

# Stellungnahme

---

## zum Regierungsentwurf eines GWB-Digitalisierungsgesetzes

Stand: 01.10.2020



## I. Einleitung

---

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland 300.000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450.000 Standorten einen Umsatz von rund 535 Milliarden Euro jährlich.

Im Handelsverband Deutschland (HDE) sind Unternehmen aller Branchen, Größenklassen und Vertriebswege mit rund 100.000 Betriebsstätten organisiert. Sie stehen für rund 75 Prozent des Einzelhandelsumsatzes in Deutschland.

Der Regierungsentwurf eines GWB-Digitalisierungsgesetzes dient zunächst der Umsetzung der europäischen ECN-Plus-Richtlinie – mit der die Kartellbehörden gestärkt sowie Verfahrensregeln und Bußgelder harmonisiert werden sollen – in nationales Recht. Die Tatsache, dass sich die Bundesregierung weitgehend auf eine Eins-zu-eins-Umsetzung der europäischen Vorgaben beschränkt, ist positiv zu bewerten. Die deutsche Wettbewerbsaufsicht funktioniert, ist effizient und hat wiederholt unter Beweis gestellt, dass sie Verstöße gegen das geltende Kartellrecht konsequent ahnden und abstellen kann. Defizite bei der Kartellrechtsdurchsetzung sind in Deutschland nicht zu erkennen. Für den nationalen Gesetzgeber gibt es daher keinen Handlungsbedarf über die Richtlinienvorgaben hinaus.

Dagegen wurde in den letzten Jahren z. B. in der Wettbewerbskommission 4.0 intensiv und kontrovers diskutiert, ob Änderungen im Kartellrecht wegen der wirtschaftlichen Veränderungen durch die Digitalisierung erforderlich sind. Mit dem Regierungsentwurf wird nun richtigerweise betont, dass „das grundsätzlich gut funktionierende System der Kartellrechtsaufsicht in Deutschland erhalten bleiben“ soll und deshalb nur „maßvolle Modernisierungen“ geplant seien. Dies ist nach unserer Auffassung der richtige Ansatz, den wir ausdrücklich unterstützen.

Im Folgenden stellt der HDE die Position zu den für den Einzelhandel relevanten Punkten des Regierungsentwurfs dar.



## II. Grundsätzliche Überlegungen zum Reformbedarf

---

Schutzlücken und daraus resultierender Handlungsbedarf des Gesetzgebers sind im deutschen Kartellrecht (GWB) derzeit – auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Veränderungen durch die Digitalisierung – nicht zu erkennen. Die 9. GWB-Novelle, mit der bereits auf Änderungen im Zuge der Digitalisierung reagiert wurde, ist erst im Jahr 2017 in Kraft getreten. Diese Überarbeitung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers bereits sicherstellen, dass das deutsche Kartellrecht den Herausforderungen einer digitalisierten Welt gerecht wird und eine wirksame Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht auch unter den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen weiterhin gewährleistet ist.

Mit den Änderungen der 9. GWB-Novelle wurden bereits die Besonderheiten der Plattformökonomie auch im Wettbewerbsrecht berücksichtigt. Der HDE vertritt weiterhin die Auffassung, dass die Wirksamkeit dieser Neuregelungen in der praktischen Fusions- und Missbrauchskontrolle zunächst evaluiert werden sollte, bevor der Gesetzgeber weitere gesetzliche Änderungen in Angriff nimmt. Es droht sonst eine Überregulierung mit schwer abzuschätzenden wettbewerbsökonomischen Auswirkungen, die im Ergebnis im schlimmsten Fall sogar dem Wirtschaftsstandort Deutschland in einer digitalen Welt schaden könnten. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass verschärfte Regeln den Marktzugang von neu gegründeten Digitalunternehmen eher erschweren als erleichtern, so dass die eigentlich intendierte Belebung des Wettbewerbs in derzeit konzentrierten Märkten sogar konterkariert werden könnte. Für eine Bewertung fehlt derzeit im Hinblick auf die Neuregelungen der 9. GWB-Novelle noch die Anwendungspraxis. Diese wird frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Neuregelungen, also im Jahr 2022, vorliegen. Erst wenn dann ein noch durchzuführender Praxistext belegt, dass weitere Defizite im Bereich der Marktabgrenzung, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle bestehen, sollten weitergehende Neuregulierungen in Betracht gezogen werden.

