

Neue Regeln für den Wettbewerb im digitalen Zeitalter: Die 9. GWB-Novelle

Eine Modernisierung des Ordnungsrahmens für die digitalisierte Wirtschaft

Im Juni 2017 treten mit der Neunten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-Novelle) umfangreiche Änderungen des deutschen Wettbewerbsrechts in Kraft. Deutschland schafft damit als einer der ersten Staaten einen Rechtsrahmen mit speziellen Regelungen für den Wettbewerb in einer digitalisierten Wirtschaft. Dieser ist Teil eines neuen digitalen Ordnungsrahmens, wie er im Weißbuch „Digitale Plattformen“ skizziert wird. Die Novelle stellt zudem die Verantwortlichkeit von Konzernen für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen sicher und verbessert die Situation von Kartellgeschädigten.



Fairer Wettbewerb und digitaler Wandel

Der technologische Wandel und die Globalisierung verändern die Wirtschaftswelt in einem rasanten Tempo. Gerade in einer von völlig neuen Produkten und Anbietern geprägten Zeit ist es wichtig, einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, so dass sich die besten Innovationen durchsetzen können. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat angesichts aktueller wirtschaftlicher Entwicklungen und vor dem Hintergrund konkreter Fälle bei den Wettbewerbsbehörden im Sommer 2016 einen Entwurf für eine 9. GWB-Novelle vorgelegt. Nach intensiven Debatten wurde die Novelle im März 2017 von Bundestag und Bundesrat beschlossen und tritt am 09. Juni 2017 in Kraft.

Herzstück der Novelle sind Regelungen, die den Umgang mit Phänomenen des digitalen Zeitalters im deutschen Wettbewerbsrecht explizit verankern. Der Gesetzgeber hat sich dabei sowohl aktuellen und komplexen ökonomischen als auch juristischen Fragen gestellt. Die im Folgenden dargestellten Änderungen betreffen vor allem die Missbrauchs-

aufsicht und die Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt, aber auch die Zusammenarbeit betroffener Behörden und den Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern.

Märkte, auf denen kein Geld fließt

Die Nutzer von Online-Angeboten halten es heutzutage für selbstverständlich, für die meisten Suchmaschinen, Vergleichsportale oder sozialen Netzwerke nicht mit Geld zahlen zu müssen. Klar ist aber auch, dass diese Dienstleistungen nicht uneigennützig angeboten werden, sondern dass dahinter durchaus wirtschaftliche Interessen stehen. Die Anbieter solcher Dienstleistungen verdienen ihr Geld zum Beispiel mit Werbung, mit Provisionen für vermittelte Verträge oder mit den Informationen, die sie von ihren oder über ihre Nutzer erhalten. Hier werden also Anbieter von Unternehmen entlohnt, weil sie Kontakte zu anderen Wirtschaftsteilnehmern pflegen. Es stellt sich die Frage, ob auch zwischen dem Anbieter und dem Nutzer einer kostenlosen Dienstleistung eine wirtschaftliche Beziehung besteht.

Kann es also zum Beispiel einen Markt geben, auf dem kein Geld fließt und auf dem Suchmaschinen den Nutzern unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden?

Die Antwort auf diese Frage war noch vor wenigen Jahren nicht so klar, wie sie uns jetzt erscheint. Denn erst mit dem Aufstieg von Google, Yahoo oder Bing, erst mit der Entstehung sozialer Netzwerke im Internet wurde wirklich deutlich, dass auch im Bereich unentgeltlicher Dienstleistungen ein wirtschaftlicher Wettbewerb um Kunden und Marktanteile stattfindet. Damit dieser Wettbewerb fair bleibt, müssen auch hier Markteintritte für neue Unternehmen möglich bleiben. Etwaiger Marktmissbrauch muss unterbunden werden.

Diesem Gedanken folgend hat der Gesetzgeber mit der 9. GWB-Novelle klargestellt, dass wettbewerblich relevante Märkte auch in solchen Fällen bestehen können, in denen zwischen den Beteiligten kein Geld fließt. Dies ermöglicht dem Bundeskartellamt, solche Geschäftsmodelle genau zu untersuchen und zu überprüfen, ob der Wettbewerb zum Nachteil anderer Unternehmen oder der Verbraucherinnen und Verbraucher behindert wird. Damit können auch unentgeltliche Dienstleistungen grundsätzlich unter die so genannte Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts fallen (s. dazu Kasten).



