

Missbrauchsaufsicht für Digitalkonzerne zum Erhalt des Wettbewerbs: Die 10. GWB-Novelle schafft einen neuen Ordnungsrahmen

Mit der 10. GWB-Novelle – auch „GWB-Digitalisierungsgesetz“ genannt – soll durch erweiterte sowie neueingeführte Missbrauchstatbestände ein Ordnungsrahmen für eine umfassende Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft geschaffen werden. Zudem werden die Umsatzschwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle deutlich angehoben.

Mit der 10. GWB-Novelle – auch „GWB-Digitalisierungsgesetz“ genannt – soll durch erweiterte sowie neueingeführte Missbrauchstatbestände ein Ordnungsrahmen für eine umfassende Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft geschaffen werden. Die Neuregelungen werden dabei insbesondere Bedeutung für die großen „Tech-Unternehmen“ haben.

Daneben gibt es auch Änderungen in der Fusionskontrolle und im Rahmen der Umsetzung der europäischen ECN+-Richtlinie im Bußgeldverfahren sowie in anderen Bereichen. Dieser Beitrag gibt einen kurzen Überblick über wesentliche Neuregelungen des GWB.

Der Gesetzesentwurf ist am 14.01.2021 in der 3. Lesung vom Bundestag beschlossen worden und hat am 18.01.2021 den Bundestag passiert. Noch am selben Tag ist die 10. GWB-Novelle im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden und damit am 19.01.2021 in Kraft getreten.

1. Missbrauchsaufsicht

Mit den Neuregelungen in der Missbrauchsaufsicht beabsichtigt die Bundesregierung, die Marktmacht großer Digitalkonzerne zu beschränken. Zentrale Vorschrift für diese Regulierung ist der neu eingeführte § 19a GWB. Sie ermöglicht dem Bundeskartellamt die Feststellung, dass ein Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat („Super-Marktbeherrscher“).

Hat das Bundeskartellamt eine entsprechende (gerichtlich überprüfbare) Verfügung erlassen, stehen ihm nach § 19a Abs. 2 GWB zusätzlich zu den weiterhin allgemein geltenden Missbrauchsvorschriften weitere Maßnahmen zur Verfügung. Hierzu gehören folgende Eingriffsbefugnisse:

- Untersagung der „Selbstbevorzugung“, d.h. das Bundeskartellamt kann einem Digitalunternehmen untersagen, seine eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern zu bevorzugen (basiert auf dem „Google-Shopping-Fall“ der EU-Kommission)
- Untersagung von Maßnahmen, mit denen das Unternehmen andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindert, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat.
- Untersagung, Wettbewerber auf einem Markt, auf dem der Super-Marktbeherrscher seine Stellung schnell ausbauen kann, zu behindern.
- Untersagung, durch die Nutzung der vom Super-Marktbeherrscher gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten ein anderes Unternehmen zu behindern.
- Untersagung, die Interoperabilität mit anderen Diensten und die Portabilität von Daten zu erschweren.
- Untersagung, Daten, die der Super-Marktbeherrscher im Rahmen seiner Dienstleistungen erhält, zurückzuhalten und dadurch ungerechtfertigte Abhängigkeiten zu schaffen.
- Untersagung, für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen.

Um das sogenannte „Tipping“ (d.h. das Kippen eines Marktes in ein Monopol) zu verhindern, werden die Befugnisse des Bundeskartellamts auch unterhalb der

Marktbeherrschung erweitert. Die Einführung des § 20 Abs. 3a GWB soll ermöglichen, frühzeitig Verhaltensweisen von Unternehmen zu begegnen, die zwar noch nicht marktbeherrschend sind, aber bereits eine überlegene Marktmacht aufweisen, und mit nicht-leistungswettbewerblichen Maßnahmen darauf zielen, einen Markt zum "Tipping" zu bringen.

Des Weiteren wird der Schutz des § 20 Abs. 1 GWB vor dem Missbrauch relativer Marktmacht zukünftig nicht nur für kleinere und mittlere Unternehmen, sondern auch für große Unternehmen gelten. Hintergrund für diese Erweiterung ist die Überlegung, dass gerade von digitalen Plattformen auch große Unternehmen abhängig sein können.

2. Horizontale Kooperationen

Nach dem Grundsatz der Selbsteinschätzung obliegt es grundsätzlich den Unternehmen, die Kartellrechtskonformität ihrer Verhaltensweisen zu bewerten. Es war zwar auch bisher möglich, das Bundeskartellamt bei konkreten Vorhaben um eine informelle Bewertung (sog. Vorsitzendenschreiben) zu bitten. Mit der Novelle wird jedoch in § 32c Abs. 4 GWB ein gesetzlicher Anspruch eingeführt, wonach das Bundeskartellamt auf Antrag und innerhalb von sechs Monaten über die Zulässigkeit von Kooperationen zwischen Wettbewerbern entscheidet, wenn an einer solchen Entscheidung ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse besteht.

3. Fusionskontrolle

Wesentliche Änderungen bei der Fusionskontrolle betreffen das Anheben der beiden Inlandsumsatzschwellenwerte von derzeit EUR 25 Mio. auf EUR 50 Mio. sowie von EUR 5 Mio. auf EUR 17,5 Mio. Damit entfällt die bisherige Anschlussklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB (keine Anmeldepflicht, wenn Zielunternehmen und Veräußerer zusammen insgesamt weniger als EUR 10 Mio. Umsatz erzielen). Die Umsatzschwelle für den Bagatellmarkt nach § 36 Abs. 2 S. 2 GWB wird von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. angehoben.

