

Hogan Lovells Kartellrechts-Radar

Herbst 2019

– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

Fokus Digitalökonomie

"GWB-Digitalisierungsgesetz"

Mit dem am 7. Oktober 2019 veröffentlichten, vorläufigen Arbeitsstand des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle gibt sich Deutschland ein ambitioniertes neues Digital-Kartellrecht, um Onlinemärkte besser zu regulieren.

Laut einer [weltweiten Studie von Hogan Lovells zur Regulierung von Technologiemarkten](#) gab es allein im ersten Halbjahr 2019 über 450 politische Initiativen, die für eine härtere Gangart gegenüber "Big Tech" plädieren. Gleichwohl: Die konkrete Umsetzung von solchen oft sehr ambitionierten, teilweise auch populistisch angehauchten Vorschlägen steht noch weitgehend aus. Der Großteil dieser Vorschläge kam bislang nicht über das Debattenstadium hinaus.

Der Referentenentwurf zum "GWB-Digitalisierungsgesetz" enthüllt nun ein konkretes gesetzgeberisches Vorhaben, mit dem das Bundeskartellamt mehr Kompetenzen erhalten soll.

Gut zwei Jahre nach der letzten Überarbeitung wird Deutschland mit der geplanten Novellierung den nächsten Schritt zu einer schärferen kartellrechtlichen Regulierung von Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen vollziehen. Dahinter versteckt sich ein äußerst ambitioniertes Programm, das das Zeug hat, Deutschland zum Vorreiter bei der kartellrechtlichen Regulierung digitaler Märkte zu machen.

Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

Der Referentenentwurf hat sich einiges vorgenommen. Neben der Umsetzung der ECN+-Richtlinie sind Anpassungen bei der Fusionskontrolle, im Kartellverfahrensrecht sowie im Kartellschadensersatzrecht vorgesehen. Der klare Fokus der Novellierung liegt im Missbrauchsrecht, insbesondere mit Blick auf die digitalen Märkte. In diesem Bereich sind nach den aktuellen Planungen im Referentenentwurf folgende Neuregelungen hervorzuheben:

- Der Zugang zu "wettbewerbsrelevanten Daten" soll als ein Faktor bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB n.F.) und die Zugangsverweigerung zu solchen Daten als kartellrechtlicher Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestuft werden können (§§ 19 Abs. 2 Nr. 4, 20 Abs. 1a GWB n.F.).
- Das Bundeskartellamt soll ermächtigt werden, gegenüber großen digitalen Plattformen festzustellen, dass diese eine "überragende marktübergreifende Bedeutung" haben und diese in einem zweiten Schritt strengerem kartellrechtlichen Maßstäben zu unterwerfen (§ 19 a GWB n.F.). Damit sieht der Entwurf einen ausdrücklichen Eingriffstatbestand zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das sog. „Tipping“ von Märkten vor, also das "Umkippen" eines Marktes mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt.
- Des Weiteren soll klargestellt werden, dass sog. "Intermediäre", also zum Beispiel mehrseitige digitale Plattformen, die mit ihrem Geschäftsmodell auf die Sammlung, Aggregation und Auswertung von Daten zur Vermittlung von Angebot und Nachfrage zwischen Nutzergruppen ausgerichtet sind, marktmächtig sein können (§ 18 Abs. 3 b GWB n.F.).
- Zudem sollen nicht nur kleine und mittlere Unternehmen vor sog. relativer Marktmacht größerer Unternehmen geschützt werden, wenn sie von diesen abhängig sind. Zukünftig sollen sich alle Marktteilnehmer, selbst große Konzerne, auf diesen Schutz berufen können, wenn "die Abhängigkeit wegen einer deutlichen Asymmetrie nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird" (§ 20 Abs. 1 GWB n.F.).
- Dem Bundeskartellamt soll es außerdem erleichtert werden, zukünftig im Wege einstweiliger Maßnahmen gegen mögliche Wettbewerbsverstöße vorzugehen. Damit soll

vermieden werden, dass während jahrelanger Ermittlungen der Kartellbehörden die schnelllebigen digitalen Märkte bereits soweit monopolisiert oder "gekippt" sind, dass ein Eingreifen zum Schutz des Wettbewerbs zu spät kommen würde (§ 32 a Abs. 1 GWB n.F.).

