

Die Änderungen des deutschen Kartellrechts durch das GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle)

Fokus auf Digitalwirtschaft und erhebliche Einschränkung der Anmeldepflicht bei Fusionen

18. Januar 2021

Am 14. Januar 2021 hat der Deutsche Bundestag die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verabschiedet. Sie soll das Kartellrecht insbesondere im Bereich der digitalen Wirtschaft modernisieren und trägt daher auch den Beinamen **GWB-Digitalisierungsgesetz**. Dies nicht zu Unrecht: Veranlasst wurde die Novelle zwar durch die Umsetzung der ECN+-Richtlinie (Umsetzungsfrist 4. Februar 2021). Sie enthält aber vor allem eine Vielzahl an Neuerungen, die der Kontrolle der Digitalwirtschaft dienen. Die wichtigsten Änderungen sind:

- Die Novelle führt eine **neue Kategorie der Aufsicht** ein, die insbesondere auf die großen (Digital-)Plattformen abzielt und diese einem strikten Regelungsregime unterwirft. Deutschland ist damit Vorreiter, da es die erste gesetzliche Regelung verabschiedet, die Eingriffsrechte der Wettbewerbsbehörden gezielt gegenüber Digitalkonzernen vorsieht.
- Auch darüber hinaus wurde die Missbrauchsaufsicht aktualisiert, um der **Relevanz von Digitalisierung und Daten** im Wirtschaftsleben Rechnung zu tragen. So enthält das GWB fortan verschiedene Vorschriften, die diese Relevanz unterstreichen und sogar eine Regelung, die die **Gewährung von Datenzugang** zur Folge hat.
- Neben den Vorschriften zur Anpassung des Wettbewerbsrechts enthält die Novelle aber auch diverse weitere Änderungen, wobei die

signifikante – und erst spät in die Novelle aufgenommene – **Erhöhung der Umsatzschwellenwerte in der Fusionskontrolle** wohl praktisch am bedeutsamsten sein wird.

- Schließlich hat endlich auch eine Regelung, nach der (effektive) **Compliance Management Systeme** in der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden müssen, Eingang in das GWB gefunden.

Die Novelle hat heute den Bundesrat passiert und wird nun unmittelbar dem Bundespräsidenten zur Ausfertigung und Verkündung zugleitet, sodass es – einschließlich der neuen Umsatzschwellen – bereits am 19. oder 20. Januar in Kraft treten wird.

Nachfolgend ein Überblick über die wesentlichen Änderungen der 10. GWB-Novelle:

A. Missbrauchsaufsicht

Die Modernisierung und vor allem Verschärfung der Missbrauchsaufsicht stellt den Schwerpunkt der Novelle dar.

- **Strenge Aufsicht über neue Kategorie „Super-Marktbeherrscher“:** Das Gesetz schafft wesentlich strengere Vorschriften für Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“, die als „Gatekeeper“ Einfluss auf mehrere Märkte ausüben (insbesondere die großen Digitalplattformen). Dabei ist zunächst notwendig, dass

das Bundeskartellamt durch Verfügung feststellt, dass ein Unternehmen eine solche Position einnimmt. Erst dann greift die verschärfte Aufsicht ein.

- Das Gesetz bestimmt explizit, dass bestimmte Verhaltensweisen der Digitalkonzerne, die als „Super-Marktbeherrscher“ eingestuft wurden, missbräuchlich sein können. Dazu gehören:
 - eigene Angebote durch eine besondere Darstellung, Vorinstallation von eigenen Angeboten auf Geräten oder Integration in andere Angebote zu bevorzugen;
 - eine ausschließliche Vorinstallation oder Integration von eigenen Angeboten herbeizuführen;
 - für die Angebote unangemessene Vorteile zu fordern, dazu zählt auch, wenn Daten verlangt werden, die für das Angebot nicht zwingend erforderlich sind, bzw. wenn die Qualität des Angebots vom Zugang zu solchen Daten abhängig gemacht wird;
 - andere Unternehmen daran zu hindern oder es diesen zu erschweren, eigene Angebote zu bewerben oder Abnehmer zu erreichen;
 - die Nutzung eines Angebots von einer Verarbeitung von Daten durch andere Dienste abhängig zu machen;
 - von anderen Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten zu anderen als für die Erbringung von eigenen Diensten erforderlichen Zwecken zu verarbeiten, soweit das andere Unternehmen nicht über Zweck, Art und Weise der Verarbeitung entscheiden kann; und
 - Verhaltensweisen, die ein „Tipping“ (Kippen von Märkten ins Monopol) nach sich ziehen, dazu gehören die automatische Verknüpfung der Nutzung eines Dienstes mit der Nutzung eines weiteren Angebots, sowie die Nutzung eines Angebots von der Nutzung eines anderen Angebots abhängig zu machen.

