

10. GWB-Novelle: Neue Regeln für die Missbrauchsaufsicht über die Digital Economy, die Fusionskontrolle und die Zumessung von Bußgeldern

Dr. Maxim Kleine
Dr. Christian Bürger
Katja Weiss
Dr. Tobias Teichner

Am 14. Januar 2021 hat der Bundestag nach zähem Ringen die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (offiziell: GWB-Digitalisierungsgesetz) verabschiedet. Bereits am 18. Januar hat der Bundesrat der Novelle zugestimmt und sie wurde im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Damit ist die 10. GWB Novelle am 19. Januar 2021 in Kraft getreten ([BGBl. 2021 I, S. 2](#)).

Ziel der Novelle war ursprünglich die Umsetzung der sog. ECN+-Richtlinie (2019/1/EU), mit der die nationalen Wettbewerbsbehörden in der EU gestärkt werden sollten. Im Zuge dessen nahm der Gesetzgeber die Gelegenheit wahr, einen kartellrechtlichen Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft zu implementieren, die Vorschriften zur Fusionskontrolle zu überarbeiten, die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Kartellschadensersatzverfahren zu berücksichtigen und neue Kriterien bei der Bußgeldzumessung bei Kartellverstößen zu ergänzen.

Das Spannendste vorab – der neue Ordnungsrahmen für die Digital Economy

Der deutsche Gesetzgeber geht im internationalen Vergleich voran und unterzieht die Missbrauchskontrolle im GWB einer Frischekur, um auf die oft schnelllebigen Entwicklungen in der Digital Economy reagieren zu können. Zentral dafür ist die Schaffung des neuen § 19a GWB, mit dem das Bundeskartellamt (BKartA) zukünftig Unternehmen mit überragend marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb Verhaltens- und Unterlassungspflichten auferlegen kann, zu denen u.a. das Verbot des *Self-Preferencing* gehört. Im Vergleich zum Referentenentwurf enthält die nun verabschiedete Version des § 19a GWB einen ausführlicheren Beispielskatalog an möglichen Verhaltens- und Unterlassungspflichten, die das BKartA anordnen kann. Das BKartA zeigte sich in seiner [Pressemitteilung vom 19. Januar 2021](#) sehr zufrieden mit den neuen

Handlungsmöglichkeiten, insbesondere jedoch auch mit der Verkürzung des Rechtswegs - Beschwerden gegen Entscheidungen gem. § 19a GWB gehen nun direkt zum Bundesgerichtshof.

Weitere Neuerungen in der Missbrauchskontrolle betreffen:

- die Erweiterung der Marktbeherrschungsprüfung des § 18 GWB um die Kriterien „*Datenzugangs- und Intermediationsmacht*“;
- die Abschwächung der Anforderung an die Kausalität beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 Abs. 1 GWB: Die Novelle stellt insofern klar, dass es für die Annahme des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung keine „*strikte Kausalität*“ benötige, also nicht vorausgesetzt wird, dass dem Unternehmen das missbräuchliche Verhalten alleine durch seine marktbeherrschende Stellung möglich war; und
- die Präzisierung zur relativen Marktmacht des § 20 GWB: Nun können auch kleinere und mittlere Unternehmen relative Marktmacht gegenüber großen Unternehmen ausüben; insofern erfolgte die Aufnahme des Konzepts der „*Intermediationsmacht*“ zur Bewertung von relativer Marktmacht und die Einführung eines Eingriffstatbestandes gegen die Behinderung von Wettbewerbern bei der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten (sog. „*Tipping*“) in Abs. 3a.

Zwischenfazit: Mit den Neuregelungen in der Missbrauchskontrolle betritt der deutsche Gesetzgeber ganz bewusst Neuland, um einen Ordnungsrahmen für die, wie der Berichterstatter der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Hansjörg Durz, sie auch nannte, „Soziale Digitale Marktwirtschaft“ zu schaffen. Viele der Regelungen werden erstmal nur die sog. GAFKA-Unternehmen betreffen (Google, Amazon, Facebook, Apple). Beachtung verdient für alle anderen Unternehmen insbesondere der Wegfall

des KMU-Privilegs bei relativer Marktmacht im Rahmen von § 20 GWB.

