

Das GWB-Digitalisierungsgesetz – ein großer Wurf

Im Blickpunkt: Der Entwurf der 10. GWB-Novelle

Von Dr. Sebastian Jungermann

Mitte Oktober 2019 ist ein Referentenentwurf des Zehnten Gesetzes zur Änderung des GWB für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 veröffentlicht – oder genauer: „geleakt“ – worden, das „GWB-Digitalisierungsgesetz“. Die offizielle Veröffentlichung steht kurz bevor. Mit der 10. GWB-Novelle will die Bundesregierung ihr Ziel umsetzen, einen digitalen Ordnungsrahmen im Kartellrecht zu schaffen. Ferner dient die Novelle der Umsetzung der ECN+-Richtlinie, wodurch die Standards bei der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts in den Mitgliedsstaaten angeglichen und die Zusammenarbeit der internationalen Kartellbehörden erleichtert werden sollen. Geändert werden insbesondere Regelungen im Missbrauchsrecht, in der Fusionskontrolle und im Schadensersatzrecht. Die Bezeichnung der Novelle als „GWB-Digitalisierungsgesetz“ klingt gut. Das Kartellrecht soll allerdings nicht digitalisiert, sondern vielmehr für die Herausforderungen der Digitalisierung fit gemacht werden. Vor allem die Marktmacht großer Digitalkonzerne will man besser regulieren können.

Missbrauchsaufsicht

Wichtigster Gegenstand des Entwurfs sind die neuen Missbrauchsvorschriften, insbesondere ein neuer § 19a mit erweiterten Eingriffsbefugnissen des Kartellamts gegenüber besonders marktbeherrschenden Unterneh-



Es ist zu erwarten, dass auch in Zukunft das Bundeskartellamt zu den aktivsten Kartellbehörden weltweit zählen wird, insbesondere im Bereich der digitalen Wirtschaft.

men, die eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ haben. Gemeint sind damit vor allem Google, Amazon, Facebook und Apple (GAFA), die oft nicht nur auf einzelnen Märkten marktbeherrschend sind, sondern zudem durch Netzwerkeffekte, Zugang zu Daten und anderen strategischen Vorteilen auch auf andere Märkte Einfluss nehmen können und damit besondere „Gatekeeper“ sind. Solche Unternehmen sollen zukünftig noch strengeren Regeln unterlie-

gen als normale marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen. Des Weiteren soll etwa in § 18 Abs. 3b das Konzept der „Intermediationsmacht“ etabliert werden, um der Vermittler- und Steuerungsfunktion von Plattformen Rechnung tragen zu können. Ferner soll die „Essential Facilities Doctrine“ in § 19 Abs. 2 Nr. 4 neu gefasst werden, um sie den neueren Entwicklungen in Praxis und Rechtsprechung anzupassen. Darüber hinaus sind weitere Änderungen geplant, etwa die Erweite- ▶

zung des Schutzbereichs von § 20 Abs. 1 auch auf große Unternehmen, die Schaffung eines kartellrechtlichen Anspruchs auf Datenzugang in bestimmten Konstellationen (§ 20 Abs. 1a) und ein neuer Eingriffstatbestand zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das „Tipping“ (Kippen) von Märkten (§ 20 Abs. 3a). Und schließlich soll die Beweislast dafür, dass eine vom Amt beanstandete Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist, der betroffene Marktbeherrscher mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ tragen.

Fusionskontrolle und Ministererlaubnis

In der Fusionskontrolle soll es zunächst zur Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle von 5 auf 10 Millionen Euro kommen (§ 35 Abs. 1 Nr. 2). Durch diese Änderung soll eine Verringerung von Fusionskontrollanmeldungen in meist wettbewerblich unproblematischen Fällen erreicht werden. Erwartet wird eine Reduzierung von etwa 20% oder rund 270 Anmeldungen pro Jahr. Mit dieser Änderung wird auch die sogenannte Anschlussklausel obsolet (§ 35 Abs. 2 Satz 1), sie wird gestrichen. Nach der Anschlussklausel war ein Zusammenschluss von der Fusionskontrolle ausgenommen, wenn Zielunternehmen und Veräußerer zusammen weniger als 10 Millionen Euro Umsatz erwirtschaftet haben. Auch die Schwelle der sogenannten Bagatellmarktklausel soll von 15 auf 20 Millionen Euro angepasst werden (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2). Die lebhaft diskutierte Einführung von Spezialregeln, um den Aufkauf potentieller Wettbewerber (Killer-Acquisitions) effektiver zu untersagen, wurde aufgegeben. Das Hauptprüfverfahren soll von vier auf fünf Monate verlängert werden. Zudem soll es auf ma-

ximal sechs Monate oder im Fall des Angebots von Bedingungen oder Auflagen zur Lösung wettbewerblicher Probleme auf sieben Monate verlängert werden können. Bei internationalen Transaktionen führt dies zu einer Angleichung der Fristen und trägt der zunehmenden Komplexität von Fusionskontrollverfahren Rechnung. Die Vollzugsanzeige (§ 39 Abs. 6) soll für angemeldete und freigegebene Zusammenschlüsse zukünftig entfallen. Nicht angemeldete, aber anmeldepflichtige Zusammenschlüsse sollen allerdings bußgeldbewehrt anzeigepflichtig bleiben.

