



Ausschussdrucksache 20(9)261

12. Juni 2023

**Bundeskartellamt
53113 Bonn**

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze
(„11. GWB-Novelle“)**

BT-Drucksache 20/6824

am 14. Juni 2023



Bonn, den 9. Juni 2023

Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle

Das Bundeskartellamt begrüßt die Pläne der Bundesregierung, die Effektivität der Kartellrechtsaufsicht zu stärken, und nimmt zum Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle vom 5. April 2023 wie folgt Stellung.

Einleitung

Der Entwurf enthält als zentralen Bestandteil die Möglichkeit, im Rahmen von Sektoruntersuchungen identifizierte, erhebliche und fortwährende Störungen des Wettbewerbs verstoßunabhängig in einem anschließenden, separaten Verfahren abzustellen. Er nimmt insoweit Anleihen etwa bei den Befugnissen der britischen Competition and Markets Authority sowie den Vorschlägen der Europäischen Kommission für ein „New Competition Tool“, die im Zuge der Verabschiedung des „Digital Markets Act“ (im Folgenden: „DMA“) zunächst nicht weiterverfolgt worden sind. Als ultima ratio sieht der Entwurf dabei auch die Möglichkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung vor. Die entscheidende Neuerung des Instruments liegt aus Sicht des Bundeskartellamts darin, dass wettbewerbsfördernde Maßnahmen angeordnet werden können, wobei an die Stelle des Nachweises eines konkreten Kartellrechtsverstoßes eines bestimmten Unternehmens der Nachweis einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs tritt. Eine solche Ergänzung des kartellbehördlichen Instrumentariums ist grundsätzlich zu begrüßen. Sie kann dazu beitragen, wettbewerbliche Problemlagen aufzubrechen und Wettbewerb in bestimmten Märkten oder Sektoren wieder zu ermöglichen, in denen dieser aus bestimmten strukturellen und ggf. auch verhaltensbezogenen Gründen nicht mehr wirksam funktioniert. Der Regierungsentwurf enthält im Vergleich zum Referentenentwurf jedoch Änderungen, die teilweise das Verfahren um zusätzliche Schritte anreichern, teilweise den Anwendungsbereich der Norm beschränken und teilweise die Verhängung von

Abhilfemaßnahmen an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen. Für die Durchsetzung birgt die Norm in ihrer jetzigen Form in der Praxis damit ganz erhebliche Herausforderungen. Die Änderungen stehen zudem teilweise mit dem Ziel einer zügigen Verfahrensführung in einem nicht geringen Spannungsverhältnis.

Zweiter wichtiger Bestandteil des Entwurfs sind Erleichterungen im Bereich der Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden. § 34 GWB ist bislang aus verschiedenen Gründen praktisch nicht zur Anwendung gelangt. Der jetzige Vorschlag sieht eine weitgehende Pauschalierung eines für alle denkbaren Fälle angemessenen Mindestvorteils vor. Dies kann die praktische Anwendbarkeit der Norm stark verbessern. Anders als noch der Referentenentwurf hält der Regierungsentwurf aber daran fest, dass die Vorteilsabschöpfung nur bei Nachweis eines *schuldhaft* begangenen Verstoßes zulässig ist.

Drittens enthält der Entwurf Vorschriften zur Implementierung des DMA. Dies betrifft zum einen die Rolle des Bundeskartellamtes bei der Unterstützung der Durchsetzung des DMA durch die Europäische Kommission, andererseits Regeln zur Durchsetzung des DMA auf dem Zivilrechtsweg.

Im Einzelnen:

§ 32e GWB (Sektoruntersuchungen)

Eine wesentliche Änderung in § 32e GWB ist die Einführung einer Sollfrist von 18 Monaten für den Abschluss von Sektoruntersuchungen. Eine Beschleunigung der Untersuchungen als Ziel ist durchaus wünschenswert. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die tatsächliche Dauer einer Sektoruntersuchung im Einzelfall stark von ihrem Erkenntnisinteresse und dem entsprechenden Zuschnitt abhängt. Außerdem spielen Faktoren eine Rolle, die bei Einleitung der Untersuchung nicht abschließend eingeschätzt werden können, wie etwa das Antwortverhalten der Unternehmen oder, abhängig vom Erkenntnisfortschritt des Amtes, die Notwendigkeit weiterer Ermittlungsrunden. Es ist daher zu begrüßen und auch unbedingt erforderlich, dass die Frist als Sollvorgabe gestaltet ist, mit deren Nichteinhaltung ausdrücklich keine rechtlichen Folgen für den Fortgang der Sektoruntersuchung verbunden sind (Begründung des Regierungsentwurfs, S. 28). Eine positive Signalwirkung kann von der Frist aber im Hinblick auf die Vorhaltung

entsprechender Ressourcen und eine Konzipierung der Sektoruntersuchungen, insbesondere der zugehörigen Ermittlungen, mit einem entsprechenden Zeithorizont ausgehen.

