



Deutsche Telekom AG

Stellungnahme zur Novellierung des GWB

Das vorgeschlagene Digitalisierungsgesetz zur Novellierung des GWB enthält vielfältige und zum Teil innovative Regelungen, mit denen der Dominanz der großen Digitalunternehmen und den inzwischen partiell entstandenen monopolistischen Strukturen auf digitalen Plattformmärkten in Deutschland besser begegnet werden soll. Die Deutsche Telekom begrüßt diesen Ansatz ausdrücklich. Die vorgeschlagenen Änderungen des GWB und die damit angestrebte Sicherung des Wettbewerbs im Verhältnis zu den großen Digitalunternehmen gehen in die richtige Richtung. Mit dem Entwurf des Digitalisierungsgesetzes nimmt Deutschland eine Vorreiterstellung in Europa ein, indem es als erster EU-Mitgliedstaat durch eine spezifische Ausweitung der Missbrauchsaufsicht den massiven Wettbewerbsproblemen entgegentritt, die mit der Entstehung marktmächtiger digitaler Plattformen und digitaler Geschäftsmodelle entstanden sind.

Die vorgeschlagenen Regelungen gehen allerdings noch nicht weit genug. Auch wenn der Gesetzesentwurf erstmals quasi-regulatorische Ansätze enthält, sollte durch weitergehende regulatorische Maßnahmen das Schutzniveau für den Wettbewerb weiter erhöht und wirksamer Wettbewerb aktiv gefördert werden. Insoweit sollte zumindest mittelfristig die Einrichtung einer Digitalagentur zur Umsetzung einer umfassenderen *ex-ante* Regulierung angestrebt werden.

Während der Gesetzesentwurf mit Blick auf eine fehlende *ex-ante* Regulierung zu kurz greift, geht er bei einzelnen Vorschlägen über das erforderliche Maß deutlich hinaus. Dies betrifft insbesondere die branchenübergreifende Erstreckung der Missbrauchsaufsicht auf Unternehmen mit nur relativer Marktmacht auch gegenüber Großunternehmen. Hier ist eine Beschränkung auf relative marktmächtige Unternehmen im Digitalbereich dringend geboten, um negative Effekte auf Investitionen und Innovationen in anderen Branchen einschließlich dem Telekommunikationsmarkt zu vermeiden.

Im Folgenden nehmen wir zu einzelnen, ausgewählten Regelungen des Gesetzesentwurfs detaillierter Stellung:

1. Missbrauchskontrolle über Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB-RefE)

Wir begrüßen die Anpassung der Missbrauchskontrolle an die Besonderheiten der Digitalwirtschaft durch die Einführung der Missbrauchsaufsicht für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB-RefE). Die neue und innovative Eingriffsbefugnis ermöglicht es dem BKartA, auf die dominante Stellung der größtenteils US-basierten Digitalkonzerne früher zu reagieren, und führt damit letztlich zu einer Vorverlagerung der bisherigen Missbrauchsaufsicht. Der durch § 19a GWB-RefE eingeführte asymmetrische Ansatz adressiert damit zu Recht die Tatsache, dass die Digitalwirtschaft durch starke Netzwerkeffekte und eine hohe Dynamik geprägt ist, die unter Umständen ein frühzeitiges und schnelles behördliches Eingreifen erforderlich machen. Die mit dem Entwurf bezweckte Vorverlagerung der Missbrauchsaufsicht ist daher dringend geboten, um die hohen Wettbewerbsrisiken einer immer stärker voranschreitenden Ausweitung der Marktmacht der großen digitalen Plattformen auf benachbarte Märkte verhindern zu können.

