POLICY BRIEF

AUF EINEN BLICK

Der Referentenentwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz sieht vor, das Wettbewerbsrecht mit Blick auf die Besonderheiten der Digitalökonomie weiter anzupassen.

- Die neuartigen Missbrauchstatbestände für Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung sollten nicht übereilt eingeführt werden.
- Bei Ausbeutungsmissbräuchen sollte weiterhin ein Ursachenzusammenhang zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten vorhanden sein.
- Die verfahrensbetroffenen Unternehmen sollten gesetzlich stärker zur Mitwirkung verpflichtet werden, soweit eine effektive kartellbehördliche Rechtsdurchsetzung andernfalls nicht zu gewährleisten ist.
- Eine Erhöhung der Aufgreifschwellen der Fusionskontrolle und die damit verbundene Absenkung des Wettbewerbsschutzes sollten mit einer gezielten Erhöhung der Kontrolldichte auf Regionalmärkten verbunden werden.

10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen *und* regionalen Märkten begegnen!

Das Bundeswirtschaftsministerium hat einen Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz ausgearbeitet.[1] Im Gesetzgebungsverfahren sollte das Augenmerk darauf liegen, das deutsche Missbrauchsrecht nicht im Widerspruch zum EU-Recht weiterzuentwickeln und eine undurchdachte Regulierung der digitalen Märkte zu vermeiden. Außerdem ist der Zusammenhang zwischen nachträglicher Missbrauchskontrolle und vorsorglicher Fusionskontrolle zu beachten. Die geplante Erhöhung der Aufgreifschwellen darf nicht zur Reduzierung der Kontrolldichte auf regionalen Märkten führen.

Die Bundesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, einen digitalen Ordnungsrahmen zu gestalten. **Zu diesem Zweck hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Referentenentwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) ausgearbeitet, mit dem u. a. die Weiterentwicklung der Vorschriften über Marktmachtmissbräuche bezweckt wird**. Der Entwurf soll das System zur Durchsetzung des Kartellrechts zielgerichtet verbessern. Die Monopolkommission begrüßt dieses Bemühen.[2] Der Referentenentwurf nimmt insbesondere mit Blick auf die Beurteilung von Plattformgeschäftsmodellen wichtige wissenschaftliche Impulse und Erkenntnisse aus der Fallpraxis auf.[3] **Aus Sicht der Monopolkommission ist jedoch darauf zu achten, dass die bestehenden deutschen Missbrauchsvorschriften möglichst in Anlehnung an das EU-Recht fortentwickelt und Widersprüche zum EU-Recht vermieden werden**. **Auch im Bereich der Fusionskontrolle lassen sich** – über digitale Märkte hinausgehend – **noch Verbesserungen erzielen.**

Neuartiges Missbrauchsrecht für Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung“ nicht übereilt einführen

Der Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz enthält Regelungen, mit denen im deutschen Kartellrecht teilweise völlig neue Wege beschritten werden. Der Referentenentwurf schlägt dazu mit § 19a und § 20 Abs. 3a zwei neue Vorschriften vor, um das bestehende Missbrauchsrecht zu erweitern und typischen Wettbewerbsproblemen auf digitalen Märkten teils auch vorbeugend zu begegnen.

Dabei richtet § 20 Abs. 3a sich gegen strukturelle Wettbewerbsverzerrungen, zu denen es kommen kann, wenn **durch bestimmte nachfrageseitige Größenvorteile eines Plattformunternehmens der Markt an einer bestimmten Schwelle „kippt“.** Werden Wettbewerber von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht daran gehindert, selbst Größenvorteile zu erzielen, so sollen diese Verhaltensweisen als unbillige Behinderung verfolgt werden. Das soll die Märkte offenhalten und marktbeherrschenden Stellungen vorbeugen.

WAS SIND DIGITALE PLATTFORMEN?

Die Eigenschaften digitaler Plattformen gelten als Auslöser wesentlicher Wettbewerbsprobleme im Bereich der Digitalökonomie. Wesentliches Merkmal einer Plattform ist, dass sich ihr Angebot an mehrere unterschiedliche Nutzergruppen richtet, die über die Plattform miteinander interagieren. Ein Beispiel ist eine Auktionsplattform, die sowohl denjenigen, die etwas veräußern (bzw. verauktionieren) wollen, als auch denjenigen, die etwas erwerben wollen, eine Vermittlungsleistung anbietet. Wenn die Nutzer auf einer Plattformseite von einer höheren Nutzeranzahl auf der anderen Plattformseite profitieren, liegen sog. indirekte Netzeffekte vor. Im Beispiel der Auktionsplattform profitieren etwa diejenigen, die etwas veräußern wollen, wenn viele potenzielle Käufer die Plattform nutzen. Je größer eine Plattform bereits ist, desto schwieriger ist es für andere Anbieter, ihr Konkurrenz zu machen. Die Größe einer Plattform ist daher für ihre Nutzer sowohl mit positiven, aber aufgrund des sinkenden Wettbewerbs auch mit negativen Auswirkungen verbunden. Plattformmärkte finden sich nicht ausschließlich bei digitalen Angeboten. Wettbewerbsprobleme können hier jedoch aufgrund der oftmals geografisch kaum begrenzten Märkte und der schnellen Anpassungsmöglichkeiten digitaler Angebote mit besonders hoher Intensität auftreten. Um Marktmacht, die aufgrund der Plattformeigenschaften entstehen kann, besser zu erfassen, wurden in § 18 Abs. 3a GWB bereits entsprechende Kriterien aufgenommen.

