

Newsletter, 19. Januar 2021

Die 10. GWB-Novelle im Überblick – Wettbewerbspolitik für das digitale Zeitalter

GWB-Digitalisierungsgesetz am 19. Januar 2021 in Kraft getreten

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) ist mit Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle am 19. Januar 2021 umfangreich reformiert worden.¹ Die Novelle dient der Anpassung der Wettbewerbspolitik an das digitale Zeitalter. Kernelement der Reform ist eine Modernisierung der Missbrauchsaufsicht gegenüber marktmächtigen Digitalkonzernen. Daneben erfolgen bedeutsame Änderungen im Rahmen der Fusionskontrolle sowie im Bußgeld- und Verwaltungsverfahren.

Hintergrund

Mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz sollen neue Wettbewerbsregeln für das digitale Zeitalter eingeführt werden, die einerseits ein effektives Vorgehen gegen große Digitalkonzerne und sog. „Gatekeeper-Plattformen“ ermöglichen und andererseits den Mittelstand entlasten sollen. Das Wettbewerbsrecht 4.0 soll einen Ordnungsrahmen schaffen, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung und den damit einhergehenden Änderungen der wirtschaftlichen Machtverhältnisse gerecht wird. Kernelement der Novelle sind daher die verschärfte Missbrauchsaufsicht gegenüber marktmächtigen Digitalunternehmen sowie neue Kriterien zur Bewertung von Marktbeherrschung und relativer Marktmacht.

Gleichzeitig setzt die Gesetzesreform die ECN+ Richtlinie² zur Stärkung der Kartellbehörden der EU-Mitgliedstaaten für eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften in das deutsche Recht um und führt zu zahlreichen Neuregelungen im Bußgeld- und Verwaltungsverfahren. Auch die Fusionskontrolle erfährt einige insbesondere für die Praxis bedeutsame Änderungen.

Missbrauchsaufsicht

Neue Kriterien zur Bewertung von Marktbeherrschung

Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens wird künftig auch dessen Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten zu berücksichtigen sein.³ Als weiteres Kriterium zur Ermittlung von Marktbeherrschung wird die sog. „Intermediationsmacht“ eines Unternehmens eingeführt, um die Rolle von Plattformen als Vermittler auf mehrseitigen Märkten besser erfassen zu können.⁴

Neufassung der „essential facilities doctrine“

Eine viel diskutierte Neuerung ist die Erweiterung der sog. „essential facilities doctrine“ im Hinblick auf den Zugang zu Daten und Netzen.⁵ War ein „Zwangszugang“ im Gesetzestext bislang vor allem auf physische Infrastruktureinrichtungen zugeschnitten, verfolgt die Neuregelung explizit das Ziel, missbräuchlichem Verhalten sog. „Gatekeeper“ im digitalen und nicht-digitalen Bereich besser begegnen zu können.

§ 19a GWB n.F. – neuer Eingriffstatbestand gegen Digitalplattformen

Herzstück der Novelle ist der neue Eingriffstatbestand des § 19a GWB n.F. Nach dieser Vorschrift kann das Bundeskartellamt künftig bestimmten Unternehmen mit *übertragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb* sieben enumerativ aufgezählte und durch Regelbeispiele näher konkretisierte Praktiken per Verfügung untersagen. Die genannten Verhaltensweisen betreffen vor allem die Zugangsgewährung, Datenverarbeitung, Selbstbevorzugung eigener Dienste (sog. *self-preferencing*) und Interoperabilitätsbeschränkungen. Ziel ist es, so frühzeitig gegen Digitalkonzerne tätig werden zu können, „*quasi bevor das Kind in den Brunnen gefallen ist*“.⁶ Be-

¹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für fokussiertes, proaktives und digitales ein Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), [BGBl. Jahrgang 2021, Teil I Nr. 1 vom 18. Januar 2021](#).

² [Richtlinie \(EU\) 2019/1](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018.

³ § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB neue Fassung (n.F.).

⁴ § 18 Abs. 3 b GWB n.F.

⁵ § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB n.F.

