

KLEINER

11. GWB-Novelle: Kartellrecht „mit Klauen und Zähnen“?

7. Juli 2023

Gegenstand

„Die 11. GWB-Novelle ist neben dem GWB-Digitalisierungsgesetz die **größte Reform des Wettbewerbsrechts der letzten Jahrzehnte**. In Zukunft kann das Bundeskartellamt nach Sektoruntersuchungen etwa **Konzentrationstendenzen stoppen, Marktzugänge erleichtern** oder in **Extremfällen Unternehmen entflechten**. Die Eingriffsinstrumente stärken die Chancen von Wettbewerbern, Start-ups und KMU. Mehr Wettbewerb, niedrigere Preise und mehr Innovation kommen den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugute.“

Quelle: Pressemitteilung BMWK, 6. Juli 2023

Bisheriger Verlauf

- 26. September 2022: Referentenentwurf
- 16. Mai 2023: Regierungsentwurf (BT-Drs. 20/6824)
- 14. Juni 2023: Sachverständigenanhörung im Wirtschaftsausschuss
- 5. Juli 2023: Bericht Wirtschaftsausschuss (BT-Drs. 20/7625)
- 6. Juli 2023: Beschlussfassung in zweiter und dritter Lesung im Bundestag

Paradigmenwechsel?

- Unisono sprechen die Politiker von einem „Paradigmenwechsel“ im Kartellrecht durch die 11. GWB-Novelle, so auch in der zweiten und dritten Lesung im Bundestag
- Berechtigt?
- Bisher: Eingriff bei (i) kartellrechtswidrigen Absprachen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken oder bezwecken und (ii) bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, zudem (iii) präventive Marktstrukturkontrolle bei anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen oberhalb der Schwellenwerte
- Bisher nicht vorhanden: Allgemeines Instrument, um gegen Störungen des Wettbewerbs in einem Markt vorzugehen
- Nunmehr 32f GWB: *Nach* einer Sektoruntersuchung können bei Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs, verhaltensorientierte oder strukturelle Abhilfemaßnahmen vorgeschrieben werden (32f Abs. 3 GWB) + ggf. Entflechtung (32f Abs. 4 GWB)

Sektoruntersuchung (I)

- Bisher intensive Nutzung der Sektoruntersuchungsbefugnis
- Problem: Sektoruntersuchungen dauern zT zu lange, Märkte haben sich während der Laufzeit uU bereits stark verändert und Untersuchungen enden bisher mit einem Bericht
- Neu: **Regelfrist von 18 Monaten** für die Durchführung der Sektoruntersuchung (Soll-Frist). Abweichungen sind im Ausnahmefall möglich
- Neu: **Anschlussmaßnahmen** nach durchgeführter Sektoruntersuchung in 32f:
 - 32 f Abs. 2 GWB (gab es in ähnlicher Form schon in 39a GWB)
 - Verfügung des Bundeskartellamts, dass Unternehmen alle Zusammenschlüsse innerhalb von drei Jahren nach Zustellung der Verfügung anmelden müssen, wenn (i) der Erwerber mehr als 50 Mio. EUR Umsätze im Inland und (ii) das zu erwerbende Unternehmen Umsätze von 1 Mio. EUR im Inland erzielt hat
 - Voraussetzung: Durch künftige Zusammenschlüsse wird der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen erheblich behindert
 - Der Schwellenwert für das Target wurde von 500k EUR auf 1 Mio. EUR im Wirtschaftsausschuss angehoben

Sektoruntersuchung (II)

- 32f Abs. 3: Wenn vom „Paradigmenwechsel“ gesprochen wird, meint man im Kern 32f Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 GWB
 - Das Bundeskartellamt kann nach einer Sektoruntersuchung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt
 - Sofern die bisherigen Instrumente nicht ausreichen, um die Wettbewerbsstörung wirksam und dauerhaft zu beseitigen (früher im RegE: Angemessen entgegenzuwirken) – Subsidiarität (!)
 - Wann liegt eine Wettbewerbsstörung vor? Regelbeispielkatalog in 32f Abs. 5 Nr. 1 bis 4 GWB
 - Einseitige Angebots- oder Nachfragemacht
 - Beschränkungen des Marktzutritts oder Marktaustritts
 - Gleichförmiges Verhalten der Unternehmen (man denke nur an die Diskussionen um das Parallelverhalten im Bereich der Tankstellen)
 - Wann ist die Störung fortwährend? Wenn diese über eine Dauer von drei Jahren dauerhaft vorgelegen oder wiederholt aufgetreten ist und diese in zwei Jahren auch nicht wieder entfällt

Sektoruntersuchung (III)

- Abhilfemaßnahmen bei Feststellung einer Wettbewerbsstörung, u.a. (32f Abs. 3 GWB)
 - Zugang zu Daten oder Schnittstellen
 - Vorgaben zu Geschäftsbeziehungen
 - Organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen
- Ggf. auch Entflechtung, wenn (i) marktbeherrschende Stellung besteht oder (ii) überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb (32f Abs. 4 GWB)
- Im Ergebnis ein **Paradigmenwechsel, aber mit hohen Anwendungsvoraussetzungen** bzgl. der Feststellung der Wettbewerbsstörung

Erleichterte Vorteilsabschöpfung

- Bereits bisher hatte die Kartellbehörde die Möglichkeit, wirtschaftliche Vorteile bei Verstößen gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot abzuschöpfen (34 GWB)
- **Problem:** Die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils war dem Bundeskartellamt idR nicht möglich
- **Nunmehr** Erweiterung des bisherigen 34 Abs. 4 GWB
 - Vermutung hinsichtlich der **Entstehung** eines wirtschaftlichen Vorteils und
 - **Vermutung der Höhe** nach: Es wird vermutet, dass der wirtschaftliche Vorteil 1% der Umsätze im Inland beträgt, die mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen, erzielt worden sind: Abgestellt wird auf **tatbezogenen Umsatz**
 - Keine Ausstrahlungswirkung der Schadenshöhenvermutung auf das Kartellschadensersatzrecht (S. 39)
 - Rückausnahme: Vermutung gilt nicht, wenn die Erlangung eines Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist
- In der Gesetzesbegründung wird künftig von zwei Abschöpfungsverfahren pro Jahr, vor allem im Nachgang zu Verwaltungsverfahren, ausgegangen

KLAR. KLEINER