Im Einzelnen:

a. Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Normadressaten innerhalb der Missbrauchsaufsicht

Durch die Einführung des asymmetrischen Ansatzes in § 19a GWB-RefE können solchen Unternehmen konkrete Handlungsverbote auferlegt werden, die

„in besonderer Weise die Möglichkeit [besitzen], ihre Machtstellung und Ressourcen aus anderen Märkten dazu einzusetzen, den Leistungswettbewerb auf weiteren Märkten einzuschränken, dadurch ihre dortige Marktstellung ebenfalls zu befördern und so schließlich ihre marktübergreifende Bedeutung insgesamt weiter zu vertiefen“³

Damit schränkt § 19a GWB-RefE die Eingriffsbefugnis des BKartA zutreffend auf solche Unternehmen ein, die aufgrund ihrer spezifischen Marktstellung ein besonderes Gefährdungspotential für den Wettbewerb auf benachbarten Märkten aufweisen. Kleinere Digitalunternehmen ohne entsprechendes Gefährdungspotential werden dagegen auch dann nicht erfasst, wenn sie auf einzelnen Märkten eine marktbeherrschende Stellung inne haben. Dies stellt aus unserer Sicht einen ausgewogenen Ansatz dar; eine überschießende Ausdehnung der Missbrauchsaufsicht wird damit vermieden.

b. Besonders schädliche Verhaltensweisen (§ 19a Abs. 2 GWB-RefE)

Die Regelung in § 19a Abs. 2 GWB-RefE enthält einen Katalog von besonders schädlichen Verhaltensweisen, welche durch das BKartA untersagt werden können. Diesen Katalog halten wir für die Zwecke einer kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht grundsätzlich für geeignet. Erfasst werden nur wettbewerbschädigende Handlungen, welche auf Basis des aktuellen gesetzlichen Rahmens in der Anwendungspraxis – auch aufgrund von Beweisschwierigkeiten – trotz des dringenden Handlungsbedarfs bisher kaum adressiert werden können.

Dies gilt insb. für das Verbot der Selbstbevorzugung (Nr. 1). Falls ein Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung Wettbewerbern Zugang zu seiner eigenen Plattform gewährt, sollte durch Verbote zukünftig sichergestellt werden können, dass auf der Plattform des marktübergreifend bedeutenden Unternehmens nicht lediglich Wettbewerb zwischen Dritten ermöglicht wird, sondern das marktbeherrschende Unternehmen wirksamen Wettbewerb auch gegen sich selbst zulassen und diskriminierende Verhaltensweisen unterlassen muss. Eine Gleichbehandlung mit eigenen Angeboten des marktübergreifend bedeutenden Unternehmens muss zumindest angeordnet werden können, wenn ein Unternehmen den Zugang zu seiner Plattform zuvor selbst ermöglicht hat, davon wirtschaftlich profitiert und es auch keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung gibt.

Positiv zu bewerten sind auch die Regelungen in Nr. 3 und Nr. 4 zur Datennutzung. Nach der Regelung in Nr. 3 kann einem Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung untersagt werden, auf einem Markt gesammelte „wettbewerbsrelevante Daten“ auf einem anderen Markt in einer Art und Weise zu nutzen, dass Marktzutrittsschranken errichtet oder andere Unternehmen behindert werden. Auf Basis von Nr. 4 kann dem Unternehmen zudem untersagt werden, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren.

³ RefE, S. 76.

Beide Tatbestände erlauben es damit, zielgenau dort einzugreifen, wo auf digitalen Plattformmärkten typischerweise wettbewerbsschädliche Effekte durch eine zu starke Dominanz einzelner Anbieter drohen, nämlich bei den indirekten Netzwerk- und Lock-In-Effekten aufgrund datengetriebener Skalen- und Verbundeffekte. Auf Basis von § 19a Abs. 2 Nr. 3 und 4 kann das BKartA solchen wettbewerbsschädlichen Effekten als Folge behindernder Verhaltensweisen entgegen wirken, indem es die Portabilität von Produkten und Daten sichert und die Errichtung datengestützter Zutrittsschwellen verhindert bevor ein irreparabler Wettbewerbschaden entstanden ist.

c. Beweislastumkehr erforderlich um aktuellen Marktversagen zu begegnen

In der öffentlichen Diskussion über den Gesetzesentwurf wurde insbesondere aus Kreisen der Digitalwirtschaft die in § 19a GWB-RefE vorgesehene Beweislastumkehr kritisiert. Diese Kritik ist aus Sicht der Deutschen Telekom unberechtigt. Aufgrund der bestehenden erheblichen Informationsasymmetrien zwischen BKartA und den Betreibern digitaler Plattformen erscheint eine Beweislastumkehr geboten, um einem aktuellen Marktversagen zu begegnen.

