

TOP-THEMA

Kopftuchverbot im Job? Ein klares „Jein“!

EUGH STELLT WEICHEN FÜR DEUTSCHES ARBEITSRECHT —

Der **EuGH** hat in zwei aufsehenerregenden Urteilen über die Wirksamkeit von Kopftuchverboten durch private Arbeitgeber entschieden. In beiden Fällen wurde muslimischen Arbeitnehmerinnen wegen des Tragens eines Kopftuches gekündigt. Die Unternehmen haben sich auf interne Regelungen bzw. eine Kundenbeschwerde berufen. Insbesondere der verhandelte Fall aus Belgien (EuGH, Urteil vom 14.3.17, Az.: C-157/15) ist mit der Aufstellung interner Regelungen hinsichtlich des Tragens religiöser Zeichen beachtenswert. **Benjamin Onnis**, Rechtsanwalt bei der Wirtschaftskanzlei **FPS**, diskutiert die Auswirkungen des EuGH-Urteils auf das deutsche Arbeitsrecht.

Interne Unternehmensregeln auf dem Prüfstand

Im konkreten Fall war eine muslimische Arbeitnehmerin als Rezeptionistin für ein privates Unternehmen tätig, das Bürodienstleistungen für Dritte erbringt. Im Unternehmen gilt eine interne Regel, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen tragen durften. Die Arbeitnehmerin widersetzte sich dem Verbot, indem sie aus Glaubensgründen ein Kopftuch am Arbeitsplatz trug, und erhielt daraufhin eine Kündigung.

Der EuGH hat nun entschieden, dass durch die unternehmerische Regelung keine unmittelbare Benachteiligung vorlag. Schwieriger war für den EuGH jedoch die Frage zu beantworten, ob nicht eine mittelbare Diskriminierung durch das Verbot des Arbeitgebers anzunehmen war. Diese liegt vor, wenn ein neutrales Verbot tatsächlich dazu führt, dass Personen, etwa mit einer bestimmten Religion, in besonderer Weise benachteiligt werden. Eine mittelbare Diskriminierung ist dabei nicht anzunehmen, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich waren. Der EuGH stellt fest, dass der Wunsch eines Arbeitgebers, den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, zur unternehmerischen Freiheit gehört und somit grundsätzlich als rechtmäßig anzusehen ist. Angemessen und erforderlich ist die Umsetzung dann, wenn nur Arbeitnehmer von dem Verbot einbezogen werden, die mit Kunden in Kontakt treten sollen. Zur Angemessenheit zählt der EuGH auch, dass das Verbot gleichsam gegenüber allen Arbeitnehmern verschiedener religiöser Überzeugungen durchgesetzt wird.

Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht

Die Feststellungen des EuGH sind auch im deutschen Arbeitsrecht zu beachten. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist eine nationale Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien. Da die Diskriminierungsbegriffe auf den Definitionen der EU-Richtlinien beruhen, sind sie

auch unionsrechtsautonom auszulegen. Somit werden deutsche Arbeitsgerichte den Feststellungen des EuGH folgen.

Bezüglich der Aufstellung interner Verbote des Arbeitgebers mit Blick auf politische oder religiöse Zeichen ist somit Folgendes zu beachten: 1) Das Verbot nur bestimmter politischer oder religiöser Zeichen ist unzulässig. 2) Auch wenn der EuGH ein Verbot mit der Unternehmensfreiheit begründet, ist genau zu prüfen, für welche Mitarbeiter das Verbot gelten soll. Haben Arbeitnehmer beispielweise keinen Kontakt zu Kunden oder Dritten, ist ein Verbot nicht erforderlich. 3) Das Verbot darf nicht nur gegenüber bestimmten Arbeitnehmern durchgesetzt werden, sondern muss für alle Mitarbeiter gelten. ■

Kirkland & Ellis berät Bain Capital und Cinven bei Übernahme

FRESHFIELDS FÜR STADA TÄTIG — Kirkland & Ellis berät die Private-Equity-Investoren **Bain Capital** und **Cinven** bei einem gemeinsamen öffentlichen Übernahmeangebot für den deutschen Pharmakonzern **Stada**. Bain Capital und Cinven bieten 65,28 Euro zuzüglich 0,72 Euro Dividende je Stada-Aktie (s. dazu auch PLATOW v. 12.4.). Vorstand und Aufsichtsrat gaben am 10.4.17 bekannt, das Angebot von Bain Capital und Cinven zu unterstützen. Mit einem Gesamtwert von 5,3 Mrd. Euro dürfte es eine der größten Private-Equity-Transaktion sein, die je im deutschen Markt realisiert wurde.