Auch wenn mit dem Regierungsentwurf nun nur relativ maßvolle Änderungen – im Wesentlichen in Bezug auf die Digitalwirtschaft und Plattformökonomie – in Angriff genommen werden, stellen wir grundsätzlich in Frage, ob der Zeitpunkt für diese Maßnahmen richtig gewählt ist. Der HDE hätte es bevorzugt, wenn der Gesetzgeber mit weniger Zeitdruck und nach umfassender Analyse der praktischen Auswirkungen der letzten Novelle tätig geworden wäre. Zudem erscheint es notwendig, sich auch für eine adäquate Regelung auf EU-Ebene einzusetzen, um den Binnenmarkt konsequent voran zu bringen und eine Fragmentierung der



Märkte zu verhindern. In jedem Fall muss nun aber sichergestellt werden, dass von den Neuregelungen, die sich gezielt an die digitalen Unternehmen der Plattform-ökonomie richten sollen, nicht (unbeabsichtigt) auch andere Wirtschaftszweige erfasst werden.

### III. Einzelfragen

---

#### 1. Neues Konzept der „Intermediationsmacht“ (§ 18 Abs. 3 b GWB-E)

Mit dem neuen § 18 Abs. 3 b GWB-E soll das Konzept der „Intermediationsmacht“ in die Marktbeherrschungsprüfung des GWB integriert werden. Der Gesetzgeber versteht die vorgesehene Ergänzung als Klarstellung, die dazu beitragen soll, Intermediationsmacht rechtssicher zu erfassen. Auf diese Weise soll insbesondere die missbrauchsanfällige Marktmachtposition mehrseitiger digitaler Plattformen einfacher festgestellt werden können.

Nach der Gesetzesbegründung stehen digitale Plattformen im Fokus des Gesetzgebers, da gerade mit diesen Geschäftsmodellen erhebliche Missbrauchspotenziale und Konzentrationstendenzen verbunden sein sollen. Trotz dieser Zielsetzung wird die Neuregelung des Abs. 3 b nicht auf Unternehmen, die allein auf digitalen Märkten tätig sind, beschränkt. Vielmehr wäre in Zukunft die Marktstellung aller Unternehmen auch nach den Kriterien des Abs. 3 b zu bewerten, soweit diese „*als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig*“ sind. Mehrseitige Märkte bestehen aber auch außerhalb der Digitalwirtschaft. Bei der Bewertung der Marktstellung solcher Unternehmen im klassischen Bereich der Wirtschaft wären dann in Zukunft die Maßstäbe des Abs. 3 b ebenfalls anzulegen, so dass auch die Bedeutung ihrer Vermittlungsleistungen für den Zugang der Lieferanten zu Absatz- und der Händler zu Beschaffungsmärkten zu berücksichtigen wäre.

Bereits heute sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung alle relevanten Umstände bei der Ermittlung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen. Diese Vorgabe hat in der Vergangenheit im klassischen Bereich der Wirtschaft ausgereicht, um Marktmacht auch auf mehrseitigen Märkten rechtssicher feststellen zu können. Eine Notwendigkeit, darüber hinaus die Bedeutung der erbrachten Vermittlungsleistungen auch außerhalb des spezifischen Sektors der Digitalwirtschaft bei der Prüfung besonders in den Blick zu nehmen, besteht nicht. Insbesondere sind in der Vergangenheit



außerhalb der Digitalwirtschaft keine Probleme bei der Bewertung der Marktstellung bekannt geworden. Da in diesem Bereich außerdem die im Rahmen der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht benannten Problemlagen mit verstärkten Konzentrationstendenzen und Missbrauchsgefahren – anders als in der Digitalwirtschaft – nicht bestehen, sollte die Regelung ausdrücklich auf reine Digitalunternehmen beschränkt werden.

Die Regelung sollte daher lauten:

*(3b) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen digitalen Märkten ohne wesentlichen Bezug zu physischen Infrastrukturen tätig ist, ist insbesondere auch ... zu berücksichtigen.*

## 2. Neufassung der „essential facilities doctrine“ und Datenzugang (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1 a GWB-E)

Mit der Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E will der Gesetzgeber klarstellen, dass auch eine Verweigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen missbräuchlich sein kann. Darüber hinaus wird ausdrücklich klargestellt, dass auch die Verweigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten einen Marktmachtmissbrauch darstellen kann. Diesem Grundgedanken folgend, wird für die Aufsicht über Unternehmen mit relativer Marktmacht in § 20 Abs. 1 a GWB-E festgestellt, dass eine Abhängigkeit auch vorliegen kann, wenn ein anderes Unternehmen auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, so dass die Verweigerung eines solchen Zugangs durch das relativ marktmächtige Unternehmen eine unbillige Behinderung darstellen kann.

Die geplante Klarstellung ist im Grundsatz nicht zu kritisieren. Wie in der Gesetzesbegründung richtig dargestellt wird, ist der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten seit der 9. GWB-Novelle bereits ausdrücklich bei der Ermittlung von Marktmacht zu berücksichtigen (§ 18 Abs. 3 a Nr. 4 GWB). Wettbewerbsrelevante Daten sind damit nicht nur Bestandteil der Fusionskontrolle, sondern werden auch von der Missbrauchsaufsicht erfasst. Die nun geplante weitere Klarstellung sollte aber mit einer eindeutigen gesetzlichen Definition des Datenbegriffs verbunden werden.