Die neu eingeführte Befugnis, wettbewerbspolitische Empfehlungen abzugeben, entspricht der geübten Praxis und ist klarstellungshalber zu begrüßen. Hinzuweisen ist darauf, dass durch den insoweit beschränkten Verweis im neuen Absatz 6 Satz 1 die Möglichkeit zur Abgabe solcher Empfehlungen für Sektoruntersuchungen im Bereich des Verbraucherschutzes nicht vorgesehen ist. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass hiermit keine Einschränkung der vorherigen Praxis verbunden sein soll, sondern dass etwaige Änderungen im Bereich verbraucherrechtlicher Zuständigkeiten gemäß entsprechender Ankündigungen einer 12. GWB-Novelle vorbehalten sein sollen und die Thematik daher in diesem Zusammenhang ausgespart wurde.

Zu hinterfragen ist die Erforderlichkeit der neu vorgeschlagenen Regelung in § 44 Absatz 4, wonach die Monopolkommission Empfehlungen für die Durchführung von Sektoruntersuchungen aussprechen kann und das Bundeskartellamt zu der Empfehlung Stellung nimmt, wenn es ihr nicht innerhalb von zwölf Monaten folgt. Die Möglichkeit der Monopolkommission, Anregungen für ein Tätigwerden des Bundeskartellamts zu machen, besteht ohnehin und wird in der Praxis auch genutzt. Allerdings entscheidet das Bundeskartellamt selbständig über seine Durchsetzungsprioritäten. Dazu gehört nicht nur die Einschätzung, welche mutmaßlichen Wettbewerbsprobleme den Einsatz der begrenzten kartellbehördlichen Ressourcen am besten rechtfertigen. Es ist auch denkbar, dass sich aufgrund laufender Verfahren oder Sektoruntersuchungen die Ressourcenlage so darstellt, dass die Einleitung einer (ggf. weiteren) Sektoruntersuchung innerhalb der nächsten zwölf Monate schlicht nicht sinnvoll möglich ist, zumal eine einmal eingeleitete Sektoruntersuchung nun möglichst innerhalb von 18 Monaten seit ihrer Einleitung abgeschlossen werden soll. Daher stellt sich die Frage, auch vor dem Hintergrund des fortlaufenden fachlichen Austauschs zwischen Bundeskartellamt und Monopolkommission, welchen inhaltlichen Mehrwert eine solche Stellungnahmepflicht haben soll.

§ 32f GWB (Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung)

Kernstück des Entwurfs ist der neue § 32f GWB, der dem Bundeskartellamt die Anordnung von Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung ermöglicht. Das Bundeskartellamt begrüßt, dass die vorhandenen Befugnisse damit um ein wichtiges Instrument ergänzt werden sollen, womit in Einzelfällen wettbewerbliche Störungslagen auch ohne den Nachweis eines konkreten Kartellrechtsverstößes adressiert werden können.

Die Möglichkeit zur Anordnung einer Anmeldepflicht für Zusammenschlussvorhaben bestimmter Unternehmen nach Absatz 2 des Vorschlags ist eine sinnvolle Fortentwicklung der Fusionskontrolle. Die Regelung soll den vorhandenen § 39a GWB ersetzen, an dessen Mechanik sie sich grundsätzlich auch orientiert. Der Vorschlag behebt dabei aber Mängel der derzeit geltenden Norm und dürfte zu deutlich höherer Wirksamkeit einer spezifischen Anmeldepflicht für bestimmte Unternehmen führen. Das gilt insbesondere für die Herabsetzung der Eingriffsschwellen und den Wegfall der Zwei-Drittel-Klausel sowie der Bagatellmarktklausel. Hilfreich ist die Möglichkeit zur Verlängerung der Anmeldepflicht des einmal verpflichteten Unternehmens. Dadurch kann – bei fortbestehendem Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen und unter Gewährung rechtlichen Gehörs für die betroffenen Unternehmen – die Anmeldepflicht verlängert werden, ohne dass jeweils erneut eine Sektoruntersuchung durchzuführen ist.

