

Legal Update – Kernpunkte der 10. GWB-Novelle



Die aktuelle Reform des deutschen Kartellrechts – Kernpunkte der 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Oktober 2020



1. Einführung

Die Bundesregierung hat kürzlich einen Entwurf für eine 10. GWB-Novelle vorgelegt. Die geplanten Gesetzesänderungen sollen vor allem der zunehmenden Digitalisierung und der damit verbundenen Bündelung von Marktmacht Rechnung tragen. Im Vordergrund steht eine erhebliche Erweiterung der Missbrauchsaufsicht. Auch der Mittelstand soll entlastet werden. Schließlich dient das Gesetz der Umsetzung der sog. ECN+-Richtlinie, mit der die Kompetenzen der Kartellbehörden europaweit gestärkt und vereinheitlicht werden sollen.

Der hier erörterte Regierungsentwurf ist zwischenzeitlich dem Bundestag und dem Bundesrat zugeleitet worden. Wann genau mit einer Verabschiedung des Gesetzes zu rechnen ist, ist zwar noch offen. Die Umsetzung der ECN+-Richtlinie muss allerdings bis Anfang Februar 2021 erfolgt sein. Der Entwurf ist [hier](#) abrufbar.¹

2. Missbrauchsaufsicht

Die zunehmende Zentralisierung von Macht bei wenigen großen Digital-Konzernen (wie Google, Amazon, Facebook etc.) wird auch seitens der Bundesregierung als Problem identifiziert. Solche Unternehmen besetzen nicht selten die entscheidenden Kanäle zu Endkunden ("gatekeeper") und verfügen zudem über einen reichen, ständig wachsenden Datenschatz. Letzterer kann dazu dienen die schon vorhandene Marktstellung in bestehenden

Tätigkeitsgebieten zu zementieren oder auf andere Bereiche zu erweitern. Ein wesentliches gesetzgeberisches Ziel besteht daher darin, diese neuartigen Machtformen gesetzlich besser zu greifen. Zudem sollen die Verhaltensanforderungen für solche Unternehmen bzw. die für sie geltenden Verbote (d.h. die als "missbräuchlich" einzuordnenden Verhaltensweisen) bei Bedarf erweitert werden. Im Zentrum der angepassten Missbrauchsaufsicht stehen vor allem die Themen Plattformmacht (sog. "Intermediationsmacht") sowie Datenzugang.

Schutz auch für "große" Unternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB-E)

Die deutsche Missbrauchsaufsicht gilt bekanntlich nicht nur ggü. Unternehmen, die "absolut" marktbeherrschend sind (bspw. mit Marktanteil von > 40%, *dazu sogleich*), sondern – mit bestimmten Einschränkungen – auch, wenn ein Unternehmen von einem anderen "nur" abhängig ist. Man spricht von "relativer" Marktmacht. In diesem Fall erreicht das "stärkere" Unternehmen die Grenze zur absoluten Marktbeherrschung gerade nicht. Bislang konnten sich jedoch nur kleine und mittlere Unternehmen (sog. KMU) auf diese Vorschrift berufen, nicht aber Großunternehmen. Dahinter stand der Gedanke, dass sich Großunternehmen (mit > EUR 500 Mio. Umsatz p.a.) eher gegen das Geschäftsgebaren anderer Unternehmen wehren können.

Gerade im Digitalbereich können aber selbst **Großunternehmen** einem erheblichen Machtungleichgewicht ausgesetzt sein. Man

¹

https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Pressemitteilung_n/2020/09/20200909-altmaier-mit-dem-gwb-

[digitalisierungsgesetz-schaffen-wir-neue-wettbewerbsregeln.html](#)

stelle sich ein großes Mode-Label vor, das über eine der (wenigen) bekannten Mode-Plattformen in Deutschland vertreibt. Man stelle sich weiter vor, dass diese Plattform nicht die Grenze zur Marktbeherrschung erreicht, aber dennoch erhebliche Absatzanteile des Mode-Labels vertritt. Auch ein solches Mode-Label kann trotz seiner Größe von einer solchen Vermittlungsplattform abhängig sein (so wie auch kleinere Label). Dem trägt die Gesetzesänderung Rechnung, indem nun auch Großunternehmen in den Schutzbereich einbezogen werden. Voraussetzung für das Vorliegen von "relativer" Marktmacht ist aber (weiterhin), dass ein "erhebliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht des anderen Unternehmens" besteht. Dies wird freilich längst nicht auf alle Vermittlungsplattformen oder Akteure im Digitalbereich zutreffen.



