

Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle

Einschneidende Befugnisse für das Bundeskartellamt

Mehr "Biss" dem Bundeskartellamt!

Am 5. April 2023 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz den Regierungsentwurf zur 11. Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ("**GWB**"). Vizekanzler Robert Habeck sieht in der Novelle "eine der größten Reformen des Wettbewerbsrechts der letzten Jahrzehnte", die - in den Worten von Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann - dem Bundeskartellamt ("**BKartA**") mehr "Biss" verschaffen soll.

Dazu sollen im Wesentlichen folgende Änderungen beitragen:

- **Abstellen von Wettbewerbsstörungen:** Das BKartA soll im Anschluss an Sektoruntersuchungen berechtigt sein, **Störungen des Wettbewerbs abzustellen** und zwar **auch ohne einen Kartellverstoß feststellen zu müssen**. Die Eingriffsbefugnisse reichen hierbei von Verhaltensaufgaben bis hin zur Entflechtung.
- **Vorteilsabschöpfung:** Gesetzliche Vermutungen sollen die **Abschöpfung** erlangter wirtschaftlicher Vorteile im Falle eines festgestellten Kartellverstoßes erleichtern.
- **Durchsetzung des Digital Markets Acts ("DMA"):** Neue Ermittlungsbefugnisse sollen es dem BKartA erlauben, Verstöße gegen den **DMA eigenständig zu ermitteln**. Auch die private Durchsetzung des DMA soll erleichtert werden.

Weitgehende Befugnisse nach Sektoruntersuchung

Für das größte Aufsehen sorgt der bereits jetzt kontrovers diskutierte § 32f GWB-RegE. Danach soll das BKartA nach Abschluss einer Sektoruntersuchung bestimmte Eingriffsbefugnisse erhalten, sofern objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im untersuchten Wirtschaftszweig erheblich behindert würde oder eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt. Vorbild sind hierbei die Eingriffsbefugnisse der Competition and Market Authority (Vereinigtes Königreich). Ziel sei es, verhärtete Wettbewerbsstrukturen aufzubrechen, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen. Die neuen Befugnisse dürften insbesondere auf dem Kraftstoffmarkt zur Anwendung kommen.

Das neu eingefügte Eingriffsinstrument schließt an die Sektoruntersuchung an und verleiht dem BKartA verschiedene Befugnisse, **ohne einen Kartellverstoß feststellen zu müssen**:

- Durch Verfügung können Unternehmen in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen eine Anmeldepflicht für Zusammenschlüsse bei - im Vergleich zur Fusionskontrolle - niedrigeren Schwellenwerten aufgegeben werden. Demnach soll eine Anmeldepflicht auch dann bestehen, wenn die Erwerberin Umsatzerlöse im Inland von mehr als EUR 50 Mio. und das Zielunternehmen Umsatzerlöse im Inland von mehr als EUR 500.000 erzielt hat. Eine solche Verfügung ist grundsätzlich für eine Dauer von drei Jahren vorgesehen. Eine mehrmalige Verlängerung um jeweils drei Jahre ist möglich.
- Stellt das BKartA im Rahmen der Sektoruntersuchung fest, dass eine "erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs" vorliegt, kann das BKartA diese Wettbewerbsstörung durch Verfügung feststellen und den Unternehmen sowohl verhaltensorientierte als auch strukturelle Abhilfemaßnahmen auferlegen. Die Maßnahmen können insbesondere zum Gegenstand haben:

**Baker
McKenzie.**

Dieses Mandantenrundsreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrundsreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker McKenzie Rechtsanwalts-gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwalts-gesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International. © Baker McKenzie

- Die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen,
 - Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen,
 - Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen,
 - Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung,
 - das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen und
 - die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.
- Als *ultima ratio* soll das BKartA befugt sein, strukturelle Abhilfemaßnahmen, d.h. die Entflechtung von Unternehmen, anzuordnen. Die Entflechtung soll die Verpflichtung des Unternehmens zum Verkauf von Unternehmensanteilen oder Vermögenswerten umfassen und sich an marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb richten. Anders als noch im Referentenentwurf sieht der Regierungsentwurf eine Ausgleichspflicht für betroffene Unternehmen vor, wobei nicht der volle Wertverlust ersetzt werden soll.

Die zuvor genannten Verfügungen sollen innerhalb von 18 Monaten nach Veröffentlichung des Berichtes über die Sektoruntersuchung erlassen werden. Die geplanten Eingriffsbefugnisse begegnen jedenfalls insoweit rechtlichen Bedenken, als sie auf strukturelle Veränderungen gerichtet sind, d.h. die organisatorische Trennung von Unternehmens- und Geschäftsbereichen oder aber die Entflechtung.