Absatz 3 ermöglicht es dem Bundeskartellamt, nach Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs auf zumindest einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltenensorientierter oder struktureller Art anzuordnen. Die neuen Befugnisse schließen damit Lücken im vorhandenen wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium. Lücken bestehen bspw. dort, wo Machtstellungen von Unternehmen praktisch unangreifbar geworden sind und die vorhandenen Instrumente, die etwa an missbräuchliche Verhaltensweisen des Unternehmens anknüpfen, zur Offenhaltung oder Öffnung der betreffenden Märkte nicht greifen oder nicht mehr ausreichen. Hier kann die neue Vorschrift es ermöglichen, deutlich proaktiver und ohne alleinigen Fokus auf die Abstellung von Verstößen diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die Marktzutritte bestmöglich (wieder) ermöglichen. Konkrete

Bespiele für Schadenstheorien, in welchen Fällen eine Störung des Wettbewerbs vorliegen kann, sind in Absatz 5 Satz 1 in Form von Regelbeispielen aufgezählt. Insbesondere kommen auch solche (oligopolistischen) Märkte für Maßnahmen nach § 32f Absatz 3 in Betracht, auf denen durch ein Zusammenwirken von Faktoren wie Machtgefällen, vielfältigen Verflechtungen der Marktteilnehmer untereinander sowie die Erhöhung von Marktzutrittsschranken durch bestimmte, verbreitete Verhaltensweisen die Wettbewerbsintensität erheblich vermindert ist. Typische Vertragsklauseln könnten etwa lange Mindestlaufzeiten, Exklusivität oder auch Bestpreisklauseln sein. Hier gibt § 32f Absatz 3 dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, bestimmte Verhaltensweisen nicht nur bei marktmächtigen Unternehmen, sondern direkt bei allen Marktteilnehmern, die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs beitragen, gleichermaßen zu verändern und damit proaktiv und unter Wahrung eines Level Playing Field wettbewerbsfreundlichere Marktbedingungen zu schaffen.

Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 regelt, dass die Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Wettbewerbsstörung erfolgen kann, *soweit* die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach dem 1. Teil des GWB, also Maßnahmen auf Grundlage der §§ 1, 19, 19a, 20 iVm § 32 Abs. 2 GWB oder auch der Fusionskontrolle voraussichtlich nicht ausreicht, um der Störung angemessen entgegenzuwirken. Dieses Vorrangverhältnis des allgemeinen Kartellrechts würde sich aus praktischen Gründen aus sich heraus ergeben, da Kartellverfahren in der Regel schneller und angesichts der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung effektiver sind. Gleichwohl sollte die gesetzliche Vorgabe einer Subsidiaritätsprüfung gestrichen werden. Diese eröffnet einen weiteren Streitpunkt mit den betroffenen Unternehmen, ohne dass für diese ein echter materieller Mehrwert des Subsidiaritätsverhältnisses erkennbar wäre. Es könnte überdies zu der widersinnigen Konstellation kommen, dass das betroffene Unternehmen versuchen könnte, das Verfahren nach § 32f Absatz 3 GWB durch die Behauptung eines eigenen Kartellrechtsverstoßes abzuwenden. Sollte die Regelung beibehalten werden ist es begrüßenswert und unerlässlich, dass die Gesetzesbegründung (S. 32) in diesem Zusammenhang ausdrücklich klarstellt, dass das Bundeskartellamt bei der Prognose („voraussichtlich“) auf die beim Bundeskartellamt zum Zeitpunkt der Feststellung vorliegenden Erkenntnisse zurückgreifen kann und keine weiteren Ermittlungen zum Zwecke der Prüfung der übrigen kartellrechtlichen Vorschriften

durchführen muss. Die vorangegangene Sektoruntersuchung bietet hinreichend vertiefte Marktkenntnisse, um jedenfalls auf Grundlage der gebotenen kursorischen Prüfung auszuschließen, dass Maßnahmen nach den „klassischen“ kartellrechtlichen Vorschriften hinreichenden Erfolg versprechen. Ein solches Vorgehen entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und kann dazu beitragen, dass der Ressourcenaufwand der Behörde in einem noch tragbaren Rahmen bleibt. Der exakte Ressourcenaufwand für diese Prüfung lässt sich derzeit nur schwer prognostizieren. Eine voll ausermittelte Inzidentprüfung sämtlicher kartellrechtlicher Vorschriften würde das Verfahren überfrachten und das Instrument des § 32f – erst recht mit Blick auf das Ziel des zügigen Verfahrensabschlusses – praktisch unanwendbar machen.