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis (§ 42) sollen verschärft werden. Sofern das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss aus wettbewerblichen Gründen untersagt, soll vor einer Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft und Energie die rechtliche Bewertung des Bundeskartellamts gerichtlich bestätigt werden müssen, zumindest im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Damit dürfte dieses Instrument der Ministererlaubnis in Zukunft wohl noch seltener genutzt werden.

Verfahren, horizontale Kooperationen und die Zusammenarbeit mit anderen Behörden

Aufgrund des dynamischen digitalen Wandels wird die Notwendigkeit für Kartellbehörden, bei Kartellverstößen rasch einzugreifen, immer wichtiger. Deshalb soll zum einen die Anordnung von einstweiligen Maßnahmen erleichtert werden, zum anderen sollen mündliche Anhörungen gefördert werden, um aufwendige schriftliche Anhörungen vermeiden zu können. Weiterhin sollen die Durchführung der Akteneinsicht beschleunigt und das Recht zur Auskunftsverweigerung in Bußgeldverfahren

eingeschränkt werden. Als weitere Reaktion auf die digitale Transformation vieler Wirtschaftsbereiche und zur Förderung kooperierender Wettbewerber soll künftig eine förmliche Entscheidung des Bundeskartellamts beantragt werden können, dass in einem geplanten Szenario kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Zudem soll die Praxis der informellen Vorsitzendenschreiben kodifiziert werden. Auch soll das Bundeskartellamt Leitlinien zur Ausübung des Ermessens aufstellen dürfen, um formell oder informell die Kartellrechtskonformität bestimmter Vereinbarungen und Verhaltensweisen zu bestätigen. Darüber hinaus enthält der Entwurf auch Änderungen zum Informationsaustausch mit anderen Wettbewerbsbehörden und zur Amtshilfe, etwa bei Ermittlungsmaßnahmen, Zustellungen und der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen.

Schadensersatzrecht und Kronzeugenprogramm

Ein Teil der durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Vorschriften ist bislang noch nicht zur Anwendung gekommen, da deren Anwendung nur für nach dem 26.12.2016 entstandene Schadensersatzansprüche in Betracht kommt. Durch die jüngere Rechtsprechung wurde eine Anpassung und Ergänzung einiger Regelungen für erforderlich erachtet, um Geschädigte bei der Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche besser zu unterstützen. Aus diesem Grunde sollen eine Vermutung der Kartellbetroffenheit und Regelungen zu den Auskunfts- und Offenlegungsansprüchen eingeführt werden. Auch das Kronzeugenprogramm soll kodifiziert und konkretisiert werden. Größere Änderungen sind damit nicht verbunden. ►

Fazit

Insgesamt sind durch die 10. GWB-Novelle sehr weitreichende Änderungen zu erwarten, insbesondere die Ermittlungskompetenzen des Amts werden weitergehend gestärkt. Ein Schwerpunkt liegt zudem auf der Offenhaltung von Märkten im Bereich der Daten und Digitalwirtschaft. Es ist zu erwarten, dass auch in Zukunft das Bundeskartellamt zu den aktivsten Kartellbehörden weltweit zählen wird, insbesondere im Bereich der digitalen Wirtschaft. Die Änderungen in der Fusionskontrolle waren überfällig und sind positiv zu bewerten. Auch die Kodifizierung des Kronzeugenprogramms ist zu begrüßen. Zu wünschen wäre insoweit allerdings auch die Einführung eines Kronzeugenprogramms im Kartellstrafrecht (§ 298 StGB), um die unglückliche Rechtslage und gespaltene Verfahren zu vermeiden und um kartellbehördliche und strafrechtliche Verfahren besser zu synchronisieren. ◀



Dr. Sebastian Jungermann,
Rechtsanwalt, Partner, Arnold & Porter,
Frankfurt am Main

sebastian.jungermann@arnoldporter.com
www.arnoldporter.com

Clear View. Lasting Value.

Wir schaffen Klarheit, damit Sie
tragfähige Entscheidungen treffen können.
Für nachhaltige Ergebnisse.

kallan-legal.de