Die von digitalen Plattformen erbrachten Vermittlungsleistungen sind durch die Erhebung und Verarbeitung großer Datenmengen, intransparente Algorithmen sowie die Verwendung künstlicher Intelligenz technisch und ökonomisch hochkomplex und für Außenstehende im Detail kaum nachzuvollziehen. Die Wirkweise der Vielzahl der verwendeten relevanten Parameter zu erkennen und zu bewerten, ist für Dritte nahezu unmöglich. Dies gilt nicht nur für die Nutzer der Plattform, sondern eben auch für die Kartellbehörden. Die Kartellbehörden sind auf die betroffenen Unternehmen als Informationsquellen angewiesen, da anderweitige verlässliche und objektive Informationsquellen zur Überprüfung der Antworten auf Auskunftersuchen in der Regel nicht zur Verfügung stehen.

Vor diesem Hintergrund halten wir die vorgesehene Beweislastumkehr für geboten. Sie dürfte es dem BKartA deutlich erleichtern, bestimmte Verhaltensweisen der relevanten Digitalkonzerne aufzugreifen und schneller einer Entscheidung zuzuführen⁴. Dabei ist allerdings sicherzustellen, dass der im Kartellverwaltungsverfahren geltende Amtsermittlungsgrundsatz unberührt bleibt. Da die betroffenen Unternehmen keine allumfassenden Kenntnisse über die relevanten Wettbewerbsbedingungen haben und auch nicht über vergleichbare Ermittlungsmöglichkeiten wie das BKartA verfügen, muss die sie treffende Beweislast mit dem Amtsermittlungsgrundsatz verknüpft werden. Es ist insoweit sicherzustellen, dass das betroffenen Unternehmen die Beweislastumkehr erst dann trifft, wenn die Ermittlungen der Kartellbehörde zu keinem entlastenden Ergebnis geführt hat, es also nach vollständiger Ausermittlung des Sachverhalts bei einem *non liquet* bleibt.

d. Digitalagentur als effektivere Alternative zur Kompetenzerweiterung des BKartA

Die vorgeschlagene Ausweitung der Missbrauchsaufsicht reicht allerdings nicht aus, um nachhaltigen Wettbewerb ausreichend sicherzustellen bzw. auch in den Märkten wiederherzustellen, in denen sich Marktmacht bereits verfestigt hat. Mit Blick auf die große Dynamik der Digitalmärkte und den Umstand, dass der *ex-post* Ansatz der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht dieser Dynamik systembedingt nur sehr eingeschränkt gerecht werden kann, wären deutlich mutigere Schritte in Richtung einer *ex-ante* Regulierung wünschenswert. Durch eine umfassendere *ex-ante* Regulierung könnten

⁴ So hat die Einführung einer entsprechenden Regelung zur Beweislastumkehr im Rahmen der Missbrauchsvorschriften in der Energiewirtschaft in § 29 GWB im Jahr 2007 zu einer deutlich verschärften Preismissbrauchsaufsicht gegenüber den Energieversorgungsunternehmen geführt.

Wettbewerbsprobleme bereits adressiert werden bevor sie entstehen und bevor sich ein dauerhafter Schaden materialisiert.

- aa. Angesichts der langen Verfahrensdauer kartellrechtlicher Missbrauchsverfahren können nur *ex ante* Maßnahmen in den dynamischen Digitalmärkten hinreichend sicherstellen, dass ein effektiver Schutz des Wettbewerbs erfolgt und Rechtsschutz für behinderte Unternehmen nicht zu spät kommt. Um eine möglichst effiziente und fokussierte Regulierung zu schaffen, sollte für die Auferlegung und Durchsetzung von *ex ante* Maßnahmen und das erforderliche Marktmonitoring eine eigenständige, auf die Digitalwirtschaft spezialisierte, unabhängige Regulierungsbehörde als „Digitalagentur“ geschaffen werden.
- bb. Die im Rahmen von § 19a GWB-RefE vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten gegenüber Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung sind nicht im gleichen Maße geeignet, für einen effektiven Wettbewerbsschutz zu sorgen. Angesichts der Notwendigkeit einer vorherigen feststellenden Entscheidung zur marktübergreifenden Bedeutung von Digitalplattformen und den damit verbundenen hohen Beweisanforderungen ist zu erwarten, dass die Vorschrift – wenn überhaupt - nur in wenige Ausnahmefällen und erst nach mehrjährigen Verfahren praktische Bedeutung erlangen wird. Hiervon geht offenbar auch der RefE aus.

