

Ausschuss Recht

Nachrichtlich:
Geschäftsführer der Mitgliedsverbände

RE-2020-007

15. Januar 2021
wm/be

10. GWB-Novelle

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum aktuellen Stand der 10. GWB Novelle hatten wir Sie zuletzt mit Rundschreiben RE-2020-077 informiert.

der Deutsche Bundestag hat am 14. Januar 2021 den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des „Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)“ in zweiter und dritter Lesung beschlossen. Das Gesetz wurde mit den Stimmen von CDU/CSU, SPD und Bündnis 90/Die Grünen bei Enthaltung der AfD, der FDP und der Linken in der vom Wirtschaftsausschuss geänderten Fassung angenommen (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 13.11.2020, **Anlage a**).

Der Bundestag beschloss zudem gegen die Stimmen von AfD und FDP bei Enthaltung der Linken und Grünen eine Entschließung zu dem Gesetz. Diese findet sich im Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD in der Ausschussdrucksache 19(9)905 vom 15.12.2020 (**Anlage b**).

Entschieden wurde auch über einen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD in der Ausschussdrucksache 19(9)926 (neu) vom 12.01.2021 (**Anlage c**). Der BDI hat anlässlich der Verabschiedung durch den Bundestag eine Pressemitteilung veröffentlicht (**Anlage d**).

Zu den Änderungen weist der BDI ergänzend auf Folgendes hin:

A. Wichtigste Änderungen im Vergleich zum Regierungsentwurf vom 9. September

1. Die Regelung des §19a GWB neu (Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb) ist bei den Verhaltenspflichten (Abs. 2) noch einmal ergänzt, präzisiert bzw. verschärft und mit

Beispielen belegt worden. Diese Verschärfungen standen seit Ende Oktober bereits in Rede:

- Beim sog. „Verbot der Selbstbevorzugung“ (§ 19 a Abs. 2 Nr.1 GWB neu) sind folgende Verhaltensweisen als Regelbeispiele für eine Untersagung mit aufgenommen werden:

- a) die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen;
- b) ausschließlich eigene Angebote vorzinstallieren oder in anderer Weise in Angebote des Unternehmens zu integrieren.

- Neu aufgenommen worden ist die Untersagung des Ergreifens von Maßnahmen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat, insbesondere

- a) Maßnahmen, die zu einer ausschließlichen Vorinstallation oder Integration von Angeboten des Unternehmens führen und
- b) andere Unternehmen daran zu hindern oder es ihnen erschweren, ihre eigenen Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen (§ 19 a Abs. 2 Nr. 2GWB neu).

- Beim Verbot des „Aufrollens von Märkten“ (§ 19 a Abs. 2 Nr. 3GWB neu) soll insbesondere (d. h. als Regelbeispiele) untersagt werden:

- a) die Nutzung eines Angebots des Unternehmens mit einer dafür nicht erforderlichen automatischen Nutzung eines weiteren Angebots des Unternehmens zu verbinden, ohne dem Nutzer des Angebots ausreichende Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands und der Art und Weise der Nutzung des anderen Angebots einzuräumen,
- b) die Nutzung eines Angebots des Unternehmens von der Nutzung eines anderen Angebots des Unternehmens abhängig zu machen.

Damit sollen Bündelungstaktiken von Unternehmen adressiert werden. Leider sind im Regierungsentwurf vorgenommenen Verbesserungen bei diesem Tatbestandsmerkmal (Einfügung eines Unbilligkeitskriteriums und Festschreibung der Beweislast beim BKartA) wieder entfallen.

- Das in bestimmten Konstellationen greifende „Datennutzungsverbot“ des § 19 a Abs. 2 Nr. 4GWB neu soll in ein „Datenverwertungsverbot“ umgemünzt werden und insbesondere folgende Verhaltensweisen untersagen:

- a) die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Verbraucher der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;
- b) von anderen Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten zu anderen als für die Erbringung der eigenen Dienste gegenüber diesen Unternehmen

erforderlichen Zwecken zu verarbeiten, ohne diesen Unternehmen eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen. Die in a) beschriebene Verhaltensweise dürfte den Facebook-Beschluss des BGH vom 23. Juni 2020 (KVR 69/19) normieren, während die in b) beschriebene Verhaltensweise voraussichtlich das von Kartellbehörden beanstandete Verhalten bestimmter „Marketplaces“ zum Gegenstand hat (vgl. z. B. Fallbericht des BKartA B2-88/18 vom 17.07.2019 und Einleitung einer Untersuchung der EU-Kommission am 17.07.2019–Amazon-).

- Bei §19 a Abs. 2 Nr. 5 neu („Interoperabilität“) und §19 a Abs. 2 Nr. 6 neu („Datenrückhaltung“) gibt es keine wesentlichen Änderungen, außer dass bei § 19 a Abs. 2 Nr. 5 neu neben der „Erschwerung“ auch die „Verweigerung“ der Interoperabilität als Tatbestandsmerkmal aufgenommen werden soll.

-Als weitere neu zu untersagende Verhaltensweise wurde aufgenommen für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen, insbesondere

- a) für deren Darstellung die Übertragung von Daten oder Rechten zu fordern, die dafür nicht zwingend erforderlich sind,
- b) die Qualität der Darstellung dieser Angebote von der Übertragung von Daten oder Rechten abhängig zu machen, die hierzu in keinem angemessenen Verhältnis stehen (§ 19 a Abs. 2 Nr. 7 GWB neu).

- In formeller Hinsicht wurde die Feststellungsverfügung nach Satz 1 auf fünf Jahre nach Eintritt der Bestandskraft befristet und eine Evaluierung der Vorschrift nach vier Jahren normiert.

