

Zum Mandat der Kommission „Wettbewerbsrecht 4.0“

I. Vorbemerkung

DIE FAMILIENUNTERNEHMER finden es gut und wichtig, dass die Bundesregierung jetzt eine Kommission „Wettbewerbsrecht 4.0“ mit der Aufgabe einsetzt, Strukturreformen für den Bereich Digitalisierung und Vernetzung in den europäischen Volkswirtschaften weiter vorzubereiten, mithin auch eine etwaig anstehende weitere GWB-Novellierung. Ohne Frage stellen sich gerade in Bezug auf die Wettbewerbsordnung, gleichzeitig freilich auch für den übrigen Rechtsrahmen in Deutschland und in EU-Europa, neuartige Herausforderungen. Der bisher vorgelegten Arbeit der soweit beteiligten Lehrstühle sprechen DIE FAMILIENUNTERNEHMER Anerkennung, verbunden mit Dank, aus. Das Ziel, mit der Kommission eine „rechtspolitische Plattform für eine Debatte zur Weiterentwicklung von Rechtsbereichen“ schaffen zu wollen, ist dabei womöglich etwas zurückhaltend angelegt, sollten doch - bei aller Erforderlichkeit von Debatten - die Weichenstellungen für anstehende Anpassungen des Rechtsrahmens als Element des laufenden Standortwettbewerbs zügig erfolgen.

II. Neue Fragen, neue Antworten: Wettbewerbsrecht und Zivilrecht, Anpassungsbedarf an neue, digitale Märkte?

1. Aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER richtig, hinreichend behutsam und unter Wahrnehmung einer ganzen Reihe der vor den europäischen Volkswirtschaften liegenden Herausforderungen schildert das Einsetzungspapier vorgenannter Kommission die Lage: Der Gesetzgeber ist mit diversen „Treibern“ neuer wirtschaftlicher Entwicklungen konfrontiert, ist also – nennen wir Ross und Reiter – Getriebener. Es kann auch, freundlicher gesagt, davon gesprochen werden, dass der EU-europäische und die nationalen Gesetzgeber reagieren müssen. Richtigerweise geht es auch keineswegs nur um Fragen des individuellen Daten- und Verbraucherschutzes sondern zugleich auch darum, (EU-) „Europas Stellung und Wettbewerbsfähigkeit gerade im Bereich neuer digitaler Märkte auf internationaler Ebene zu sichern“. Und es geht immer auch um „Schlüsseltechnologien“, die sich auch in EU-Europa weiterentwickeln und neu bilden sollen. Letzteres halten DIE FAMILIENUNTERNEHMER für den hier womöglich entscheidenden Punkt. Die größeren Online-Plattformen sind derzeit tatsächlich überwiegend in US-amerikanischen und ostasiatischen Händen. Aber beim „Internet der Dinge“ und der Datenökonomie mitdenkender und zugleich untereinander kommunizierender Maschinen ist Europa und insbesondere das Industrieland Deutschland mit seinen zahlreichen, sehr spezialisierten Hochtechnologie-Familienbetrieben (Hidden Champions) noch nicht auf die hinteren Ränge verwiesen.

2. Aber die Rahmenbedingungen müssen stimmen. Eine **technische** Rahmenbedingung ist eine gelingende Aufstellung im Bereich „5G-Mobilfunknetz“. Wenn hier ein „BER“ passiert, werden Deutschland und Europa den Anschluss an die sich zu erwartenden sprunghaft neu entwickelnden technologischen Lösungen kaum wieder aufholen können. Der Wohlstand in Deutschland und Europa wird dann neu zu definieren und z. B. der weltweit einmalig stark entwickelte Sozialstaat daran anzupassen sein. Schon bei der etwa 10 Jahre zurückliegenden letzten Innovationsrunde war Deutschland nicht mehr unter den Vorreitern, viele deutsche (Familien-) Unternehmen konnten das jedoch noch dadurch kompensieren, dass sie mit großem Erfolg ihre Positionen jeweiligen Marktnischen ausbauten. Das wird nicht ohne Weiteres erneut gelingen. Denn nun geht es mit der Datenökonomie nicht mehr nur um den kommunizierenden Verbraucher, sondern auch um Kommunikation (nicht nur der beteiligten Menschen) im Bereich Herstellung. Wenn nur die Maschinen in Europa vulgärpsychologisch gesprochen „Autisten“ bleiben, droht die Zukunft um Europa einen Bogen zu machen.