Unternehmen verarbeiten unzählige und völlig unterschiedliche Daten. Der Begriff ist außerordentlich komplex und kann ausufernd interpretiert werden, so dass auch



Absatzzahlen oder andere unternehmerische Kennziffern davon erfasst werden könnten. Gerade weil der Begriff der „wettbewerbsrelevanten Daten“ bereits mit der 9. GWB-Novelle in das deutsche Kartellrecht eingeführt wurde (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) und diesem Parameter deshalb große Bedeutung zukommt, ist eine klare und eher restriktive Definition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs erforderlich, um eine rechtssichere Abgrenzung von sonstigen Datenbeständen des betroffenen Unternehmens zu gewährleisten und auch einen wettbewerbsökonomisch unerwünschten Informationsaustausch zu vermeiden. Ein restriktiv verstandener Anwendungsbereich der Datenzugangsregelungen würde außerdem der Gefahr entgegenwirken, dass diese Vorschriften im Wege des *private enforcement* von Wettbewerbern und sonstigen Dritten instrumentalisiert werden. Hier sehen wir ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential, das leicht zu einem Wettbewerbsnachteil für die betroffenen Unternehmen werden kann.

Da in der Gesetzesbegründung auch die Verweigerung des Zugangs zu eigenen Daten angesprochen ist und daraus Verpflichtungen entstehen, Dritten Zugang auch zu solchen Daten zu gewähren, ist außerdem eine Differenzierung zwischen personen- und nicht-personenbezogenen Daten dringend erforderlich.

Im Bereich der personenbezogenen Daten sind die Möglichkeiten der Datennutzung bereits umfassend durch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen reguliert, so dass weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf nicht zu erkennen ist. Es ist daher für die Rechtsanwendung problematisch, wenn die Vorschrift de facto kartellrechtlich neue allgemeine Ansprüche auf einen Datenzugang begründet und gleichzeitig parallel dazu die datenschutzrechtlichen Restriktionen – wie in der Gesetzesbegründung ausdrücklich festgestellt wird (Begründung zu Nr. 3 b, S. 82) – weiterhin vom Unternehmer beachtet werden müssen.

Aber auch im Bereich der nicht-personenbezogenen Daten lehnen wir die mit der Vorschrift verbundene generelle „Datensharing-Pflicht“ für marktmächtige Unternehmen aus grundsätzlichen Erwägungen ab. Eine Öffnung der Datenbestände marktmächtiger Wettbewerber für konkurrierende kleine Unternehmen ermöglicht den Konkurrenten Zugriff auf autonom generierte und geldwerte Datenbestände und verzerrt damit den Wettbewerb. Wir begrüßen daher die Tatsache, dass von dieser Regel auch nach der neuen Fassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E nur abgewichen werden soll, wenn tatsächlich ein Fall des Marktmachtmissbrauchs vorliegt.



### 3. Effektivierung der Kontrolle über große Digitalkonzerne (§ 19 a GWB-E)

§ 19 a GWB-E soll die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts gegenüber den großen digitalen Plattformunternehmen erweitern, auch wenn diese auf Märkten tätig sind, die von ihnen noch nicht mit überragender Marktmacht beherrscht werden. Damit soll den bestehenden Konzentrationstendenzen und wettbewerblichen Risiken auf digitalen Märkten Rechnung getragen werden. Dieser Ansatz kann für digitale Plattformunternehmen nachvollzogen werden.

Zur Problematik im Zusammenhang mit dem unbestimmten Begriff der „wettbewerbsrelevanten Daten“ wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2. verwiesen.

Wir begrüßen, dass die Formulierung des Abs. 2 des § 19 a GWB-E ausdrücklich auf die „Feststellung nach Absatz 1“ verweist und damit hinreichend sicherstellt, dass sich die neuen Untersagungsmöglichkeiten der Kartellrechtsaufsicht ausschließlich auf Märkte im Sinne des § 18 Absatz 3 b GWB-E beziehen. Damit die neuen Untersagungsmöglichkeiten nur für digitale Plattformmärkte und nicht auch gegenüber anderen Branchen der Wirtschaft zum Einsatz kommen, ist aber auch die von uns angeregte Änderung des § 18 Abs. 3 b (vgl. oben Gliederungspunkt III.1.) zu berücksichtigen.

### 4. Erweiterung des Anwendungsbereichs der Missbrauchsaufsicht (§ 20 Abs. 1 GWB-E)

Der Anwendungsbereich des § 20 i. V. m. § 19 GWB soll über den geltenden Schutzbereich für Unternehmen kleiner und mittlerer Größe auch auf Großunternehmen erweitert werden.