Zudem zielt der Referentenentwurf mit dem neuen § 19a darauf, **die Ausbildung digitaler Ökosysteme zu erfassen und etwa zu verhindern, dass Plattformen ihre Marktstellung und die wirtschaftliche Macht aus Märkten strategisch dazu einzusetzen, den Wettbewerb auf weiteren Märkten einzuschränken**.[4] Damit sollen Probleme adressiert werden, die entstehen können, wenn bestimmte Unternehmen z. B. auf neuen

Märkten wettbewerbsschädliche Strukturen aufbauen, ohne dass diese Unternehmen notwendigerweise auf allen diesen Märkten bereits die Schwelle zur Marktbeherrschung überschritten haben.[5]

Der Referentenentwurf adressiert damit wichtige ökonomische Fragen im Kontext der Plattformwirtschaft. Zu deren Klärung lagen dem Bundeswirtschaftsministerium zwei Gutachten vor, die zur Vorbereitung der Gesetzesnovelle dienten. Die neue Regelung in § 20 Abs. 3a entspricht im Grundsatz einer Empfehlung des Gutachtens zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen". Demgegenüber handelt es sich bei dem geplanten § 19a um eine weitreichende Neuerung, die in dieser Form nicht auf die gutachterlichen Vorarbeiten zurückgeht und der auch keine öffentliche Diskussion vorangegangen ist. Die neue Vorschrift kombiniert vielmehr einzelne Empfehlungen von Expertenberichten und in der kartellbehördlichen Praxis untersuchte (herkömmliche) Missbräuche von Plattformunternehmen, geht darüber zum Teil aber auch hinaus.[6]

Zur Feststellung eines möglichen Verstoßes nach § 19a sind in einem zweistufigen Verfahren erst die „überragende marktübergreifende Bedeutung" des betreffenden Unternehmens und dann ein etwaiger Missbrauch zu ermitteln. Das **Konzept einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung" (Abs. 1) ist dem deutschen Missbrauchsrecht bisher unbekannt**.[7] Die Voraussetzungen einer solchen marktübergreifenden Bedeutung werden in § 19a Abs. 1 allerdings **lediglich durch Kriterien konturiert, die ebenso für die Feststellung einer beherrschenden Stellung relevant sind**. Im Übrigen bleibt es dem Bundeskartellamt überlassen, Kriterien für eine Abgrenzung von herkömmlicher Marktmacht zu entwickeln. Die **Missbrauchsfallgruppen (Abs. 2) sind sodann weit gefasst und adressieren** sehr verschiedene Verhaltensweisen. Deshalb wird es auch in diesem Kontext weitgehend dem Bundeskartellamt überlassen sein, zu bestimmen, was die gemeinsamen kennzeichnenden Merkmale von Missbräuchen gemäß § 19a sind. Es ist zu erwarten, dass der Tatbestand mangels einer klaren und einheitlichen Linie und aufgrund der hieraus folgenden Rechtsunsicherheit die Gerichte auf Jahre bis zu einer endgültigen Klärung beschäftigen wird.

Hinsichtlich der **Rechtsfolgen** eines festgestellten Missbrauchs verweist der Referentenentwurf auf die schon bestehenden Befugnisse des Bundeskartellamts nach §§ 32 ff. GWB. Allerdings ist **unklar, ob diese kartellrechtlichen Befugnisse ausreichen, um** dort, wo sich ein missbräuchliches Verhalten von Plattformunternehmen negativ auf die Marktstruktur auswirkt, **wirksame Gegenmaßnahmen treffen zu können. So könnte es auch sein, dass eine laufende Überwachung und Regulierung** des Verhaltens der Unternehmen mit Instrumenten erforderlich ist, die über die heutigen §§ 32 ff. GWB hinausreichen.

Die Vorschrift des § 19a wirft nach allem eine Vielzahl grundlegender Fragen auf. Eine Analyse und Diskussion der Frage, anhand welcher gesetzlicher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz im Fall der Ausbildung von Plattform-Ökosystemen erreicht werden kann, hat bisher nicht stattgefunden. Davon abgesehen ist zweifelhaft, ob sich § 19a in seiner gegenwärtigen Form überhaupt in einer Weise operationalisieren lässt, die zu einer effektiven Missbrauchsaufsicht wird beitragen können. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die Vorschrift nicht ohne eine eingehendere Prüfung im Rahmen des aktuellen Reformvorhabens in Kraft zu setzen.