Die einzelnen Regelbeispiele spiegeln im Wesentlichen die bisherige Praxis der Kartellbehörden wider und billigen diese. Der Antrag,

diese Verhaltensweisen als per se missbräuchlich einzuordnen, fand keine Mehrheit.

Der Bundesgerichtshof (BGH) wird zur ersten und letzten Instanz für die Überprüfung von Maßnahmen aufgrund des neuen Instruments. Das soll Verfahren beschleunigen und für mehr Rechtssicherheit sorgen. Denn gerade in der digitalen Welt können schnell Fakten geschaffen werden, während Gerichtsprozesse noch andauern. Dennoch ist fraglich, ob dies die Systembrüche, die mit der neuen Zuständigkeit einhergehen, rechtfertigt. So ist es dem im Gerichtsverfassungsgesetz geregelten deutschen Instanzenzug grundsätzlich fremd, dass der BGH erstinstanzlich zuständig ist. Interessant ist dabei auch, dass der BGH als volle Tatsacheninstanz tätig werden soll. Zudem entfällt damit eine zweite Instanz, auf die es zwar verfassungsrechtlich keinen Anspruch gibt, für deren Existenz aber rechtspolitisch einiges spricht.

Neben diesen Sonderregelungen für „Super-Marktbeherrscher“ enthält die Novelle auch die folgenden Neuregelungen für Digitalunternehmen:

- Neues Kriterium des **Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten** zur Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens. Dementsprechend wird es fortan explizit möglich sein, allein aufgrund des Datenzugangs als marktbeherrschend oder marktstark eingestuft zu werden.
- Aufnahme des Konzepts der sog. **Intermediationsmacht**, um die Rolle von Plattformen als Vermittler auf mehrseitigen Märkten besser zu erfassen.
- Die Schwelle für die Feststellung einer „**relativen Marktmacht**“ wird abgesenkt. Bereits nach der alten Rechtslage erweiterte §20 GWB a.F. die Missbrauchsaufsicht auf solche Unternehmen, die zwar nicht marktbeherrschend, von denen aber andere Unternehmen abhängig waren. Denn in solchen Abhängigkeitskonstellationen kann ein Marktteilnehmer agieren, als wäre er marktbeherrschend. Die besonderen Verpflichtungen, die sich daraus ergeben, galten aber nur gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen. Zukünftig entfällt diese Einschränkung, sodass auch ein internationaler Konzern sich darauf berufen kann, wenn er von einem anderen Unternehmen abhängig ist.
- Eine **Abhängigkeit** gegenüber anderen Unternehmen kann sich nunmehr explizit auch aus

dem Bedürfnis des Datenzugangs ergeben. In diesem Fall kann die Verweigerung des Zugangs zu Daten eine unbillige wettbewerbsrechtliche Behinderung oder Marktmissbrauch darstellen.

- Durch die Erweiterung der Definitionen von relativer Marktmacht und Abhängigkeit ist ein **äußerst weitgehender Anspruch** auf Zugang zu Daten möglich. Dieser umfasst nicht nur die großen Digitalkonzerne. Vielmehr kann dieser sogar gegenüber kleineren Unternehmen, die nicht marktbeherrschend sind, gelten.
- Die „**essential facilities doctrine**“ wird um jede Form von „**Gatekeeper**“, insbesondere hinsichtlich des Zugangs zu Daten, erweitert. Als „Gatekeeper“ werden Unternehmen bezeichnet, die aufgrund ihrer Positionierung über den Marktzugang von Produktanbietern entscheiden können. Das umfasst in der digitalen Welt von heute regelmäßig digitale Plattformen wie Google.
- **Beschleunigung von Verfahren**, u.a. durch geringere Anforderungen bei einstweiligen Maßnahmen. Das Bundeskartellamt kann so schneller reagieren – denn, wenn ein (digitaler) Markt erst einmal verteilt ist, nützt es einem herausgedrängten Unternehmen nichts mehr, wenn nach Jahren ein Wettbewerbsverstoß festgestellt wird.