3. Die derzeit noch gut rechtzeitig richtig zu setzende Rahmenbedingung ist **der rechtliche Rahmen**. DIE FAMILIENUNTERNEHMER erwarten einen intelligenten, sachgerechten und bei allen Akteuren Vertrauen schaffenden harmonisierten und modernisierten Rechtsrahmen, zu dem natürlich auch (nicht nur) das EU-europäische und nationale Wettbewerbsrecht gehören. Das G5-Mobilfunknetz soll in Deutschland nach allen Ankündigen wohl etwa bis Ende 2011 stehen. Einen ähnlichen Zeitrahmen sollte sich die Bundesregierung auch für die unverzüglich anstehenden gesetzgeberischen Rahmensetzungen setzen. Familienunternehmer werden von der Politik gern daran erinnert, tunlichst „die Digitalisierung nicht zu verschlafen“. Quasi umgekehrt erlauben sie sich, den Gesetzgeber an seine eigenen Hausaufgaben zu erinnern. In Sachen Modernisierung des Wettbewerbsrechts wird jetzt ersichtlich ein Anfang gemacht. Der wettbewerbsrechtliche Gesetzgeber ist also schon besser und reger als mancher andere. Jedoch, bei so viel Applaus schon für ein bloßes Betreten der gesetzgeberischen Bühne, ist doch auch Wasser in den Wein zu geben (dazu weiter unten, unter Ziffer 5.).

4. Fraglich ist, was aber in Punkte „Anpassungen des Zivilrechts“, etwa in Hinblick auf Fragen des Eigentumsrechts (an Daten?), vor allem aber z. B. in Bezug auf Haftungsfragen beachtet werden muss: Wer haftet für Auswirkungen von Daten-Konglomeraten, wer für Auswirkungen bzw. elektronisches Fehlverhalten künstlicher Intelligenz? Ohne Rechtssicherheit weniger Markt. Ohne sich sicher fühlende Marktakteure weniger Innovation und Marktgeschehen. Mit Genugtuung und nun zunehmender Zuversicht registrieren DIE FAMILIENUNTERNEHMER, dass das Einsetzungspapier unter Ziffer 5 der dort aufgeführten „Schwerpunkte“ die Frage anspricht, ob „insbesondere beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz – haftungsrechtliche Spezialregelungen“ geboten („opportun“?) sein werden. Genau das sind die Fragen, um die es jetzt verstärkt gehen wird.

Auch der immer weiter zunehmende Einsatz von Algorithmen dürfte neue Fragen aufwerfen. Im Einsetzungspapier angesprochen werden möglicherweise gebotene „Anpassungen des vertragsrechtlichen Ordnungsrahmens“. Alle diese Fragen müssen uns beschäftigen, weshalb DIE FAMILIENUNTERNEHMER hierzu bereits eine eigene Bundesfachkommission eingesetzt haben. Wie viel unseres Zivilrechts sollten wir hier anpassen? Und gehören solche rechtspolitischen Anpassungsleistungen ggf. besser auf die EU- oder die nationale Ebene? An dieser Stelle ist auch zu sehen, dass die bestehenden sog. „Internetriesen“ schon infolge Ihres Zugriffs auf große Datenmengen auch bei der Entwicklung von künstlicher Intelligenz über massive Wettbewerbsvorteile verfügen dürften.

Gleichzeitig verfügen Sie aber auch über eine große Haftungsmasse bzw. Kapitalpuffer, was Ihnen in Haftungsfällen im Kontext mit jeder neuen Technologie (wie AI) zugutekommt. Auch das ist beim Thema Neugestaltung des Haftungsrechts zu berücksichtigen, damit Wettbewerbsvorteile nicht uneinholbar werden.

5. Vorab auch hier zur Baustelle Wettbewerbsrecht: Wie DIE FAMILIENUNTERNEHMER brieflich gegenüber dem Bundeswirtschaftsminister bereits betont haben, mahnen sie den künftigen Gesetzgeber bei dessen Überlegungen zur Reaktion auf die Marktmacht von „Internetriesen“ an einer Stelle mit Nachdruck zu Maß und Vorsicht: Es wird bei jeder „Vorverlagerung“ der die Aufsicht auslösenden (z. B. Erwerb von Start-Ups) Entscheidungen darauf zu achten sein, nicht exzessiv auf frühe und noch ganz in subjektiven Tatbeständen liegende Willensbildungen abzustellen. Das Entwickeln von Strategien und andere innere (Denk-) Vorgänge sollten weiter nicht staatliche Aufsichtsverfahren auslösen. Nicht schon der – vielleicht bereits marktdominierende, vielleicht US-amerikanische – Player, der sich eine Strategie ausdenkt, wie er mit bestimmten Marktentwicklungen und/oder auch mit attraktiven Marktakteuren umzugehen gedenkt („kaufen“?), sollte in der Folge sogleich aufzugreifen sein. Zu vermeiden ist eine Vorverlagerung von kartellrechtlich verbotenem Tun in die Köpfe der Unternehmer mit ihren Konzepten - statt wie bis dato auf Taten - abzustellen.