Hinzu kommt, dass ein kontinuierliches *ex post*- Monitoring der im Digitalisierungsgesetz vorgesehenen verhaltensbasierten Maßnahmen erhebliche Ressourcen binden würde. Mit Blick auf die hohe Dynamik der Digitalmärkte und den Risiken einer zu langen Verfahrensdauer kann der Wettbewerb am besten durch eine spezialisierte Digitalagentur im Wege einer *ex ante* Regulierung rechtzeitig und effektiv vor Missbrauch durch marktmächtige Digitalunternehmen geschützt werden.

2. Erweiterung des Schutzbereiches des § 20 GWB (relative Marktmacht)

Der Gesetzesentwurf sieht in § 20 Abs. 1 GWB-RefE die Erstreckung der Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit nur relativer Marktmacht auch gegenüber Großunternehmen vor. Angesichts der Zielsetzung des Digitalisierungsgesetzes, einen digitalen Ordnungsrahmen zu schaffen und den Missbrauch von Marktmacht durch digitale Plattformen besser zu erfassen, greift die branchenübergreifende Ausweitung des Schutzbereiches des § 20 GWB-RefE auch auf Großunternehmen zu weit.

- a. Die Zielsetzung der Erweiterung des Schutzbereichs, um auch große Unternehmen vor unberechtigter Ausübung von Marktmacht zu schützen, ist grundsätzlich sinnvoll. Angesichts der überragenden Marktmacht einzelner Digitalkonzerne sind auch Großunternehmen von missbräuchlichen Verhaltensweisen negativ betroffen. Digitalunternehmen sind aber nach der vorgesehenen Neuregelung nicht nur potentielle Anspruchsgegner, sondern auch potentielle Anspruchsberechtigte. So kann die Neuregelung des § 20 GWB-RefE großen Digitalunternehmen auch Ansprüche auf Zugang zu Infrastrukturen ermöglichen, beispielsweise zu Telekommunikationsnetzen. Zugangsansprüche von Digitalunternehmen können Investitionen durch Infrastrukturunternehmen wie auch Innovation in Netzinfrastrukturen stark gefährden. Dies gilt auch dann, wenn der Zugang nur gegen ein angemessenes Entgelt zu gewähren ist.

