

trayants mais pas moins bien maîtrisés par Kurt G. Weil qui aimait partager son savoir avec ses proches collaborateurs, sans jamais une ombre de condescendance et toujours avec une pointe d'humour.

## Praxiswissen

### Das neue deutsche Kartellrecht – Mehr Durchsetzungsbefugnisse der Kartellbehörden und weniger Fusionskontrollanmeldungen

von Dr. Jochen Bernhard, Stuttgart

Seit 19. Januar 2021 ist die novellierte Fassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>1</sup> in Kraft. Der deutsche Gesetzgeber hat die Befugnisse des Bundeskartellamts und der Landeskartellbehörden deutlich erweitert und zugleich die Anmeldepflicht zur Fusionskontrolle des Bundeskartellamts erheblich eingeschränkt.

#### I. Hintergrund

Während das französische Wirtschaftsministerium die Umsetzung der ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1 in das nationale Recht bis Ende Juni 2021 angekündigt hat, hat der deutsche Gesetzgeber bereits Nägel mit Köpfen gemacht: Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>2</sup> dient die 10. Novellierung des deutschen Kartellrechts der fristgerechten Umsetzung der Vorgaben der ECN+-Richtlinie und soll zugleich einen Ordnungsrahmen gestalten, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft gerecht wird. Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber die 10. GWB-Novelle politisch hochtrabend als „GWB-Digitalisierungsgesetz“ betitelt, regelt aber in der Neufassung des GWB auch eine Vielzahl von Materien, die mit der Digitalisierung in keinem Zusammenhang stehen.

#### II. Die praxisrelevantesten Neuregelungen im Überblick

##### 1. Neue Schwellenwerte in der Fusionskontrolle

Für Unternehmen, die in Deutschland investieren wollen, ist die wichtigste Neuregelung der 10. GWB-Novelle die Anhebung der Inlandsschwellen im Rahmen der Fusionskontrolle. Der Gesetzgeber hat die Umsatzschwellen, die für die Anmeldepflicht eines Unternehmenszusammenschlusses zum Bundeskartellamt maßgeblich sind, mehr als verdoppelt. Dies führt dazu, dass viele kleinere Mittelstandsfusionen, die bislang der deutschen Fusionskontrolle unterlagen, neuerdings keiner Anmeldung zum Bundeskartellamt mehr bedürfen. Dies gilt auch dann, wenn die beteiligten Unternehmen hohe Marktanteile haben. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist ein Zusammenschlusstatbestand,

<sup>1</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 1, ausgegeben am 18.01.2021, S. 2 ff.

<sup>2</sup> Bundestags-Drucksache 19/23492 (Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle vom 19.10.2020).

so etwa eine Fusion, Übernahme oder die Gründung eines Joint Ventures, grundsätzlich nur noch dann anmeldepflichtig zum Bundeskartellamt, wenn eines der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor der Transaktion mehr als 50 Millionen Euro Umsatz mit Kunden in Deutschland und ein anderes beteiligtes Unternehmen mehr als 17,5 Millionen Euro Umsatz mit Kunden in Deutschland erzielt haben. Wie schon bisher setzt die Anmeldepflicht zusätzlich voraus, dass die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zusammengerechnet weltweit einen Vorjahresumsatz von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben. Vergleicht man die neuen deutschen Schwellenwerte mit den in Frankreich geltenden Fusionskontrollschwellen für Unternehmen mit einem Gesamtumsatz von insgesamt weltweit mehr als 150 Millionen Euro und einem Einzelumsatz mit Kunden in Frankreich von jeweils mehr als 50 Millionen Euro, erscheinen die in der Vergangenheit sehr restriktiven deutschen Anmeldeschwellen neuerdings geradezu generös.

Heraufgesetzt hat der Gesetzgeber auch die Bagatellgrenze im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle: Ein Zusammenschluss darf künftig nach § 36 GWB selbst im Falle des Entstehens einer marktbeherrschenden Stellung erst dann untersagt werden, wenn er einen Markt mit einem Volumen von mehr als 20 Millionen Euro betrifft. Dies hilft besonders Firmen in schrumpfenden Märkten, die nun – gerade auch in der Zeit während und nach der Corona-Krise – mehr Spielraum für Konsolidierungen bekommen.