⁶ Präsident Mundt, BKartA, [Pressemitteilung v. 19.01.2021](#).

troffene Unternehmen können gegen die auf maximal fünf Jahre befristete Verfügung nach § 19a GWB n.F. unmittelbar Beschwerde zum BGH einlegen.⁷

Relative Marktmacht

Im Rahmen der Missbrauchskontrolle wird bei der Bestimmung der relativen Marktmacht die Begrenzung des Schutzes für kleine und mittlere Unternehmen aufgegeben. Zudem werden als neue Abhängigkeitsfallgruppen die Angewiesenheit auf Vermittlungsdienste oder auf den Zugang zu Daten eingeführt.⁸

Mit § 20 Abs. 3a GWB n.F. wird darüber hinaus eine neue Verbotsnorm zur Verhinderung von Maßnahmen, die ein Kippen (*„Tipping“*) von Märkten ins Monopol herbeiführen könnten, geschaffen. Der neue Behinderungstatbestand gilt hierbei nur für mehrseitige Märkte und Netzwerke im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB a.F., dafür aber explizit schon für Unternehmen mit überlegener Marktmacht, setzt also keine Marktbeherrschung voraus.

Fusionskontrolle

Anpassung der Inlandumsatzschwellen und Fristverlängerung im Hauptprüfverfahren

Mit der Novelle erfolgt eine Anhebung der beiden Inlandumsatzschwellen für die Fusionskontrolle: Zusammenschlüsse sind künftig erst dann in Deutschland anmeldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit mehr als 500 Mio. Euro Umsatzerlöse generiert haben, ein beteiligtes Unternehmen im Inland mindestens 50 Mio. Euro (bisher: 25 Mio. Euro) und ein anderes Unternehmen mindestens 17,5 Mio. Euro (bisher: 5 Mio. Euro) Umsatz erzielt hat.⁹ Zudem verlängert sich die Frist für das Hauptprüfverfahren von vier auf fünf Monate.¹⁰

Einführung eines Aufforderungsverfahrens – sog. „Remondis-Klausel“

Mit § 39a GWB n.F. wird ein gänzlich neuer Aufgreifstatbestand für die Fusionskontrolle geschaffen. Hiernach kann das Bundeskartellamt Unternehmen unter bestimmten engen Voraussetzungen (u.a. der vorherigen Durchführung einer Sektoruntersuchung) unabhängig von den oben genannten Schwellen zur Anmeldung eines Zusammenschlussvorha-

bens auffordern. Die Klausel soll ein Eingreifen ermöglichen, bevor in bestimmten Märkten eine marktbeherrschende Stellung durch eine Reihe nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse entsteht.

Bußgeld- und Verwaltungsverfahren

Mehr Rechtssicherheit für Kooperationen

Eine Erhöhung der Rechtsicherheit bei Kooperationen zwischen Wettbewerbern soll durch einen Anspruch auf kartellrechtliche Bewertung der geplanten Kooperation durch das Bundeskartellamt erfolgen, wenn ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Einschätzung besteht. Ferner wird mit dem sog. Vorsitzendenschreiben eine Art informelles „grünes Licht“ für Kooperationen geschaffen.¹¹

Erweiterte Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts und Regelung von Akteneinsichtsrechten

In Umsetzung der ECN+ Richtlinie werden die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden ausgeweitet.¹² So werden ein umfassendes Auskunftsverlangen, bußgeldbewehrte Mitwirkungspflichten bei Durchsuchungen und ein künftig nur noch eingeschränktes Schweigerecht natürlicher Personen in das deutsche Recht implementiert. Die erhebliche Einschränkung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes durch letztgenannte Regelung wird durch ein Beweisverwertungsverbot für das Straf- und Kartellordnungswidrigkeiten- und ggf. Strafverfahren abgemildert. Ferner erfolgt nunmehr erstmalig eine Regelung der Akteneinsichtsrechte im Kartellverwaltungsverfahren.¹³

Kodifizierung des Kronzeugenprogramms, Bußgeldzumessung und Verbandshaftung

Im Zuge der Novelle werden auch die Regelungen des Kronzeugenprogramms¹⁴ und die Kriterien der Bußgeldzumessung¹⁵ in Gesetzesform gegossen, die zuvor nur in der Bonusregelung bzw. den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts verankert waren. Eine begrüßenswerte inhaltliche Änderung ergibt sich hier vor allem durch die Aufnahme von im Vorfeld des Kartellverstoßes getroffenen, angemessenen und wirksamen Compliance-Maßnahmen als bußgeldreduzierendes Zumesungskriterium. Neu in das Gesetz aufgenom-

⁷ § 73 Abs. 5 GWB n.F.

⁸ § 20 GWB n.F.

⁹ Im Gegenzug fällt die bisherige Bagatel- bzw. Anschluss-Klausel des § 35 Abs. 2 GWB a.F. weg.

¹⁰ § 40 Abs. 2 S. 2 GWB n.F.

¹¹ § 32c GWB n.F.

¹² §§ 59 ff. GWB n.F.

¹³ § 56 GWB n.F.

¹⁴ §§ 81h ff. GWB n.F.