Als Folge des Verzichts auf den Nachweis eines Kartellrechtsverstoßes müssen sich die anzuordnenden Maßnahmen nicht mehr auf die Abstellung eines Verstoßes beschränken, sondern ermöglichen es dem Bundeskartellamt, funktionierenden Wettbewerb aktiv (wieder-)herzustellen. Infolge der möglichen Inanspruchnahme von Unternehmen, die keinen Verstoß begangen haben und möglicherweise auch nicht marktmächtig sind, kommt der sorgfältigen Prüfung der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahmen eine noch höhere Bedeutung zu, als dies sonst ohnehin der Fall ist. Vor diesem Hintergrund hat die Begrenzung des Adressatenkreises in Absatz 3 Satz 3 auf Unternehmen, die durch ihr Verhalten wesentlich zur Störung des Wettbewerbs beitragen, eher klarstellenden Charakter, zumal ausweislich der Gesetzesbegründung ein wesentlicher Beitrag bereits in jedem am Markt spürbaren Verhalten liegen soll (siehe Gesetzesbegründung S. 32). Allerdings ist davon auszugehen, dass der Nachweis individueller „wesentlicher“ Verursachungsbeiträge zur Wettbewerbsstörung zu zusätzlichem Ermittlungsaufwand und letztlich zu rechtlicher Unsicherheit innerhalb der Verfahren führen wird. Ferner stellt sich die Frage, inwieweit diese Voraussetzung mit dem Ziel der Norm, auch rein strukturelle Wettbewerbsstörungen angemessen adressieren zu können, vereinbar ist. § 32f soll ausweislich der Gesetzesbegründung insbesondere dazu dienen, Lücken des bisherigen Instrumentariums dort zu schließen, wo Wettbewerbsstörungen nicht auf von §§ 1, 19, 19a oder 20 erfassten Verhaltensweisen, sondern zu weiten Teilen auf strukturellen Ursachen beruhen. Dieses Nachweiserfordernis sollte daher gestrichen werden.

Mit Blick auf die potentiell zu ergreifenden Maßnahmen ist auch zu begrüßen, dass der Vorschlag in Absatz 3 Satz 7 beispielhaft Maßnahmen nennt. Dies gibt der Norm die nötige Kontur, erleichtert damit eine Einordnung der vom Gesetzgeber gewollten Reichweite der neuen Befugnis und macht sie für die betroffenen Unternehmen zugleich vorhersehbarer.

Absatz 4 regelt als Spezialfall der Maßnahmen nach Absatz 3 die Möglichkeit, Unternehmen dazu zu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern. Dies wird aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur als ultima ratio in Betracht kommen, was durch Satz 2 des Absatzes zusätzlich klargestellt wird. Zugleich weist dieser Satz zurecht darauf hin, dass eigentumsrechtliche Entflechtungsmaßnahmen nicht automatisch immer den im Verhältnis zu verhaltensbezogenen Maßnahmen schwerwiegenderen Eingriff darstellen. Durch den Regierungsentwurf wird der Adressatenkreis möglicher Entflechtungsanordnungen zudem auf marktbeherrschende Unternehmen sowie Adressaten von § 19a Absatz 1 GWB beschränkt.

Die Veräußerungsanordnung soll nur dann durchsetzbar sein, wenn der Erlös mindestens 50% desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt zu beauftragender Wirtschaftsprüfer festgestellt hat. Beträgt der Erlös zwar mehr als 50% dieses Wertes, liegt aber unterhalb des festgestellten Wertes, so sieht der Entwurf eine Entschädigungsregelung für das veräußernde Unternehmen vor. Unklar ist, wie zu verfahren ist, wenn der Mindesterloß von 50% des festgestellten Wertes nicht erzielt wird. In solchen Fällen muss das Bundeskartellamt in der Lage sein, im Nachgang zumindest noch Maßnahmen nach Absatz 3 anzuordnen, auch wenn diese im konkreten Fall nicht dieselbe Wirksamkeit haben wie eine Veräußerungsanordnung.

Die Regelung zum zehnjährigen Bestandsschutz freigegebener Zusammenschlüsse schützt das grundsätzliche legitime Vertrauen der Unternehmen in die Freigabe aufgrund kartellbehördlicher Entscheidung oder Ministererlaubnis. Die dafür gewählte Dauer beträgt jedoch das Doppelte des in der Fusionskontrolle typischerweise zugrundgelegten Prognosezeitraums (3-5 Jahre) und erscheint daher als zu lang. Umgekehrt ist es zur Sicherung der effektiven Durchsetzung der Entflechtungsverfügung auch zu begrüßen,

dass ein dem Prognosezeitraum entsprechender Zeitraum von 5 Jahren für ein Wiedererwerbsverbot vorgesehen wird.