Die Frist für das Hauptprüfverfahren wird von vier auf fünf Monate verlängert.

Die Fusionskontrolle soll temporär keine Anwendung auf Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich finden, soweit sie eine standortübergreifende Konzentration von einzelnen Fachrichtungen mehrerer Krankenhäuser zum Gegenstand haben, die nach § 12a des Krankenhausfinanzierungsgesetzes in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a bis c Krankenhausstrukturfonds-Verordnung gefördert und bis Ende 2027 vollzogen werden.

4. Verfahrensrecht

Mit der GWB-Novelle wird auch die europäische ECN+-Richtlinie (RL (EU) 2019/1 v. 11.12.2019), die der Harmonisierung der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften dient, in deutsches Recht umgesetzt.

In diesem Zusammenhang wird u.a. die Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren erstmals im GWB geregelt. Dritte müssen für die Einsicht ein berechtigtes Interesse darlegen. Dient die Akteneinsicht der Erhebung von Schadensersatzansprüchen, ist sie auf die Entscheidungen der Behörde begrenzt. Zudem werden die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden erweitert.

Ein anderer wesentlicher Aspekt ist, dass künftig jede natürliche Person zur Auskunft oder Herausgabe verpflichtet werden kann (Auskunftsverlangen). Entsprechend dem EU-Recht soll bei Durchsuchungen eine (bußgeldbewehrte) Mitwirkungspflicht bestehen. In bestimmten Fällen müssen sich natürliche Personen auch selbst belasten. Allerdings können die selbstbelastenden Informationen nicht in Strafverfahren oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen sie verwendet werden.

5. Bußgeldverfahren

Die Regelungen im Bußgeldverfahren erfahren durch die 10. GWB-Novelle Änderungen insbesondere hinsichtlich Mitwirkungs- und Offenlegungspflichten Betroffener und führen zu einer Absenkung des bisherigen (hohen) Schutzniveaus des deutschen Rechts auf das EU-Schutzniveau. Zukünftig ist ein Betroffener verpflichtet, allgemeine Fragen zu Umständen einer Zuwiderhandlung – aus denen im Wege eines Indizienbeweises auf die Zuwiderhandlung geschlossen werden kann – zu beantworten. Die natürliche Person ist zwar durch ein Beweisverwertungsverbot bezüglich etwaiger Selbstbelastungen in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren geschützt. Entsprechende Aussagen können jedoch im Kartellbußverfahren gegen das Unternehmen verwertet werden.

Die bisher nur in (nicht die Gerichte bindenden) Leitlinien des Bundeskartellamtes niedergelegten Regelungen zur Bußgeldbemessung sowie zur Kronzeugenregelung (sog. Bonusregelung) werden gesetzlich verankert.

Für die Bußgeldmessung bedeutet die Aufnahme eines (nicht abschließenden) Kriterienkatalogs größere Rechtssicherheit sowie eine Harmonisierung von kartellbehördlicher und gerichtlicher Bußgeldbemessung. Die bisherige Gefahr des sogenannten Verböserungsrisiko bei gerichtlicher Überprüfung der Bußgeldentscheidung aufgrund unterschiedlicher Ansätze bei der Bußgeldbemessung dürfte sich dadurch erheblich reduzieren.

Die Überführung der Bonusregelung in gesetzliche Vorschriften bringt keinen wesentlichen inhaltlichen Änderungen mit sich. Wie bisher auch, könnten nur Absprachen zwischen Wettbewerbern (horizontale Kartelle) von der Bonusregelung profitieren. Neu ist jedoch, dass das Bundeskartellamt im Rahmen der Bußgeldzumessung auch bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (z. B. verbotene Preisbindung der zweiten Hand) die freiwillige Zusammenarbeit eines Unternehmens berücksichtigen kann.

Eine weitere wichtige Neuerung ist die sogenannte Ausfallhaftung. Sie bezieht sich auf Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen. Nach § 81b GWB kann die Geldbuße bei fehlender Zahlungsfähigkeit der Vereinigung auch direkt bei den Mitgliedern eingetrieben werden. Des Weiteren kann sich die Höhe der Geldbuße gegen eine Unternehmensvereinigung zukünftig nach dem Gesamtumsatz der auf dem betroffenen Markt tätigen Mitglieder richten (bisher kam es nur auf den Umsatz der Unternehmensvereinigung selbst an).

6. Fazit

Die Befugnisse des Bundeskartellamts in der Missbrauchsaufsicht werden durch die Gesetzesnovelle deutlich erweitert, um insbesondere im Bereich der Digitalwirtschaft weiterhin wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Diese Entwicklung ist im Grundsatz zu begrüßen. Ob sich die Instrumentarien in der Praxis als effektiv erweisen, wird sich in den nächsten Jahren zeigen.

Weitere Änderungen sind ebenfalls positiv zu bewerten. So wird die Anhebung der Inlandsschwellenwerte in der Fusionskontrolle zu einer deutlichen Entlastung der Unternehmen führen und war im internationalen Vergleich längst überfällig.

Im Bußgeldrecht wird durch die Konkretisierung der Bemessungskriterien die Rechtssicherheit erhöht. Gänzlich ausgeschlossen ist das Verböserungsrisiko im Falle einer gerichtlichen Überprüfung dadurch allerdings nicht.

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.