Die geplante Anwendung der Missbrauchsaufsicht auf Sachverhalte unterhalb der Marktbeherrschung und eine Einbeziehung von Großunternehmen in den Schutzbereich der Regeln für Unternehmen mit relativer Marktmacht lehnen wir als unnötig ab. Die gesetzliche Änderung wird voraussichtlich wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben und damit im Hinblick auf die Zielsetzung sogar kontraproduktiv sein.

Die Regelung des § 20 i. V. m. § 19 GWB soll eigentlich den Mittelstand schützen. Die nun geplante Einbeziehung großer (Industrie-)Unternehmen in den Schutzbereich lehnt der HDE aus folgenden Gründen entschieden ab:





Diese Maßnahme würde für das Verhältnis zwischen den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels und der herstellenden Industrie zu einer unverhältnismäßigen Überregulierung führen. Diese Gefahr besteht, weil der Begriff der „unbilligen Behinderung“ des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB denkbar weit ausgelegt werden kann und durch die Rechtsprechung nur unzureichend konkretisiert ist. Es ist nicht auszuschließen, dass bei einer entsprechenden Erweiterung des Schutzbereichs harte Verhandlungen zwischen dem Lebensmitteleinzelhandel und großen Industrieunternehmen erschwert oder unmöglich gemacht würden. Diese Beschränkung der Verhandlungsspielräume würde noch neben das bereits bestehende und zuletzt mit der 9. GWB-Novelle erweiterte „Anzapfverbot“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB) treten. Eine solche Maßnahme ist zudem besonders problematisch, weil zwischen Lebensmitteleinzelhandel und insbesondere multinational aufgestellter, großer Industrie kein Marktgleichgewicht zum Nachteil der Lebensmittelhersteller besteht, sondern diese Stufen der Lieferkette mindestens auf Augenhöhe miteinander verhandeln, wobei verschiedene Indizien sogar für einen Machtüberhang der konzentrierten, oft weltweit agierenden Lebensmittelhersteller sprechen.

Die geplante Erweiterung des Anwendungsbereichs wird also die Verhandlungsposition der großen Lieferanten gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel zusätzlich und unverhältnismäßig stärken. Aufgrund der damit drohenden Störung des ohnehin labilen Verhandlungsgleichgewichts besteht die Gefahr, dass in Folge einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 20 i. V. m. § 19 GWB die Verbraucherpreise steigen und der Innovationswettbewerb nachlassen werden.

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf die detaillierte Argumentation in unserem *Positionspapier zum Endbericht „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ der Wissenschaftler Haucap, Kerber, Schweitzer und Welker vom Dezember 2018.*

#### 5. Neuer Eingriffstatbestand bei drohendem „Tipping“ (§ 20 Abs. 3 a GWB-E)

Mit dem neuen § 20 Abs. 3 a GWB-E soll ein Eingriffstatbestand zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das „Tipping“ von Märkten kodifiziert werden. Dabei wird die durch Leistungswettbewerb herbeigeführte Konzentration richtigerweise nicht per se missbilligt. Stattdessen sollen erweiterte Möglichkeiten für die Aufsichtsbehörde geschaffen werden, durch frühes und schnelles Eingreifen in nicht-leistungswettbewerbliches Verhalten eines Unternehmens mit überlegener Marktmacht – z. B. durch





gezielte Behinderung von Wettbewerbern – ein Kippen des Marktes zu verhindern, auch wenn noch keine marktbeherrschende Stellung erreicht wurde.

Wir haben Bedenken, ob der neue Eingriffstatbestand in der Praxis rechtssicher anzuwenden ist und damit durchgesetzt werden kann. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „positive Netzwerkeffekte“ und „Behinderung“ von Wettbewerbern sowie die Gestaltung als Gefährdungstatbestand lassen uns zweifeln, ob diese Vorschrift hinreichend justiziabel sein wird. Es drückt sich darin außerdem ein bedenklicher Paradigmenwechsel aus, der mit einer ex-post-basierten Missbrauchsaufsicht nicht vereinbar ist. In jedem Fall würden wir die Verwendung von Regelbeispielen präferieren, um mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten. Da Regelbeispiele keine abschließende Aufzählung unzulässiger Verhaltensweisen darstellen, wird durch sie der Anwendungsbereich der Norm auch nicht unverhältnismäßig eingeschränkt. Damit bleibt eine Anwendung der Norm auf neue, nicht von den Regelbeispielen erfasste Formen der Behinderung bei der Erzielung von Netzwerkeffekten möglich.