Mit Blick auf das Verhältnis der Norm zu sektorspezifischem Regulierungsrecht sollte eine möglichst klare Regelung getroffen werden. Dies stärkt nicht nur die jeweiligen Durchsetzungsbehörden, sondern sorgt auch für Rechtssicherheit auf Seiten der Marktteilnehmer. Mit Blick auf eine begriffliche Klarheit wäre insoweit eine durchgehend einheitliche Verwendung der Bezeichnung „sektorspezifisches Regulierungsrecht“ in Abgrenzung zum „allgemeinen Wettbewerbsrecht“ in Gesetzestext und Begründung wünschenswert. Wettbewerbsrecht gilt (allgemein) in Bezug auf eine Vielzahl von Sachverhalten, wohingegen Regulierungsrecht sektorspezifische Gesetze für die verschiedenen liberalisierten Bereiche betrifft und neben der Förderung von Wettbewerb oftmals auch weitere Ziele verfolgt. Zu begrüßen ist, dass nicht von vornherein alle Sektoren die (auch) der sektorspezifischen Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegen, von geeigneten Maßnahmen nach Absatz 3 und 4 ausgenommen sind. Gleichzeitig sollten solche Maßnahmen jedoch nicht originäre Entscheidungen der Regulierungsbehörde überlagern oder diese in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigen. Der Gesetzentwurf versucht hierfür Sorge zu tragen, indem Absatz 8 Satz 1 eine Abstimmungs- bzw. Koordinationspflicht des Bundeskartellamts mit der Bundesnetzagentur statuiert. Das Bundeskartellamt wäre dementsprechend schon bei Vorbereitungshandlungen angehalten, seine Einschätzungen und Überlegungen mit der Bundesnetzagentur zu koordinieren. Dies müsste mit Blick auf das Einvernehmensefordernis schon aus Gründen der Verfahrenseffizienz bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt geschehen, um ein für Behörden und betroffene Unternehmen aufwendiges Verfahren zur Ergreifung von Maßnahmen nach § 32f zu vermeiden, welches am Ende am fehlenden Einvernehmen scheitert. Der damit verbundene Koordinierungsaufwand dürfte in jedem Fall den Fortgang des Verfahrens in die Länge ziehen und kann ggfls. einen Abschluss in der Sollfrist gefährden. Es fehlt auch an einer Regelung dazu, nach welchem Maßstab die Erteilung oder Versagung des Einvernehmens zu erfolgen hat. Ein solcher Maßstab könnte sinnvoller Weise sein, ob die geplanten Abhilfemaßnahmen den Zielen der jeweiligen Regulierung zuwiderlaufen. Unklar erscheint in diesem Zusammenhang noch die vorgesehene Pflicht zur Veröffentlichung der Stellungnahmen durch die Bundesnetzagentur. Sofern diese ihr Einvernehmen erteilt,

kann die Stellungnahme ex post oder zeitgleich mit der Verfügung des Bundeskartellamts veröffentlicht werden. Versagt hingegen die Bundesnetzagentur ihr Einvernehmen zu einem ihr vorgelegten, vertraulichen Entwurf von Maßnahmen, ergeht keine Verfügung des Bundeskartellamts und es fehlt insoweit an einem inhaltlichen und zeitlichen Anknüpfungspunkt für die – auch in diesem Fall explizit vorgesehene – Veröffentlichung durch die Bundesnetzagentur.

Absatz 5 benennt in Satz 1 vier Regelbeispiele für das Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs und nennt in Satz 2 zusätzliche mögliche Kriterien für die Prüfung der Eingriffsschwelle aus Absatz 3. Diese spiegeln zurecht wider, dass die adressierten Problemlagen einerseits markstruktur- und andererseits verhaltensbezogen sein können. Das Bundeskartellamt begrüßt die Konkretisierung der zeitlichen Komponente des „fortwährend“, weil sie den Unternehmen und der Behörde einen festen zeitlichen Bezugsrahmen für die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen bietet. Aus gesetzensystematischer Sicht wäre zu überlegen, ob die Prüffaktoren für die Eingriffsschwelle (Absatz 5) vor der Regelung der daraus folgenden Eingriffsbefugnisse (Absatz 3) positioniert werden sollten.