Bestehende Missbrauchsverbote möglichst unionsrechtskompatibel weiterentwickeln – Wettbewerbsbezug erhalten

Bei der Weiterentwicklung des bestehenden Missbrauchsrechts ist aus Sicht der Monopolkommission darauf zu achten, dass das deutsche Recht erstens am europäischen Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) orientiert bleibt und zweitens der ordnungspolitische Bezug zu wettbewerblichen Problemstellungen nicht verwischt wird. Denn es ist möglichst zu vermeiden, dass grenzüberschreitend unterschiedliche Rechtsstandards den EU-Binnenmarkt fragmentieren. Außerdem ist zu bedenken, dass Art. 102 AEUV speziell im Digitalbereich grundsätzlich neben deutschem Recht zu prüfen ist.[8] **Der Referentenentwurf enthält eine Reihe von materiell-rechtlichen Vorschriften, die das Missbrauchsrecht im Digitalbereich ergänzen sollen.**

Die vorgesehene Anerkennung des von der Wissenschaft vorgeschlagenen **Konzepts der Intermediationsmacht auch im deutschen Recht ist zu begrüßen**. Ein kennzeichnendes Merkmal digitaler Plattformen ist, dass sie als Vermittler zwischen Nutzergruppen stehen. Ein Beispiel ist eine Such-

plattform, die Suchende und die Anbieter von Inhalten (einschließlich Werbeinhalten) zusammenführt. Ein anderes Beispiel ist ein soziales Netzwerk, das gleichartigen Nutzern die Kontaktaufnahme und Kommunikation untereinander ermöglicht. Bei solchen Vermittlungsleistungen kann es zu Abhängigkeiten der Nutzer von der Plattform kommen. Dadurch kann die Plattform wettbewerbliche Verhaltensspielräume gewinnen, sofern es keine konkurrierenden Alternativangebote gibt. Die Problematik war bereits Gegenstand mehrerer Verfahren, die das Bundeskartellamt geführt hat.[9]

Angesichts dessen erscheint die im Referentenentwurf vorgeschlagene Erweiterung des subjektiven Anwendungsbereichs von § 20 Abs. 1 GWB auf große Unternehmen sinnvoll. **Die Vorschrift würde das Verbot des Marktmachtmissbrauchs auf alle Arten wettbewerbsrelevanter Abhängigkeitsverhältnisse erstrecken.** Hiermit ginge auch keine problematische Abweichung vom EU-Recht einher. Eine „beherrschende Stellung" gemäß Art. 102 AEUV ist dann zu bejahen, wenn ein Unternehmen unabhängig von anderen Marktteilnehmern agieren kann und wenn dieses unabhängige Verhalten den wirksamen Wettbewerb auf einem oder mehreren relevanten Märkten beeinträchtigt.[10] Dies entspricht dem Konzept der Intermediationsmacht. Abweichend von der deutschen Rechtslage (vgl. § 18 Abs. 1 GWB) erfordert die Feststellung einer beherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV somit nicht notwendigerweise, dass relevante Märkte abgegrenzt werden, auf denen das fragliche Unternehmen infolge eines Verhaltensspielraums unabhängig agieren kann. Es müssen nur diejenigen relevanten Märkte bestimmt werden, auf denen der Wettbewerb beeinträchtigt wird.[11]

Die vorgeschlagene Änderung des allgemeinen Missbrauchsverbots nach § 19 Abs. 1 GWB ist allerdings problematisch. Der Referentenentwurf sieht vor, die Vorschrift neu zu fassen, sodass „[d]er Missbrauch" anstelle bisher: „[d]ie missbräuchliche Ausnutzung" einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten sein soll. Die Änderung dient nach der Begründung des Referentenentwurfs zur Klarstellung, **dass an einen Marktmachtmissbrauch keine qualifizierten Anforderungen im Sinne einer „strikten Kausalität" zu stellen sind**.[12] Durch die Neufassung soll sich diese Klarstellung nun auf alle Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs erstrecken. Die hiermit beabsichtigte Änderung würde jedoch gerade nicht zu einer stärkeren Angleichung an das EU-Recht führen und wäre zudem ordnungspolitisch fragwürdig.

Mit Blick auf die Angleichung an das EU-Recht wäre es zielführender, an dem bisherigen, stärker an Art. 102 AEUV orientierten Wortlaut der Vorschrift festzuhalten. Auch wurde bereits zum bestehenden deutschen Missbrauchsverbot im damaligen Gesetzgebungsverfahren hervorgehoben, es sei „eine methodische Selbstverständlichkeit", „dass das künftig eng an das europäische Recht angepasste nationale Kartellgesetz im Lichte eben dieser europäischen Regeln auszulegen sein wird."[13] Die deutsche Rechtsprechung hat eine mit Art. 102 AEUV zu vereinbarende Gesetzesauslegung bisher auch nie infrage gestellt. Das Bundeskartellamt kann seine Durchsetzungspraxis somit schon jetzt an Art. 102 AEUV ausrichten.