Unternehmen, die in Wirtschaftszweigen tätig sind, in denen in den letzten 12 Monaten eine Sektoruntersuchung stattgefunden hat, sollten die Entwicklung des Gesetzgebungsverfahrens daher genauestens beobachten. Nach einem möglichen Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle ist im Falle einer Sektoruntersuchung in den betroffenen Wirtschaftszweigen jedenfalls besondere Vorsicht geboten - denn die Sektoruntersuchung könnte "Verbote" eines behördlichen Eingreifens sein. Aus prozessualer Sicht ist hervorzuheben, dass die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die Verfügung zu einer aufschiebenden Wirkung führen würde, wodurch der Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen verbessert werden soll.

Erleichterte Vorteilsabschöpfung

Der Regierungsentwurf sieht eine Vereinfachung der sog. Vorteilsabschöpfung im Falle eines Kartellverstoßes vor - ein in der Praxis bislang ungenutztes Instrument. Die Vereinfachung soll mit Hilfe von zwei Vermutungen ermöglicht werden:

- Es soll einerseits vermutet werden, dass ein Kartellrechtsverstoß zu einem wirtschaftlichen Vorteil geführt hat.
- Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils soll zudem geschätzt werden können, wobei eine weitere Vermutung einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von mindestens einem Prozent der tatbezogenen Umsätze annimmt. Diese Vermutung soll nur dann widerlegt werden können, wenn das Unternehmen nachweist, keinen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt zu haben.

Die Vermutung soll zudem ausgeschlossen sein, wenn die Erlangung eines Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Kartellverstoßes ausgeschlossen ist. Die Vorteilsabschöpfung ist dabei nicht an die Verhängung eines Bußgeldes durch das BKartA gebunden. Sie kann also auch bei Erlass einer Abstellungsverfügung angewendet werden.

Durchsetzung des DMA

Schließlich soll das BKartA die Befugnis erhalten, Verstöße gegen Art. 5, 6 und 7 DMA (sog. Verpflichtungen der "Gatekeeper") eigenständig zu ermitteln und anschließend der Europäischen Kommission Bericht über ihre Untersuchungsergebnisse zu erstatten. Eigene Sanktionen durch das BKartA sieht der Regierungsentwurf hingegen nicht vor. Um die private Durchsetzung des DMAs zu stärken, verweist die Begründung des Referentenentwurfs auf die Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen, die im Rahmen des DMA, wo geboten, als anwendbar gelten.

Wie geht es weiter?

Bei dem derzeit vorliegenden Entwurf der 11. GWB-Novelle handelt es sich um den Regierungsentwurf. Dieser wurde bereits vom Bundeskabinett verabschiedet und wird nun dem Bundestag und dem Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren zur ersten Stellungnahme zugeleitet. Da der Regierungsentwurf vor den Osterfeiertagen veröffentlicht wurde, steht der erste Verhandlungstag noch nicht fest.

Es ist damit zu rechnen, dass Bundestag und Bundesrat der Verschärfung des Kartellrechts mit allenfalls kleinen Änderungen zustimmen werden. Es empfiehlt sich daher, dass In-House Counsel bereits jetzt Sektoruntersuchungen auf Märkten, in denen das Unternehmen tätig ist, oder auch in benachbarten Märkten (sog. "Spillover-Effekt") verfolgen, um gegen mögliche Abhilfemaßnahmen des BKartA gerüstet zu sein.

Für die laufende Legislaturperiode ist zudem bereits die 12. GWB-Novelle geplant, welche vor allem die Themen Nachhaltigkeit und Verbraucherschutz abdecken soll. Als Ausgangspunkt der 12. GWB-Novelle soll die am 22. März 2023 vorgestellte [Studie der Heinrich Heine Universität Düsseldorf](#) dienen, die der Bundesregierung verschiedene Optionen zur Verwirklichung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellrecht aufzeigt.

Ihre Kontakte



Dr. Nicolas Kredel, LL.M.
Partner, Düsseldorf

Nicolas.Kredel
@bakermckenzie.com



Dr. Anika Schürmann LL.M.
Partnerin, Düsseldorf

Anika.Schuermann
@bakermckenzie.com



Jan Kresken, LL.M.
Counsel, Düsseldorf

Jan.Kresken
@bakermckenzie.com



Dr. Andrés Martin-Ehlers
Counsel, Düsseldorf/Frankfurt

Andres.Martin-Ehlers
@bakermckenzie.com