#### 6. Schwelle für einstweilige Anordnungen (§ 32 a GWB-E)

Mit Sorge betrachtet der HDE die Absenkung der Schwelle für einstweilige Anordnungen nach § 32 a GWB-E, insbesondere die Aufgabe des bisherigen Kriteriums der „Gefahr eines ernstes nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“. Der Ersatz dieses Kriteriums durch die Worte „zum Schutz des Wettbewerbs“ bedeutet die Aufgabe jeglichen Anwendungsfilters, denn schließlich dient das ganze Kartellrecht dem Schutz des Wettbewerbs. Auf diese Weise wird die Norm konturenlos. Dies ist auch deshalb unnötig, weil die geplante Änderung nach der ECN-Plus-Richtlinie nicht geboten ist. Einstweilige Maßnahmen müssen zur Sicherung – bzw. zum angemessenen Ausgleich – grundrechtlich geschützter Positionen und der Gewährleistung angemessenen Rechtsschutzes ein Ausnahmefall bleiben. Dieser Grundsatz wird aber mit der geplanten Änderung aufgegeben. Unverzichtbar ist nach unserer Auffassung daher eine hinreichende Beschränkung des Anwendungsbereichs durch eindeutige Voraussetzungen im Gesetzeswortlaut.

#### 7. Neuregelung des Antragsrechts nach § 32 c Abs. 4 GWB-E

Der HDE begrüßt grundsätzlich die Neuregelung eines Antragsrechts auf Zusicherung des Bundeskartellamts (§ 32 c Abs. 4 GWB-E). Allerdings fokussiert sich die Begründung des Regierungsentwurfs zu stark auf die Digitalwirtschaft bzw. Plattformen. Ein



„*erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse*“ als gesetzliche Voraussetzung des Anspruchs auf Entscheidung des Bundeskartellamts soll nach der Gesetzesbegründung nämlich insbesondere bei „*komplexen neuen Rechtsfragen*“ bestehen. Dieser Ansatz diskriminiert klassische Kooperationen und schafft schwierige Abgrenzungsfragen. Das Bedürfnis nach derartigen „Comfort Letters“ kann gerade auch bei Kooperationen des Handels außerhalb der Digitalwirtschaft bestehen. In der Gesetzesbegründung sollte daher klargestellt werden, dass ein „erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse“ an einer Entscheidung des Bundeskartellamts nicht nur im Bereich der Digitalwirtschaft bzw. Plattformen, sondern in der gesamten Wirtschaft bestehen kann, so dass auch Unternehmen jenseits der gegenwärtig im Fokus der Gesetzgebung stehenden Wirtschaftsbereiche die Vorteile der Neuregelung nutzen können.

## 8. Effektivierung der Fusionskontrolle

### *a) Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E)*

Das Vorhaben, die erste und zweite Inlandsumsatzschwelle anzuheben, um die Fusionskontrolle auf gesamtwirtschaftlich bedeutende Zusammenschlussvorhaben zu beschränken, findet unsere ausdrückliche Zustimmung. Wir können allerdings nicht nachvollziehen, warum der Gesetzgeber bei der Verwirklichung dieser Zielsetzung so zaghaft vorgeht.

Die erste Inlandsumsatzschwelle wird lediglich marginal um 5 Mio. Euro auf 30 Mio. Euro angehoben. Die praktischen Auswirkungen dieser Maßnahme werden sich mit einer Reduktion um voraussichtlich 4 Prozent der Fälle in Grenzen halten. Ausweislich der Gesetzesbegründung (zu Nr. 12 lit a, S. 104) erfolgt diese Anhebung auch ausschließlich im Hinblick auf die Inflationsentwicklung seit 1998, stellt damit lediglich eine gebotene Anpassung dar und führt nicht zu einer echten bürokratischen Entlastung im Vergleich zum Status quo ante.

Auch die zweite Schwelle soll nur auf 10 Mio. Euro erhöht werden. Damit wird voraussichtlich lediglich eine Reduzierung der Fusionsanmeldungen von 1.300 bis 1.400 auf 1.000 bis 1.100 Verfahren erreicht.

Eine durchgreifende Entlastungswirkung ist für das Bundeskartellamt und insbesondere den anmeldepflichtigen Mittelstand auf diese Weise nicht zu erwarten. Es gelingt



damit gerade einmal, die Anmeldezahlen auf das Niveau des Jahres 2010 zu drücken. Auch weil der ganz überwiegende Teil der angemeldeten Fusionsvorhaben vom Bundeskartellamt freigegeben wird und die Verzögerung von Zusammenschlüssen die Wettbewerbsfähigkeit gerade mittelständischer Unternehmen in einer globalisierten Wirtschaftswelt negativ beeinträchtigt, schlagen wir daher vor, die zweite Inlandsumsatzschwelle beherzt auf 20 Mio. Euro zu erhöhen.