¹⁵ § 81d GWB n.F.

men wird auch eine Verschärfung der Bußgeldhaftung von Verbänden, für deren Bußgeldbemessung künftig nicht mehr der Umsatz des Verbandes selbst (generiert aus Mitgliedsbeiträgen), sondern der Umsatz derjenigen Mitglieder des Verbandes, die auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig waren, maßgeblich sein wird.¹⁶ Hinzu kommt eine Ausfallhaftung der Verbandsmitglieder.¹⁷

Private Kartellrechtsdurchsetzung

Im Bereich des Kartellschadensersatzes wird mit § 33a Abs. 2 GWB n.F. eine widerlegliche Vermutung dahingehend eingeführt, dass Rechtsgeschäfte mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren. Diese Vermutung erstreckt sich ausdrücklich auch auf mittelbare Abnehmer, nicht aber auf Rechtsgeschäfte mit Kartellaußenseitern (sog. *umbrella pricing*).

Kommentar

Mit der durch die Novelle modernisierten Missbrauchsaufsicht nimmt das Bundeskartellamt national wie auch international eine Vorreiterrolle im Kampf gegen die großen Digitalkonzerne wie Google, Apple, Facebook und Amazon ein. Wie effektiv die neuen Eingriffsbefugnisse und Kriterien zur Bewertung von Marktmacht sind und wie fit das Kartellamt künftig wirklich für das digitale Zeitalter ist, wird sich sicherlich erst mit der Praxisanwendung zeigen. Auch das Verhältnis der Neuregelungen im GWB zum erst im Dezember 2020 von der EU Kommission präsentierten Digital Markets Act¹⁸ (mit dessen Inkrafttreten erst 2022 gerechnet wird) dürfte spannend werden. Begrüßenswert ist der Ansatz, gegen Monopolisierungs- und Marktabschottungsstrategien vorgehen zu können und dabei die Wettbewerbsfähigkeit europäischer und deutscher Digitalunternehmen nicht zu gefährden. Die erstinstanzliche Zuständigkeit des BGH für Beschwerden gegen Maßnahmen des Kartellamts nach dem neuen § 19a GWB zeigt, welche Bedeutung der deutsche Gesetzgeber einem schnelles Vorgehen gegen wettbewerbswidrige Praktiken der „GAFA“-Gang zumisst. Für den deutschen Mittelstand besteht indes kein Grund zur Sorge: im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens haben die Mütter und Väter der Novelle mehrfach nachdrücklich betont, dass § 19a GWB

n.F. derzeit auf kein deutsches Unternehmen anwendbar sein dürfte.

Die Umsetzung der ECN+ Richtlinie und hier insbesondere die Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse des Kartellamts bergen neue Herausforderungen für Unternehmen in Kartellverfahren in der Praxis. Allem voran bedarf es einer Überarbeitung der unternehmensinternen Durchsuchungsleitfäden. Gleichzeitig sollte angesichts der Neuregelungen der Bußgeldzumessungskriterien sowie im Bereich der Verbandshaftung das Augenmerk jedes Unternehmens noch mehr als bisher auf effektive Compliance-Maßnahmen gerichtet werden.

Bei der Fusionskontrolle wird vor allem die Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen zu Erleichterungen führen. Die Kodifizierung des Kronzeugenprogramms scheint dagegen keine materiellen Änderungen gegenüber den bisherigen Bonusregelungen zu enthalten. Auch der Einführung der widerleglichen Vermutung der Kartellbetroffenheit dürfte angesichts der Schienen-Rechtsprechung¹⁹ des BGH keine entscheidende Bedeutung zukommen. Versäumt hat es der Gesetzgeber dagegen im Bereich des Kartellschadensersatzes, den Gerichten eine dringend erforderliche Hilfestellung zur Bestimmung der Schadenshöhe an die Hand zu geben.



Franziska Lange-Schlüter



Priscilla Tollini

COMMEO Rechtsanwälte PartGmbB
Rechtsanwälte und Notar
Speicherstraße 55
D-60327 Frankfurt am Main
www.commeo-law.com

COMMEO ist eine auf die Beratung im Kartellrecht spezialisierte Kanzlei in Frankfurt am Main. Als gewachsenes Team erfahrener Anwälte beraten wir nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.

¹⁶ § 81c Abs. 4 GWB n.F.

¹⁷ § 81b GWB n.F.

¹⁸ [Vorschlag der EU Kommission](#) vom 15. Dezember 2020 für ein Gesetz über digitale Märkte: Gewährleistung fairer und offener digitaler Märkte.

¹⁹ Siehe hierzu COMMEO Newsletter aus [03/2020](#).