B. Änderungen in der Fusionskontrolle

- In der Fusionskontrolle werden die beiden **Inlandsumsatzschwellen** signifikant angehoben. Die erste Inlandsumsatzschwelle wird statt bisher bei **EUR 25 Mio.** nunmehr bei **EUR 50 Mio.** liegen, die zweite Inlandsumsatzschwelle wird **von EUR 5 Mio. auf EUR 17,5 Mio.** angehoben. Als Grund wurde – neben einer Inflationsbereinigung – genannt, dass die Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle im internationalen Vergleich relativ niedrig sind. Bei der ursprünglich angedachten Anhebung auf EUR 30 Mio. bzw. EUR 10 Mio. wurde davon ausgegangen, dass die Zahl der in Deutschland anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse um ca. 24% sinken werde. Die kurzfristig im federführenden Wirtschaftsausschuss eingefügte erhebliche weitere Erhöhung wird zu einem weiteren Rückgang führen. Unternehmen und das Bundeskartellamt werden so bei der Fusionskontrolle erheblich entlastet. Ob diese Entlastung des Bundeskartellamts zu einer entsprechend erhöhten Kontrollintensität der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse

führen wird, während ggf. wettbewerbsverzerrende Zusammenschlüsse unterhalb der erhöhten Schwellenwerte nicht mehr erfasst werden, wird sich noch zeigen müssen. Zugleich sei darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission Änderungen an der Fusionskontrollverordnung erwägt, der ihr eine Überprüfung von sog. killer acquisitions – also dem Erwerb noch kleiner Wettbewerber, bevor ein bereits absehbarer Anstieg an Umsatz einsetzt.

- Zugleich gibt es aber auch eine Erweiterung der Anmeldepflicht in einzelnen Fällen. Die neu eingefügte sogenannte „**Remondis**“-Klausel soll künftig eine Anordnung der Anmeldepflicht für kleine Zusammenschlüsse nach Sektorenuntersuchungen in bestimmten Wirtschaftszweigen ermöglichen. Hintergrund dieser Regelung war der Kauf von kleinen Wettbewerbern im Entsorgungsmarkt durch Remondis, die unterhalb der Anmeldeschwelle lagen. Trotz der Kritik an dieser Praxis wurde der ursprüngliche Vorschlag zu der Vorschrift wieder leicht entschärft. So wurde die Umsatzschwelle für das übernehmende Unternehmen auf EUR 500 Mio. angehoben und es müssen objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland erheblich behindert werden könnte. Außerdem wird vorausgesetzt, dass der Anteil der betroffenen Unternehmen an Angebot oder Nachfrage in den relevanten Wirtschaftszweigen mindestens 15% beträgt. Zumindest in Wirtschaftssektoren, in denen eine Sektorenuntersuchung stattgefunden hat, ermöglicht es diese neue Regelung dem Bundeskartellamt, einem Missbrauch der erhöhten Umsatzschwellenwerte gezielt entgegenzuwirken.
- Die **Frist für das Hauptprüfverfahren** in der Fusionskontrolle wird von vier auf fünf Monate ab Anmeldung verlängert (bzw. sechs Monate bei Angebot von Bedingungen oder Auflagen).
- Der **Schwellenwert der Bagatellmarktklausel** wird von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. angehoben. Zugleich bezieht die Betrachtung, ob der Schwellenwert erreicht wurde, nunmehr nicht lediglich einzelne Märkte ein. Stattdessen erfolgt eine **Gesamtbetrachtung** der betroffenen Märkte.
- Die **Ermittlung der Umsatzerlöse** wird zukünftig auf Basis des IFRS (International Financial Reporting Standards) und anderer international anerkannter Rechnungslegungsstandards zulässig sein. Zuvor bedurfte es

einer Ermittlung nach den Grundsätzen des HGB, die eine aufwendige Umrechnung der Umsätze insbesondere internationaler Konzerne zur Folge haben konnte.