Dies würde sicherstellen, dass die maßgebliche unionsrechtliche Auslegung von Art. 102 AEUV vollständig ins deutsche Recht übernommen wird, insbesondere zur Frage, ob das möglicherweise missbräuchliche Verhalten eines beherrschenden Unternehmens den unionsrechtlich erforderlichen Wettbewerbsbezug aufweist. Nach der insoweit maßgeblichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) verbietet Art. 102 AEUV einem beherrschenden Unternehmen „insbesondere die Anwendung von Praktiken, die für seine als ebenso effizient geltenden Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfalten und damit seine Stellung stärken, indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs herangezogen werden."[14]

Diese vom „Leistungswettbewerb" abweichenden Mittel können nach der Rechtsprechung des EuGH in zwei Gruppen unterteilt werden:

- Auf der einen Seite geht es um die Frage, ob der Inhaber einer solchen marktbeherrschenden Stellung die sich gerade hieraus ergebenden Möglichkeiten nutzt, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, „die er bei einem tatsächlichen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte".[15] **Diese Fallgruppe ist insbesondere in Fällen der Ausbeutung von Verbrauchern relevant**.
- Auf der anderen Seite geht es um die Beurteilung von Verhaltensweisen, die grundsätzlich jedes Unternehmen verfolgen kann. In diesem Fall ist das jeweilige Verhalten insgesamt zu betrachten und unter wettbewerblichen

Gesichtspunkten – d. h. dem Zweck sowie der Eignung zu einer Beschränkung des Wettbewerbs – zu bewerten.[16] **Diese Fallgruppe ist insbesondere bei Strategien zur Behinderung von Wettbewerbern (z. B. Kampfpreisen, Rabatten) relevant**.

Der mit dem Referentenentwurf angestrebte Verzicht auf einen Ursachenzusammenhang zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten wird bei Behinderungsmissbräuchen im europäischen Recht bereits praktiziert und ist auch ordnungspolitisch unproblematisch, da die Behinderung von Wettbewerbern durch ein beherrschendes Unternehmen seine Marktstellung im Ergebnis absichert. **Bei Ausbeutungsmissbräuchen** – die der Referentenentwurf explizit als Ziel der geplanten Änderung benennt – **würde der Verzicht auf den Ursachenzusammenhang jedoch zu Rechtsunsicherheit führen**, da hiermit die Verknüpfung zwischen einer beliebigen unbilligen Verhaltensweise und aufgrund der Marktstruktur geschwächtem Wettbewerb wegfiele. **Die Kartellbehörden bekämen so die Möglichkeit, beliebige Rechtsverstöße als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verfolgen.**[17]

Zur Verfahrensbeschleunigung Mitwirkung der Unternehmen stärker effektivieren

Die Erfahrungen in Verfahren gegenüber großen digitalen Plattformen haben die Notwendigkeit schnellerer Interventionen gezeigt. Die Regierungskoalition hat sich im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode deshalb zum Ziel gesetzt, „die Verfahren im allgemeinen Wettbewerbsrecht spürbar [zu] beschleunigen, ohne dabei rechtsstaatliche Garantien einzuschränken."[18] Auch die Europäische Kommission prüft Möglichkeiten zu schnelleren Interventionen, unter anderem durch gesetzliche Beweiserleichterungen für die Zwecke kartellbehördlicher Verwaltungsverfahren.[19]

Hintergrund dieser Bestrebungen ist jeweils der Umstand, dass Plattformen aufgrund ihrer Vermittlerfunktion als Regelsetzer für die Interaktion der Plattformnutzer agieren. Bei Plattformen mit einer beherrschenden Stellung ist es für die Nutzer schwierig, zu Alternativangeboten zu wechseln. Deshalb kann bei beherrschenden Plattformen eine erhöhte Gefahr bestehen, dass sie ihre Funktion als Regelsetzer zum Nachteil ihrer Nutzer einsetzen. Wenn eine solche Plattform zudem ein datenbasiertes Geschäftsmodell verfolgt, **kann sie zusätzlich über Informationsvorteile verfügen**, und zwar sowohl gegenüber ihren Nutzern als auch gegenüber den Behörden, denen der Schutz der Nutzer obliegt.[20] Denn von außen ist es nicht ohne Weiteres möglich nachzuvollziehen, wozu die Plattform die ihr verfügbaren Daten verwendet. Zwar verfügen die Kartellbehörden in Verwaltungsverfahren auf EU-Ebene und in Deutschland über ähnlich umfassende Auskunftsbefugnisse.[21] **Allerdings wird der Einsatz dieser Befugnisse dadurch erschwert, dass sich die Marktverhältnisse im Digitalbereich schnell ändern** und dass die Marktteilnehmer ihr Verhalten laufend an die sich ändernden Verhältnisse anpassen. Das macht es für die Behörden schwierig, bei der Sachverhaltsermittlung mit dem Verhalten der Plattformunternehmen und der anderen Marktteilnehmer Schritt zu halten (*moving target*).