- b. Digitalunternehmen haben aufgrund der Besonderheiten ihres Geschäftsmodells Anreize, bspw. Telekommunikationsdienste kostenlos oder zu sehr günstigen Preisen in Leistungsbündeln an ihre Nutzer weiterzugeben. Bei der Gestaltung der Endkundenkonditionen dürften jedenfalls die von dem Netzbetreiber erhobenen Vorleistungspreise allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. Dies folgt aus dem Umstand, dass Digitalunternehmen vornehmlich auf zweiseitigen Märkten tätig sind und sich zu hohen Anteilen durch Werbung finanzieren. Sie hätten daher die Möglichkeit, z.B. Telekommunikationsleistungen nahezu kostenlos oder zu sehr günstigen Preisen an ihre Nutzer weiterzugeben. Eine investitionsgerechte Bepreisung würde nicht (mehr) erfolgen, so dass die Infrastruktur für die Infrastrukturunternehmen im Wettbewerb mit den Digitalkonzernen entwertet und dringende benötigte essenziellen Investitionen und Innovationen (zB in neue 5G-Netze) gehemmt werden würden. Zugleich würde es Digitalunternehmen damit ermöglicht, ihre Marktmacht durch die Bündelung mit anderen (digitalen) Produkten auf weitere Märkte auszuweiten. Ziel des Digitalisierungsgesetzes ist es aber, genau dies zu verhindern.
- c. Für die Schaffung zusätzlicher Zugangsansprüche besteht jedenfalls für den Telekommunikationsbereich angesichts der bereits bestehenden Regulierung und des vorhandenen Infrastrukturwettbewerbs auch kein Anlass. Die Praxis zeigt, dass kleine, mittlere und auch große Unternehmen als Zugangsnachfrager durch wirksamen Infrastrukturwettbewerb und die bestehenden Regelwerke in GWB und TKG hinreichend geschützt sind. Die Einbeziehung der Telekommunikations- und sonstigen Märkte in den Anwendungsbereich des § 20 GWB-RefE, welche nicht von der Existenz mehrseitiger Plattformen und Datennutzungen geprägt sind, ist daher nicht erforderlich. Der erweiterte Anwendungsbereich des § 20 GWB-RefE sollte daher auf marktmächtige Digitalunternehmen beschränkt werden.
- d. Gestützt wird eine Beschränkung der Ausweitung der Missbrauchsaufsicht auf Digitalmärkte auch durch die Gesetzeshistorie. Diese bestätigt, dass ein Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zulasten marktstarker Unternehmen unabhängig von der Größe und Bedeutung der von ihnen abhängigen Nachfrager oder Anbieter, nicht zielführend ist und sogar zu einer Ausweitung von Marktmacht führen kann. So galt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zulasten marktstarker Unternehmen zunächst unabhängig von der Größe und Bedeutung der von ihnen abhängigen Nachfrager oder Anbieter. Dies wurde erst durch die 5. GWB Novelle von 1989 geändert. Erst durch die 5. GWB Novelle wurde das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot auf kleine und mittlere Unternehmen begrenzt und damit große Unternehmen aus dem Schutzbereich ausgeschlossen. Hintergrund dieser Beschränkung des Schutzbereiches des § 20 GWB auf den Mittelstand war gerade die Tatsache, dass § 20 GWB zuvor insbesondere großen und teilweise auch international tätigen Unternehmen zu Gute gekommen war. In einzelnen Branchen war durch einen starken Konzentrationsprozess gewichtige Marktpositionen entstanden, die eine Privilegierung durch zusätzliche Zugangs- und Lieferansprüche nicht mehr sachgerecht erscheinen ließen. Durch die vorgesehene Ausweitung des Schutzbereiches auch auf große

Unternehmen und damit auch auf Digitalunternehmen wird diese Gefahr der Ausweitung von Marktmacht großer Unternehmen wiederbegründet.

- e. Zur Verhinderung einer Ausweitung der Marktmacht für Digitalunternehmen jedenfalls nicht geeignet ist die in § 20 Abs. 1 GWB-RefE vorgesehene Einschränkung, nach der „die Abhängigkeit wegen einer deutlichen Asymmetrie nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“. Es muss davon ausgegangen werden, dass in der Anwendungspraxis auch großen Digitalunternehmen bei einer isolierten Markt Betrachtung nicht bereits allein aufgrund ihrer allgemeinen Unternehmensgröße oder ihrer Marktmacht auf bestimmten Digitalmärkten eine „Gegenmacht“ auf dem konkret betroffenen (Nachfrage-)Markt zugesprochen wird. Dies zeigt auch die Begründung der avisierten Gesetzesänderung.
- f. Schließlich ist zu festzustellen, dass es bisher auch auf europäischer Ebene nicht für erforderlich gehalten wurde, neben der Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen ein Instrumentarium der relativen Marktmacht unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle einzuführen. Vielmehr wird auf europäischer Ebene der spezifische Schutz des Wettbewerbs vor der Ausnutzung einer starken Marktstellung durch Digitalunternehmen gesucht. Beispielhaft genannt werden kann hier die Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

Vor diesem Hintergrund halten wir eine Beschränkung des § 20 GWB-RefE auf Ansprüche gegen Digitalunternehmen zur Erreichung der mit der Novellierung angestrebten Ziele für ausreichend. Andernfalls sollte zumindest eine Ausnahmeregelung dahingehend aufgenommen werden, dass bei bestehendem Infrastrukturwettbewerb kein Anspruch aus § 20 GWB gegenüber Infrastrukturbetreibern besteht.

3. Datenzugang

Die innovativen Aspekte und beispiellosen Dynamiken digitaler Plattformmärkte haben alte Geschäftsmodelle und bestehende Märkte in Frage gestellt und zu einer Vielzahl von Innovationen geführt. Gleichzeitig gehen digitale Plattformmärkte mit bestimmten Eigenschaften einher, die aus Wettbewerbsicht problematisch sind. Dazu zählen insbesondere indirekte Netzwerkeffekte, Lock-In-Effekte sowie datengetriebene Skalen- und Verbundeffekte, welche zu verstärkten Konzentrationstendenzen führen und dabei Dominanz zementieren oder gar in quasi-monopolistische Strukturen münden können. Der Begriff des „Digital Gatekeeper“ wird in diesem Zusammenhang oft gebraucht und mit Praktiken wie Leveraging und Exklusivitätsverpflichtungen, die zu Marktverschluss oder -abschottung führen können, in Verbindung gebracht.

