

## **Stellungnahme**

**des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft**

**zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung  
des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein  
fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0  
(GWB-Digitalisierungsgesetz)**

**Gesamtverband der Deutschen  
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin  
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin  
Tel.: +49 30 2020-5000  
Fax: +49 30 2020-6000

51, rue Montoyer  
B - 1000 Brüssel  
Tel.: +32 2 28247-30  
Fax: +32 2 28247-39  
ID-Nummer 6437280268-55

Ansprechpartner:  
**Recht und Compliance**

E-Mail: [recht@gdv.de](mailto:recht@gdv.de)

[www.gdv.de](http://www.gdv.de)



## Zusammenfassung

Der vorgelegte Entwurf für eine 10. GWB-Novelle findet grundsätzlich die **Zustimmung** der Versicherungswirtschaft.

Dies gilt gerade auch für die Modernisierung der Missbrauchsaufsicht. Besonders hervorzuheben ist dabei der Fokus auf die **Intermediationsmacht**. Die Vorschriften, die einen Zugang zu Daten ermöglichen, sollten jedoch im Sinne der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht überarbeitet und präzisiert werden. Besonders wichtig erscheint die Klarstellung beim **Anspruch auf Zugang zu Daten** gemäß § 20 Abs. 1a GWB-E, dass ein bestehendes Vertragsverhältnis Anspruchsvoraussetzung ist.

Ebenfalls zu begrüßen ist der Anspruch auf eine **Positiventscheidung** des Bundeskartellamts nach § 32 c GWB-E. Hier sollte jedoch die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf horizontale Kooperationen überdacht werden.

Die Versicherungswirtschaft begrüßt auch die geplanten Änderungen im Bereich der **Fusionskontrolle**, insbesondere die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle.

Bei der Umsetzung der **ECN+-Richtlinie** sehen wir einige Aspekte kritisch. So werden die **Auskunftsverweigerungsrechte** natürlicher Personen zwar im Ergebnis gewahrt, diejenigen der juristischen Personen jedoch ausgehebelt. Denn die Kartellbehörde kann Fragen, auf die das Unternehmen als solches nicht zu antworten verpflichtet ist, an dessen Mitarbeiter stellen. Natürliche Personen sollten nicht verpflichtet werden dürfen, Auskünfte zu erteilen oder Unterlagen herauszugeben, wenn dies einem Geständnis des Unternehmens gleichkommen würde.

Die Kodifizierung von Grundsätzen für die **Bußgeldbemessung** stellt einen Schritt in die richtige Richtung dar. Die aufgestellten Kriterien sollten jedoch verbindlicher ausgestaltet werden. Die Versicherungswirtschaft begrüßt ebenfalls, dass hinreichend effektiv ausgestaltete **Compliance-Maßnahmen** nunmehr als positives Nachtatverhalten Berücksichtigung finden können. Es sollten jedoch – analog zum inoffiziellen Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes – auch Compliance-Maßnahmen, die vor bzw. während des Tatzeitraums ergriffen wurden, einbezogen werden.

Der vorgelegte Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) findet grundsätzlich die Zustimmung der Versicherungswirtschaft. Gleichwohl bestehen einzelne Anmerkungen und Kritikpunkte, auf die nachfolgend eingegangen wird.

## **1. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht**

Die Versicherungswirtschaft begrüßt das Vorhaben, die Missbrauchsaufsicht zu modernisieren. Auch im Versicherungssektor schreitet die Digitalisierung voran. Internetplattformen und digitale Ökosysteme sowie die dort generierten Daten gewinnen für den Versicherungsbereich an Bedeutung. Ein dauerhaft leistungsfähiger Versicherungsmarkt erfordert eine effektive Wettbewerbspolitik, die einen fairen Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietergruppen gewährleistet. Dafür besonders wichtig ist auch, dass durch neue Regelungen keine Rechtunsicherheit entsteht. Deshalb sollten Regelungen, die wie die Einführung des § 19a bewusst auf die Regulierung großer Digitalkonzerne zielen, dies (wie auch in der Begründung des Referentenentwurfs geschehen), in ihrer Begründung klarstellen.

### **a) Intermediationsmacht**

Wir begrüßen den Vorschlag, klarstellend die Rechtsfigur der „Intermediationsmacht“ einzuführen. Es ist sehr positiv zu bewerten, dass auch die Möglichkeit, über die Manipulation von Listungen und Rankings Marktmacht auszuüben, einer stärkeren Missbrauchskontrolle unterworfen wird. Vor allem kleinere Versicherer geraten zunehmend in Abhängigkeit von Vergleichsportalen, über die ein zunehmender Teil der Abschlüsse erfolgt. Der – sowohl für Versicherer als auch für den Kunden – wichtige direkte Kontakt zueinander geht dabei verloren.