Diese Schwierigkeiten bei der Feststellung des relevanten Sachverhalts kollidieren sowohl auf EU-Ebene als auch in Deutschland mit der rechtsstaatlichen Pflicht der Kartellbehörden, alle für den Einzelfall bedeutsamen und entweder belastenden oder entlastenden Umstände zu ermitteln (Amtsermittlungsgrundsatz).[22] Bei Lichte betrachtet trägt schon die bestehende Rechtslage etwaigen Nachweisschwierigkeiten der Kartellbehörden Rechnung. Denn nach § 26 Abs. 2 VwVfG „[sollen] die Beteiligten […] bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben." Diese Mitwirkungspflicht reduziert die Ermittlungspflichten der Kartellbehörden. Dies kann insbesondere in Fällen eines Ausbeutungsmissbrauchs relevant werden. Denn das beherrschende Unternehmen hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in diesen Fällen „der Kartellbehörde die **Daten aus seinem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann.**"[23] Obwohl auf EU-Ebene eine mit § 26 Abs. 2 VwVfG vergleichbare Regelung fehlt, erscheint es übrigens auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht völlig ausgeschlossen, dass zugunsten der Kartellbehörde bei einer gerichtlichen Überprüfung, „nicht unerheblich[e] und gelegentlich sehr groß[e] Schwierigkeiten bei der Feststellung [relevanter Tatsachen] in Rechnung" zu stellen sind.[24]

Allerdings sind diese nach geltendem Recht theoretisch verfügbaren Erleichterungen in der kartellbehördlichen Praxis kaum relevant. Die Kartellbehörden stützen sich in ihren Ver-

fahren typischerweise allein auf die eigenen Ermittlungsbefugnisse und müssen dem Gericht im Fall einer gerichtlichen Überprüfung dann eine umfassende eigene Sachverhaltsermittlung nachweisen. Ein Grund für die fehlende Thematisierung von Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsermittlung kann im deutschen Recht gerade darin liegen, dass mit § 26 Abs. 2 VwVfG hierfür nur eine praktisch kaum getestete Verfahrensregelung zur Nachweiserleichterung besteht, die im Bedarfsfall zudem von außerhalb des GWB heranzuziehen ist. Auf EU-Ebene fehlt eine solche Regelung sogar ganz. **Das GWB-Digitalisierungsgesetz sollte zum Anlass genommen werden, eine ausdrückliche und an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientierte ausführlichere Regelung im GWB zu verankern.** Eine solche Regelung könnte auch Vorbildfunktion für die EU-Ebene haben.

Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, § 59 Abs. 2 GWB, der die Auskunftspflichten bei kartellbehördlichen Auskunftsverlangen betrifft, um folgende Sätze zu ergänzen: *„Sie haben der Kartellbehörde innerhalb der in dem Auskunftsverlangen gesetzten Frist auch solche Informationen aus ihrem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann. Bei Versäumung der Frist kann die Kartellbehörde daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen und nach Lage der Sache ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Informationen entscheiden.“*[25]

Fusionskontrolle auf regionalen Märkten stärken

Im Bereich der Fusionskontrolle sieht der Entwurf keine den Änderungen im Missbrauchsrecht vergleichbar grundsätzlichen Änderungen vor. Verschiedene geplante Anpassungen und Neuerungen des Referentenentwurfs zielen allerdings auf die Aufgreifkriterien, nach denen sich bestimmt, ob das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss zu kontrollieren hat bzw. kontrollieren kann. Die Aufgreifkriterien werden im Rahmen von Novellierungen des GWB regelmäßig diskutiert. Einerseits wird angeführt, der Aufwand in Form personeller Ressourcen für die Wirtschaft und die Kartellbehörden sei aufgrund niedriger Schwellenwerte zu hoch. **Andererseits wird kritisiert, dass auf Grundlage der bestehenden Aufgreifschwellen kritische Zusammenschlussfälle, die potenziell Wettbewerbsprobleme aufwerfen, im Rahmen der Fusionskontrolle nicht geprüft werden können.** Vor dem Hintergrund der Sorge, dass die Umsätze die wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses nicht hinreichend wiedergeben, wurde etwa in § 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB eine sog. Transaktionswertschwelle aufgenommen. Die Rechtsänderung erfolgte im Rahmen der 9. GWB-Novelle, u. a. nach einem Vorschlag der Monopolkommission. Die Einführung der Schwelle hat zur Folge, dass subsidiär die Gegenleistung als Kriterium für die Kontrollpflicht eines Zusammenschlusses heranzuziehen ist.[26]

Der vorliegende Entwurf der 10. GWB-Novelle sieht vor, die Aufgreifschwellen für die Fusionskontrolle anzuheben und damit die Kontrollpflicht abzusenken. Dies betrifft erstens die 2009 eingeführte sog. zweite Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 HS 2 GWB), wonach das kleinere an einem Zusammenschluss beteiligte Unternehmen Inlandsumsätze von mindestens 10 statt bisher 5 Millionen Euro aufweisen muss. Die zweite Änderung betrifft die sog. Bagatellmarktgrenze (§ 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB), wonach im Rahmen einer bereits angemeldeten Fusion die Untersagungsmöglichkeit für solche Märkte entfällt, auf denen Umsätze von bis zu 20 statt bisher 15 Millionen Euro erzielt werden. Allerdings sollen zukünftig mehrere festgestellte Bagatellmärkte gebündelt, d. h. mit ihrem Gesamtumsatz, betrachtet werden können. Zudem wird in einem neuen § 39a eine Aufforderungsregelung eingeführt, nach der die Kontrollpflicht in bestimmten Fällen auf 250 Millionen Euro (Schwelle weltweiter Umsatzerlöse des Erwerbers) und 2 Millionen Euro (Schwelle weltweiter Umsätze des Zielunternehmens) abgesenkt wird, wobei das Zielunternehmen mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt haben muss. Die neuen Werte sollen bei Übernahmen seitens ausgesuchter Unternehmen in einzelnen Wirtschaftszweigen zur Anwendung kommen. Die Unternehmen können vom Bundeskartellamt vorab bestimmt werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass künftige Übernahmen dieser Unternehmen Wettbewerbsprobleme im Inland in den entsprechenden Wirtschaftszweigen hervorrufen.