- Zur Erhöhung der Rechtssicherheit bei horizontalen Kooperationen sollen Unternehmen zukünftig einen Anspruch auf Feststellung des Bundeskartellamts haben, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, "wenn Sie im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung haben" (§ 32 c Abs. 4 GWB n.F.).

Digitaler Vorreiter oder nationaler Einzelgänger?

Deutschland schreitet mit der Novelle voran, was die kartellrechtliche Regulierung digitaler Märkte angeht. Unabhängig davon, ob man die Zielsetzung der Bundesregierung zu mehr Intervention im Internet teilt, stellen sich einige grundsätzliche rechtspolitische Fragen. Kaum ein Wirtschaftsbereich ist globaler als die Online-Wirtschaft. Die großen Online-Player sind auf fast allen Märkten in den USA, Europa und – mit einigen Ausnahmen in China, Südkorea und Japan – auch in Asien vertreten. Wieso also eine deutsche und keine europäische Lösung? Wäre die EU-Kommission mit ihrer durchsetzungsstarken Wettbewerbskommissarin Vestager und dem neu gewonnenen Digitalportfolio nicht besser positioniert, ein gesamteuropäisches "Level Playing Field" zu schaffen?

Es bleibt abzuwarten, ob die Novellierung des GWB den Beginn eines Flickenteppichs nationaler Regelungen zur kartellrechtlichen Regulierung digitaler Märkte einleitet oder sich der deutsche Entwurf ggf. zu einer Blaupause für andere Länder innerhalb und außerhalb der EU entwickelt.

Einordnung und Ausblick

Die offizielle Bezeichnung des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle als "GWB-Digitalisierungsgesetz" zeigt deutlich die gesteigerten Ambitionen der Regierung. Sollte das Gesetz in dieser Form verabschiedet werden, dürften dem Bundeskartellamt im Bereich der digitalen Märkte in Zukunft weit mehr Instrumente zur Verfügung stehen als anderen europäischen Kartellbehörden.



Take away

Der Referentenentwurf zum "GWB-Digitalisierungsgesetz" gibt gesetzgeberisch konkretisierte Anhaltspunkte dafür, was in Zukunft in Deutschland an Durchsetzungsaktivitäten der Kartellbehörden in den digitalen Märkten zu erwarten ist. Unternehmen sollten dies zum Anlass nehmen, ihre kartellrechtlichen Compliance-Regelungen zu prüfen und bei Bedarf mit Blick auf die Besonderheiten dieser Entwicklungen anzupassen.

Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft – Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, ein vom Bundeswirtschaftsminister eingesetzter Expertenkreis, hat im September 2019 ihre Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts im Lichte der Digitalökonomie veröffentlicht.

Demnach sieht die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 zum einen den Schutz der Entwicklung und Vermarktung von Innovationen und zum anderen die Stärkung der Konsumentensouveränität im digitalen Raum als Schlüssel zur Offenhaltung des Wettbewerbs in der Digitalwirtschaft an. Der Rechtsrahmen des europäischen Wettbewerbsrechts sei deshalb im Hinblick auf die Eckpunkte verbesserter Datenzugang (Stichwort Datenportabilität), verschärfte Plattformregulierung, beschleunigtes Verfahren zur Anmeldung von Unternehmenskooperationen im Digitalbereich sowie vernetzte Digitalregulierung anzupassen. Um eine bessere Vernetzung der Aufsichtsbehörden sicherzustellen, schlägt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 die Einrichtung eines "Digital Markets Board" bei der EU-Kommission sowie einer EU-Agentur ("Digital Markets Transformation Agency") vor. Der Bericht und die Zusammenfassung einschließlich eines 22 Punkte-Plans sind [hier abrufbar](#).



Take away

Der Bericht ist der Versuch einer planvollen Bestandsaufnahme europäischen Reformbedarfs. Er adressiert Trends der Regulierung im Digitalbereich, die zum großen Teil über das Wettbewerbsrecht vorangetrieben wird. Deutschland könnte diese Themen im Rahmen der Ratspräsidentschaft im nächsten Jahr auch auf europäischer Ebene vorantreiben.