Kriterien für Marktmacht (§ 18 GWB)

Die geplanten Anpassungen betreffen auch die Missbrauchsaufsicht im engeren Sinne. Bekanntlich bestimmt sich die Frage, ob ein Unternehmen absolut marktbeherrschend ist, nicht nur nach Marktanteilen (bspw. > 40%), sondern nach einer Reihe weiterer Kriterien. Diese Kriterien werden nun weiter angepasst: So wird der **Zugang** zu wettbewerbsrelevanten Daten nun erstmalig für die gesamte digitale Wirtschaft als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung etabliert. Auch die **Intermediationsmacht** (als besondere Form der Vermittlungsmacht zu Beschaffungs- und Absatzmärkten für Dritte) wird als eigenes Kriterium für die Feststellung von Marktbeherrschung installiert.

Daten als "essential facility"

Daneben ist eine Anpassung der in § 19 Abs. 4 GWB gesetzlich verankerten sog. **essential-facility-Doktrin** angestrebt. Diese besagt, dass marktbeherrschende Unternehmen anderen Unternehmen unter angemessenen Bedingungen Zugang zu eigener Infrastruktur verschaffen müssen, sofern der Anspruchssteller ohne die Mitbenutzung nicht in Wettbewerb zu dem Marktbeherrscher treten kann. Diese Vorschrift wird nun explizit für digitale Geschäftskonzepte erweitert, wo bspw. die Themen des Plattform- oder Schnittstellenzugangs sowie des Datenzugangs eine große Rolle spielen können.

Neue Eingriffsmöglichkeit (§ 19a GWB-E)

Neu ist schließlich auch die Einführung einer speziellen Aufsichtsform, die es dem Bundeskartellamt (**BKartA**) ermöglichen soll, Unternehmen "mit überragender marktübergreifender Bedeutung" bestimmte Verhaltensweisen zu untersagen, ohne dass es (wie bislang) des Nachweises eines Missbrauchs bedarf.

Der Untersagungsentscheidung muss zunächst eine Verfügung vorausgehen, in der das Bestehen einer "überragenden marktübergreifenden Bedeutung" festgestellt wird. Die dann eröffneten Untersagungsmöglichkeiten beziehen sich bspw. auf Selbstbevorzugung und bestimmte Formen der Behinderung, bspw. bezüglich bestimmter Formen der Datenverwendung, der Interoperabilität von Produkten oder von Leistungen oder der Leistungsbeurteilung. Die Vorschrift soll die Eingriffsmöglichkeiten des BKartA vor allem gegenüber den sogenannten "Big Techs" spürbar stärken. Ob das dort vorgegebene aufwendige Verfahren nicht im Ergebnis mehr bürokratische Hindernisse schafft als konkret spürbare Vorteile für den Wettbewerb zu bringen, bleibt abzuwarten.

Praxistipp

Ist Ihr Unternehmen von einem anderen Unternehmen (bspw. aus dem Technologiebereich) abhängig und praktiziert das andere Unternehmen bspw. folgende Verhaltensweisen?

- Es verlangt "überhöhte" Preise für eine Vermittlungsleistung;
- Es verweigert den Zugang zu für Ihren Geschäftsbetrieb erforderlichen Daten oder erschwert den Zugang;
- Es verwendet Geschäftspraktiken, die Sie in sonstiger Weise als unfair oder behindernd empfinden.

Prüfen Sie, ob Sie die Gesetzesänderung für Ihr Unternehmen nutzbar machen können!

3. Fusionskontrolle

Anhebung der Schwellenwerte (§ 35 GWB-E)

Zur Entlastung des Mittelstandes sieht das Gesetz zudem eine moderate Anhebung der Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle vor. Künftig dürften also weniger Zusammenschlussvorhaben der deutschen Fusionskontrolle unterliegen. Ein Zusammenschluss war (von Sonderkonstellationen abgesehen) nach der bisherigen Rechtslage anmeldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen

- (i) gemeinsam mehr als EUR 500 Mio. erwirtschaftet haben,
- (ii) ein beteiligtes Unternehmen mehr als EUR 25 Mio. im Inland und
- (iii) ein anderes beteiligtes Unternehmen mehr als EUR 5 Mio. im Inland erwirtschaftet hat.

Künftig soll der Schwellenwert (ii) auf **EUR 30 Mio.** und der Schwellenwert (iii) auf **EUR 10 Mio.** angehoben werden.

Weitere Änderungen betreffen die "**Presserechenklause**l" (Änderung des Multiplikators "8" auf "4") sowie die **Bagatellmarktklausel** (Anhebung des Schwellenwertes von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio.).