### **b) Daten-Abhängigkeit, § 20 Abs. 1a GWB-E**

Mit dem neuen § 20 Abs. 1a GWB-E wird ein neuer Anspruch auf Zugang zu Daten geschaffen. Wir halten diesen für grundsätzlich sinnvoll, aber zu weitgehend.

In der Studie zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ von Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker wird eine Klarstellung dahingehend empfohlen, „dass eine Abhängigkeit sich auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substanzielle Wert-

schöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden“ (ebda. S. 155f.).

Diese Empfehlung des Berichts halten wir für sinnvoll, da in diesem abgegrenzten Bereich tatsächlich in Aftermarket- und IoT-Kontexten ein gesteigertes Interesse am Datenzugang bestehen kann. Der Referentenentwurf geht jedoch in mehrfacher Hinsicht darüber hinaus. Aufgrund des Datenzugangs muss keine „substanzielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk“ erreichbar sein. Der Zugriff ist auch nicht auf „automatisiert erzeugte Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten“ beschränkt; nach dem Referentenentwurf soll es ausreichen, dass es sich um „Daten“ handelt. Auf all diese Punkte wird lediglich in der Begründung des Referentenentwurfs Bezug genommen.

Unseres Erachtens sollte sich der Vorschlag der Studie eindeutig im Gesetzestext wiederfinden. Besonders wichtig erscheint uns außerdem die Klarstellung im Gesetzestext selbst, dass ein bestehendes Vertragsverhältnis Anspruchsvoraussetzung ist. Wäre ein „Angewiesen-Sein“ auch ohne bestehende Vertragsbeziehung möglich, könnte eventuell der bloße Wunsch, Geschäftsmodelle unter Nutzung bestimmter Daten aufzubauen, bereits ausreichen, um Zugang zu ebendiesen Daten zu erhalten. Ein weiter gefasster Gesetzeswortlaut, wie im Referentenentwurf vorgesehen, schafft unseres Erachtens – gerade in einem ohnehin neuartigen Feld – zu große Rechtsunsicherheit.

## **2. Vereinfachung der Vorschriften zu Verwaltungsverfahren**

Bei Kooperationen unter Wettbewerbern soll Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ein Anspruch auf eine **Positiventscheidung** des Bundeskartellamts nach § 32 c GWB-E eingeräumt werden, wenn ein erhebliches Interesse an einer Entscheidung besteht. Wir begrüßen die Schaffung dieser Möglichkeit ausdrücklich, da sie den Unternehmen ermöglicht, gerade bei wichtigen Projekten mehr Rechtssicherheit zu erlangen.

Die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf horizontale Kooperationen sollte jedoch überdacht werden. Auch in anderen Bereichen können sich wichtige und neuartige Fragen stellen. Das Erfordernis eines besonderen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesses an einer

Entscheidung dürfte ausreichen, um die Zahl der bearbeiteten Anträge zu begrenzen.

### **3. Fusionskontrolle**

Die Versicherungswirtschaft begrüßt die geplanten Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle, insbesondere die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle. Anzumerken ist, dass auch ein Inlandsumsatz von EUR 10 Mio. im internationalen Vergleich noch eine sehr geringe Schwelle darstellt. Auch das Wegfallen der Pflicht zur Anzeige des Vollzugs eines vom Bundeskartellamt freigegebenen Zusammenschlusses begrüßen wir ausdrücklich.

Wie die Begründung zum Referentenentwurf richtig ausführt, ist das deutsche System durch eine sehr hohe Fallzahl von Anmeldungen gekennzeichnet. Viele dieser Fälle sind kartellrechtlich völlig unproblematisch. Eine Entlastung der Wirtschaft wie auch des Bundeskartellamts von reinen Routine-Anmeldungen erscheint daher angezeigt. Auch ist zu begrüßen, dass die Ressourcen des Bundeskartellamts hierdurch auf tatsächlich problematische Fälle konzentriert werden können.

### **4. Umsetzung der ECN+-Richtlinie**

Die Versicherungswirtschaft hält die Umsetzung der Richtlinie 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ECN+-Richtlinie) für weitestgehend gelungen. Einige wenige Kritikpunkte werden nachfolgend angesprochen.

#### **a) Aushöhlung des Auskunftsverweigerungsrechts**

Die Umsetzung der ECN+-Richtlinie (Art. 8) halten wir im Hinblick auf Auskunftsverweigerungsrechte für problematisch.

Die entsprechenden Regelungsvorschläge beinhalten zwar Vorkehrungen, die verhindern sollen, dass von Mitarbeitern offenbarte Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen, nicht gegen diese verwendet werden (§ 59 Abs. 3 sowie § 59b Abs. 3 GWB-E). Die Regelung bedeutet jedoch, dass Mitarbeiter von betroffenen Unternehmen zwar selbst vor Verfolgung ge-

schützt sind (etwa durch eine Nichtverfolgungszusage des Bundeskartellamts), wenn sie belastende Aussagen treffen, ihr Unternehmen jedoch nicht. Die Grundsätze der *Orkem*-Rechtsprechung des EuGH werden auf diese Weise ausgehebelt.