Vor diesem Hintergrund halten wir die vorgeschlagenen Regelungen in der GWB-Novelle für einen richtigen und wichtigen Schritt. Die Neuregelungen in §§ 19 Abs. 2 Nr. 4, 19a Abs. 2 Nr. 4 und 20 Abs. 1a GWB-RefE erleichtern es Behörden und Wettbewerbern deutlich besser als auf Basis der aktuellen Rechtslage, auf die Schaffung eines „level playing field“ hinzuwirken.

Insbesondere die Neufassung der *essential facility*-Doktrin in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE mit der ausdrücklichen Schaffung eines Datenzugangsanspruchs ist zu begrüßen. Auch wenn

Zugangsvereinbarungen grundsätzlich auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit beruhen und das Ergebnis marktbasierter Verhandlungen sein sollten, sind im Falle eines Marktversagens und des Vorliegens einer digitalen Gatekeeper Position kartellrechtliche Zugangsansprüche unumgänglich, um eine bestehende Marktabschottung aufzubrechen und einen Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt (wieder) zu ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die in § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-RefE vorgesehene Befugnis des BKartA zu begrüßen, auch Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung zu untersagen, wettbewerbsrelevante Daten zu nutzen, um Marktzutrittsschwellen zu errichten oder Wettbewerb auf benachbarten Märkten auszuschalten und damit der drohenden Entstehung einer Gatekeeper-Position bereits im Vorfeld vorzubeugen.

4. Fusionskontrolle

a. Anhebung der 2. Inlandsumsatzschwelle

Die in dem Gesetzesentwurf vorgesehene Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle halten wir für grundsätzlich sinnvoll. Auf Basis der aktuellen Umsatzschwellen unterlagen eine Vielzahl von Transaktionen der vorherigen Anmeldepflicht, die keine relevanten Auswirkungen auf den Wettbewerb hatten. Die geplante Anhebung der Inlandsumsatzschwelle führt damit sowohl zu einer Entlastung der Unternehmen als auch des BKartA, ohne dass die Gefahr besteht, dass zukünftig wesentliche, wettbewerbsrelevanten Transaktionen der Fusionskontrolle entzogen werden. Mit Blick auf die eher moderate Anhebung des Schwellwertes auf 10 Mio. € und die zusätzlich geplante Möglichkeit zur Aufforderung zu Anmeldungen künftiger Zusammenschlüsse bei Nichterreichung der Umsatzschwellen wäre aus Sicht der Telekom auch eine mutigere Anhebung auf 25 Mio. € sinnvoll gewesen, um die Unternehmen zu entlasten und dem BKartA eine noch größere Fokussierung seiner Ressourcen auf kritische Zusammenschlusshaben zu ermöglichen.

Auch der Entfall des Erfordernisses der Vollzugsanzeige, deren Existenz in der Praxis keinen erkennbaren Mehrwert brachte, entlastet sowohl das BKartA als auch die Unternehmen und ist daher positiv zu bewerten.

b. Aufforderungen zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse

Problematisch ist allerdings die in § 39a GWB-RefE geplante Einführung der Befugnis des BKartA, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben aufzufordern, die die allgemeinen Umsatzschwelle nicht erfüllen. Nach dem Entwurf ist die Aufforderung zur Anmeldung von Zusammenschlüssen – abgesehen von der Überschreitung der genannten Umsatzschwellen – weder an materielle Voraussetzungen geknüpft (zB eine bereits bestehende Schwächung des Wettbewerbs in den betroffenen Wirtschaftszweigen) noch auf bestimmte Wirtschaftsbereiche beschränkt. Damit ist eine entsprechende Verfügung grundsätzlich branchenübergreifend und in einer Vielzahl von Fällen möglich.