Proaktive Fusionskontrolle (§ 39a GWB-E)

Das BKartA soll künftig erstmalig die Befugnis erhalten, Unternehmen für einen Zeitraum von drei Jahren proaktiv zu verpflichten, jeden Zusammenschluss in einem bestimmten Wirtschaftszweig anzumelden, der kleine, vorwiegend im Inland tätige Zielunternehmen betrifft. Es handelt sich dabei um Erwerbsvorgänge, die bislang typischerweise zu unbedeutend waren, um eine Anmeldepflicht auszulösen. Voraussetzungen sind, dass das so verpflichtete Unternehmen

- (i) im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsätze von > EUR 500 Mio. erwirtschaftet hat,
- (ii) nachweisbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen erheblich behindert werden könnte und
- (iii) das Unternehmen in den genannten Wirtschaftszweigen einen Anteil von mindestens 15% an Angebot/Nachfrage in Deutschland hat.

Als nachweisbare Anhaltspunkte (ii) sollen laut der Gesetzesbegründung vor allem die Ergebnisse in zuvor durchgeführte Sektoruntersuchungen des BKartA fungieren. Auch diese Vorschrift soll letztlich der "schleichenden" Gewinnung von Marktmacht vorbeugen.

4. Recht auf verbindliche Rechtsauskünfte

Bekanntlich müssen Unternehmen die Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens selbst einschätzen (sog. Selbstveranlagung). Sie konnten zwar durchaus informell Rat beim BKartA suchen; auf die Erteilung entsprechender Auskünfte bestand bislang jedoch kein Rechtsanspruch. Unter engen Voraussetzungen – es muss ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse angeführt werden – soll nun erstmalig ein *Anspruch* auf eine kartellrechtliche Bewertung der Kooperation binnen einer "Soll-Frist" von 6 Monaten durch das

BKartA bestehen (§ 32c Abs. 4 GWB-E). Zudem wird ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die sogenannten Vorsitzenden schreiben geschaffen (§ 32c Abs. 2 GWB-E). Dieses Instrument hat das BKartA (bzw. die "Vorsitzenden" der jeweiligen Beschlussabteilungen) bislang genutzt, um nach informeller Prüfung eines Vorhabens, zu signalisieren, dass nach aktuellem Stand kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Ob die stärkere Formalität des Verfahrens in der Praxis nicht (vor allem in zeitlicher Hinsicht) mehr Hürden schafft, als Vorteile bringt, bleibt abzuwarten.

5. Bußgeldbemessung & Verjährung

Die Reform sieht schließlich eine Neuordnung und teils auch inhaltliche Anpassungen der aktuellen Regeln zum Kartellbußgeldverfahren vor. Wir gehen hier lediglich auf wenige Punkte ein:

Erstmalig wird das **Kronzeugenprogramm** einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Bislang konnten sich Unternehmen insoweit lediglich auf eine Bekanntmachung des BKartA stützen.

Zudem sollen nun künftig (nachträgliche) unternehmerische Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen, also "**Compliance-Maßnahmen**" bei der Bußgeldbemessung Berücksichtigung finden können (§ 81d GWB-E). Dieser Aspekt findet bislang weder im Gesetz noch in den Bußgeldleitlinien des BKartA aus dem Jahre 2013 Erwähnung. Der Entwurf geht allerdings deutlich weniger weit als der aktuelle Gesetzesentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft ("Verbandsanktionengesetz"). Nach diesem soll der Nachweis geeigneter Compliance-Vorkehrungen die Ahndbarkeit sogar entfallen lassen können.

Eine weitere Änderung betrifft die **absolute Verjährung** (in der Regel 10 Jahre ab Verjährungsbeginn). Sie soll sich um den Zeitraum verlängern, in dem die Bußgeldentscheidung Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens ist. Begründet wird dies mit dem besonders aufwendigen Charakter von Kartellsachen. Für betroffene Unternehmen begründet dies freilich weitere Rechtsunsicherheit. Die Verjährungsregelung wird mit Hilfe der vom BKartA entwickelten Figur der Grundabsprache ohnehin schon ungewöhnlich "großzügig" zu Lasten der betroffenen Unternehmen gehandhabt.

Kontakt



Dr. Daisy Walzel, LL.M. (oec)

Partnerin // Head of Competition
(Germany)

T +49 211 21020-210

M +49 160 96282493

E daisy.walzel@dwf.law



Jörn Albrecht

Partner

T +49 211 21020-312

M +49 151 15049411

E joern.albrecht@dwf.law