

DIE 11. GWB-NOVELLE IM ÜBERBLICK

Der Bundesrat hat am 29. September 2023 die in Kürze in Kraft tretende 11. GWB-Novelle gebilligt. Sie wird als Meilenstein im deutschen Kartellrecht gehandelt. Das liegt insbesondere daran, dass die Novelle nicht nur bereits bestehende Befugnisse des Bundeskartellamtes wie im Bereich der Vorteilsabschöpfung nachschärft, sondern die Behörde auch mit zwei gänzlich neuen Befugnissen ausstattet: Eingriffsbefugnisse im Anschluss an eine Sektoruntersuchung sowie Ermittlungsbefugnisse zur Durchführung des Digital Markets Acts ("DMA").

NEUE BEFUGNISSE IM ANSCHLUSS AN EINE SEKTORUNTERSUCHUNG

Das Instrument der Sektoruntersuchung besteht im deutschen Wettbewerbsrecht bereits seit 2005. Es dient dem Bundeskartellamt dazu, unabhängig vom Anfangsverdacht eines Wettbewerbsverstoßes Erkenntnisse über die Wettbewerbsverhältnisse auf besonders konzentrierten oder anderweitig von Marktstörungen betroffenen Märkten zu erlangen, die auch die Grundlage für weitere Verfahren stellen können. Bislang wurden insgesamt ca. 20 Sektoruntersuchungen durchgeführt, die in der Regel mit einem Bericht des Bundeskartellamtes endeten.

Konkrete Abhilfemaßnahmen konnten bis jetzt erst verhängt werden, wenn das Bundeskartellamt eine Zuwiderhandlung gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot festgestellt hatte. Dies wird sich mit der 11. GWB-Novelle grundlegend ändern: Nach britischem Vorbild führt diese erstmals die Befugnis des Bundeskartellamtes ein, im Falle einer erheblichen und fortwährenden Wettbewerbsstörung Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung anzuordnen, ohne dass ein Kartellrechtsverstoß vorliegen muss. Gleichzeitig soll die Durchführung einer Sektoruntersuchung auf eine Dauer von 18 Monaten begrenzt und damit beschleunigt werden. Gleiches gilt für die Abhilfemaßnahmen, die innerhalb von weiteren 18 Monaten nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts zur Sektoruntersuchung ergehen sollen.

Neue Abhilfemaßnahmen

Für die neu ermöglichten Maßnahmen ist ein zweistufiges Verfahren vorgesehen. In einem ersten Schritt muss das Bundeskartellamt feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf

Key issues

- Bundeskartellamt erhält die Befugnis, konkrete Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung zu verhängen
- Niedrigere Schwellenwerte für die Aufforderung zur künftigen Anmeldung von Zusammenschlüssen
- Neue Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes bei der Durchsetzung des DMA
- Herabsetzen der Hürden bei der Vorteilsabschöpfung durch neue Vermutungsregeln

zumindest einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt. Dies soll anhand von Kriterien wie einseitiger Angebots- oder Nachfragemacht, Marktzu- und -austrittsschranken sowie koordinierendem Verhalten und Abschottungseffekten evaluiert werden. Adressat der Feststellung kann jedes Unternehmen sein, gegenüber dem eine spätere Abhilfemaßnahme in Betracht kommt, sofern es durch sein Verhalten wesentlich zu der Störung beigetragen hat. Als Abhilfemaßnahmen kommen zunächst insbesondere die Anordnung der Zugangsgewährung zu Daten und sonstigen Einrichtungen, Vorgaben zu Geschäftsbeziehungen oder Vertragsgestaltungen, die Verpflichtung zur Etablierung von Standards sowie zur organisatorischen Trennung von Geschäftsbereichen in Betracht. Dabei handelt es sich insgesamt um Verhaltensanordnungen sowie strukturelle Maßnahmen, die sich auch zur Abstellung von nachgewiesenen Wettbewerbsverstößen etabliert haben.