Das Beraterteam von Kirkland & Ellis stand unter Federführung der Münchener Partner **Jörg Kirchner** und **Benjamin Leyendecker** (beide Private Equity/M&A). Unterstützt wurden sie von den Partnern **Achim Herfs**, **Anna Schwander** (beide Corporate), **Wolfgang Nardi** (Finance), **Oded Schein** (Tax, alle München) sowie weiteren Partnern aus dem Londoner Büro.

Auf der Gegenseite wurde Verkäufer Stada im Bieterprozess von **Freshfields Bruckhaus Deringer LLP** begleitet. Zum Beratungsteam gehörten dabei u. a. die Partner **Christoph H. Seibt**, **Natascha Doll** (beide Gesellschaftsrecht/M&A, beide Hamburg) und **Katrin Gaßner** (Kartellrecht, Düsseldorf). ■

Baker McKenzie für Grünenthal tätig

ERWERB VON PHARMA-STARTUP — Baker McKenzie hat die **Grünenthal Gruppe** bei der Übernahme der **Adhesys Medical GmbH** und ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft **Adhesys Medical Inc.** beraten. Adhesys Medical ist ein Startup-Unternehmen für Medizinprodukte und entwickelt Wundkleber zur äußeren und inneren Anwendung in der Chirurgie. Die Grünenthal Gruppe ist ein unabhängiges, forschendes Pharmaunternehmen in Familienbesitz mit Konzernzentrale in Aachen. Durch die Übernahme sichert sich Grünenthal die weltweiten Entwicklungs- und Vermarktungsrechte an einer innovativen Pipeline von chirurgischen Wundklebern sowie der zugrunde liegenden Technologieplattform. Die Transaktion wurde am Tag ihrer Unterzeichnung auch vollzogen. ►

Baker McKenzie hat Grünenthal dabei mit einem internationalen Anwaltsteam aus Deutschland und den USA unter Federführung der Düsseldorfer Partner **Ingo Strauss** und **Heiko Gotsche** (beide Corporate/M&A) umfassend rechtlich beraten.

Die Gesellschafter von Adhesys Medical wurden indes von einem **GSK Stockmann**-Team unterstützt. Partner **Max Wilmanns** und Local Partner **Andreas Peters** leiteten dabei die juristische Beratung (beide Corporate/M&A, beide Hamburg). ■

Hengeler Mueller vertritt Metro und Real bei Joint Venture-Gründung

KOOPERATION IM LEBENSMITTELEINZELHANDEL — **Hengeler Mueller** hat **Metro** und **Real** bei der Gründung eines gemeinsamen Joint Ventures mit **Bartels-Langness**, **Bünting**, **Netto ApS**, **Klaas & Kock** und **Georg Jos. Kaes** vertraglich und kartellrechtlich beraten. Das daraus hervorgegangene Joint Venture **RTG Retail Trade Group** mit Sitz in Hamburg, soll die Wettbewerbsfähigkeit der sechs Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen auf den Beschaffungsmärkten stärken.

Für Hengeler Mueller waren dabei die Partner **Christof Jäckle**, **Karsten Schmidt-Hern** (beide M&A, beide Frankfurt) und **Christoph Stadler** (Kartellrecht, Düsseldorf) tätig.

Die Netto ApS wurde hingegen von **Heuking Kühn Lüer Wojtek** vertreten. Die Hamburger Partner **Christoph Froning** (Gesellschaftsrecht/M&A) und **Stefan Bretthauer** (Kartellrecht) übernahmen dabei die umfassende rechtliche Beratung. ■

Glade Michel Wirtz begleitet Spirax-Sarco bei Zukauf

ÜBERNAHME IM BEREICH DAMPFTECHNOLOGIE — **Glade Michel Wirtz** hat **Spirax-Sarco Engineering plc** (Spirax-Sarco) beim Erwerb des **Gestra**-Geschäftsbereichs vom US-Konzern **Flowserve Corporation** (Flowserve) beraten. Käufer Spirax-Sarco ist auf Lösungen für den effizienten Einsatz von industrieller Dampftechnologie spezialisiert und darüber hinaus im Bereich der Herstellung von Schlauch- und Sinuspumpen für industrielle Anwendungen aktiv. Neben der Gestra AG, einem Technologieführer im Bereich Armaturen und Regelungstechnik für die Dampf- und Kondensatwirtschaft mit Sitz in Bremen, übernimmt Spirax-Sarco auch die Ländergesellschaften in Polen, Spanien und Portugal sowie Assets in UK, Italien, den USA und Singapur. Der Kaufvertrag mit Flowserve wurde am 31.3.17 unterzeichnet. Die Transaktion hat ein Volumen von 186 Mio. Euro auf cash-free, debt-free Basis und untersteht noch dem Vorbehalt der Genehmigung durch das Bundeskartellamt.