*b) Bündelung von Bagatellmärkten ohne Sachzusammenhang (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB-E)*

Nicht sachgerecht ist die nunmehr im Regierungsentwurf vorgesehene gesetzliche Bündelung von in keinerlei Sachzusammenhang stehenden Bagatellmärkten (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB-E) durch Hinzufügung des Wortes „insgesamt“. Sie kann zu zufälligen oder sogar willkürlichen Ergebnissen führen. Eine Bündelung sollte nach unserer Auffassung nur nach den in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien erfolgen. Diese sind, anders als die Begründung anzudeuten versucht, hinreichend klar. Mit der gesetzlich angeordneten „Zwangsbündelung“ von sachlich nicht im Zusammenhang stehenden Bagatellmärkten gibt der Gesetzgeber dagegen „Steine statt Brot“ gerade für mittelständische Unternehmen, die laut Begründung besonders von der Anhebung der Bagatellmarktschwelle profitieren sollen. Es sind gerade innovative, mittelständische Unternehmen, die sich in Bagatellmärkten bewegen oder die sich noch in „sterbenden Märkten“ in einer Nische halten, die aber ggf. durch eine andere Niscentätigkeit in einem völlig anders gelagerten Bagatellmarkt quersubventioniert wird. Da verschiedenartigste Bagatellmärkte auch im Handel (v. a. bei Spezialprodukten) existieren, würden gerade mittelständische Einzelhandelsunternehmen durch die geplante gesetzliche Änderung belastet. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Bündelung von Bagatellmärkten ohne Sachzusammenhang sollte daher entfallen.

*c) Möglichkeit zur Verpflichtung von Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen (§ 39 a GWB-E)*

Wir haben rechtsstaatliche Bedenken gegen die in Aussicht genommene Einführung einer Möglichkeit des Bundeskartellamts, Unternehmen zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse gemäß § 39 a GWB-E zu verpflichten. Es stellt einen Paradigmenwechsel in der Fusionskontrolle dar, wenn das Bundeskartellamt durch gesetzliche Blankettermächtigung bestimmte Branchen und Unternehmen einer spezifischen



Fusionskontrolle erheblich unterhalb der gesetzlichen Kriterien des § 35 GWB unterwerfen darf. Hier fehlt es an klarer Vorhersehbarkeit des Gesetzes. An diesen grundsätzlichen Bedenken ändert auch die Tatsache nichts, dass die Bundesregierung die Voraussetzungen einer Verpflichtung zur Anmeldung im Regierungsentwurf erhöht hat, indem der Anwendungsbereich durch erhöhte Schwellenwerte in Abs. 1 Nr. 1 und die neue Marktanteilsschwelle in Abs. 1 Nr. 3 eingeschränkt und gleichzeitig unter die Voraussetzung einer zuvor durchgeführten Sektoruntersuchung (Abs. 3) gestellt wurde.

Mit der neuen Voraussetzung gemäß Abs. 3 wird klargestellt, dass § 39 a GWB-E Branchen im Fokus hat, die Gegenstand von Sektoruntersuchungen waren und bei denen es um Regionalmärkte geht (vgl. auch Begründung, S. 100). Positiv ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass ausweislich der Gesetzesbegründung mehrere Jahre zurückliegende Sektoruntersuchungen keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Anmeldeverpflichtung darstellen können und hierzu aus Gründen der Rechtssicherheit auch nur zukünftige Sektoruntersuchungen, die nach Inkrafttreten der Norm abgeschlossen werden, in Betracht kommen sollen.

Gleichwohl ist zu kritisieren, dass das Kriterium des § 39 a Abs. 1 Nr. 2 GWB-E („Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen eingeschränkt werden kann“) konturenlos ist und im Hinblick auf die Anforderungen erheblich hinter dem materiellen Kriterium des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“) zurückbleibt. Die niedrigen Umsatzvoraussetzungen stellen eine gefährliche Vorverlagerung der Fusionskontrolle dar, die den Zweck der bisherigen Anschlussklausel, die wegen der Anhebung der 2. Inlandsumsatzschwelle nach dem Regierungsentwurf abgeschafft werden soll, ins Gegenteil verkehrt. Sollten andere Länder dem Beispiel Deutschlands folgen, wäre für weltweit tätige Unternehmen keinerlei Vorhersehbarkeit für die Anwendung der präventiven Fusionskontrolle mehr gegeben. Das Bestreben, auch sog. Killerakquisitionen – insbesondere in der Digitalwirtschaft – der Fusionskontrolle zu unterwerfen, läuft durch die 2/3-Inlandsklausel des § 39 a Abs. 2 Nr. 2 GWB-E ins Leere, da viele innovative Start-ups auch außerhalb Deutschlands aktiv sind. Insgesamt sollte aus Sicht des HDE auf die Einführung des § 39 a GWB-E verzichtet werden.

