



One Team.
One Goal.

Orth Kluth Newsletter Kartellrecht

Nach langwierigem Gesetzgebungsverfahren: Die 11. GWB-Novelle ist auf der Zielgeraden

Bereits kurz nach Antritt der aktuellen Regierungskoalition wurde die 11. GWB-Novelle angekündigt. Es folgten monatelange politische Auseinandersetzungen. Am 6. Juli 2023 wurde die 11. GWB-Novelle dann aber im Bundestag verabschiedet – lediglich gut zwei Jahre nach Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle. Grundlage dafür war der Regierungsentwurf (**RegE**), welcher im Zuge der Anhörung im Wirtschaftsausschuss noch minimal nachjustiert wurde.

Sofern seitens des Bundesrats, der sich voraussichtlich mit Erscheinen dieses Newsletters mit dem Entwurf befassen wird, keine Einwände mehr erhoben werden, wird das sog. Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz in Kürze in Kraft treten.

Der vom BMWK 2022 ursprünglich veröffentlichte Entwurf dieser inzwischen 11. GWB-Novelle (**RefE**) sorgte für kritische Stellungnahmen aus Wirtschaft, Wissenschaft und der Anwaltschaft.



Als Reaktion darauf wurden die umstrittenen Normen im Detail zwar nachgeschärft, dennoch übernimmt der RegE die Grundzüge des RefE. Insbesondere etabliert er weitreichende neue Eingriffsbefugnisse für das Bundeskartellamt (**BKartA**) im Zusammenhang mit Sektoruntersuchungen nach dem Vorbild der britischen Kartellbehörde. Ferner soll es dem BKartA ermöglicht werden, eigenständig wegen Verstöße gegen den Digital Markets Act (**DMA**) zu ermitteln und die behördliche Vorteilsabschöpfung aus Kartellverstößen zu erleichtern.

Ziel dieser Novellierung ist es, Wettbewerbsstörungen im Sinne der Verbraucher abzustellen. Das BKartA soll in die Lage versetzt werden, effizienter gegen wettbewerbsschädliche Strukturen auf Märkten tätig zu werden und den Wettbewerb so wiederzubeleben.

Das neue Eingriffsinstrumentarium nach § 32f GWB-RegE

Als Herzstück dieser GWB-Novelle ermächtigt § 32f RegE das BKartA, im Anschluss an Sektoruntersuchungen durch

zahlreiche Abhilfemaßnahmen struktureller oder verhaltensorientierter Art festgestellte Wettbewerbsstörungen zu beseitigen. Diese umfassen etwa die Gewährung von Daten- oder Netzzugang, die Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier Standards oder die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen. Als *ultima ratio* kann das BKartA sogar die Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen anordnen.

Voraussetzung für diese Maßnahmen ist die Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Wettbewerbsstörung. Dabei soll die Grenze zur Erheblichkeit einer Wettbewerbsstörung schon erreicht sein, sofern diese mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb hat. Als weitere Orientierung stellt der RegE in § 32f Abs. 5 neben einer Aufzählung an Faktoren, die bei einer Prüfung einer Wettbewerbsstörung zu berücksichtigen sind, auch einen Katalog an Regelbeispielen zur Verfügung, der (nicht abschließend) aufzählt, in welchen Fällen eine Wettbewerbsstörung „insbesondere“ wahrscheinlich ist. Wenig überraschender Grundsatz: Je oligopolistischer und abgeschotteter der Markt, desto wahrscheinlicher die Wettbewerbsstörung.

Konzeptionell neu ist, dass das BKartA diese Maßnahmen anordnen kann, ohne dass betroffenen Unternehmen Verstöße gegen das Kartellrecht vorgeworfen wird. Voraussetzung ist lediglich, dass das betroffene Unternehmen einen wesentlichen Beitrag zur Wettbewerbsstörung leistet. Indikator dafür ist insbesondere die Marktstellung des Unternehmens. Allerdings ist auch die potenzielle Ausdehnung auf andere Unternehmen im Verlauf der Ermittlungen vorgesehen.

Das BKartA hat außerdem gem. § 32f Abs. 2 RegE die Möglichkeit, Unternehmen zur Anmeldung von relevanten Zusammenschlüssen ab einem Jahresumsatz von € 1 Mio. – also weit unterhalb der regulären Anmeldeschwellen – zu verpflichten.

Dennoch bleiben die neuen Eingriffsbefugnisse gegenüber den bereits etablierten Instrumenten des GWB **subsidiär**. Nur wenn die traditionellen Maßnahmen der Wettbewerbsstörung nicht angemessen entgegenwirken, soll von den neuen Werkzeugen Gebrauch gemacht werden.

Erleichterung der Vorteilsabschöpfung

Das in der Praxis bisher selten genutzte Instrument der Vorteilsabschöpfung soll durch die 11. GWB-Novelle neu belebt werden. Dazu wird in § 34 Abs. 4 RegE die widerlegliche Vermutung eingeführt, dass der wirtschaftliche Vorteil, der durch einen Kartellverstoß erzielt wurde, mindestens 1% der tatbezogenen Umsätze im Inland beträgt. Die genaue Höhe des Vorteils kann das BKartA schätzen.

Effektive DMA-Durchsetzung

Zwar liegt die Kompetenz bzgl. der Durchsetzung des DMA primär bei der Europäischen Kommission (**Kommission**), allerdings erlaubt der DMA nationalen Kartellbehörden, eine mögliche Missachtung der Gatekeeper-Vorschriften innerhalb des eigenen Hoheitsgebiets zu prüfen. § 32g RegE schafft dafür die rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland. Das BKartA soll danach die Kommission mit Untersuchungsergebnissen unterstützen; eigene Sanktionen durch das BKartA sind hingegen nicht vorgesehen.

Einschätzung

Die neuen Befugnisse des BKartA § 32f RegE sind vor allem deshalb bedenklich, weil sie sehr weit in die unternehmerische Freiheit der Betroffenen eingreifen ohne dass dieses rechtswidrige Verhalten vorgeworfen wird. Es bleibt zu hoffen, dass das BKartA diese nur mit Augenmaß einsetzt; die Norm gibt der Behörde aber einen weiten Spielraum. Während diese Regeln vor allem marktstarke Unternehmen treffen werden, kann sich die Pflicht zur Anmeldung von Transaktionen unterhalb der regulären Schwellenwerte jedenfalls mittelbar auch auf kleinere Unternehmen auswirken. Zudem sind die Erleichterungen bei der Vorteilsabschöpfung für sämtliche Unternehmen relevant, die gegen das Kartellrecht verstoßen haben. Ob diese Regeln aber tatsächlich zu einer verstärkten Nutzung des Instruments durch das BKartA führen werden, bleibt abzuwarten.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Anselm Grün
Rechtsanwalt, Notar, Partner
T +49 30 509320-0
anselm.gruen@orthkluth.com



Dr. Bastian Mehle
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 30 509320-115
bastian.mehle@orthkluth.com



Dr. Moritz Dästner
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 21160035-292
moritz.daestner@orthkluth.com



Prof. Dr. Patrick Ostendorf, LL.M.
Of Counsel
T +49 30 509320-0
patrick.ostendorf@orthkluth.com

One Team.
One Goal.