Das Team von Glade Michel Wirtz wurde in dieser Angelegenheit geleitet von Partner **Achim Glade**. Weiter berieten Managing Counsel **Jan Hermes** (beide Corporate/M&A) sowie im Kartellrecht Partner **Markus Wirtz** (alle Düsseldorf).

Ein internationales Team von **Baker McKenzie** war dagegen für Verkäufer Flowserve tätig. Das Leitungstrio setzte sich aus

den Partnern **Nikolaus Reinhuber**, **Peter Wand** und Counsel **Björn Simon** (alle Corporate/M&A, alle Frankfurt) zusammen. ■

TRANSFERMARKT

Die Münchener IP-Boutique **Kotitschke & Heurung** schließt sich **Maiwald** an. Der Patentanwalt **Ralf Kotitschke** verstärkt ab sofort als Equity-Partner und Geschäftsführer das Team in München. Mit ihm steigen die Markenrechtsexpertin **Susanna Heurung** sowie das Arbeiterteam von Kotitschke & Heurung ein. Kotitschke ist ein erfahrener Patentanwalt. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Bereich von Patenterteilungs- und Einspruchsverfahren sowie der Erstellung von „clearance opinions“ und Verletzungsgutachten. Außerdem berät er zum Geschmacksmusterrecht und zum Arbeitnehmererfindungsrecht. In seiner Praxis deckt er vor allem die Technikbereiche Halbleitertechnologie, Medizintechnik, Automobiltechnik und Optik ab. Heurung ist wiederum Rechtsanwältin und Fachanwältin für Gewerblichen Rechtsschutz mit Ausrichtung auf Markenrecht, Geschmacksmusterrecht, Wettbewerbsrecht, Lebensmittelrecht und Urheberrecht. Im Schwerpunkt berät sie zu Schutzrechtsanmeldungen, Widersprüchen, Lösungsverfahren sowie Verletzungsverfahren. Dabei vertritt sie ihre Mandanten vor deutschen und europäischen Behörden und Gerichten. + + + Die internationale Wirtschaftskanzlei **Bryan Cave LLP** verstärkt ihre Arbeitsrechtspraxis in Deutschland. Der erfahrene Arbeitsrechtsexperte **Michael Magotsch** wechselt von **DLA Piper** in das Frankfurter Büro von Bryan Cave. Er wird als Of Counsel im Team um Managing Partner **Tobias Fenck** die arbeitsrechtliche Beratung leiten. Magotsch hat über 25 Jahre Erfahrung bei der Beratung von Unternehmen zu allen Fragen des kollektiven und individuellen Arbeitsrechts. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die arbeitsrechtliche Begleitung von Restrukturierungen, dem Kauf und Verkauf von Unternehmen im nationalen und internationalen Kontext, Massenentlassungen und Outsourcingmaßnahmen, Verhandlungen mit dem Betriebsrat, Tarifverhandlungen mit Gewerkschaften, Verfahren vor der Einigungsstelle sowie die Vertretung von Unternehmen vor allen Arbeitsgerichten. Ebenso berät und vertritt er Unternehmen in Bezug auf Entlassungen, Auseinandersetzungen mit Vorständen, die Einführung von Aktienoptionsplänen und die Sicherstellung der Einhaltung von Compliance-Richtlinien. Zu seinen Mandanten zählen vor allem amerikanische, englische, deutsche und japanische Unternehmen aus der Telekommunikations-, IT-, Chemie-, Luftfahrt-, und der Automobilzuliefererbranche sowie aus dem Banken- und Life-Science-Bereich. + + + Die **BDO Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH** (BDO Legal) hat Rechtsanwalt **Jan-Christian Erps**, langjähriges geschäftsführendes Vorstandsmitglied des **Landkreistages** in Schleswig-Holstein, als Of Counsel gewonnen. Erps verstärkt bei BDO Legal seit Februar am Standort Hamburg die Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht. Der ehemalige Verwaltungsrichter und Bürgermeister der Kreisstadt Heide in Holstein ist ein ausgewiesener Kenner des Kommunal- und Wirtschaftsrechts sowie des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts. Der gelernte Industriekaufmann hat sich in der Vergangenheit an führender Stelle mit den vielfältigen Herausforderungen öffentlicher Unternehmen sowie mit komplexen Fragen des Bau- und Umweltrechts befasst.