- Eine **Vollzugsanzeige** für vom Bundeskartellamt freigegebene Zusammenschlüsse wird nicht mehr erforderlich sein.
- Im Pressesektor erfolgt eine Änderung der sog. **Presserechenklausel**. Für die Berechnung der Umsatzerlöse für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Presseerzeugnissen wird der Multiplikator vom Achtfachen auf das Vierfache der Umsatzerlöse gesenkt. Damit werden auch weniger Fusionen im Medienbereich anmeldepflichtig.
- Es gibt zudem eine vorübergehende Privilegierung von standortübergreifenden **Zusammenschlüssen zwischen akutstationären Krankenhäusern** unter bestimmten Voraussetzungen. Diese Freistellung von der Fusionskontrolle ist auf den 2018 geschaffenen Krankenhausstrukturfonds zurückzuführen.

C. Verfahren vor dem Bundeskartellamt

Die 10. GWB-Novelle enthält auch Änderungen im Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt. Insbesondere werden Maßnahmen ermöglicht, die – obwohl der Grundsatz, dass Unternehmen selbst einzuschätzen haben, ob ihr Verhalten kartellrechtskonform ist, beibehalten wird – mehr Rechtssicherheit ermöglichen.

- Unternehmen erhalten einen **Anspruch** gegenüber dem Bundeskartellamt auf **Entscheidung über Bestehen eines Anlasses zum Tätigwerden** (bei horizontalen Kooperationen), wenn ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Einschätzung besteht. Das Bundeskartellamt muss über derartige Anträge **innerhalb von 6 Monaten** entscheiden.
- Ebenfalls wird nunmehr die bereits zuvor bestehende Praxis des sogenannten **Informellen Vorsitzenschreibens** gesetzlich geregelt, also Fälle, in denen im Rahmen des behördlichen Aufgreifermessens von einer Verfahrenseinleitung abgesehen wird. Auch wenn sich damit praktisch nicht viel ändern wird, ist es begrüßenswert, dass diese Praxis nun explizit Eingang in das GWB gefunden hat.
- Schließlich ist es dem Bundeskartellamt nun möglich, **Verwaltungsgrundsätze zur Aus-**

übung des Aufgreifermessens zu veröffentlichen. Diese können Unternehmen in ihrer eigenverantwortlichen Selbsteinschätzung als weitere Anhaltspunkte dienen.

D. Weitere Änderungen

- Neuregelung der **Akteneinsicht** im Kartellverwaltungsverfahren.
- **Mündliche Anhörungen** werden ermöglicht. Sie sollen den Verzicht auf eine aufwendigere schriftliche Anhörung erlauben.
- Einschränkung des Rechts auf **Auskunftsverweigerung** im Bußgeldverfahren. Dort wird jede natürliche Person zur Auskunft verpflichtet werden können. Teilweise ist sogar eine Verpflichtung zur Selbstbelastung möglich, wobei die so erlangten Informationen nicht in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die betreffenden Personen verwendet werden können.
- Kodifizierung des **Kronzeugenprogramms**. Künftig wird es in §§ 81h ff GWB erstmalig verbindlich gesetzlich geregelt, was erheblich zur Rechtssicherheit beiträgt.
- Konkretisierung der Kriterien zur **Bußgeldbemessung**. Nun werden die zu berücksichtigenden Umstände in § 81d GWB aufgeführt. Das sind unter anderen die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens.
- Im Rahmen der Bußgeldbemessung können Maßnahmen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen begünstigend berücksichtigt werden. Damit wird ein Anreiz für **Compliance-Maßnahmen** gesetzt.
- Leichte Nachjustierung der Vorschriften zum **Kartellschadensersatz** als Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 11. Dezember 2018, Az.: KZR 26/17, Schienenkartell I). Für die Durchsetzung von Ansprüchen wird eine widerlegbare Vermutung in das Gesetz eingeführt, dass Rechtsgeschäfte von Lieferanten oder Abnehmern eines Kartells mit kartellbeteiligten Unternehmen von diesem Kartell erfasst waren. Zuvor war explizit lediglich eine Vermutung enthalten, dass ein Kartell insgesamt einen Schaden hervorruft. Vermeintlich Geschädigte mussten nach der Rechtsprechung aber weiterhin darlegen, dass sie auch von dem Kartell betroffen waren.

E. Kontext und Fazit

Vor nur wenigen Jahren wäre die 10. GWB-Novelle in ihrer jetzigen Form wohl kaum denkbar gewesen.

