

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – RA Dr. Ingo Brinker – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RiEuG Alfred Dittrich – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Thorsten Käseberg – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RA Dr. Thorsten Mäger – VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt *Dr. Ulrich Soltész*, Brüssel

NZKart

3 2018

Seiten 105–156
6. Jahrgang
12. März 2018

Editorial

Prof. Dr. Torsten Körber

Die Macht der Monopole

Das Jahr 2018 ist für uns Kartellrechtler mit einer Reihe von Jubiläen verbunden. Am 1. Januar 1958 traten sowohl das deutsche GWB als auch der EWG-Vertrag in Kraft. Im selben Jahr nahm das Bundeskartellamt seine Arbeit auf. Damit war der Grund für die Entwicklung einer schlagkräftigen Kartellrechtspraxis gelegt. Die Kinderstube des deutschen und europäischen Kartellrechts war noch vom wettbewerbspolitischen Leitbild vollkommener Konkurrenz geprägt. Man ging davon aus, dass die Konsumentenwohlfahrt am besten im beidseitigen Polypol mit einer Vielzahl von Nachfragern und Anbietern gewährleistet werden könne. Allerdings musste man schon bald erkennen, dass sich dieses Idealbild mit der ökonomischen Realität nicht in Einklang bringen ließ. Heute weiß man, dass es Märkte gibt, die – etwa wegen starker Skalen- oder Netzeffekte – zu einem Oligopol oder sogar zu einem Monopol tendieren. Das muss – solange wirksamer Wettbewerb im Oligopol gewährleistet ist – der Konsumentenwohlfahrt nicht abträglich sein, sondern kann sie sogar fördern. Selbst vorübergehende Monopole können unbedenklich sein, solange sie angreifbar sind und der Monopolist von heute befürchten muss, morgen durch einen „Wettbewerb um den Markt“ vom Thron gestoßen zu werden. Die Krux ist freilich, dass sich solche Märkte, die sich noch „drehen“ können, schwer von denjenigen unterscheiden lassen, die bereits in Richtung eines unangreifbaren Monopols „gekippt“ sind.

In jüngerer Zeit wird daher wieder verstärkt über die Gefahren der Monopolisierung für den Wettbewerb diskutiert. Wie schon in den Anfangszeiten des Antitrustrechts in den USA vor 130 Jahren wird dabei auch die Gefahr zu großen politischen Einflusses der Konzerne beschworen. Viele sehen besonders mutmaßliche Internetmonopole großer US-Unternehmen wie Google, Apple, Facebook, Amazon oder Microsoft kritisch. Dazu trägt sicher bei, dass die digitale Ökonomie in Verbindung mit den Chancen und Risiken von „Big Data“ für viele (auch für viele politische Entscheidungsträger) noch eine terra incognita ist, deren Dynamik manchem Unbehagen bereitet. Die Aussicht auf eine „schöpferische Zerstörung“ oder jedenfalls tiefgreifende Umgestaltung

mancher Bereiche der analogen Welt weckt bisweilen den Drang nach gesetzgeberischem Aktionismus. Das Kartellrecht ist davon bisher weitgehend verschont geblieben. Die 9. GWB-Novelle 2017 ist von ökonomischem Sachverstand und weiser Zurückhaltung geprägt. Entsprechendes gilt für die Arbeit des Bundeskartellamtes, dem man, wenn überhaupt, eher vorwerfen könnte, bisweilen (etwa in Bezug auf den Zusammenschluss Edeka/Tengelmann oder Pressefusionen) zu streng gewesen zu sein.

Diese weise Zurückhaltung gefällt nicht jedem. So forderte im Januar 2018 eine aus gut 20 Nichtregierungsorganisationen (darunter z. B. BUND und Oxfam) bestehende Initiative „Konzernmacht beschränken“ weitreichende Maßnahmen gegen große Konzerne der digitalen wie analogen Welt. Die Machtkonzentration gefährde die Demokratie und eine „schwache Fusionskontrolle“ fördere die Marktkonzentration. So habe etwa das Bundeskartellamt nur 189 von 36.675 angemeldeten Fusionen untersagt. Daraus wurden dann umso markigere Forderungen nach einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung, insbesondere auch großer Internetunternehmen, nach einer Regulierung kommerzieller Plattformen, nach einer Absenkung der Marktbeherrschungsschwelle auf 20% und nach einem Parlamentsvorbehalt für Ministererlaubnisse in der Fusionskontrolle erhoben. Man mag über so viel kartellrechtlichen Unverstand den Kopf schütteln, doch steht diese Initiative mit ihren Forderungen nicht allein. Der politische Druck auf die Kartellbehörden steigt und nicht jede vermag ihm so gut standzuhalten, wie es das deutsche Bundeskartellamt in den vergangenen 60 Jahren getan hat. Ein Beispiel dafür ist das Google Shopping-Verfahren der EU-Kommission. Dieses Verfahren hat auch deshalb so lange gedauert, weil auf der Basis des Kartellrechts gefundene Kompromisse immer wieder auf politischen Druck hin über Bord geworfen wurden, und es mündete am Ende in einer kartellrechtlich höchst zweifelhaften Untersagungs- und Bußgeldentscheidung, über die jetzt der EuGH das letzte Wort haben wird.