Neu in das GWB aufgenommen hat der Gesetzgeber eine Sonderregelung für Unternehmen, in deren Branche das Bundeskartellamt nach Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB durchgeführt hat und in der objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im betreffenden Wirtschaftszweig in Deutschland erheblich behindert werden könnte. Unter diesen Voraussetzungen kann das Bundeskartellamt nunmehr nach § 39a GWB Unternehmen mit einem weltweiten Umsatz von mehr als 500 Millionen Euro und einem Marktanteil von mindestens 15% in Deutschland zu einer Anmeldung sämtlicher Zusammenschlüsse in den nachfolgenden drei Jahren verpflichten, falls das Ziel-Unternehmen Umsätze von mehr als 2 Millionen Euro mit Kunden in Deutschland aufweist und mehr als zwei Drittel seiner Umsätze in Deutschland erzielt hat. Angesichts dieser neuen Rechtsfolge werden Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts somit künftig zu einem „scharfen Schwert“.

## 2. Anspruch auf förmliche Erklärungen des Bundeskartellamts zu Kooperationen von Wettbewerbern

Nach § 32c Abs. 4 GWB haben Unternehmen von nun an auch außerhalb der Fusionskontrolle einen Anspruch auf eine förmliche Erklärung des Bundeskartellamts, wenn sie eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern beabsichtigen. Auf Antrag muss das Bundeskartellamt entscheiden, ob ein bestimmtes geplantes Verhalten gegen das Kartellverbot verstoßen würde oder als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen wäre. Ist dies nicht der Fall, muss das Bundeskartellamt innerhalb von sechs Monaten in einem „Vorsitzendenschreiben“ (auch „Comfort letter“ genannt) mitteilen, dass für die Behörde kein Anlass besteht, tätig zu werden.

Der Wermutstropfen dieser auf größere Rechtssicherheit für Unternehmen abzielenden Regelung ist, dass der Anspruch nur besteht, falls ein „erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung“ besteht. Unter welchen Voraussetzungen ein solches Interesse vorliegen soll, ist bislang ungeklärt. Die Gesetzesbegründung nennt exemplarisch „neuartige Kooperationsformen, etwa produkt- oder branchenspezifische Vertriebsplattformen oder die Zusammenführung und gemeinsame Nutzung bestimmter Daten“.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich jedoch – im Gegensatz etwa zum Beratungsschreiben der Europäischen Kommission<sup>4</sup> – nicht auf ungeklärte Rechtsfragen beschränkt. Es ist daher gut möglich, dass der Comfort letter zumindest im Hinblick auf horizontale Kooperationen eine Renaissance in Deutschland erlebt. § 32c Abs. 4 GWB verpflichtet das Bundeskartellamt unter dieser Prämisse zu einer deutlich konkreteren Äußerung als es etwa die informellen Aufklärungsschreiben der *Autorité de la concurrence*<sup>5</sup> sind, auf deren Erteilung kein Rechtsanspruch besteht.

## 3. Ausweitung der Missbrauchskontrolle

In § 19a GWB hat der Gesetzgeber die Regelungen zur Kontrolle von Marktmachtmissbrauch deutlich ausgeweitet. Künftig müssen die deutschen Kartellbehörden eine marktbeherrschende Stellung nicht mehr in jedem Einzelfall feststellen, wenn es einem Unternehmen durch Verfügung eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ zugewiesen hat. Die Möglichkeit einer solchen überragenden marktübergreifenden Bedeutung soll insbesondere Unternehmen auf mehrseitigen Märkten und mit Netzwerkeffekten zukommen. Dies betrifft typischerweise die bekannten sozialen Netzwerke und Internetplattformen. Von einer „lex Facebook“ oder „lex

<sup>3</sup> Bundestags-Drucksache 19/23492 (Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle vom 19.10.2020), S. 87.

<sup>4</sup> Europ. Kommission, Bekanntmachung v. 27.04.2004 über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, die in Einzelfällen auftreten, 2004/C 101/06.

<sup>5</sup> Presseerklärung v. 22.04.2020, « L’Autorité éclaire une association professionnelle sur ses possibilités d’action concernant les loyers de ses adhérents dans le cadre de la pandémie actuelle de COVID-19 ».

Amazon“ zu sprechen, wäre dennoch verfehlt. Gut denkbar erscheint, dass die verschärfte Missbrauchskontrolle auch in anderen durch Daten dominierten Branchen Anwendung findet – sei es eine auf Nutzer-eingaben beruhende selbstlernende Übersetzungssoftware, das autonome Fahren oder der vernetzte Anlagenbau in der Industrie 4.0. Auch der in Deutschland bislang wettbewerblich wenig beleuchtete Bereich der Finanztechnologieunternehmen („Fintechs“), zu denen die *Autorité de la concurrence*<sup>6</sup> jüngst eine Sektoruntersuchung<sup>6</sup> durchgeführt hat, fällt in den Anwendungsbereich des neuen § 19a GWB.