Die geplante Erhöhung einzelner Schwellenwerte wird im Gesetzentwurf vor allem mit einem besseren Ressourceneinsatz beim Bundeskartellamt und einer im internationalen Vergleich angemessenen Senkung der Fallzahlen (zweite Inlandsumsatzschwelle) begründet. Außerdem solle eine Konzentration auf volkswirtschaftlich wesentliche Fälle und eine Anpassung an die Inflationsentwicklung erfolgen (die

Bagatellmarktschwelle ist nach einer erheblichen Erhöhung im Jahr 1998 nominell nicht mehr angepasst worden).[27] Allgemein dient insbesondere die zweite Inlandsumsatzschwelle auch dem Zweck, den Inlandsbezug von im Inland kontrollierten Auslandsfusionen zu festigen. Fraglich ist allerdings, ob von der geplanten Erhöhung der beiden Schwellenwerte auch umgekehrt unerwünschte Wirkungen ausgehen, indem Zusammenschlüsse nicht mehr erfasst werden, deren wettbewerbliche Bedeutung im Inland hoch ist.

Eine unerwünschte Wirkung könnte vor allem in Bezug auf lediglich regional wirkende Zusammenschlüsse bestehen, sofern diese künftig nicht bzw. nicht mehr der Kontrollpflicht unterliegen. Regionale Märkte liegen dann vor, wenn aus Sicht der Nachfrager nur Anbieter in Betracht kommen, die mit ihren Leistungen in einem nahen Umkreis tätig sind. Von der Zusammenschlusskontrolle betroffene regionale Märkte finden sich etwa im Gesundheitswesen, z. B. bei medizinischen Versorgungszentren oder Krankenhäusern, in der Entsorgungswirtschaft oder im Bereich von speziellen Handelsgütern, z. B. bei Tankstellen. In diesen Märkten kann die Anhebung der genannten Schwellenwerte womöglich in einzelnen Fällen zu einer Absenkung des Wettbewerbsschutzes führen, wenn solche Zusammenschlüsse dadurch aus der Kontrollpflicht fallen.[28] Dies wäre nicht wünschenswert. Im Referentenentwurf wird mit diesem Problem auch die Neueinführung der Aufforderungsregelung in § 39a begründet.[29]

Aus ökonomischer Sicht gibt es gute Gründe, gerade bei Regionalmärkten eher strengere Aufgreifkriterien anzuwenden. So ist beispielsweise der systematische Aufkauf kleiner regionaler Marktführer einer Branche durch einen großen bundesweit tätigen Anbieter (nicht kontrolliert, weil unterhalb der Schwellenwerte) von seinem wettbewerblichen Schadenspotenzial mit dem Zusammenschluss zweier großer bundesweit tätiger Anbieter (kontrolliert, weil oberhalb der Schwellenwerte) gleichzusetzen. Auch ist der Aufwand der Kartellbehörde, viele Zusammenschlüsse der gleichen Branche zu kontrollieren, vergleichsweise geringer als bei derselben Anzahl von Fällen mit einem Schwerpunkt in unterschiedlichen Branchen. Es gibt zudem Anhaltspunkte, dass es gerade auf Regionalmärkten häufig zu Wettbewerbsbeschränkungen kommt. Ohne eine wirksame Kontrolle können sich örtlich marktbeherrschende Stellungen herausbilden (sog. *stealth consolidation*). Unter Bezugnahme auf das Regionalmarktproblem hat z. B. eine neue Untersuchung der Anhebung von Schwellenwerten in den USA gezeigt, dass es dort zu einem erheblichen Anstieg der Fusionen gekommen ist, der kausal auf die geringere Wettbewerbskontrolle zurückgeführt werden kann.[30]

Vor diesem Hintergrund ist die im Entwurf der 10. GWB-Novelle beabsichtigte **Erhöhung der Aufgreifschwellen zu Zwecken des Wettbewerbsschutzes dann vertretbar, wenn zugleich sichergestellt wird, dass es auf regionalen Märkten nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen kommt.** Allerdings sprechen einige Gründe dafür, dass die neue Aufforderungsregelung kein geeignetes Instrument ist, um die Regionalmarktproblematik zu adressieren. So finden sich im Wortlaut des geplanten § 39a keine Tatbestandsvoraussetzungen, nach denen regionalmarktspezifische Sukzessiverwerbe von Zusammenschlüssen auf anderen Märkten abzugrenzen sind. Vielmehr würden auf Tatbestandsebene zukünftig insbesondere „Anhaltspunkte" vorausgesetzt, wonach der Wettbewerb im Inland eingeschränkt werden kann. Die Wirkung des § 39a ist daher abhängig von der Praxis des Bundeskartellamts, asymmetrisch und stets nachlaufend sowie insgesamt kaum vorhersehbar.