Das für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie neu entwickelte Rechtsinstitut einer sog. „präventiven Missbrauchsaufsicht“ gegenüber der Bildung von Marktmacht von „Internetriesen“ geht in Richtung einer so zu nennenden „exzessiven Vorverlagerung“. Nach Einschätzung von DIE FAMILIENUNTERNEHMER sollte eine „subjektive Willensbildung“ oder auch eine bloße „kaufmännische Strategie“ (jedenfalls so lange sie nur Gegenstand interner Beratungen ist) allenfalls dafür genügen, in Analogie zum Strafrecht, von einer versuchten Missbrauchshandlung zu sprechen, wobei es hierzu dann aber auch noch eines konkreten Ansatzens zur objektiven Tat bedürfen müsste. Nulla poena sine lege: „Bloßes strategisches Denken“ oder das „Planen von Einkäufen“ ist jedenfalls bisher nicht qua Gesetz verboten. Es geht hier mithin um nichts Geringeres als um Rechtstaatlichkeit. Wenn der (hohe) Bußgelder verhängende oder anders strafende Staat zu früh ansetzt, schon bei den schmutzigen Ideen, ist das definitiv ein Standortnachteil. Gerade in einer Weltordnung, die zunehmend von zum Teil sehr dreist auftretenden Autokraten dominiert wird, und in der die tatsächlich lupenreinen Demokratien an Zahl (und zusätzlich auch noch an Gewicht) verlieren, ist Rechtstaatlichkeit ein harter Standortvorteil.

6. Das Einsetzungspapier wirft immer wieder die Frage auf: Besteht Anpassungsbedarf, und wenn ja, wo? Das ist vom Ansatz her richtig, und auch die im Einsetzungspapier genannten geplanten Schwerpunktthemen sind richtig gesetzt. Das gilt insbesondere für die aufgeworfenen Fragen unter Ziffer 1., 2., 3., 4., 5., 6. und 7.

7. Was unter Ziffer 2. des Einsetzungspapiers das Thema einer besseren Berücksichtigung von „Skalierungs- und Kooperationsbedürfnissen deutscher wie auch EU-europäischer Digitalunternehmen betrifft, ist schon an dieser Stelle an eine Einlassung der US-amerikanischen Ökonomin Susan Athey zu erinnern. Sie hat darauf hingewiesen, dass der Aufstieg der großen Plattformen „das Leben“ (auch und gerade) „vieler kleinerer Firmen einfacher gemacht“ habe.

Denn dank der Clouds, die die Großen zur Verfügung stellen, verfügen auch kleinere bei Bedarf über größere Rechenleistungen, die sie einfach und skalierbar einkaufen können (vgl. NZZ, 13.09.18, S. 9). Es ist jedenfalls nicht so, dass die Großen die Kleinen einfach nur vom Markt drängen oder fernhalten.

8. Gleichwohl geben DIE FAMILIENUNTERNEHMER zu bedenken, dass unter dem Thema in Ziffer 1 des Einsetzungspapiers (grundlegende Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens) auch das Instrument der wettbewerbsrechtlichen Aufspaltung zu diskutieren bleibt, von dem 1957 Abstand genommen worden war. Aber es gilt: Tempora mutantur. Bisher wird in Deutschland zuvörderst eine Stärkung der Missbrauchsaufsicht erörtert (s. o.), die im Vergleich zur Aufspaltung grundsätzlich das mildere Mittel sein dürfte. Wenn sich eine Wirtschaftslandschaft so grundlegend ändert wie derzeit im Zeitalter von Digitalisierung und Vernetzung, gehört alles wieder auf den Prüfstand. Es gilt dabei nicht, die verschiedenen Antwortmöglichkeiten von gestern neu zu betrachten, sondern zu erkennen, welche Art von Antwort am besten auf die neuen Fragen passen würde. Die in der Vergangenheit sehr großen Mischkonzerne waren anders zu beurteilen als heute tätige Mischkonzerne, die gleichzeitig auch „Plattformen“ sind, zudem solche Plattform-Unternehmen, die in der Rezeption vieler insbesondere jüngerer Kunden geradezu zu einem Synonym überhaupt für „Einkaufen“ oder „Suchen“ geworden sind.

9. Gemäß dem Auftrag unter Ziffer 4 wird sich die Kommission Fragen rund um das Thema „Eigentum an Daten“ u. ä. zu stellen haben, dem für die unternehmerische Praxis ein nicht zu überschätzendes Gewicht zukommt. Hierzu wird gern noch vertieft Stellung genommen.

10. Unnötig ist es, darauf zu verweisen, dass dankenswerter Weise und bereits im Vorfeld der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 (oder parallel zu dieser) die Monopolkommission wichtige Vorarbeiten geleistet hat und weiter leisten wird, indem sie mögliche wettbewerbsverzerrende Effekte im Kontext „Einsatz von Preisalgorithmen“ hinweist, worauf aufgebaut werden kann.

III. Besetzung der Kommission und Ergebnis

Die Besetzung der Kommission ist nach erster Durchsicht sehr überzeugend getroffen. Es ist angesichts der Bedeutung der zu behandelnden Themenkreise auch angemessen, gerade aus dem Bereich Wissenschaft mit bewährten und anerkannten Forschern anzutreten. In Bezug auf die beteiligten Abgeordneten des Deutschen Bundestages könnte auch daran zu denken sein, Abgeordnete auch aus Oppositionsparteien der Kommission zu kooptieren. Insgesamt nehmen DIE FAMILIENUNTERNEHMER die Einsetzung dieser Kommission mit großer Erleichterung wahr. Der Gesetzgeber prüft, welche Aufgaben er hat, um sie dann zu erfüllen. Genau solches war und ist aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER derzeit zu leisten.