Zur Regelung einer Soll-Frist von 18 Monaten gilt zunächst das oben zur Soll-Frist für Sektoruntersuchungen Gesagte. Ein Verfahrensabschluss innerhalb von 18 Monaten dürfte insbesondere aufgrund der zweistufigen Ausgestaltung des Verfahrens mit Feststellungsverfügung nach Absatz 3 Satz 1 und anschließender Maßnahmenverfügung nach Absatz 3 Satz 4 bzw. Absatz 4 in der Praxis nur sehr schwer durchführbar sein. Hinzu kommt die nach Einleitung eines Abhilfeverfahrens nach § 32f Absatz 3 Satz 6 und Absatz 4 vorgesehene Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (§ 56 Absatz 7 Satz 3 GWB in der Fassung des Regierungsentwurfs). Zwar kann auf diesen zusätzlichen Verfahrensschritt mit Einverständnis aller Beteiligten verzichtet werden; diese zusätzliche formelle Verfahrensanforderung steht jedoch in einem starken Spannungsverhältnis zu dem Ziel zügiger Verfahrensführung. Eine Verlängerung der Soll-Verfahrensdauer wäre insbesondere auch in Verfahren nach Absatz 4 notwendig, da hier innerhalb der Frist zusätzlich noch die „richtigen“ Vermögensgegenstände für die Veräußerung zu identifizieren, der Wert dieser Vermögensgegenstände durch einen vom

Bundeskartellamt zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer zu ermitteln und ein Konzept für die Durchsetzung der Verfügung zu erarbeiten sind.

Die Anwendung insbesondere von § 32f GWB wird zu einem erheblichen personellen Zusatzaufwand führen. Es handelt sich um ein neuartiges Instrument, und die Anordnung wirksamer und verhältnismäßiger Maßnahmen wirft mangels Bezugs zu einem konkreten Rechtsverstoß viele neue, auch konzeptionelle Fragen auf. Zudem dürfte nicht nur bei der Sektoruntersuchung selbst, sondern auch bei der Identifizierung wirksamer und verhältnismäßiger Maßnahmen sowie der richtigen Adressaten ein erheblicher Ermittlungsaufwand entstehen.

§ 32g GWB (Untersuchung von Verstößen gegen den Digital Markets Act)

Kern der vorgeschlagenen Änderungen zur Sicherstellung der Durchsetzung des DMA ist die Einräumung einer Ermittlungsbefugnis für das Bundeskartellamt zur Untersuchung möglicher Verstöße gegen Art. 5, 6 und 7 DMA durch bereits benannte Gatekeeper. Die Regelungen des DMA gelten unmittelbar und sind direkt anwendbar; ihre Einhaltung bedarf jedoch der Überwachung durch die Behörden. Die allein für die Durchsetzung des DMA zuständige Europäische Kommission kann durch Ermittlungsbefugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden sinnvoll unterstützt werden.

Der Vorschlag zum neuen § 32g GWB hält hierbei den durch den DMA vorgegebenen Rahmen ein. Insbesondere wird das Bundeskartellamt hierdurch nicht ermächtigt, Anordnungen oder Entscheidungen auf Basis des DMA zu treffen. Es wird die Ergebnisse seiner Untersuchung an die Europäische Kommission übermitteln, welcher als alleiniger Durchsetzungsbehörde die Entscheidung obliegt, auf dieser Basis ein Verfahren unter dem DMA zu eröffnen. Hierauf weist auch § 32g Absatz 3 klarstellungshalber hin.

Sinn und Zweck der Ermittlungsbefugnis ist es neben der Unterstützung der Europäischen Kommission zudem, eine Abgrenzung von Verfahren unter dem DMA und Verfahren nach nationalem sowie europäischem Wettbewerbsrecht zu ermöglichen. Im Hinblick auf die in Art. 5, 6 und 7 DMA enthaltenen Verpflichtungen liegen insbesondere

Überschneidungen mit Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 f. GWB sowie mit § 19a GWB nahe. Um eine effiziente Ressourcenverteilung und eine effektive Koordinierung mit der Europäischen Kommission und anderen Wettbewerbsbehörden innerhalb des ECN zu gewährleisten, ist vor diesem Hintergrund eine frühzeitige Prüfung des Vorliegens eines möglichen Verstoßes gegen den DMA erforderlich. Eine entsprechende Prüfung kann das Bundeskartellamt in Zukunft unter § 32g GWB parallel zu einer Untersuchung möglicher kartellrechtlicher Verstöße vornehmen.