Missbrauchsaufsicht und Marktabgrenzung

Wenn Unternehmen ihre Marktmacht missbräuchlich ausnutzen, kann das Bundeskartellamt dies unterbinden. Der Grundgedanke hinter dieser Eingriffsbefugnis des Staates ist, dass Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung keinem oder nur geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Solche Unternehmen haben gegenüber ihren Wettbewerbern, Anbietern und Nachfragern besondere Verhaltensspielräume. Eine solche wirtschaftliche Machtstellung ist an sich erlaubt, verboten ist jedoch die missbräuchliche Ausnutzung dieser Marktmacht.

Gibt es Hinweise auf eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht, muss das Bundeskartellamt zunächst feststellen, ob das betroffene Unternehmen einen bestimmten Markt beherrscht. Dies ist eindeutig der Fall bei einem Monopol. Ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, lässt sich jedoch nicht immer einfach beantworten. Die Entscheidung hängt vor allem davon ab, wie man den wettbewerblich relevanten Markt abgrenzt.

Das Bundeskartellamt muss in jedem einzelnen Fall genau prüfen, welche Anbieter mit welchen Produkten tatsächlich im Wettbewerb stehen. Vor allem geht es dabei um die Frage, ob Kunden bereit und in der Lage sind, ein Produkt gegen ein anderes oder einen Anbieter gegen einen anderen auszutauschen. Entscheidend ist also die Perspektive der Nachfrager.

Erst wenn feststeht, dass ein Unternehmen einen Markt beherrscht, kann das Bundeskartellamt überprüfen, ob das Unternehmen seine besondere Stellung missbraucht hat.

Kriterien für Marktbeherrschung in der digitalisierten Wirtschaft

In der Regel nimmt man an, dass ein Unternehmen einen Markt beherrscht, wenn es auf diesem Markt einen Anteil von über 40 Prozent hat. Das Bundeskartellamt berücksichtigt jedoch zusätzlich auch andere Gesichtspunkte, zum Beispiel die Finanzkraft des Unternehmens oder seinen Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten. Aber was entscheidet über die Marktstellung eines Internetdienstes?



Und wie bemisst man die Marktanteile eines sozialen Netzwerks? Über die Zahl der Nutzer, die Menge an Posts oder etwa die Zeit, die die Nutzer täglich mit dem entsprechenden Dienst verbringen?

Das Bundeskartellamt hat sich in den vergangenen Jahren zum Beispiel mit der Rolle von Facebook, Amazon, Booking, Expedia und HRS befasst. Die ökonomische Wissenschaft hat gleichzeitig die Mechanismen hinter solchen Geschäftsmodellen analysiert. Auf Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der behördlichen Praxis stellt die 9. GWB-Novelle einen Katalog neuer, speziell auf solche „digitalen“ Fälle zugeschnittener Kriterien auf. Das Bundeskartellamt soll diese Merkmale vor allem bei Unternehmen berücksichtigen, die auf so genannten mehrseitigen Märkten oder in Netzwerken agieren. Online-Plattformen bilden zum Beispiel mehrseitige Märkte, wenn sie mindestens zwei unterschiedlichen Nutzergruppen Leistungen anbieten. Wesentliches Merkmal sind dabei indirekte Netzwerkeffekte, die vorliegen, wenn der Nutzen einer Plattform für mindestens eine Nutzergruppe von der Anwesenheit und Größe der anderen Nutzergruppe abhängt (etwa bei der Immobilien- oder Partnervermittlung).

Die neuen Kriterien sind:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste (sog. Multihoming) und der Wechselaufwand für die Nutzer (sog. Lock-in-Effekte),

3. Skaleneffekte,
4. der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Deutschland ist mit der expliziten Aufnahme derartiger Kriterien in den Prüfkatalog seiner Wettbewerbsbehörde internationaler Vorreiter. Die Praxis des Bundeskartellamts wird zeigen, ob diese nicht abschließende Liste in der Zukunft um weitere Phänomene ergänzt werden muss, die über eine Marktbeherrschung in einer digitalisierten Welt entscheiden.

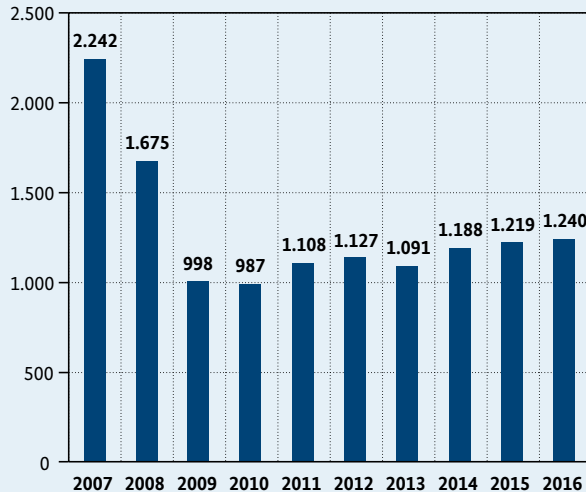
Wirtschaftliche Riesen mit kleinen Umsätzen – Fusionskontrolle erfasst Unternehmensübernahmen ab 400 Millionen Euro Kaufpreis