Fokus Vertikal-GVO

Wettbewerbsexperten aus Wissenschaft, Behörden und Gerichten veröffentlichen im Arbeitskreis Kartellrecht Hintergrundpapier zu Vertikalvereinbarungen – „Quo vadis Vertikal-GVO“

Das am 10. Oktober 2019 veröffentlichte Hintergrundpapier des Arbeitskreises nimmt die Reform der europäischen Vertikal-GVO (wir berichteten im [Kartellrechts-Radar Sommer 2019](#)) zum Anlass, Anpassungsbedarf und -möglichkeiten mit Blick auf Online-Handel und Digitalökonomie zu erörtern. Im Arbeitskreis Kartellrecht finden sich auf Einladung des Bundeskartellamtes jährlich Wettbewerbsexperten aus Wissenschaft, Wettbewerbsbehörden und Gerichten zusammen. Auf 34 Seiten beleuchtet das [Hintergrundpapier](#) die Rolle neuer Akteure im Online-Vertrieb sowie die neuartigen Wettbewerbsbeschränkungen, die im Online-Umfeld typischerweise auftauchen. Angesichts sich wandelnder Online-Geschäftsmodelle sei es schwierig, die Akteure den Stufen einer klassischen Vertriebskette mit Abnehmer-/Anbieter-Verhältnissen zuzuordnen. Die Vertikal-GVO mute deshalb insbesondere mit Blick auf Plattformen und Intermediäre zu starr an und ließe in der Praxis eine rechtssichere Einschätzung von Marktanteilen nicht zu.

Konkret rückt das Papier folgende Aspekte in den Fokus:

1. Vertikal-GVO und dualer Vertrieb

In der kartellrechtlichen Praxis stellen sich zunehmend Fragen im Zusammenhang mit dem dualen Vertrieb von Produkten, d.h. dem gleichzeitigen Verkauf von Produkten über Vertriebshändler und herstellereigene Vertriebskanäle, insbesondere Webshops und Online-Plattformen, aber auch Flagship-Stores. Hier gibt es kartellrechtlichen Anpassungsbedarf auch bei der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (Vertikal-GVO).

2. Typische Wettbewerbsbeschränkungen im Online Vertrieb

Mit Blick auf vertikale Preisbindung und Online/Offline- Doppelpreisstrategien schlägt der Arbeitskreis vor, die Vertikalleitlinien um konkrete Fallgruppen zu ergänzen. Damit soll eine Selbsteinschätzung der Unternehmen im Hinblick auf eine Einzelfreistellung möglich werden. Interessanterweise wirft der Arbeitskreis mit Blick auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des selektiven Vertriebs ([Sektoruntersuchung e-commerce der Kommission](#)) die Frage auf, ob die generelle Freistellung selektiver Vertriebssysteme (noch) sachgerecht sei. Diese könnten in der Praxis häufig dazu dienen, preisaggressive Händler zu überwachen bzw. zu sanktionieren und das Preisniveau zu kontrollieren, ohne wirklich Qualitätsziele zu verfolgen. Daneben stellt das Hintergrundpapier spezifische Überlegungen zu möglichen Wettbewerbsbeschränkungen durch Intermediäre/ Plattformen an (Stichwort: Paritäts- und Exklusivitätsklauseln bei Vermittlungskonstellationen).

3. Zuletzt benennt der Arbeitskreis Schwächen der Regelungstechnik, die der aktuellen Rechtsrahmen habe. Die formale Marktanteilsschwelle und der Kernbeschränkungskatalog seien möglicherweise nicht offen genug formuliert, um neue Sachverhalte zu erfassen.



Take away

Die Ergebnisse dieses Expertenkreises zeigen, dass kartellrechtliche Vertikalthemen parallel zu den Arbeiten der Europäischen Kommission an der Aktualisierung der Vertikal-GVO weiterhin im Fokus der kartellrechtlichen Debatte auch in den Mitgliedstaaten stehen. Unternehmen sollten diese Entwicklungen aufmerksam beobachten und im Rahmen ihrer vertikalen Vertragsbeziehungen berücksichtigen.