Die Formulierung in § 32g Absatz 1 GWB orientiert sich hierbei eng am Wortlaut des Art. 38 Absatz 7 DMA. Die Norm begründet für das Bundeskartellamt die Möglichkeit, ermittelnd im Rahmen des DMA tätig zu werden. An das Tätigwerden des Amtes werden, wie durch den DMA vorgesehen, keine weiteren Anforderungen gestellt. Für den Fall der Vornahme förmlicher Ermittlungsmaßnahmen nach den §§ 57 ff. GWB gelten die dort genannten Voraussetzungen entsprechend.

Die vorgeschlagene Änderung in § 50 Absatz 2 GWB erklärt das Bundeskartellamt auch für die Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission unter dem DMA zur zuständigen Wettbewerbsbehörde. Eine solche Regelung ist vor dem Hintergrund der vielfältigen Mitwirkungspflichten an Marktuntersuchungen der Europäischen Kommission innerhalb des DMA und der zu erwartenden Überschneidung mit nationalen Verfahren nach Art. 102 AEUV sowie § 19a GWB, für deren Anwendung das Bundeskartellamt ebenfalls ausschließlich zuständig ist, sinnvoll. Ein Austausch mit und eine Koordinierung zwischen dem Bundeskartellamt und anderen nationalen Behörden wird über die Ausweitung des bestehenden § 50f GWB auf den DMA sichergestellt.

Die vorgeschlagenen Änderungen in §§ 90, 90a GWB ermöglichen den Einsatz des Bundeskartellamtes als zwischengeschaltete Behörde bei der Kommunikation zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten. Sie übertragen insoweit das bereits bestehende und bewährte System bei der Koordinierung der Zusammenarbeit im Rahmen der Art. 101 und 102 AEUV auf Fälle unter dem DMA. Eine Zusammenarbeit der Europäischen Kommission und der nationalen Gerichte ist hierbei u.a. in Art. 39 DMA vorgesehen. Die vorgeschlagenen Änderungen dienen insoweit auch der Erleichterung der praktischen Umsetzung des DMA und sind zu begrüßen. Auch die Ausweitung der

§§ 87, 89 GWB auf den DMA und die damit einhergehende Zuständigkeitskonzentration erscheint angesichts der inhaltlichen Nähe der Art. 5, 6 und 7 DMA zum geltenden Wettbewerbsrecht sowie der zu erwartenden rechtlichen Überschneidungen sinnvoll, um die vorhandene Expertise der zuständigen Spruchkörper zu nutzen und eine effektive Durchsetzung des DMA zu gewährleisten.

Das Bundeskartellamt begrüßt des Weiteren die vorgeschlagenen Änderungen in §§ 33 ff. zur Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung der Verpflichtungen aus dem DMA. Gemeinsam mit den für das Bundeskartellamt neu begründeten Zuständigkeiten wird hierdurch ein wirksames System für die Durchsetzung des DMA innerhalb des GWB geschaffen.

§ 34 GWB (Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde)

Das Bundeskartellamt begrüßt das Vorhaben, das Instrument der Vorteilsabschöpfung erheblich zu effektivieren und damit praktisch anwendbar zu machen.

Der Entwurf führt Vermutungsregeln dahingehend ein, dass durch einen Kartellrechtsverstoß ein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist und dass dieser Vorteil mindestens 1 Prozent der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt wurden. Klarstellenden Charakter hat insofern die Regelung in Satz 6, wonach gegen die Vermutung hinsichtlich der Mindesthöhe nicht vorgebracht werden kann, dass kein wirtschaftlicher Vorteil oder ein Vorteil in nur geringer Höhe angefallen ist. Eine Widerlegung der Vermutung soll gemäß Satz 7 vielmehr nur möglich sein, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen im relevanten Zeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat. Diese Regelung stellt in der Sache die Einführung eines pauschalierten Mindestvorteils dar, dem sich ein Unternehmen nur entziehen kann, wenn es insgesamt keinen Gewinn gemacht hat. Eine solche Vermutungsregel ist gerechtfertigt. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Unternehmen durch Kartellrechtsverstöße wirtschaftliche Vorteile erzielen, dies wird durch zahlreiche wissenschaftliche Studien substantiiert dargelegt. Die Höhe des vom Referententwurf vermuteten Mindestvorteils ist dabei verhältnismäßig niedrig angesetzt, so

dass sie auch für Branchen mit hohen Umsätzen bei verhältnismäßig niedrigen Margen (z.B. im Bereich des Handels) nicht zu unangemessen hohen Vorteilsvermutungen führen dürfte. Für atypische Ausnahmefälle steht neben der Widerlegungsmöglichkeit auch die Härtefallregelung aus Absatz 3 Satz 1 zur Verfügung. Die durch den Regierungsentwurf neu eingeführte Regelung in § 34 Absatz 4 Satz 9, wonach die Vermutung nach Satz 1 in Verbindung mit Satz 4 nicht gilt, wenn die Erlangung eines Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist, ist in diesem Zusammenhang zu begrüßen. Die Regelung beseitigt theoretisch denkbare Überreichweiten der Norm und trägt damit zu ihrer Verhältnismäßigkeit und Vorhersehbarkeit bei.