Die Digitalisierung im Wettbewerbsrecht

NEUER TRANSAKTIONSSCHWELLENWERT BRINGT ÄNDERUNGEN BEI DER FUSIONSKONTROLLE VON UNTERNEHMEN MIT SICH – Den „kartellrechtlichen Ordnungsrahmen für die digitale Welt“ zu verbessern, lautete die Vorgabe von Bundeswirtschaftsministerin Brigitte Zypries für die Anpassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die fortschreitende Digitalisierung. Neben der Einführung einer neuen Aufgreifschwelle für Startups sollen in Zukunft auch digitale Märkte im Fokus des Wettbewerbsrechts stehen. Marc Besen, Partner im Düsseldorfer und Brüsseler Büro von Clifford Chance, fasst die entsprechenden Regelungen der 9. GWB-Novelle zusammen und bewertet sie.

Bislang fielen Übernahmen von Unternehmen mit fehlendem oder geringem Umsatz, deren Marktpotenzial sich allerdings in einem auffällig hohen Kaufpreis widerspiegelt, nicht unter die Fusionskontrolle des GWB. Die Prüfung solcher Fusionen soll künftig durch eine neue transaktionswertbasierte Aufgreifschwelle ermöglicht werden.

Durch die zusätzliche Aufgreifschwelle können nun auch Transaktionen unter die Fusionskontrolle fallen, bei denen die Parteien weltweit insgesamt mehr als 500 Mio. Euro Umsatz generiert haben, eine Partei zudem 25 Mio. Euro in Deutschland erzielt hat, aber weder ein weiteres noch das Zielunternehmen 5 Mio. Euro im Inland erreicht haben. Dies setzt jedoch voraus, dass der Wert der „Gegenleistung“ 400 Mio. Euro überschreitet. Weitere Voraussetzung ist zudem eine erhebliche Inlandstätigkeit des Zielunternehmens.

Eine der wesentlichen Herausforderungen wird für Unternehmen in Zukunft darin bestehen, den Wert der Gegenleistung zu ermitteln. Der Begriff der Gegenleistung soll dabei weit zu verstehen sein. Es sollen alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, wie auch der Wert übernommener Verbindlichkeiten berücksichtigt werden. Die Wertbestimmung, einschließlich der Berechnungsgrundlagen, ist von den Unternehmen selbst durchzuführen und im Rahmen der Anmeldung offenzulegen. Ob es in Einzelfällen zusätzlicher Gutachten durch Wirtschaftsprüfer bedarf, ist offen.

Die Voraussetzung einer erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens dient dazu, nur Fusionen mit ausreichendem Inlandsbezug zu erfassen und marginale Tätigkeiten auszuschließen. Da Umsatzzahlen als Bezugsgröße für den Nachweis erheblicher Inlandstätigkeit meist nicht in Betracht kommen, soll z. B. berücksichtigt werden, ob im Inland Nutzer die Angebote des Unternehmens annehmen oder Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchgeführt werden. Unklar bleibt aber, wann solche Tätigkeiten als erheblich gelten. Die hierzu in der Gesetzesbegründung enthaltenen Beispiele (Maßzahlen wie „monthly active user“, etc.) sind auf digitale Märkte zugeschnitten. Was dies für die Bewertung in anderen Branchen, wie etwa der Pharmaindustrie, bedeutet, ist unklar. Insofern verbleibt auch hier Rechtsunsicherheit.

Der Gesetzentwurf geht auf Basis von Schätzungen von drei nach der neuen Aufgreifschwelle anmeldepflichtigen Transaktionen pro Jahr aus. Dies scheint angesichts der beträchtlichen Unsicherheit, wann der Transaktionswert wirklich erreicht ist und eine erhebliche Tätigkeit vorliegt, zu kurz gegriffen. Unternehmen werden zukünftig häufiger vorsorglich

anmelden oder das **Bundeskartellamt** kontaktieren, um die mit einer nicht erfolgten Anmeldung verbundenen erheblichen Risiken zu vermeiden.

Gerade bei internetbasierten Geschäftsmodellen profitiert oft eine Nutzergruppe von unentgeltlichen Leistungen. In der kartellbehördlichen und gerichtlichen Praxis wurde die Marktqualität der unentgeltlichen Seite teilweise verneint. Das Gesetz stellt nun klar, dass auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen ein Markt vorliegen kann.