Darüber hinaus kann subsidiär eine sog. Entflechtungsanordnung ergehen, mit der das betroffene Unternehmen verpflichtet wird, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern. Die Entflechtung soll nur als *ultima ratio* angeordnet werden und ist noch an einige weitere Anforderungen geknüpft. Hierzu zählt insbesondere, dass verhaltensgebundene Anordnungen nicht gleich effektiv oder belastender für das betroffene Unternehmen sein dürfen sowie dass der Erlös mindestens 50 % dessen beträgt, was ein vom Bundeskartellamt bestellter Wirtschaftsprüfer ermittelt hat. Entflechtungsmaßnahmen können sich nur gegen Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB richten.

Der deutsche Gesetzgeber geht ausweislich der Gesetzesbegründung von durchschnittlich zwei zusätzlichen Verfahren pro Jahr aus, sodass sich ausgehend hiervon die tatsächlichen Auswirkungen in Grenzen halten dürften. Zudem dürfte aufgrund der Gesamtdauer von bis zu drei Jahren in Kombination mit der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden hiergegen ein kurzfristiges Eingreifen des Bundeskartellamtes bei Marktstörungen kaum möglich sein. Dennoch sollten die Ergebnisse einer Sektoruntersuchung mit einer größeren Aufmerksamkeit evaluiert werden, als dies gegebenenfalls bisher der Fall war. Das Bundeskartellamt geht insoweit davon aus, dass die neuen Abhilfemaßnahmen insbesondere auf Märkten Anwendung finden könnten, die in der Vergangenheit bereits von Sektoruntersuchungen betroffen waren.

Niedrigere Schwellenwerte für Zusammenschlüsse

Eine weitere Änderung im Bereich der Sektoruntersuchung betrifft die bereits bestehende Möglichkeit, Unternehmen nach einer Sektoruntersuchung unter gewissen Voraussetzungen aufzufordern, bestimmte Zusammenschlüsse in einem untersuchten Wirtschaftszweig unterhalb der Umsatzschwellen des § 35 GWB zukünftig anzumelden. Durch die 11. GWB-Novelle werden insoweit sowohl die Anforderungen an eine starke Marktposition aufgehoben als auch die Umsatzschwellen für vorher festgelegte Wirtschaftszweige reduziert, um auch Zusammenschlüsse auf kleineren regionalen Märkten erfassen zu können. Zukünftig ist es daher ausreichend, wenn der Erwerber einen Inlandsumsatz von mehr als EUR 50 Mio. und das Zielunternehmen einen Inlandsumsatz von mehr als EUR 1 Mio. erzielt hat. Dafür muss das Bundeskartellamt allerdings zuvor eine entsprechende Verpflichtungsverfügung erlassen haben, die zunächst auf drei Jahre begrenzt ist.

ERMITTLUNGSBEFUGNISSE ZUR DURCHFÜHRUNG DES DMA

Eine weitere Neuerung stellen die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes bei der Durchsetzung des DMA dar. Diese umfassen Durchsuchungen, Beschlagnahme sowie Auskunftsverlangen und sind gerichtet auf potenzielle Verstöße gegen die Verhaltenspflichten, die der DMA zukünftig für sog. Gatekeeper vorsieht (Art. 5, 6 und 7 DMA). Hierzu zählen insbesondere Vorgaben im Hinblick auf den Zugang bzw. die Verwendung von Daten, Interoperabilität sowie die Bevorzugung eigener Dienste. Die neuen Befugnisse des Bundeskartellamtes ändern indes nichts daran, dass die Europäische Kommission alleinige Durchsetzungsbehörde im Rahmen des DMA ist und nur sie – nach einer Unterrichtung durch das Bundeskartellamt – einen Verstoß im Wege eines Nichteinhaltungsbeschlusses feststellen und durch ein Buß- und/oder Zwangsgeld sanktionieren kann.