Umgekehrt wird die Vermutung eines Mindestvorteils dem Instrument des § 34 gerade in solchen Fällen zur praktischen Anwendbarkeit verhelfen, in denen die konkrete Bezifferung eines Vorteils nur mit erheblichem Aufwand möglich ist. Genau dies sind typischerweise aber diejenigen Fälle, in denen eine Vorteilsabschöpfung überhaupt nur in Betracht kommt, weil sie bspw. wegen einer Neuartigkeit der Verstöße nicht als Bußgeldverfahren geführt werden. Gerade in solchen Fällen führt der Nachweis einer konkreten Vorteilshöhe zu einem erheblichen Aufwand seitens der Kartellbehörde. In der zivilrechtlichen Praxis führt der Versuch des Nachweises eines Vorteils regelmäßig zu Auseinandersetzungen mittels divergierender ökonomischer Gutachten, die den Nachweis des Vorteils außerordentlich schwierig machen. Nichts anderes wäre bei einer kartellbehördlichen Abschöpfung im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs und nachfolgender gerichtlichen Überprüfung der Abschöpfungsentscheidung zu erwarten. Solche gerichtlichen Auseinandersetzungen sind extrem zeit- und ressourcenintensiv. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang insbesondere auch die vom Bundeskartellamt gemachten Erfahrungen mit der sog. Mehrerlösberechnung, die bis zur 7. GWB-Novelle maßgebliches Kriterium bei der Bußgeldberechnung war.

Dies alles sind gute Gründe dafür, dass Kartellbehörden bislang ihre begrenzten Ressourcen prioritär zur Führung neuer Verfahren und zur Abstellung von Verstößen einsetzen anstatt zur Abschöpfung. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die abgeschöpften Vorteile staatlicherseits zurückzuerstatten sind, wenn und soweit das Unternehmen Schadensersatz leistet. Daher ist es richtig, den Aufwand für Verfahren zur

Vorteilsabschöpfung deutlich zu verringern. Die Vermutung einer Mindestvorteilshöhe kann dazu einen wichtigen Beitrag leisten. Es wird damit praktisch erstmals möglich, eine Vorteilsabschöpfung im Rahmen einer Abstellungs- oder Feststellungsverfügung in einem Kartellverwaltungsverfahren mit anzuordnen, ohne hierfür eigens aufwendige, zusätzliche Ermittlungen führen zu müssen.

Das Instrument der Vorteilsabschöpfung setzt einen Kartellrechtsverstoß voraus. Es wird damit kein Ersatz für das ebenfalls in der öffentlichen Diskussion befindliche Instrument zur Abschöpfung von Übergewinnen, worauf das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz auch bereits hingewiesen hat. Auch eine Anwendung in Bereichen, die zuletzt aufgrund von Rohstoffknappheiten in besonderem Maße Preissteigerungen ausgesetzt waren, wird damit nur dann in Betracht kommen, wenn und soweit solche Preissteigerungen auf konkrete und nachgewiesene Kartellrechtsverstöße zurückgeführt werden können.

Anders als der Referentenentwurf hält der Regierungsentwurf an dem Erfordernis fest, dass der der Abschöpfung zugrunde liegende Kartellrechtsverstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein muss. Das Instrument soll ausweislich der Gesetzesbegründung auch in komplexen Missbrauchsfällen zu Anwendung kommen. Gerade hier kann der Nachweis des Verschuldens schwierig und ermittlungsintensiv sein. Ein Verschuldenserfordernis ist auch insoweit entbehrlich als Sinn und Zweck der Abschöpfungsregelung, nämlich die durch den Kartellrechtsverstoß erlangten Vorteile nicht beim Täter zu belassen, grundsätzlich kein Verschulden voraussetzen. Die Vorteile fallen nämlich verschuldensunabhängig an. Es handelt sich bei der Vorteilsabschöpfung damit gerade nicht um eine Sanktion, die nur bei Vorliegen eines Verschuldens verhängt werden kann.