Fokus Kartellrechts-Compliance

Neuer Erlass des DOJ zur Berücksichtigung "effektiver" Compliance-Programme bei der Bußgeldzumessung

Der Anreiz zur Entwicklung und Implementierung effektiver Kartellrechts-Compliance nimmt weltweit weiter zu.

Im Juli 2019 vollzog die Antitrust Division des US Department of Justice ("DOJ") mit der Veröffentlichung ihrer Mitteilung zur "Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations" einen bedeutsamen Wechsel in ihrer Politik zur Berücksichtigung effektiver kartellrechtlicher Compliance-Programme zur Bußgeldminderung in Kartellverfahren. Damit gewinnen kartellrechtliche Compliance-Programme gerade für global tätige Unternehmen mit Geschäftstätigkeit in den USA signifikant an Bedeutung. Denn nunmehr können in US-Kartellverfahren auch Unternehmen, die das "Windhundrennen" um die Kronzeugenränge verloren haben, eine Bußgeldreduktion erreichen.

"Effektives" Compliance-Programm

Nach den neuen Leitlinien des DOJ ist ein "effektives" Compliance-Programm an den folgenden neun Bewertungskriterien zu messen: (1) Gestaltung und Vollständigkeit, (2) Compliance-Kultur des Unternehmens, (3) Verantwortung und verfügbare Ressourcen für das Programm, (4) Risikoanalyse, (5) Training der und Kommunikation mit den Mitarbeitern des Unternehmens, (6) Überwachung und Auditierung des Programms, (7) Vorhandene Meldemechanismen und -systeme, (8) Gewährung von Compliance-Anreizen und -Disziplin, sowie (9) Sanktionen. Dabei bleibt jedoch offen, wie diese Kriterien im Rahmen einer konkreten Bewertung zu gewichten wären.

Bei der Bewertung der Effektivität eines Compliance-Programms sollen drei Testfragen weitere Hilfestellung für Unternehmen geben:

1. Erfasst und sanktioniert das Compliance-Programm Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht?
2. Hat das Compliance-Programm zur Aufdeckung der Zuwiderhandlung beigetragen und dessen Anzeige erleichtert?
3. Inwieweit war das Top-Management des Unternehmens an der Zuwiderhandlung beteiligt?

"Why should I reward a compliance program that has failed?" – Relevanz in Europa?

Diese Frage des ehemaligen EU-Wettbewerbskommissars Joaquin Almunia aus dem Jahr 2010 dürften sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt aktuell unverändert stellen. Allerdings besteht die Hoffnung, dass die jüngsten Entwicklungen in den USA auch in Europa zukünftig zu einem Umdenken bei der Berücksichtigung effektiver Kartellrechts-Compliance-Programme in der Bußgeldmessung führen könnten. In einzelnen Mitgliedstaaten der EU wie z.B. Italien lassen sich beispielsweise bereits erste Entwicklungen in diese Richtung beobachten.

Was Unternehmen jetzt tun sollten

Auch wenn Compliance-Programme in Brüssel und Bonn derzeit nicht formell im Rahmen der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden, können auch deutsche Unternehmen von der neuen Politik profitieren. Das ist der Fall, wenn sich ein Kartell auf die Märkte in den USA auswirkt und das entsprechende Verhalten der beteiligten Unternehmen deshalb nach dem Auswirkungsprinzip dem US-Kartellrecht unterfällt.

Daher können Unternehmen die nunmehr veröffentlichten Vorgaben des DOJ zum Anlass nehmen, existierende Compliance-Programme nach diesen Vorgaben auf ihre Effektivität hin zu überprüfen bzw. bei der Aufsetzung neuer Compliance-Programme die Hinweise zur Effektivität berücksichtigen. Neben der Überprüfung und etwaigen Anpassung des Compliance-Programms sollten insbesondere regelmäßige Mitarbeiter-Schulungen sowie kartellrechtliche Risikobewertungen stattfinden. Durch die Benennung von Compliance-Beauftragten auf Führungsebene kann für eine kartellrechtliche Sensibilisierung im gesamten Unternehmen, einschließlich des oberen Managements, gesorgt werden. Letztlich kann nur so auf Dauer sichergestellt werden, dass kartellrechtliche Verdachtsfälle schnell erkannt, untersucht und ggf. angezeigt werden.