Überarbeitung der Fusionskontrolle – deutlich höhere Schwellenwerte

Mit der verabschiedeten Novelle beabsichtigt der Gesetzgeber, das BKartA im Bereich der Fusionskontrolle zu entlasten. Zu diesem Zweck werden die Inlandsumsatzschwellenwerte, ab denen ein Zusammenschlussvorhaben beim BKartA angemeldet werden muss, signifikant angehoben. Diese Änderung sei ausweislich der Gesetzesbegründung auch dadurch geboten gewesen, dass die bisherigen Schwellenwerte im internationalen Vergleich sehr niedrig gewesen seien und außerdem der Inflationsentwicklung entgegengewirkt werden müsse. Konkret stellen sich die Schwellenwerte für die deutsche Fusionskontrolle gemäß § 35 Abs. 1 GWB nun wie folgt dar:

- Unverändert müssen die beteiligten Unternehmen gemeinsam im vergangenen Geschäftsjahr weltweite Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. erwirtschaftet haben.
- Daneben muss ein beteiligtes Unternehmen im Rahmen der ersten Inlandsschwelle statt EUR 25 Mio. zukünftig **EUR 50 Mio.** Umsatzerlöse in Deutschland erwirtschaftet haben
- Ein weiteres beteiligtes Unternehmen muss im Rahmen der zweiten Inlandsumsatzschwelle statt EUR 5 Mio. zukünftig Umsatzerlöse in Höhe von **EUR 17,5 Mio.** im vergangenen Geschäftsjahr im Inland erwirtschaftet haben.

Die Kaufpreisschwelle des § 35 Abs. 1 a GWB bleibt unverändert.

Als teilweisen Ausgleich zur Erhöhung der Schwellenwerte fügte der Gesetzgeber in § 39a GWB ein neues Aufgreifinstrument ein, mit dem das BKartA Unternehmen per Verwaltungsakt verpflichten kann, Zusammenschlüsse anzumelden, die nach den Schwellenwerten nicht anzumelden wären (sog. *Remondis-Klausel*). Damit soll in bestimmten Märkten die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden.

Zwischenfazit: Laut Jahresrückblick des Bundeskartellamtes für 2020 (abrufbar [hier](#)) seien 1.200 Zusammenschlüsse von Unternehmen geprüft worden. Durch die nun wesentlich höheren Umsatzschwellen dürfte es (wie beabsichtigt) bereits in diesem Jahr zu einem merklichen

Rückgang an Zusammenschlussanmeldungen beim Bundeskartellamt kommen. Gleichzeitig dürfte das BKartA mehr Ressourcen für Fälle aufwenden können, die in den Regelungsbereich von § 35 Abs. 1a GWB fallen (sog. Kaufpreisschwelle, die auch im Nachgang zum Kauf von WhatsApp durch Facebook eingeführt wurde, der aufgrund der niedrigen Umsätze von WhatsApps die zweite Inlandsumsatzschwelle nicht erreichte und in Deutschland daher nicht geprüft werden konnte). Wie häufig das BKartA das Instrument des § 39a GWB in Zukunft nutzen wird, bleibt abzuwarten. Aufgrund der engen Tatbestandsvoraussetzungen dürfte dies eine zunächst selten genutzte Methode sein. Unternehmen, die in Märkten tätig sind, die schon einmal Gegenstand einer Sektoruntersuchung des BKartAs waren oder werden, sollten diese Vorschrift jedoch im Hinterkopf behalten.

Nun doch – Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen im Vorfeld von Verstößen bei Bußgeldzumessung

Entgegen der geplanten Regelung im Referentenentwurf zur Novelle wurde im parlamentarischen Verfahren doch noch eine vielfach geforderte Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen im Vorfeld von Kartellrechtsverstößen bei der Bußgeldzumessung eingeführt. So sieht der neue § 81d Abs. 1 Nr. 4 GWB vor,

- dass als abzuwägende Umstände bei der Bußgeldzumessung auch „*vor der Zuwiderhandlung getroffene, angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen*“ in Betracht kommen können.

Die Gesetzesbegründung schränkt dies jedoch insofern ein, als dass eine Berücksichtigung „*in der Regel*“ nur erfolge kann, wenn die Compliance-Maßnahmen zur Aufdeckung und Anzeige der Zuwiderhandlung geführt haben. Zudem dürfte die „*Wirksamkeit*“ von Compliance-Maßnahmen nach der Gesetzesbegründung nicht gegeben sein, sofern die Geschäftsleitung oder sonstige für die Leitung verantwortliche Personen am Kartellrechtsverstoß beteiligt waren. Nach der Gesetzesbegründung soll durch die „*Angemessenheit*“ von Compliance-Maßnahmen verdeutlicht werden, dass diese jeweils von verschiedenen Faktoren wie der Unternehmensgröße, der Organisation, der Risikogeneignetheit des Geschäfts oder der Anzahl der Mitarbeiter abhängen – für KMU seien demnach selbstverständlich andere Anforderungen

an die Compliance-Maßnahmen als an große Unternehmen zu stellen.