Das Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen Facebook wegen eines angeblichen Datenmissbrauchs (Az. B6-22/16) wurde noch als absolutes Novum gesehen, das einen juristischen Thriller anstieß, bei dem zunächst das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 26. August 2019, Az. VI-Kart 1/19 (V)) gegen und anschließend der BGH (Beschluss vom 23. Juni 2020, Az. KVR 69/19) für das Bundeskartellamt entschied. Doch damit ist die Saga Facebook noch lange nicht beendet. Bisher spielte sich alles im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ab, sodass noch die Hauptsacheentscheidungen abzuwarten sind (die zwar vermutlich wie die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz ausfallen werden, garantiert ist das aber nicht). Und auch der einstweilige Rechtsschutz ist noch nicht abgeschlossen, da Facebook nach der Entscheidung des BGH erneut einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz eingereicht hat, woraufhin das OLG Düsseldorf durch einen sogenannten Hängebeschluss die Wirkung des BGH-Beschlusses faktisch außer Kraft gesetzt hat, bis das OLG über diesen erneuten Antrag entscheiden wird. Der BGH wiederum befasst sich derzeit mit der Rechtmäßigkeit dieses Hängebeschlusses. (Die Bestimmung, dass künftig der BGH zur einzigen Instanz in solchen Fällen wird, ist sicher auf solche komplizierten und langwierigen Verfahren zurückzuführen.)

Konsequenz dieser Auseinandersetzung war der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, die – ebenso bahnbrechend – vorsah, eine verschärfte Aufsicht gegenüber den Digitalkonzernen einzuführen.

Auch wenn zwischen dem Referentenentwurf und der Verabschiedung durch den Bundestag lediglich zwölf Monate liegen, hat sich doch zwischenzeitlich einiges getan, sodass die Novelle nicht mehr bahnbrechend, sondern vielmehr gänzlich im Zeitgeist erscheint.

So hat sich die Europäische Kommission mit ihren Entwürfen für einen „Digital Markets Act“ und einen „Digital Services Act“ ebenfalls die stärkere Regulierung der Digitalkonzerne auf die Fahne geschrieben. Und auch in den Vereinigten Staaten von Amerika hat die lange Zeit eher passive Federal Trade Commission (sowie das Justizministerium) mit Klagen gegen Facebook und Google Paukenschläge gesetzt.

Während also bis vor nicht allzu langer Zeit große Diskussion herrschte, ob es überhaupt Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sein kann, Digitalkonzerne und Daten zu regulieren, scheint diese Entwicklung mittlerweile nicht mehr aufzuhalten zu sein. Damit gehen aber

auch viele neue Herausforderungen für alle Beteiligten einher.

Ansprechpartner



Dr. Josef Hainz
Partner, Berlin
D +49 30 264 73 241
josef.hainz@dentons.com



Dr. René Grafunder
Partner, Berlin
D +49 30 264 73 307
rene.grafunder@dentons.com



Dr. Jörg Karenfort
Partner, Berlin
D +49 30 264 73 305
joerg.karenfort@dentons.com



Dr. Florian Wiesner
Partner, Düsseldorf
D +49 211 74 074 191
florian.wiesner@dentons.com



Dr. Matthias Nordmann
Partner, München
D +49 89 244 408 416
matthias.nordmann@dentons.com



Dr. Norman Hölzel
Counsel, Berlin
D +49 30 264 73 305
norman.hoelzel@dentons.com



Laura Appell
Senior Associate, Berlin
D +49 30 264 73 165
laura.appell@dentons.com



Franziska Peters
Senior Associate, Berlin
D +49 30 264 73 317
franziska.peters@dentons.com



Anna Ritte
Senior Associate, Berlin
D +49 30 264 73 303
anna.ritte@dentons.com



Dr. Arne Karsten
Senior Associate, Düsseldorf
D +49 211 740 74 192
arne.karsten@dentons.com



Jürgen Bering
Associate, Berlin
D +49 30 264 73 302
juergen.bering@dentons.com

© 2021 Dentons. This publication is not designed to provide legal or other advice and you should not take, or refrain from taking, action based on its content. Attorney Advertising. Please see dentons.com for Legal Notices. Dentons is a global legal practice providing client services worldwide through its member firms and affiliates.