Als neue Regelbeispiele für Missbrauchstatbestände von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung hält § 19a Abs. 2 GWB etwa die Bevorzugung eigener Angebote von Plattformbetreibern gegenüber denjenigen von Wettbewerbern fest. Ebenfalls missbräuchlich soll sein, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern.

Führt man sich das weite Anwendungsfeld der verschärften Missbrauchskontrolle vor Augen, überraschen die nach der 10. GWB-Novelle bestehenden geringen Anforderungen an Maßnahmen der deutschen Kartellbehörden in diesem Feld. So statuiert § 20 Abs. 3a GWB künftig einen Gefährdungstatbestand zu Lasten von Unternehmen, in deren Geschäftsbereich ein „Kippen“ (Tipping) des Markts zu einem monopolisierten oder hoch konzentrierten Wettbewerbsumfeld droht. In diesem Fall muss die Kartellbehörde einen Missbrauch von Marktmacht nicht mehr nachweisen, sondern es genügt bereits, wenn die „ernstliche Gefahr“ besteht, dass der Leistungswettbewerb künftig in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird, weil ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert.

### III. Zusammenfassung

Für französische Unternehmen mit Investitionsbereitschaft in den deutschen Mittelstand hält die 10. GWB-Novelle gute Nachrichten bereit: Sie können Zusammenschlüsse unterhalb der neuen Umsatzschwellenwerte ohne Freigabe durch das Bundeskartellamt durchführen. Auch für vertragliche Kooperationen zwischen Wettbewerbern verbessert die 10. GWB-Novelle die Rechtssicherheit: Künftig haben Unternehmen einen Anspruch auf eine verbindliche Auskunft des Bundeskartellamts, ob ihre beabsichtigte Kooperation kartellrechtskonform ist. In Deutschland tätige Digitalkonzerne müssen sich hingegen künftig angesichts der deutlich erweiterten Befugnisse der Kartellbehörden warm anziehen. Es ist zu erwarten, dass das Bundeskartellamt

<sup>6</sup> Autorité de la concurrence, Enquête sectorielle fintechs, consultation publique du 20 mai 2020.

die neuen Machtbefugnisse nutzen wird, um Wettbewerbsbeschränkungen in der Digital- und Datenwirtschaft verstärkt zu verfolgen. Wer das nicht glaubt, sei auf die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 28. Januar 2021 verwiesen. Darin hebt die Behörde stolz hervor, dass sie nur neun Tage nach Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle die neuen Regelungen in § 19a GWB schon gegen Facebook einsetzt.



*Dr. Jochen Bernhard, Maître en droit, ist Rechtsanwalt der Kanzlei Menold Bezler in Stuttgart sowie Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind das Kartellrecht, das EU-Beihilfenrecht, Compliance und der deutsch-französische Rechtsverkehr.*

## Das neue deutsche Sanierungsrecht: Sanieren ohne Insolvenzverfahren

*von Dr. Sarkis Bezelgues, LL.M., Berlin*

*Mit dem am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) hat das deutsche Restrukturierungs- und Insolvenzrecht einen Paradigmenwechsel erfahren.*

Bisher beschränkten sich die gesetzlich geregelten Restrukturierungsmöglichkeiten auf die Einleitung eines Insolvenzverfahrens. Auch wenn die ESUG-Reform<sup>1</sup> im Jahre 2012 ein früheres Eingreifen in Form eines Schutzschirmverfahrens ermöglichte, bewegten sich sämtliche Lösungen der Insolvenzordnung innerhalb des engen Korsetts gerichtlicher Insolvenzverfahren. Sollte früher angesetzt werden, so waren sanierungswillige Schuldner auf privatrechtliche Vereinbarungen angewiesen, die den Konsens sämtlicher beteiligter Gläubiger voraussetzen.

### **Schaffung eines Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens**

Nun wurde in Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie<sup>2</sup> das deutsche Recht um vorinsolvenzliche Sanierungsinstrumentarien ergänzt, allen voran den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen. Dabei handelt es sich nicht um ein integriertes Verfahren, etwa nach dem Vorbild der früheren Vergleichsordnung, sondern um einen modularen Verfahrensrahmen, dessen Instrumente ein sanierungswilliger Schuld-

<sup>1</sup> Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), am 01.03.2012 in Kraft getreten.

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren.