verfehlt ihr wettbewerbliches Ziel. Auch durch hohe Bußgelder kann bereits verlorenes wettbewerbliches Potential nicht wiederbelebt werden.

In Anbetracht des erheblichen Zeitraums, der zwischen der Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens und seinem Abschluss liegen kann, erachten wir die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen als ein wichtiges Instrument für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung. Andernfalls bleibt es dem betroffenen Unternehmen unbenommen, die von der Kartellbehörde vorläufig als kartellrechtswidrig eingestuften Praktiken fortzuschreiben<sup>9</sup>. In Anbetracht dieses Befunds erstaunt es, dass Europäische Kommission und Bundeskartellamt von ihren Möglichkeiten, einstweilige Maßnahmen zu erlassen – Art. 8 VO 1/2003, § 32a GWB – und damit dieser Zwischenphase zu begegnen, bisher nur in äußerst geringem Umfang Gebrauch machen.

Vor allem in der digitalen Ökonomie kommt einer zeitnahen Untersagung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen aufgrund der Schnelllebigkeit der Märkte eine zentrale Bedeutung zu. Die Fortsetzung von Behinderungspraktiken während eines mehrjährigen kartellrechtlichen Verfahrens kann den Wettbewerb langfristig zum Erliegen bringen. Die zeitnahe Sicherstellung von Interoperabilität oder Datentransportabilität ist im Einzelfall eine wirtschaftliche Überlebensvoraussetzung für Konkurrenzangebote. Ähnlich verhält es sich im Fall von Kopplungspraktiken z. B. bei plattformbasierten Produkten oder Dienstleistungen. Gerade in frühen Marktphasen können diese Verhaltensweisen dem koppelnden Unternehmen einen wettbewerblichen Vorsprung verschaffen, der ohne zeitnahe Intervention der Kartellbehörden nicht aufgeholt werden kann und zu einer dauerhaften Vermachtung ganzer Leistungsbe-  
reiche führt.

Bei einer Modernisierung des Kartellrechts, die auch verfahrensrechtliche Aspekte einbezieht, sollte daher ein wesentliches Augenmerk auf der moderaten Stärkung einstweiliger Maßnahmen liegen.

### a) Tatbestand

Ein erster Ansatzpunkt ist die Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen im EU-Kartellrecht auf den „vernünftigen Verdacht“ eines Verstoßes. Dieses Merkmal würde die in Art. 8 VO 1/2003 als Voraussetzung genannte "prima facie festgestellte Zuwiderhandlung" ersetzen und einen etwas weiteren Spielraum gewähren<sup>10</sup>. Im deutschen Recht könnte erwogen werden, in § 32a GWB das "kann" durch ein „so/lf“ zu ersetzen<sup>11</sup>.

Gleichwohl blieben die Kartellbehörden auch hier verpflichtet, im Einzelfall die involvierten gegenläufigen Interessen ausgerichtet am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. So muss insbesondere gegeneinander abgewogen werden, welche Schäden bei ungehinderter Fortführung der monierten Verhaltensweisen zu erwarten sind, wie schwer eine einstweilige Anordnung in das unterneh-

---

<sup>9</sup> Sofern das Bundeskartellamt ein Verwaltungsverfahren führt, besteht nicht einmal das Risiko einer Bußgeldsanktion.

<sup>10</sup> Art. 8 VO 1/2003 lautet derzeit: "Die Kommission kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen auf der Grundlage einer prima facie festgestellten Zuwiderhandlung durch Entscheidung einstweilige Maßnahmen anordnen."

<sup>11</sup> § 32a Abs. 1 GWB lautet derzeit: "Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen."

merische Geschäftsmodell des betroffenen Unternehmens eingreift und wie sicher die gegenwärtigen tatsächlichen und rechtlichen Erkenntnisse hinsichtlich des vorläufig als missbräuchlich eingestuften Verhaltens sind.

## **b) Haftung**

Darüber hinaus erscheint es geboten, die haftungsrechtlichen Konsequenzen ungerechtfertigter einstweiliger Anordnungen explizit zu adressieren. Bestehende Unsicherheiten bei der Haftung der Kartellbehörde für „falsche“ einstweilige Anordnungen dürften sich als erhebliches Hemmnis beim praktischen Einsatz des Instruments erweisen. Hierbei muss selbstverständlich ebenso ein angemessener Ausgleich zwischen der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung und dem effektiven Schutz unternehmerischer Rechte gefunden werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, die haftungsrechtlichen Folgen einer Fehlentscheidung ausdrücklich im GWB bzw. im europäischen Verfahrensrecht zu regeln. Auf diese Weise könnten die besonderen Schwierigkeiten, die mit einer vorläufigen kartellrechtlichen Bewertung regelmäßig verbunden sind, passgenau adressiert werden. Während die Haftung der Kartellbehörde für fehlerhafte einstweilige Anordnungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden sollte, erachten wir es als angemessen, die Haftung auf „zum Zeitpunkt ihres Erlasses offensichtlich ungerechtfertigte, ungeeignete oder unverhältnismäßige Maßnahmen“ zu beschränken.

## **III. Zusammenfassung**

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die Einsetzung der „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ ausdrücklich. Eine moderate Anpassung des kartellrechtlichen Instrumentariums an die Entwicklungen der digitalen Ökonomie ist ein wesentlicher Beitrag, um auch zukünftig gesamtgesellschaftlich von den Vorteilen effektiven Wettbewerbs zu profitieren.

Insoweit sollte allerdings nicht übersehen werden, dass die Einführung neuer materiell-rechtlicher Instrumente sowie eine Stärkung einstweiliger Maßnahmen, wie von der Bundesrechtsanwaltskammer empfohlen, keine Allheilmittel sind. Fallkonstellationen in der digitalen Ökonomie zeichnen sich insbesondere durch eine erhebliche technische und wirtschaftliche Komplexität sowie wettbewerbliche Schnellebigkeit aus. Dementsprechend ist vor allem eine sachlich wie personell angemessene Ausstattung der Behörden zentrale Voraussetzung einer schlagkräftigen Durchsetzung des Kartellrechts.

\* \* \*