2. Der Forderung des BDI, dass in § 20 Abs. 1 a GWB (neu) in jedem Fall im Gesetzeswortlaut klargestellt werden sollte, dass für einen Datenzugang (entspr. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB neu) ein angemessenes Entgelt zu entrichten ist, ist entsprochen worden. Diese Klarstellung ist nun in den Gesetzestext aufgenommen worden. Dadurch ist „sichergestellt, dass etwaige signifikante Kosten, die beispielsweise im Zusammenhang mit der Datenerzeugung, -bereinigung, -speicherung oder -pflege sowie Zugänglichmachung der Daten entstehen können, zu berücksichtigen und ggf. auszugleichen sind.“ (vgl. Begründung zum Änderungsantrag)

3. Die Umsatzschwellen für die Fusionskontrolle wurden angehoben (§ 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB), und zwar auf 50 Millionen Euro (erste Inlandsumsatzschwelle) beziehungsweise 17,5 Millionen Euro (zweite Inlandsumsatzschwelle). Dies ist ein großer Erfolg für den BDI der im Vergleich zum RefE und RegE eine weitere Erhöhung dieser Schwellen gefordert hatte. Die Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen bei der Fusionskontrolle entlastet die Wirtschaft und die Wettbewerbsbehörden, weil nun Zusammenschlüsse ohne nennenswerte Auswirkungen auf die Märkte von der Fusionskontrolle nicht erfasst werden.

4. Ganz besonders positiv ist, dass die beharrliche und langjährige Forderung des BDI erfüllt worden ist, angemessene und wirksame Compliance-Maßnahmen, die auch vor

einer Zuwiderhandlung ergriffen worden sind (Vortatverhalten), bei der Zumessung des Bußgeldes zu berücksichtigen, wenn sie vor einem Rechtsverstoß umgesetzt wurde (§81 d Absatz 1 Satz 2 Ziffer 4 neu). Dabei müssen die vor der Zuwiderhandlung getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen angemessen und wirksam sein. Dies belohnt die immensen Anstrengungen der Unternehmen, effektive Compliance zu leben und wird die Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen erleichtern.

5. Außerdem wird dem Bundesgerichtshof (BGH) die erstinstanzliche Zuständigkeit für Streitigkeiten gegen Verfügungen des Bundeskartellamts nach § 19a GWB (neu) zugewiesen (§ 73 Abs. 5 GWB neu). Ziel ist es, die Verfahren zu beschleunigen. Der BGH wäre damit Beschwerdegericht im ersten und letzten Rechtszug. Dies muss als eine überraschende Wendung klassifiziert werden, die die Rechtsschutzmöglichkeiten von Unternehmen noch einmal erheblich eingeschränkt. Der propagierte Beschleunigungseffekt muss sich erst noch erweisen.

6. Positiv ist auch, dass die beabsichtigte Einführung einer Pflicht zur zusätzlichen Meldung von Absatzmengen an die Markttransparenzstelle Kraftstoffe nun entfällt. Der BDI hatte sich gegen diese Pflicht ausgesprochen. Diese hätte bei zweifelhaftem Erkenntnisgewinn zu einem erheblichen zusätzlichen bürokratischen Aufwand bei den Unternehmen geführt.

B. Entschließungsantrag der CDU/CSU-Fraktion

In der Entschließung (vgl. oben Anlage b) wird die Bundesregierung unter anderem aufgefordert, die Anwendung des novellierten Wettbewerbsrechts und die Auswirkungen auf die Struktur der Digitalwirtschaft und der Wirtschaftsstruktur in Deutschland sowie auf die Wahlmöglichkeit der Verbraucher aufmerksam zu beobachten. Sie soll dem Bundestag nach vier Jahren berichten und die Anwendung der neuen Vorschriften zum Datenzugang vor allem dahingehend bewerten, ob die verschiedenen gelagerten Interessen beim Datenzugang angemessen berücksichtigt und gewahrt werden konnten, welche Auswirkungen der Datenzugang auf die Innovationskraft der deutschen Wirtschaft hat und ob die Berücksichtigung des Datenschutzes, des Immaterialgüterrechts und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen praxistauglich umgesetzt wird.

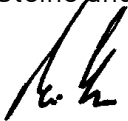
Zugleich soll die Regierung die europäischen Bemühungen für einen Ordnungsrahmen der Plattformökonomie in Form des Digital Markets Act begleiten und die deutschen Erfahrungen mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz den europäischen Institutionen sowie den Mitgliedstaaten offen zugänglich machen und in die europäische Debatte mit einbringen.

Dem Bundestag soll die Regierung ein Jahr nach Inkrafttreten des Digital Markets Act das Verhältnis zwischen europäischen und deutschen Regelungen erläutern, deren jeweilige Wirkung auf die Digitalwirtschaft bewerten und sich daraus ergebende nötige Anpassungen des deutschen Wettbewerbsrechts vorschlagen. Auf EU-Ebene soll sich die Regierung auch dafür einsetzen, Möglichkeiten zu schaffen, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung das Behindern von Innovation und Wettbewerb durch das strategische Aufkaufen von Wettbewerbern (sogenannte „Killer-Akquisitionen“) zu untersagen. Ebenso seien auf EU-Ebene die Voraussetzungen zu schaffen, um die Rechtssicherheit von Unternehmenskooperationen auch bei Vorliegen vertikaler Wettbewerbsverhältnisse zu unterstützen.

Wir werden Sie über den Fortgang und Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens weiter auf dem Laufenden halten.

Mit freundlichen Grüßen

Bundesverband Baustoffe –
Steine und Erden e.V.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Müller', is positioned below the text of the sender.

Wolf Müller
Geschäftsführer Recht

Anlagen