Eine Streichung des § 39 a GWB-E ist auch deshalb geboten, weil die Regelung zu einer unverhältnismäßigen Belastung sowohl der Ressourcen des Bundeskartellamts



als auch der Unternehmen führen würde. Außerdem würde § 39 a GWB-E berechtigten Ansinnen der Effektivierung der Fusionskontrolle zuwiderlaufen.

Auch wenn das Kartellamt bei der Frage, ob es eine solche Verfügung erlässt, ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen hat, wird die Regelung gleichwohl zu einer Erhöhung der Fallzahlen im Bereich der Fusionskontrolle beitragen, weil die Umsatzschwellen dadurch abgesenkt werden und das Bundeskartellamt nicht kontrollieren kann, wie viele Zusammenschlüsse danach von den Adressaten seiner Verfügung angemeldet werden.

§ 39 a GWB-E ist außerdem auch zur Beseitigung von Wettbewerbsproblemen nicht notwendig. Vielmehr hat sich das bestehende Fusionskontrollregime bewährt. Problematische Fälle werden davon erfasst. Dies gilt erst Recht seit Inkrafttreten der Transaktionswertschwelle (§ 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB). Umsatzzuwächse von bis zu 10 Mio. Euro (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E) sind hingegen wettbewerblich jedenfalls nicht spürbar und sollten daher unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten weiterhin nicht in die Fusionskontrolle einbezogen werden. Auch die Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 GWB) geht zu Recht davon aus, dass der Erwerb eines Unternehmens mit weniger als 10 Mio. Euro Umsatz grundsätzlich unproblematisch ist und daher keine Anmeldepflicht auslöst. Zur Beseitigung von sektorspezifischen Wettbewerbsproblemen sind Verwaltungsverfahren und das *private enforcement* besser geeignet, da sie Wettbewerbsprobleme mindestens ebenso gut beseitigen können, dabei aber zielgerichteter zum Einsatz kommen, somit weniger Ressourcen binden und effizienter sind.

## 9. Verfahrensregelungen: Maßnahmen gemäß § 59 ff. GWB-E

### a) Grundsätzliches/Anwaltsprivileg

Die Änderungen der § 59 ff. GWB-E samt den erheblich erweiterten kartellbehördlichen Befugnissen dienen der Umsetzung der ECN-Plus-Richtlinie. Damit erfolgt eine Angleichung an das Verfahrensrecht auf EU-Ebene. Es sollten aber nicht nur weitergehende Eingriffsbefugnisse, sondern auch weitergehende Verteidigungsmöglichkeiten an das EU-Recht angepasst werden. Nur so wird rechtsstaatliche Waffengleichheit geschaffen. Hierzu gehört u. a. die Anerkennung des europäischen Anwaltsprivilegs. Sowohl im bisherigen Recht als auch nach dem Regierungsentwurf bleibt im Verwal-



tungsverfahren der Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Rechtsanwalt und Mandant erheblich hinter dem EU-Standard zurück. Dies ist nicht sachgerecht und sollte mit der vorliegenden Novelle abgestellt werden.

#### b) Notwendigkeit eines Richtervorbehalts

Aus rechtsstaatlichen Gründen sollten mit der vorliegenden Novelle sämtliche Maßnahmen gemäß § 59 Abs. 1 GWB unter Richtervorbehalt gestellt werden. Dazu ist § 59 Abs. 4 GWB um folgenden Satz 2 zu ergänzen:

*Durchsuchungen sind sämtliche Maßnahmen nach Absatz 1.*

Eine solche Ergänzung ist erforderlich, weil nicht auszuschließen ist, dass das Bundeskartellamt in Zukunft verstärkt von den Möglichkeiten zur E-Discovery Gebrauch machen wird. Dazu kann das Bundeskartellamt z. B. im Rahmen eines Fusionsverfahrens die Vorlage sämtlicher E-Mails des Vorstands oder von E-Mails und Dokumenten anderer betroffener Organe bzw. Mitarbeiter eines fusionsbereiten Unternehmens verlangen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass zu diesem Zweck nicht nur Büros und „echte“ Geschäftsräume, sondern auch private Wohnungen betreten werden können, wenn die relevante Person dort arbeitet und dort relevante Unterlagen vom Kartellamt vermutet werden. Das Recht, auch die "Geschäftsräume" im weiteren Sinne und damit auch die Privaträume zu betreten, ergibt sich nach dieser Meinung unmittelbar aus § 59 Abs. 3 GWB. Hierzu muss nach geltender Rechtslage lediglich eine Verfügung der Kartellbehörde vorliegen, die richterlich nicht bestätigt werden muss. Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen für die Betroffenen derzeit daher nur im Nachhinein. Diese nachträglichen Rechtsschutzmöglichkeiten reichen aber nicht aus. Es ist zu berücksichtigen, dass "Zufallsfunde" vom Bundeskartellamt auch für Ordnungswidrigkeitenverfahren genutzt werden können, auch wenn sich die Maßnahme, die zu ihrer Aufdeckung geführt hat, im Nachgang als rechtswidrig herausstellt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. 7. 2009, Az. 2 BvR 2225/08, NJW 2009, S. 3225).

Da sich die Ausübung des Auskunftsrechts und der Einsichts- und Prüfungsrechte des Bundeskartellamts gemäß § 59 Abs. 1 damit für den Betroffenen als Eingriffe darstellen, die einer Durchsuchung entsprechen, sind diese Maßnahmen daher unter die gleichen Voraussetzungen wie eine Durchsuchung selbst und damit unter Richtervorbehalt zu stellen. Dies ist mit der vorgeschlagenen Ergänzung gewährleistet.





## IV. Zusammenfassung

---

Der HDE hat ernsthafte Bedenken, ob über die Anpassung des Kartellrechts im Zuge der 9. GWB-Novelle gegenwärtig weitere gesetzliche Änderungen als Reaktion auf die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Zuge der Digitalisierung erforderlich sind. Wir halten es grundsätzlich für sinnvoll, die Praxistauglichkeit des bestehenden kartellrechtlichen Rahmens im Jahr 2022 zu evaluieren und in diesem Zuge konkrete praktische Defizite zu benennen. Eine ausschließlich theoretisch-wissenschaftliche Betrachtung kann nach unserer Auffassung nicht genügen, um praktischen Handlungsbedarf aufzudecken.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, sich mit der vorliegenden Novelle mit Blick auf die Digitalisierung der Wirtschaft auf „maßvolle Modernisierungen“ zu beschränken, geht aber immerhin in die richtige Richtung, auch wenn wir es vorgezogen hätten, entsprechende Änderungen erst nach 2022 in Angriff zu nehmen.

Im Übrigen positionieren wir uns zu den geplanten Änderungen wie folgt:

- Das neue Konzept der „Intermediationsmacht“ (§ 18 Abs. 3 b GWB-E) sollte ausdrücklich auf reine Digitalunternehmen beschränkt werden.
- Im Hinblick auf die Neufassung der „essential facilities doctrine“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E) ist eine klare und eindeutige Datendefinition erforderlich.
- Der geplante Anspruch auf Zugang zu personenbezogenen Daten kann im Widerspruch zum geltenden Datenschutzrecht stehen. Im Interesse der Rechtsklarheit sollte daher auf entsprechende Ansprüche verzichtet werden.
- Eine grundsätzliche und missbrauchsunabhängige „Sharing-Pflicht“ im Hinblick auf nicht-personenbezogene Daten wird abgelehnt.
- Die geplante Erweiterung des Schutzbereichs der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht auch auf Großunternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB-E) hat wettbewerbsbeschränkende Wirkung und wird entschieden abgelehnt.
- In Bezug auf den neuen Eingriffstatbestand bei drohendem „Tipping“ (§ 20 Abs. 3 a GWB-E) sollte durch die Verwendung von Regelbeispielen mehr Rechtssicherheit gewährleistet werden.
- Kritisch ist die Konturenlosigkeit und Absenkung der Schwelle für einstweilige Anordnungen nach § 32 a GWB-E. Hier bedarf es aus rechtstaatlichen Gründen eines qualifizierten Kriteriums.





- Das Antragsrecht auf Zusicherung des Bundeskartellamts, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c Abs. 4 GWB-E), ist grundsätzlich zu begrüßen, sollte aber nicht nur für die Digitalwirtschaft greifen.
- Die geplante Effektivierung der Fusionskontrolle durch die Anhebung der Inlandsumsatzschwellen geht in die richtige Richtung und wird von uns unterstützt. Um eine durchgreifende Entlastungswirkung für den Mittelstand zu erreichen, sollte die zweite Inlandsumsatzschwelle allerdings nicht nur auf 10 Mio., sondern auf 20 Mio. Euro angehoben werden.
- Die vorgesehene Bündelung von Bagatellmärkten, auch wenn diese in keinerlei Sachzusammenhang stehen (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB-E), belastet besonders den Mittelstand, konterkariert damit die Zielsetzung des Gesetzgebers und sollte wieder gestrichen werden.
- § 39 a GWB-E sollte keinen Eingang ins Gesetz finden, da hierdurch die Fusionskontrolle in gefährlicher Weise vorverlagert wird und von behördlichem Ermessen abhängt.
- Aus rechtsstaatlichen Gründen sind sämtliche Maßnahmen der Aufsichtsbehörden gemäß § 59 Abs. 4 GWB unter Richtervorbehalt zu stellen. Um einen Gleichklang mit den Verteidigungsrechten im EU-Recht zu bewirken, ist auch das EU-Anwaltsprivileg im deutschen Recht notwendig.