Auch die Bewertung von Marktmacht und Wettbewerbsverhältnissen bereitet mit herkömmlichen Methoden bei zwei- oder mehrseitigen Märkten, wie etwa bei E-Commerce-Plattformen, in der Praxis Schwierigkeiten. Häufig führt eine umsatzbasierte Betrachtung in Bezug auf die unentgeltliche Seite digitaler Märkte nicht weiter. Daher soll nun ein Kriterienkatalog die Analyse von Kräfteverhältnissen gerade auf digitalen Märkten erleichtern. So sind Merkmale wie Netzwerkeffekte und damit verbundene Größenvorteile für Unternehmen, die Möglichkeit der parallelen Nutzung von Diensten für Nutzer und deren Wechselaufwand, der Zugang von Unternehmen zu Daten und mögliches Innovationspotenzial bei der Analyse zu berücksichtigen. Zwar sind diese Kriterien speziell auf digitale Märkte zugeschnitten, aber nicht auf sie beschränkt. Sie dürften auch für traditionelle Märkte relevant werden, da etwa der Aspekt des Innovationswettbewerbs auch hier von erheblicher Bedeutung sein kann.

Die 9. GWB-Novelle sieht ferner eine Vielzahl weiterer Änderungen vor. Diese beinhalten u. a. Beweiserleichterungen für Kartellgeschädigte entsprechend der EU-Schadensersatzrichtlinie. Zudem wurden Lücken in der Bußgeldhaftung geschlossen und das Verfahren der Ministererlaubnis gestrafft.

Fazit: Es bleibt abzuwarten, wie sich die neuen Regelungen in der Praxis bewähren werden. Was die neue Transaktionschwelle betrifft, ist zu hoffen, dass die Rechtsunsicherheiten nicht erst im Rahmen der vorgesehenen Evaluierung nach drei Jahren aufgegriffen und beseitigt werden. Unternehmen sollten jedenfalls prüfen, ob laufende Erwerbsvorgänge von der neuen Aufgreifschwelle erfasst sein könnten. Zwar wird diese voraussichtlich erst Ende April 2017 in Kraft treten. Sie gilt dann aber grundsätzlich auch für solche Fusionen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollzogen wurden. ■



Marc Besen
Clifford Chance

Big Data im Fokus der Kartellbehörden

WANN ENTSTEHT MARKTMACHT DURCH DATENNUTZUNG ODER -SAMMLUNG? – Im vergangenen Jahr prüfte die Europäische Kommission anlässlich des Erwerbs des Karrierenetzwerks LinkedIn durch Microsoft auch mögliche negative Auswirkungen einer Verknüpfung der Nutzerprofile von LinkedIn mit den Daten von Microsoft. Für das im März 2016 durch das Bundeskartellamt gegen Facebook eröffnete Verwaltungsverfahren spielen Daten und deren Sammlung ebenfalls eine bedeutende Rolle. Immer mehr Unternehmen müssen sich die Frage stellen, ob und unter welchen Voraussetzungen große Datenmengen kartellrechtlich relevant sind, sagt Marcel Nuys, Kartellrechtsexperte bei Herbert Smith Freehills Germany.

Die wettbewerblichen Bedenken der **Europäischen Kommission** im Fusionskontrollverfahren **Microsoft/LinkedIn** betrafen unter anderem die Kombination der Nutzerdaten von Microsoft und LinkedIn. Ein Zusammenführen der Daten könnte – im Zusammenspiel mit weiteren Maßnahmen – einen marktmächtigen Anbieter entstehen lassen, der den Zutritt von Wettbewerbern erschweren würde. Vor diesem Hintergrund gab die Kommission das Vorhaben im Dezember vergangenen Jahres nur gegen umfangreiche Auflagen frei. Insbesondere sollen Softwareentwickler – mit Zustimmung des Kunden – auf bei Microsoft gespeicherte Nutzerdaten zugreifen können. Hiervon profitiert in erster Linie das konkurrierende Karrierenetzwerk **Xing**, das sich intensiv an dem Fusionskontrollverfahren beteiligt haben soll. In dem ebenfalls eingangs angesprochenen, noch andauernden Verwaltungsverfahren gegen **Facebook** soll das **Bundeskartellamt** vor allem der Frage nachgehen, ob die Nutzung/Sammlung von Daten unter Verstoß gegen nicht kartellrechtliche Vorschriften (etwa solche des Datenschutz- oder Urheberrechts) ein kartellrechtlich relevantes Verhalten darstellen kann.