Die Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt oder durch die Europäische Kommission (bei Zusammenschlüssen mit EU-weiter Bedeutung) verhindert, dass Unternehmen durch einen Zusammenschluss Marktbeherrschung erlangen oder ihre bestehende Marktbeherrschung ausbauen (s. dazu Kasten). Kleine, wettbewerbslich unbedeutende Zusammenschlüsse werden von der Fusionskontrolle nicht erfasst. Zur Bestimmung der wirtschaftlichen Bedeutung eines Zusammenschlusses wurde bisher sowohl in Deutschland als auch in anderen Ländern vor allem auf die Umsätze der beteiligten Unternehmen in der Vergangenheit abgestellt.

Fusionskontrolle

Vereinfacht dargestellt prüft das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse, wenn die beteiligten Unternehmen im vorangehenden Geschäftsjahr zusammen weltweite Umsätze von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben und der Zusammenschluss wettbewerbliche Auswirkungen in Deutschland hat. Die entsprechende Umsatzschwelle für die Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission für Zusammenschlüsse mit einer EU-weiten Bedeutung beträgt 2,5 Milliarden Euro. Das Bundeskartellamt bewertet bei seiner Fusionskontrolle die Auswirkungen, die eine Fusion auf den Wettbewerb haben wird. Überwiegen die wettbewerblichen Nachteile, kann ein Zusammenschlussvorhaben untersagt oder nur unter Bedingungen und Auflagen freigegeben werden.

Abbildung 1: Beim Bundeskartellamt angemeldete Zusammenschlüsse 2007 bis 2016



Quelle: Bundeskartellamt

Junge, innovative Unternehmen mit einem hohen Marktpotenzial – insbesondere digitale Start-ups – erwirtschaften jedoch häufig noch keine Umsätze. Das kann zum Beispiel daran liegen, dass diese Unternehmen kostenlose Dienstleistungen für Privatkunden anbieten und ihr Angebot erst mit einer ausreichenden Nutzerzahl auch für andere Unternehmen attraktiv wird – wie im Beispiel eines für Nutzer kostenlosen sozialen Netzwerks.

Seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle kann die Fusionskontrolle bereits in dieser Phase greifen, in der zwar das Potenzial des Geschäftsmodells zu erkennen ist, mit ihm aber noch keine nennenswerten Umsätze generiert werden. Das Bundeskartellamt kann jetzt Fälle prüfen, bei denen der Kaufpreis über 400 Millionen Euro beträgt und damit besonders hoch ist. Weitere Voraussetzung für die Fusionskontrolle ist, dass das erworbene Unternehmen nur geringe Umsätze von weniger als fünf Millionen Euro generiert und in erheblichem Umfang in Deutschland tätig ist.

Beispiel: Übernahme von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014

Ein besonders markantes Beispiel für den Kauf eines Unternehmens mit geringen Umsätzen war der Erwerb des Messengerdienstes WhatsApp Inc., den Facebook Inc. im Jahr 2014 für einen außergewöhnlich hohen Kaufpreis von etwa 19 Milliarden US-Dollar übernahm. Wegen der geringen Umsätze von WhatsApp unterfiel der Zusammenschluss ursprünglich weder der europäischen noch der deutschen Fusionskontrolle. Die Europäische Kommission konnte den Fall nur prüfen, weil er in drei Mitgliedstaaten anmeldepflichtig war, und der Erwerber, Facebook Inc., die Verweisung des Verfahrens an die Europäische Kommission beantragt hatte. Die Europäische Kommission erteilte 2014 die Genehmigung. Am 18. Mai 2017 verhängte sie ein Bußgeld von 110 Millionen Euro gegen Facebook wegen falscher Angaben bei der Übernahme von WhatsApp. Der Zusammenschluss muss jedoch nicht rückgängig gemacht werden.