Es besteht daher das Risiko, dass die angestrebten Vorteile der Anhebung der 2. Inlandsumsatzschwelle durch die Neuregelung wieder aufgehoben werden. Dies gilt umso mehr als die in § 39a GWB-RefE vorgesehenen Umsatzschwelle sehr weit unter den allgemeinen Umsatzschwellen liegen. Insbesondere die 2. Inlandsumsatzschwelle soll mit 2 Mio. € Umsatz nochmals deutlich unter dem bisherigen Schwellwert von 5 Mio. € liegen.

Mit Blick auf Zielsetzung des vorgeschlagenen Digitalisierungsgesetzes, Wettbewerbsprobleme auf den digitalen Plattformmärkten zu adressieren und insoweit eine weitere Marktkonzentration verhindern zu können, sollte der Anwendungsbereich von § 39a GWB-RefE daher auf Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung im Sinne von § 19a GWB-RefE beschränkt werden. Andernfalls sollte zumindest die 2. Inlandsumsatzschwelle auf den bisherigen allgemeinen Schwellwert von 5 Mio. € angehoben werden.

5. Anpassungen im (Kartell-) Verwaltungsverfahren

a. Vorsitzendenschreiben

Wir begrüßen die gesetzliche Normierung des Instruments des Vorsitzendenschreibens (§ 32c Abs. 3 GWB-RefE). Damit wird die teils schon jetzt gelebte Praxis des Vorsitzendenschreibens explizit ins GWB eingeführt. Zwar hat das BKartA auch bisher in komplexen Fällen entsprechende Hilfestellungen gegeben; die Kodifizierung eines Anspruchs auf eine solche Bewertung innerhalb von sechs Monaten ab Einreichung des Antrags wird aber zumindest für horizontale Kooperationen die Möglichkeit zu Erlangung zusätzlicher Rechtssicherheit für die Unternehmen schaffen. Zu befürworten wär es allerdings, wenn zur Erlangung von Rechtssicherheit zumindest bei komplexen vertikalen Kooperationen ein Anspruch auf ein Vorsitzendenschreiben geschaffen werden würde.

b. Mündliche Anhörung

In § 56 Abs. 1 S. 2 GWB-RefE ist vorgesehen, dass das BKartA die schriftliche Anhörung der Beteiligten durch eine mündliche Anhörung ersetzen kann. Durch die Neuregelung soll eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden, um den dynamischen (sehr häufig digitalen) Märkten gerecht zu werden. Wir halten es allerdings für sehr zweifelhaft, dass sich die mündliche Anhörung in der Praxis durchsetzen wird. Das BKartA wird stets prüfen müssen, ob eine nur mündliche Anhörung im Einzelfall verhältnismäßig ist. In der Regel sind Kartell- und Missbrauchsverfahren zu komplex und mit zu weitreichenden Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen verbunden, als dass die Vorwürfe „nur“ in einer mündlichen Verhandlung ausreichend erörtert werden könnte. Dies gilt umso mehr, als es in stark arbeitsteilig organisierten Unternehmen häufig eine Vielzahl von betroffenen Mitarbeitern gibt, die in die Sachverhaltsaufklärung einzubeziehen sind. Eine (ausschließliche) mündlichen Anhörung kann dem nicht gerecht werden.

c. Mitwirkungspflichten bei Untersuchungen

Kritisch ist zudem die Neuregelung der Mitwirkungspflichten gegenüber dem BKartA in § 56 Abs. 5f. GWB-RefE einzuordnen. Der RefE sieht erhebliche zusätzliche Mitwirkungspflichten der Unternehmen im Rahmen von Kartelluntersuchungen vor. Unternehmen, gegen die wegen eines Kartellrechtsverstößes ermittelt wird, sollen nunmehr zur Erteilung von Auskünften, der Herausgabe von Unterlagen sowie zur aktiven Mitwirkung bei Durchsuchungen verpflichtet sein. Die Verpflichtung erstreckt sich dabei auf alle Informationen und Unterlagen, die dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zugänglich sind. Dies soll sogar die Verpflichtung zur Offenbarung von Tatsachen einschließen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen, sofern die Informationserlangung auf andere Weise wesentlich erschwert oder nicht zu erwarten ist.