§ 59 Abs. 4 GWB-E erscheint darüber hinaus verfassungsrechtlich bedenklich. Eine natürliche Person, an die ein Auskunftsverlangen gerichtet wird, soll die Aussage nicht verweigern dürfen, wenn die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Verfahren begründet (und nicht auch in einem strafrechtlichen Verfahren) und ihr eine Nichtverfolgungszusage erteilt wurde. Ob die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung besteht, wird jedoch in diesem frühen Stadium oftmals nicht ersichtlich sein.

## **b) Bußgeldzumessung**

Die Versicherungswirtschaft begrüßt zwar im Prinzip, dass in § 81d GWB-E einheitliche Grundsätze für die Bußgeldbemessung festgelegt werden sollen und insbesondere, dass der tatbezogene Umsatz nunmehr zum gesetzlichen Zumessungskriterium werden soll. Die derzeitige Gefahr einer erheblichen Erhöhung des Bußgelds in der Beschwerdeinstanz übt eine verfassungsrechtlich bedenkliche abschreckende Wirkung auf die Bereitschaft von Unternehmen aus, Rechtsmittel gegen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamts einzulegen. Auch wenn die Vorschläge des Referentenentwurfs insoweit hilfreich sein dürften, befürchten wir jedoch, dass sie nur begrenzt Abhilfe schaffen würden.

Die Versicherungswirtschaft spricht sich daher dafür aus, die aufgeführten Kriterien – soweit es die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit zulässt – zu präzisieren bzw. verbindlicher auszugestalten. Dies könnte etwa geschehen, indem die in § 81d Abs. 1 Nr. 1-5 GWB-E genannten Faktoren nicht lediglich als mögliche abzuwägende Umstände genannt werden, sondern als nicht abschließende, aber zwingende Abwägungskriterien. Darüber hinaus könnte der – praktisch besonders relevante – tatbezogene Umsatz neben Schwere und Dauer der Tat als grundlegendes Element der Bußgeldzumessung in § 81d Abs. 1 S. 2 GWB-E eingefügt werden. Auch dann bestünde noch erheblicher Spielraum für die Bußgeldzumessung.

### **c) Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen**

Die Versicherungswirtschaft begrüßt außerdem, dass sich ein positives Nachtatverhalten gem. § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E bußgeldmildernd auswirken können soll. Auch halten wir es für zielführend, dass insoweit erstmals auch von den Unternehmen getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung weiterer Zuwiderhandlungen, wie (ausweislich der Begründung) hinreichend effektiv ausgestaltete Compliance-Maßnahmen, berücksichtigungsfähig sein sollen.

Unverständlich erscheint jedoch, warum der Referentenentwurf auf halbem Wege stehen bleibt: Es sollen nur Compliance-Maßnahmen berücksichtigt werden können, die nach der Tat ergriffen wurden, insbesondere um durch die Tat aufgezeigte Defizite der Compliance zu beheben. Es erschließt sich nicht, warum nicht auch Compliance-Maßnahmen, die vor oder während des Tatzeitraums ergriffen werden, einbezogen werden. Schließlich hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2017 anerkannt, dass die Installation eines effizienten Compliance-Management-Systems, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss, für die Bußgeldbemessung von Bedeutung ist (BGH, Ur. v. 12.5. 2017, 1 StR 265/16, Rn. 118). Auch der inoffizielle Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Verbandssanktionengesetz geht in die gleiche Richtung. Dort sind nicht nur nach der Verbandsstraftat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandsstraftaten für die Bemessung der Verbandsgeldsanktion von Bedeutung (§ 16 Abs. 2 Nr. 7), sondern auch vor der Verbandsstraftat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung derartiger Straftaten (§ 16 Abs. 2 Nr. 6). In § 81 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E sollte daher u. E. die Beschränkung auf „nach der Zuwiderhandlung“ getroffene Vorkehrungen gestrichen werden.

Kritisch sehen wir ferner die Aussage in der Begründung des Referentenentwurfs, dass die aktive Kooperation eines Unternehmens ein Indiz für die Ernsthaftigkeit solcher Bemühungen sein könne. Dies erscheint rechtsstaatlich fragwürdig. Jedes Unternehmen hat das Recht, keinen aktiven Beitrag zur Tataufklärung zu leisten und sich nicht selbst zu belasten. Wenn ein Unternehmen dieses Recht wahrnimmt, sollte dieser Umstand seine Rechtstreue nicht in Frage stellen: gerade im Kartellrecht ist oft schon die rechtliche Bewertung eines Verhaltens streitig. Dieser Passus der Begründung sollte daher gestrichen werden.

Berlin, den 12. Februar 2020