Wichtigstes Ziel der neuen Regelung ist der Schutz neuer Märkte, innovativer Unternehmen, Geschäftsmodelle oder Produkte. Denn für große, etablierte Unternehmen könnte ein möglicher wirtschaftlicher Anreiz darin bestehen, besonders erfolgversprechende Innovationen zu kaufen, um sie anschließend aus dem Markt zu nehmen oder sie jedenfalls den eigenen Wettbewerbern „vor der Nase wegzuschneiden“. Dies könnte jedoch den Wettbewerb schädigen und bestehende Machtverhältnisse konservieren. Solchen Strategien kann das Bundeskartellamt nun bei wirtschaftlich bedeutenden Zusammenschlüssen wirksam entgegenzutreten. Durch die hohe Schwelle von 400 Millionen Euro werden typische Übernahmen von Start-ups nicht erfasst, da hier der Kaufpreis in der Regel niedriger ist.



Neue Kompetenzen des Bundeskartellamts beim kollektiven Verbraucherschutz

Der freie Wettbewerb nützt in der Praxis insbesondere Verbraucherinnen und Verbrauchern, da sie von einer größeren Auswahl an Produkten und Anbietern sowie von niedrigeren Preisen profitieren. Um den Schutz des Wettbewerbs und den Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher noch stärker zu verzahnen, wurden in der 9. GWB-Novelle die Kompetenzen des Bundeskartellamts erweitert. Dies ist Teil der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie verfolgten Strategie, ein duales, proaktives Wettbewerbsrecht zu schaffen. Das Bundeskartellamt kann nunmehr auch im Bereich des Verbraucherschutzes so genannte Sektoruntersuchungen durchführen. Im Rahmen dieser Marktstudien untersuchte das Bundeskartellamt bereits bisher die Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in bestimmten Wirtschaftszweigen, zum Beispiel im Lebensmitteleinzelhandel oder bei der Fernwärme. Die neuen, verbraucherbezogenen Sektoruntersuchungen setzen voraus, dass nicht nur Rechte einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher verletzt werden. Es muss vielmehr eine Vielzahl von ihnen betroffen sein. Solche negativen Phänomene treten gerade dann verstärkt auf, wenn Anbieter und Verbraucher sich nicht direkt begegnen, sondern nur virtuell, zum Beispiel über das Internet, in Kontakt treten. Gerade Massengeschäfte im E-Commerce begünstigen unlautere Praktiken einzelner „schwarzer Schafe“.

Mit Hilfe der Sektoruntersuchungen soll das Bundeskartellamt systematische Rechtsverstöße aufdecken und umfassende Kenntnisse über die untersuchten Märkte gewinnen. Gleichzeitig erhält es das Recht, seine Kenntnisse in verbraucherrelevanten Rechtsstreitigkeiten vor den Zivilgerichten einzubringen. Auch dies dient einer effektiven Durchsetzung von Verbraucherrechten.

Konzerne und Rechtsnachfolger haften für Kartell-Bußgelder

Die 9. GWB-Novelle schließt zudem eine Lücke im Bereich der Geldbußen, die das Bundeskartellamt gegen Kartellanten verhängt (zum Kartellverbot s. Kasten). Geldbußen können nunmehr nicht nur gegen die handelnde Tochtergesellschaft, sondern auch gegen die lenkende Konzernmuttergesellschaft verhängt werden. In Fällen der Rechtsnachfolge und wirtschaftlichen Nachfolge bei Unternehmen kann das Bußgeld auch gegen den Nachfolger festgesetzt werden. Hintergrund war die steigende Tendenz von Unternehmen, sich durch gesellschaftsrechtliche Veränderungen Bußgeldern des Bundeskartellamts zu entziehen. Der Gesetzgeber hat nun sichergestellt, dass in jedem Fall das volle Bußgeld an den Staatshaushalt gezahlt werden muss.

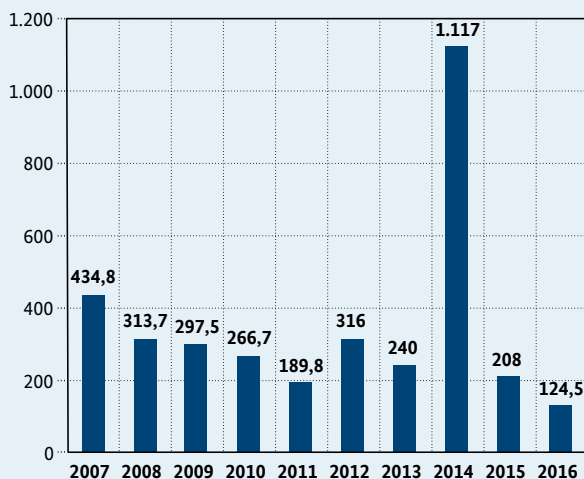
Damit wird auch eine Gerechtigkeitslücke geschlossen, denn gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen konnten sich nur größere Kon-

zerne erlauben. Mittelständische Unternehmen hatten solche Möglichkeiten nicht. In der Regel richten jedoch gerade die großen, mächtigen Kartellanten einen größeren volkswirtschaftlichen Schaden an, indem sie zum Beispiel ihre Preise absprechen. Die Regelung hat auch eine präventive Wirkung: Potenzielle Kartellanten müssen stärker als früher befürchten, für ihre Taten zur Verantwortung gezogen zu werden.