Diese eindeutige Abkehr vom strafrechtlichen Aussageverweigerungsrecht und dem Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, halten wir – auch im Falle einer Nichtverfolgungsbescheinigung - mit Blick auf

die weitreichenden Konsequenzen eines festgestellten Kartellverstoßes für den Einzelnen und das betroffene Unternehmen unter Rechtsstaatsgesichtspunkten für sehr problematisch.

d. Zentrale Verantwortlichkeit für die Beantwortung von Auskunftsverlangen

In § 59 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE ist vorgesehen, dass gegenüber der Kartellbehörde ein Ansprechpartner innerhalb des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung zu benennen ist, der für die korrekte und vollständige Beantwortung des Auskunftsverlangens im Namen des Unternehmens verantwortlich ist und im Falle der Nicht- bzw. Schlechtbeantwortung tauglicher Anknüpfungstäter im Sinne der §§ 9, 30 OWiG wäre.

Durch die Neuregelung in § 59 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE sollen die Vorgaben der Art. 8 und 9 der RL 2019/1⁵ umgesetzt werden; § 59 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE geht aber über die Richtlinie weit hinaus. Betroffen sein werden meist Inhouse Juristen der betroffenen Unternehmen, die die Informationen von ihren Fachseiten erhalten und sich auf deren Richtigkeit verlassen müssen; eine inhaltliche Kontrolle dürfte ihnen vielfach nicht möglich sein. Sie sind vielmehr auf die Mitarbeit der Kollegen aus den Fachabteilungen angewiesen. Dies wird auch im RefE anerkannt. Es wird klargestellt, dass diese besondere Verantwortlichkeit nichts daran ändert, dass die materielle Pflicht zur Auskunftserteilung das Unternehmen insgesamt trifft und damit auch alle Organe und Mitarbeiter des Unternehmens zur Mitwirkung an der Beantwortung verpflichtet sind. Eine persönliche Haftung eines einzelnen, mit der Koordination der Antworten beauftragten Mitarbeiters für die Richtigkeit aller übermittelten Informationen ist vor diesem Hintergrund zu weitgehend. Die Haftung des Unternehmens muss an dieser Stelle ausreichen.

6. Bußgeldmindernde Wirkung von Compliance-Programmen

Grundsätzlich positiv bewerten wir die Einführung konkrete Regelungen zur Zumessung eines Bußgeldes. Insbesondere die bußgeldmindernde Wirkung eines positiven Nachtatverhaltens, z.B. die Einführung effektiver Compliance-Maßnahmen, halten wir für sinnvoll. Nicht ersichtlich ist aber, warum sich nur ein nachträglich eingeführtes, nicht aber auch ein bereits bestehendes Compliance-Programm bußgeldmindernd auswirken soll. Dies könnte sogar negative Anreize schaffen, auf die Etablierung eines Compliance-Programms zu verzichten. Es sollte daher auch bußgeldmindernd honoriert werden, wenn ein Unternehmen durch die Einführung und Umsetzung eines Compliance-Programms organisatorisch alles Notwendige getan hat, um Kartellverstöße zu verhindern. Ein einmaliges persönliches Fehlverhalten einzelner Mitarbeiter kann einem grundsätzlich funktionierenden Compliance-System dabei nicht entgegenstehen.

⁵ Art. 8 (Auskunftsverlangen): Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verpflichten können, alle für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV erforderlichen Informationen innerhalb einer festgesetzten und angemessenen Frist zu erteilen. Solche Auskunftsverlangen müssen verhältnismäßig sein und dürfen den Adressaten nicht zum Geständnis einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder Artikel 102 AEUV zwingen. Die Verpflichtung zur Erteilung aller erforderlichen Informationen gilt für Informationen, die dem betreffenden Unternehmen oder der betreffenden Unternehmensvereinigung zugänglich sind. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind auch dazu befugt, von anderen natürlichen oder juristischen Personen zu verlangen, Informationen, die für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV von Bedeutung sein können, innerhalb einer festgesetzten und angemessenen Frist zu erteilen.

Art. 9 (Befragungen): Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden mindestens dazu befugt sind, einen Vertreter eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung, einen Vertreter sonstiger juristischer Personen sowie natürliche Personen zu einer Befragung zu bestellen, wenn dieser Vertreter oder diese Person im Besitz von für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV wichtigen Informationen sein könnte.