Daten werden kartellrechtlich immer interessanter

Das skizzierte Interesse der Kartellbehörden ist Teil eines Prozesses, der unter dem Schlagwort „Big Data“ diskutiert wird. Umschrieben wird damit die Entwicklung neuer Verfahren zur Speicherung, schnellen Auswertung und Weiterverwendung großer und komplexer Datenmengen. In Folge dieses technologischen Fortschritts entstehen neue, (teilweise) rein datenbasierte Geschäftsmodelle. Bei diesen steht üblicherweise nicht der Handel mit oder die Kommerzialisierung von Daten im Vordergrund. Vielmehr werden Daten genutzt, um bestehende Angebote zu verbessern und/oder völlig neuartige Leistungen zu kreieren (Angebote wie **Snapchat** oder **Tinder** stehen exemplarisch hierfür). Ihre Relevanz beschränkt sich dabei keineswegs auf die digitale Ökonomie. Auch in vielen traditionellen „analoge Industrien“ hat die Auswertung und Nutzung von Daten massiv an Bedeutung gewonnen, zum Beispiel in der Automobilindustrie, wo an einer vollständigen Vernetzung gearbeitet wird.

Angesichts dieser wirtschaftlichen Bedeutung werden Daten – die „Sonnenstrahlen“ der digitalen Welt – auch zukünftig in vielerlei Hinsicht das Interesse der Kartellbehörden wecken. Dies zeigt sich auch daran, dass im Zuge der Novellierung des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) der Kanon für Kriterien zur Bestimmung möglicher Marktmacht eines Unternehmens erweitert wird.

Mit Inkrafttreten der 9.GWB-Novelle (voraussichtlich im Mai dieses Jahres) wird der „Zugang zu Daten“ ausdrückliches Kriterium für die Beantwortung der Frage sein, ob ein Unternehmen marktmächtig ist (siehe auch S. 7).

Unsichere Zeiten für Firmen

Obschon keine Zweifel daran bestehen, dass Daten von erheblicher kartellrechtlicher Bedeutung bleiben werden, ist völlig offen, welche Lehren Unternehmen hieraus zu ziehen haben. Denn es fehlt weitestgehend an einer etablierten Entscheidungspraxis, die Unternehmen als Richtschnur in Bezug auf Daten dienen könnte. Exemplarisch lässt sich dies an zwei Problemkreisen skizzieren: Weitestgehend unklar – aber für weite Teile des deutschen und europäischen Kartellrechts essentiell – ist die Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen Daten Marktmacht vermitteln (können). Die Begründung zur 9. GWB-Novelle ist insoweit jedenfalls wenig erhellend. Da Daten in unaufbereiteter Form und ohne tragfähiges Geschäftsmodell ohne jeglichen (wirtschaftlichen) Wert sind, begründet nach Auffassung des Verfassers der Zugang zu Daten jedenfalls nicht per se Marktmacht. Vielmehr muss einzelfallbezogen das Zusammenspiel zwischen 1) Datenmenge, Qualität und Verfügbarkeit sowie 2) den Analysefähigkeiten und Monetarisierungsmöglichkeiten des sammelnden Unternehmens gewürdigt werden. Ob die Kartellbehörden diesem richtigen Ansatz folgen werden, wird sich zeigen.

Eine andere Frage, die insbesondere für das Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes besondere Bedeutung erlangen dürfte, ist, ob eine Datensammlung unter Verstoß gegen nicht-kartellrechtliche Regelungen (etwa solche des Datenschutz- oder Urheberrechts) mit Mitteln des GWB unterbunden werden kann. Dogmatisch bestehen erhebliche Bedenken gegen eine solche Ausweitung des scharfen Schwertes des Kartellrechts zur Bekämpfung unwillkommener Folgen der Digitalisierung. Gleichwohl scheint es so zu sein, dass das Bundeskartellamt zukünftig auch Verstöße gegen primär Verbraucherschutzrechtliche Vorschriften mit Mitteln des GWB untersagen will. Bis auf Weiteres stellt die Behandlung von Daten durch Kartellbehörden für Unternehmen daher eine „Black Box“ dar. Sie sind in höchstem Maße auf eine kartellrechtliche Selbsteinschätzung angewiesen und sollten besondere Vorsicht in Bezug auf Daten walten lassen. ■



Marcel Nuys
Herbert Smith Freehills
Germany