ERLEICHTERUNG DER VORTEILSABSCHÖPFUNG

Bei der Vorteilsabschöpfung handelt es sich um kein neues Instrument. Die Vorteilsabschöpfung stellt ein verwaltungsrechtliches Instrument ohne straf-/bußgeldrechtlichen Charakter dar, welches bereits 1999 in das GWB eingeführt wurde. Sie soll sicherstellen, dass keine wirtschaftlichen Vorteile bei Unternehmen verbleiben, die einen Wettbewerbsverstoß begangen haben. Die Vorteilsabschöpfung kann zusätzlich zu einer Bußgeldentscheidung ergehen, sofern und soweit diese noch nicht die Abschöpfung zum Ziel hat.

Aufgrund der erheblichen Beweisanforderungen wurde die zugrundeliegende Norm in der Praxis vom Bundeskartellamt noch nie angewendet, da komplexe Berechnungen des wirtschaftlichen Vorteils durchgeführt werden mussten. Diese Anforderungen sollen nunmehr durch eine doppelte Vermutungsregelung abgesenkt werden. Zum einen wird vermutet, dass der Verstoß überhaupt einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat, zum anderen, dass dieser Vorteil mindestens 1 % der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen, erzielt wurden. Dabei ist der weltweite Konzerngewinn zugrunde zu legen. Eine Deckelung findet im Gleichlauf mit Bußgeldentscheidungen auf 10 % des Konzernumsatzes in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr statt. Hinzu kommen hohe Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung hinsichtlich der Mindesthöhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils durch betroffene Unternehmen. So können betroffene Unternehmen insbesondere nicht einwenden, dass kein oder nur ein geringfügiger wirtschaftlicher Vorteil entstanden sei. Die Vermutung kann nur widerlegt werden, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen im Abschöpfungszeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat.

Durch diese erleichterten Anforderungen wird es dem Bundeskartellamt nunmehr auch praktisch erstmals möglich sein, eine Vorteilsabschöpfung im Rahmen einer Abstellungs- oder Feststellungsverfügung in einem Kartellverwaltungsverfahren mit anzuordnen.

AUSBLICK

Anders als mitunter vorherige GWB-Novellen bringt die 11. GWB-Novelle weniger einzelne, kleinteilige Änderungen mit sich. Mit den drei wesentlichen Änderungen gehen aber signifikante neue Befugnisse des Bundeskartellamtes

bzw. erhebliche Erleichterungen für dessen Ermittlungs- und Durchsetzungstätigkeiten einher. Aufgrund der teilweise hohen Intensität der Eingriffsmöglichkeiten bleibt jedoch zu hoffen, dass das Bundeskartellamt eher sparsam von den neuen Befugnissen Gebrauch machen wird.

CONTACTS



Marc Besen
Partner

T +49 211 4355 5312
E marc.besen
@cliffordchance.com



**Dr. Dimitri
Slobodenjuk**
Partner

T +49 211 4355 5315
E dimitri.slobodenjuk
@cliffordchance.com



Caroline Scholke
Counsel

T +49 211 4355 5311
E caroline.scholke
@cliffordchance.com



Marion Meier
Associate

T +49 211 4355 5159
E marion.meier
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215
Düsseldorf

© Clifford Chance 2023

Clifford Chance Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung von
Rechtsanwälten, Steuerberatern und Solicitors
· Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am
Main PR 2669

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV
vorgeschriebenen Informationen finden Sie
unter: www.cliffordchance.com/deuregulatory

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Delhi •
Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong •
Houston • Istanbul • London • Luxembourg •
Madrid • Milan • Munich • Newcastle • New
York • Paris • Perth • Prague • Riyadh • Rome
• São Paulo • Shanghai • Singapore • Sydney
• Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

AS&H Clifford Chance, a joint venture entered
into by Clifford Chance LLP.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.