Im Übrigen kann die geplante Aufforderungsregelung auch nicht überzeugend zur Lösung anderer diskutierter, aber im Referentenentwurf nicht ausdrücklich genannter Probleme beitragen, etwa in Bezug auf Übernahmen von Start-ups durch große Digitalunternehmen. So dürfte hier der in § 39a Abs. 2 Nr. 2 geforderte Inlandsbezug (2/3-Regelung) bereits in vielen Fällen nicht gegeben sein. Auch könnten Start-ups zu Beginn grundsätzlich nur geringe Umsätze erzielen, sodass – sollten diese Übernahmen bei der Anwendung des § 39a ins Blickfeld rücken – grundsätzlich auf geringe Transaktionswertschwellen statt auf Umsätze abzustellen wäre. Den Zusammenschlüssen im Digitalbereich liegen außerdem häufig wechselnde sachlich relevante Märkte zugrunde. Der Referentenentwurf hebt dagegen gerade solche Fälle als problematisch hervor, in denen ein Unternehmen mehrere Erwerbsvorgänge auf dem gleichen sachlich relevanten Markt durchführt.[31] Es fehlt auch noch an hinreichender Erfahrung, wie die pro- und antikompetitiven Wirkungen der Übernahme von Start-ups im Digitalbereich zu gewichten sind, vor allem mit Blick auf den Fall, dass der Erwerber und das Zielunternehmen nicht auf dem gleichen sachlich relevanten Markt tätig sind. Sofern solche Zusammenschlüsse aber nicht als typischerweise schädlich für den Wettbewerb identifiziert

wurden, ist ihre intensivere Kontrolle noch nicht angezeigt.[32] Zusammenfassend ist daher zu konstatieren, dass mit dem geplanten § 39a ein dem Kartellrecht fremdes, eher regulierungsähnliches Eingriffsinstrument auf Ebene der Aufgreifkriterien geschaffen würde, dessen Vorteile bisher nicht hinreichend ersichtlich sind.

Eine gezieltere Stärkung der Kontrolle regionaler Zusammenschlüsse ließe sich aus Sicht der Monopolkommission dadurch erreichen, dass der Gesetzgeber die zu prüfenden Umsätze bei Zusammenschlüssen mit regionalem Schwerpunkt erhöht. Ein entsprechender Umsatzmultiplikator könnte neben den bereits bestehenden Sonderregeln für Umsätze in § 38 GWB ergänzt werden. Die neue Regel sollte es auslösen, wenn die Zusammenschlussbeteiligten ihre Umsätze größtenteils auf lokalen oder regionalen Märkten erzielen. Trotz ihrer unterschiedlichen Größe eignen sich die Grenzen der Bundesländer als Abgrenzungskriterien. Auch kleinere Bundesländer sind groß genug, um regionale Märkte erfassen zu können und größere Bundesländer sind klein genug, um zugleich im Fall bundesweiter Märkte ein Auslösen der Regel zu verhindern. Um auch Tätigkeiten im Grenzgebiet mehrerer Bundesländer einzuschließen, sollte zudem auf einen Schwerpunkt innerhalb von drei Bundesländern abgestellt werden. Bei Zusammenschlüssen mit einem entsprechenden lokalen oder regionalen Schwerpunkt sollten die Umsätze verdoppelt werden. Dadurch wäre jedenfalls sichergestellt, dass die geplante Verdopplung der zweiten Inlandsumsatzschwelle nicht zu unerwünschten Lücken in der Fusionskontrolle führt.

Die Monopolkommission empfiehlt, statt den vorgeschlagenen § 39a einzuführen den bestehenden § 38 GWB um einen neuen Absatz 6 zu ergänzen, der lautet: *„Für einen Zusammenschluss, bei dem mindestens 90 Prozent der Inlandsumsätze eines Zusammenschlussbeteiligten in nicht mehr als drei Bundesländern erwirtschaftet werden, ist das Doppelte der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Abweichend davon sind für die Berechnung der Schwelle nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 die Umsatzerlöse auf einem Markt zu verdoppeln, der sich räumlich auf nicht mehr als drei Bundesländer erstreckt.“*

[1] Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), Bearbeitungsstand: 24.01.2020, 9:32 Uhr (nachfolgend: „Referentenentwurf").

[2] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 1. Aufl. 2015, Tz. 484.

[3] Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht vom 29. August 2018; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht von September 2019.

[4] Vgl. zur „wirtschaftlichen Macht" auch Art. 2 Abs. 1 lit. a und b VO 139/2004, dort für den Bereich der Fusionskontrolle.

[5] Referentenentwurf, S. 73.

[6] Siehe Referentenentwurf, S. 75 ff., mit ausdrücklichem Verweis auf Empfehlungen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 und EU-Kommission, Fall 39.740 – *Google Shopping*; BKartA, Fall B6-22/16 – *Facebook*.