Take away

Die jüngsten Entwicklungen in den USA, wonach Unternehmen mit effektiven Compliance-Programmen von einer Bußgeldreduzierung in Kartellfällen profitieren können, zeigen, dass sich kartellrechtliche Compliance lohnt. Unternehmen, die auch in den USA tätig sind, sollten die Leitlinien des DOJ zum Anlass nehmen, ihre Compliance-Programme nach diesen Vorgaben zu überprüfen.

Fokus Kartellschadensersatz

Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln auch bei Kartellschadensersatzansprüchen, die vor dem 26. Dezember 2016 entstanden sind

Der nunmehr veröffentlichte Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle lässt auch im Bereich des Kartellschadensersatzrechts aufhorchen.

Bereits die 9. GWB-Novelle hatte das Ziel, die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Kartellschadensersatzansprüchen zu erleichtern. In diesem Zusammenhang wurde unter anderem mit § 33g GWB auch ein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs erforderlich sind, in das GWB aufgenommen.

Mit der Einführung von § 33g GWB verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die prozessuale Stellung beweisbelasteter Schadensersatzkläger zu verbessern. Diese stehen typischerweise vor dem Problem, dass ihnen Einzelheiten und Auswirkungen der Kartellabsprachen nicht bekannt sind.

Von einer tatsächlichen Verbesserung ihrer prozessualen Stellung können bislang jedoch nur solche Schadensersatzkläger sicher ausgehen, deren Schadensersatzanspruch nach dem 26. Dezember 2016 entstanden ist. So verneinte das OLG Düsseldorf die Anwendbarkeit des § 33g GWB auf ältere Schadensersatzansprüche (Beschlüsse vom 3. April 2018 sowie vom 7. Mai 2018 (VI-W (Kart) 2/18)). Zur Begründung berief sich das OLG dabei auf den Umstand, dass § 33g GWB ausdrücklich nur für solche Beweismittel gelte, die zur Erhebung eines Anspruchs nach § 33a GWB erforderlich sind. § 33a GWB finde nach der Übergangsbestimmung des § 186 Abs. 3 S. 1 GWB jedoch ausschließlich Anwendung auf Schadensersatzansprüche, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Auf ältere Schadensersatzansprüche gemäß § 33 Abs. 3 GWB a.F. könne der Beweismittelherausgabeanspruch somit nicht angewandt werden.

Dieser viel diskutierten Entwicklung tritt der Referentenentwurf zum "GWB-Digitalisierungsgesetz" nunmehr offensiv entgegen. Er stellt ausdrücklich klar, dass § 33g GWB in sämtlichen Rechtsstreitigkeiten anzuwenden ist, in denen nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben worden ist. Ob der betreffende Schadensersatzanspruch zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden war oder nicht, soll dabei keine Rolle spielen.

Take away

Nach dem Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle soll der Auskunfts- und Herausgabeanspruch des § 33g GWB zukünftig auch auf Schadensersatzansprüche Anwendung finden, die vor dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Für die Anwendbarkeit soll somit nur der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich sein.

Ihre Hauptansprechpartner

[Dr. Martin Sura](#)

Praxisgruppenleiter Kartellrecht
Partner, Düsseldorf
martin.sura@hoganlovells.com

[Dr. Falk Schöning](#)

Partner, Brüssel
falk.schoening@hoganlovells.com

[Dr. Marc Schweda](#)

Partner, Hamburg
marc.schweda@hoganlovells.com

[Dr. Christoph Wünschmann](#)

Partner, München
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com

[Christian Ritz](#)

Counsel, München
christian.ritz@hoganlovells.com

Bleiben Sie auf dem Laufenden!

[Focus on Regulation Blog](#)

[Deutscher Blog](#)

[Deutsche Webseite](#)

Unser deutsches Kartellrechtsteam



“Hogan Lovells” oder die “Sozietät” ist eine internationale Anwaltssozietät, zu der Hogan Lovells International LLP und Hogan Lovells US LLP und ihnen nahestehende Gesellschaften gehören. Abbildungen von Personen zeigen aktuelle oder ehemalige Anwälte und Mitarbeiter von Hogan Lovells oder Models, die nicht mit der Sozietät in Verbindung stehen. www.hoganlovells.com