Zwischenfazit: Mit der Aufnahme dieser Zumessungsgedanken wird auch für Bußgeldverfahren ganz deutlich betont, welchen Stellenwert ein funktionierendes Compliance-System für ein Unternehmen darstellt und in Zukunft darstellen kann. Gleichzeitig dürfen Compliance-Maßnahmen für Unternehmen nicht als Feigenblatt dienen. Sollte es trotz Compliance-Maßnahmen zu Kartellrechtsverstößen kommen, darf ein Compliance-System bei der Bußgeldbemessung nur in zuvor beschriebener Weise berücksichtigt werden.

Weiter wird erstmalig das so genannte „Kronzeugenprogramm“ in § 81 h bis n GWB gesetzlich geregelt. Bislang war das Kronzeugenprogramm, mit dem Unternehmen und persönlich Betroffene den vollständigen Erlass bzw. eine Ermäßigung von Geldbußen in Bußgeldverfahren erreichen können, nur in einer Bekanntmachung des BKartA geregelt. Die gesetzliche Implementierung wurde durch Vorgaben der ECN+-Richtlinie notwendig, wobei abzuwarten bleibt, ob das BKartA seine Ermessenserwägungen insofern anpassen oder fortführen wird. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Vorgaben nur für das kartellbehördliche Bußgeldverfahren gelten, allerdings nicht für die Bußgeldzumessung durch Gerichte in Rechtsbehelfsverfahren.

Beweiserleichterungen in Kartellschadensersatzverfahren

In den vergangenen Jahren kam in Kartellschadensersatzverfahren häufig die Frage der „Betroffenheit“ der unmittelbaren Lieferanten oder Abnehmer eines Kartells bei Rechtsgeschäften mit kartellbeteiligten Unternehmen auf. Mit der Einfügung des neuen § 33a Abs. 2 S. 4 GWB wurde eine widerlegliche Vermutung zu Rechtsgeschäften mit kartellbeteiligten Unternehmen eingeführt. Danach müssen Kartellbeteiligte die Vermutung widerlegen, dass

ein konkretes Geschäft gerade nicht von der Kartellabsprache „betroffen“ war.

Zwischenfazit: Die Regelung folgt dem allgemeinen Trend in Gesetzgebung und Rechtsprechung, die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zu erleichtern. Es ist jedoch zu beachten, dass die widerlegliche Vermutung nur auf solche Schadensersatzansprüche Anwendung finden kann, die nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle entstehen.

Resümee

Die 10. Novelle des GWB geht weit über das hinaus, wozu der Gesetzgeber durch die Umsetzung der ECN+-Richtlinie verpflichtet gewesen wäre und spiegelt den ambitionierten Anspruch des deutschen Gesetzgebers insbesondere im Bereich der Missbrauchskontrolle wider. Auch die Anhebung der Inlandsumsatzschwellen unterstreicht die Ambition des Gesetzgebers, Ressourcen des BKartAs für mehr Verfahren im Bereich der Digital Economy freizumachen. Daneben drehte der Gesetzgeber an ein paar feinen Stellschrauben im Bereich von Bußgeldzumessung und Kartellschadensersatzverfahren. Gerade die Implementierung einer Compliance-Defense bei der Bußgeldzumessung sollte Ansporn für Unternehmen sein, die eigenen Compliance-Maßnahmen im Bereich Kartellrecht zu überprüfen und ggf. zu verbessern – natürlich nicht nur, um Bußgelder zu reduzieren, sondern vor allem auch um Verstöße selbst aufzudecken bzw. direkt zu verhindern.

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autoren Dr. Maxim Kleine unter +49 40 500360 640 oder mkleine@goerg.de, Dr. Christian Bürger unter +49 221 33660 608 oder cbuerger@goerg.de, Katja Weiss unter +49 40 500360 641 oder kweiss@goerg.de und Dr. Tobias Teichner unter +49 40 500360 642 oder teichner@goerg.de an. Informationen zu den Autoren finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90