Gesetzgeber und Kartellbehörden sollten sich durch medialen und politischen Druck nicht irremachen lassen. Die 9.

GWB-Novelle bietet – parallel zur weiteren Erforschung der Datenökonomie durch die Wissenschaft – eine gute und ausreichende Grundlage dafür, erst einmal weitere behördliche Erfahrungen zu sammeln. Dabei ist es keine Schwäche, sondern eine Stärke des Kartellrechts, dass es eher auf flexible Generalklauseln als auf bereichsspezifische Sonderregeln setzt. Dies ermöglicht es den Kartellbehörden, auf die Dynamik der digitalen Ökonomie mit entsprechender Flexibilität zu reagieren, während ein „digitales Sonderkartellrecht“ schnell veralten und zum Innovationshindernis werden würde. Gleiches gilt für die Idee einer Regulierungsbehörde für das Internet oder für die digitale Wirtschaft. Mit EU-Kommission, Bundeskartellamt, Bundesnetzagentur, Landesmedienanstalten und Datenschutzbehörden existieren auf diesem Gebiet schon mehr als genug Behörden. Hier gilt es eher, Redundanzen der bestehenden Behördenzuständigkeiten abzubauen und die Zusammenarbeit noch besser zu koordinieren, als Staat und Wirtschaft durch einen weiteren Bürokratieaufwuchs zu belasten.

Überlegungen zu einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung nach dem Muster „groß ist böse“ sind schon im Rahmen der 8. GWB-Novelle angestellt worden und damals zurecht schnell wieder im Giftschränk der Wettbewerbspolitik verschwunden. Jedes Unternehmen strebt danach, im Wettbewerb zu wachsen und seinen Wettbewerbern Marktanteile abzujagen. Das ist die Essenz des Wettbewerbs. Würden Unternehmen Gefahr laufen, entflochten zu werden, nur weil sie „zu erfolgreich“ waren, so würde das Kartellrecht von einem Instrument zum Schutz des Wettbewerbs zu einer Waffe gegen Wettbewerb und Innovation pervertiert. Eine Entflechtung ist daher im deutschen wie europäischen Kartellrecht außerhalb der Fusionskontrolle zu Recht nur als ultima ratio gegenüber kartellrechtlichen „Intensivtättern“ vorgesehen, denen weder durch Untersagungsverfügungen noch durch drastische Bußgelder beizukommen ist. Entsprechendes gilt für die Forderung nach einer ex ante Regulierung des Internets, z. B. nach dem Muster der Energieregulierung. Wer so etwas verlangt, erkennt nicht nur, dass im Internet bestehende Monopole regelmäßig das Ergebnis von

Wettbewerb sind. Eine solche ex ante-Regulierung wäre auch in der Praxis gar nicht umsetzbar. Sie würde nicht nur zu zwischenstaatlichen Zuständigkeitskonflikten führen, sondern auch die Dynamik des Internets und damit letztlich die Konsumentenwohlfaht massiv beschädigen.

Schließlich ist auch Vorsicht gegenüber der derzeit wieder verstärkt anzutreffenden Tendenz geboten, das Kartellrecht zu einem Universalinstrument zur Durchsetzung beliebiger Gemeinwohlziele auszubauen. Die Verlockung dazu ist groß, weil das Kartellrecht im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsgebieten über einen enormen Bußgeldrahmen verfügt und weil Behörden dem Reiz der Ausweitung ihrer Befugnisse nicht weniger widerstehen können als Unternehmen dem Reiz der Ausweitung ihrer Marktanteile. Das Kartellrecht folgt in Deutschland seit 60 Jahren dem ordoliberalen Credo, dass es dem freien Spiel der Marktkräfte nur „Leitplanken“ setzen soll, um den Wettbewerb zu schützen und es den Märkten zu erlauben, sich auf seiner Basis selbst zu regulieren. Das Kartellrecht schützt daher ganz bewusst nur den Wettbewerb. Das bedeutet nicht, dass andere Bereiche (Umweltschutz, Datenschutz etc.) unwichtig wären. Aber sie gehören in die Zuständigkeit anderer Fachbehörden. Daher spielt z. B. der Datenschutz, so wichtig er in Zeiten von „Big Data“ auch ist, im Kartellrecht keine unmittelbare Rolle. Daten sind nur dann ein Problem für das Kartellrecht, wenn ihre Erhebung und Nutzung den Wettbewerb beschränkt. Dies haben die Kartellbehörden in Zusammenschlussfällen immer wieder zu Recht betont, und es ist zu hoffen, dass das Bundeskartellamt diese Maxime auch im laufenden Facebook-Verfahren beherzigt.

Kartellrecht und Kartellbehörden haben in den vergangenen 60 Jahren gute Arbeit geleistet. Sie sind Kartellrechtsverstößen in aller Regel energisch, aber auch mit Augenmaß begegnet. Wenn sie diesen Maßstäben treu bleiben und weiter ein waches Auge auf die „Monopolisten“ haben, ohne sich dabei eine politisch gefärbte Brille aufsetzen zu lassen, besteht auch in den kommenden 60 Jahren kein Grund, sich vor der „Macht der Monopole“ zu fürchten. ■