[7] Vgl. dazu aber: Britische Regierung, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, März 2019, Ziff. 2.10, 2.17, 2.24 ff.: „establish a digital platform code of conduct, based on a set of core principles. The code would apply to conduct by digital platforms that have been designated as having a strategic market status"; ferner Referentenentwurf, S. 57; Steinberg in: Wirtz/Steinberg, WuW 2019, 606 (611).

[8] Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003; dazu auch Wouter Wils, The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt, Concurrences N° 3-2019; Vorabfassung unentgeltlich abrufbar: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424592 .

[9] BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15 – *Parship/Elitepartner*, Tz. 71 ff; BKartA, Beschluss vom 23. November 2017, B6-35/17 – *CTS Eventim/Four Artists*, Tz. 53, 63 ff.; zu den Kriterien der Intermediationsmacht vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – *Werbeblocker III*, Leits. b und Rz. 25 ff.

[10] Siehe EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65 f.

[11] Abweichend insoweit Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 30 mit Fn. 87.

[12] Referentenentwurf, S. 70.

[13] Bundesrat, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zum GWB (7. Novelle), BT-Drs. 15/3640, S. 73 (74 f.).

[14] EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 21 ff., insb. Rz. 25.

[15] EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, S. 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 249; Urteil vom 11. Dezember 2008, C-52/07 – *Kanal 5 und TV 4*, Slg. 2008, I-9275, ECLI:EU:C:2008:703, Rz. 27.

[16] EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 26 ff.; Urteil vom 6. September 2017, C-413/14 P – *Intel Corporation Inc.*, E-CLI:EU:C:2017:632, Rz. 139; Urteil vom 19. April 2012, C-549/10 P – *Tomra u. a.*, ECLI:EU:C:2012:221, Rz. 79.

[17] Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, 1. Aufl. 2018, Tz. 676.

[18] Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land; Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Tz. 2756 ff.

[19] Espinoza/Fleming, Margrethe Vestager eyes toughening 'burden of proof' for Big Tech, Financial Times vom 30. Oktober 2019. Ähnliche Maßnahmen sind übrigens auch für das U.S.-Recht vorgeschlagen worden; siehe Fox, Platforms, Power and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S. – Europe Divide, 98 Neb. Law Rev. 102, 121 (2019).

[20] Vgl. Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, Final Report, 2019, S. 60-62.

[21] Siehe Art. 18 VO 1/2003 bzw. § 59 GWB.

[22] Siehe im deutschen Recht § 24 VwVfG.

[23] BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015, KVR 77/13, Rz. 30.

[24] EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207, E-CLI:EU:C:1978:2227/76, Rz. 248/257.

[25] Siehe zu dieser Formulierung BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015, KVR 77/13, Rz. 30; § 70 Abs. 3 S. 2 GWB.

[26] Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 1. Aufl. 2015, Tz. 461.

[27] In Bezug auf die Schwellenwerte der Bagatellmarktklausel ist allerdings die im Jahr 2012 vorgenommene Verlagerung in die materielle Fusionskontrolle zu beachten. Aus ökonomischer Sicht hätte mit dieser eine Absenkung des Schwellenwertes erfolgen müssen. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, 1. Aufl. 2012, Tz. 62.

[28] Der Monopolkommission sind aus jüngerer Zeit z. B. aus dem Bereich der Entsorgungswirtschaft drei Fälle bekannt, die sich im Hauptprüfverfahren befanden und bei denen das Zielunternehmen Umsätze von unter oder nur knapp über 10 Millionen erreicht hat (zweite Inlandsumsatzschwelle). In Bezug auf die Bagatellmarktklausel ist darauf hinzuweisen, dass das Bundeskartellamt mehrfach bestätigt hat, dass durch diese die Prüfung von Zusammenschlüssen/Märkten im Entsorgungsbereich verhindert wurde.

[29] Referentenentwurf, S. 100.

[30] Wollmann, Thomas G., Stealth Consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act, AER: Insights 2019, 1(1): 77–94.

[31] Referentenentwurf, S. 99.

[32] Im Referentenentwurf wird die Einführung eines speziellen Aufgreiftatbestandes für Übernahmen von Start-ups durch große Digitalunternehmen sogar ausdrücklich abgelehnt (S. 60); allerdings unter Bezugnahme auf das Gutachten von Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, die ein materielles Kriterium zur besseren Berücksichtigung von entsprechenden Aufkaufstrategien vorschlagen (S. 122 ff.).

Die Monopolkommission ist ein ständiges, unabhängiges Expertengremium, das die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät. Die Monopolkommission besteht aus fünf Mitgliedern, die auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten berufen werden. Vorsitzender der Monopolkommission ist Prof. Achim Wambach.

KONTAKT
Monopolkommission
Kurt-Schumacher-Str. 8 · 53113 Bonn
info@monopolkommission.bund.de
www.monopolkommission.de

→ Abonnieren Sie den Policy Brief bequem über unseren Mail-Newsletter:
www.monopolkommission.de/newsletter