Kartellverbot

Absprachen zwischen Unternehmen, durch die der Wettbewerb eingeschränkt, verhindert oder verfälscht wird, sind grundsätzlich verboten. Beispiele hierfür sind Absprachen über Preise, Mengen, Gebiete oder Kundengruppen (so genannte Hardcore-Kartelle). Das Bundeskartellamt verfolgt illegale Kartelle und kann gegen die verantwortlichen Personen und Unternehmen empfindliche Bußgelder verhängen.

Abbildung 2: Vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder (Gesamtsumme in Mio. Euro pro Jahr)



Hinweis: Im Jahr 2014 haben v.a. die Verfahren im Bier-, Wurst- und Zuckerkartell zur Verhängung von in der Summe überdurchschnittlich hohen Geldbußen geführt.

Quelle: Bundeskartellamt

Umsetzung der EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz

Ein weiterer Schwerpunkt der Novelle ist die Umsetzung der EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz. Kartelle sind nicht nur volkswirtschaftlich extrem schädlich, sondern sie schädigen auch ganz konkret Verbraucherinnen und

Verbraucher sowie Unternehmen, zum Beispiel durch überhöhte Preise. Wer wegen eines Kartells zu viel gezahlt hat, kann seinen Schaden vor Gericht geltend machen.

Die EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz stärkt die Rechte von Geschädigten und hat damit eine präventive, abschreckende Wirkung: Hohe Bußgelder und zusätzlich hohe Schadensersatzansprüche machen Kartelle wirtschaftlich unattraktiv. Bei zentralen Regelungen der Richtlinie war das deutsche Kartellrecht Vorbild und Vorreiter. Bereits zuvor im GWB bestehende Erleichterungen für Kartellgeschädigte wurden durch die 9. GWB-Novelle ergänzt. Geschädigte erhalten insbesondere schneller und einfacher Schadensersatz vor den Gerichten. Ihnen wird unter anderem der Zugang zu Beweismitteln erleichtert, die sie zum Nachweis des erlittenen Schadens benötigen. Die Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Forderungen wird zu Gunsten von Geschädigten auf fünf Jahre verlängert.

Weitere Änderungen

Die 9. GWB-Novelle enthält darüber hinaus weitere Anpassungen und Ergänzungen des Wettbewerbsrechts. Die wichtigsten sind:

- ▶ Die Novelle setzt den Auftrag aus dem Koalitionsvertrag um, Kooperationen von Presseverlagen im verlagswirtschaftlichen Bereich (jenseits der redaktionellen Ebene) vom Kartellverbot auszunehmen, um deren wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken. Presseverlagen ist es daher künftig beispielsweise möglich, gemeinsam den Vertrieb ihrer Anzeigen zu organisieren.
- ▶ Wegen der engen Verzahnung der Themen im Bereich der Medien, aber auch beim Datenschutz, wird die Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Landesmedienanstalten, der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich und den Datenschutzbehörden verbessert.
- ▶ Marktmächtige Unternehmen dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen aufzufordern, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Diese Konkretisierung des so genannten „Anzapfverbotes“ dient vor allem dazu, eine Balance zwischen Angebots- und Nachfragemacht herzustellen, und hat eine hohe Bedeutung für den Lebensmitteleinzelhandel.



- ▶ Der Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis wird dauerhaft verboten; die Vorschrift wäre ohne diese Anpassung Ende 2017 ausgelaufen.
- ▶ Bei dem Verfahren der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle wird das Verfahren transparenter gestaltet und gestrafft. Die Stellung der Monopolkommission in diesem Verfahren wird gestärkt.
- ▶ Im Hinblick auf die Niedrigzinsphase und die Stabilität des Finanzsektors wird für Zusammenschlüsse von bestimmten Tochterunternehmen von Sparkassen und Genossenschaftsbanken eine Ausnahme von der Fusionskontrolle geschaffen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird die Auswirkungen mehrerer der neuen Vorschriften in den kommenden Jahren evaluieren. Besondere Aufmerksamkeit wird es dabei den neuen Regelungen zu digitalen Aspekten in der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle schenken.

Kontakt: Dr. Karolina Łyczywek
Referat: Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik