

Referentenentwurf

des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen

(Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)

A. Problem und Ziel

Das Instrument der Sektoruntersuchung ermöglicht den Kartellbehörden die Gewinnung wichtiger Erkenntnisse über die Wettbewerbsverhältnisse auf den untersuchten Märkten. Aktuell haben viele Untersuchungen jedoch eine lange Verfahrensdauer. Dies erschwert es, auf die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu reagieren und wirkt sich negativ auf die Aktualität und Verwendbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse aus.

Allerdings enden Sektoruntersuchungen bisher in der Regel mit einem Bericht der Kartellbehörde; die Ergreifung von Abhilfemaßnahmen ist nicht per se vorgesehen, sondern kann – genauso wie ohne vorangehende Sektoruntersuchung – nur verstoßabhängig erfolgen. Die derzeit existierenden kartellrechtlichen Instrumente setzen im Wesentlichen am Verhalten der Unternehmen an. Voraussetzung für einen kartellbehördlichen Eingriff ist in der Regel ein Rechtsverstoß oder ein zur Fusionskontrolle anmeldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben. Bestehende wettbewerbslose oder in ihrer Funktionsfähigkeit gestörte wettbewerbliche Strukturen sind bislang in Ermangelung eines Rechtsverstoßes oder anmeldepflichtigen Zusammenschlusses nicht Gegenstand kartellbehördlicher Maßnahmen. Stark konzentrierte bzw. oligopolistische Märkte, die etwa durch fusionskontrollfreie Unternehmenskäufe, Marktaustritte oder internes Wachstum entstanden sind, oder geringer (potentieller) Wettbewerb aufgrund erheblicher Marktzutrittsschranken können aktuell mit kartellrechtlichen Mitteln nicht angemessen adressiert werden.

Aufgrund der Dauer vieler Sektoruntersuchungen und der unzureichenden Befugnisse, die Ergebnisse auch unabhängig von etwaigen Kartellrechtsverstößen zur Anordnung von verbindlichen Maßnahmen zu nutzen, bleibt das Instrument der Sektoruntersuchung damit insgesamt hinter seinen Möglichkeiten zurück.

Um weitere Anreize gegen Kartellrechtsverstöße zu setzen, wurde 1999 mit § 34 das Instrument der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung geschaffen. Die derzeitigen rechtlichen Hürden für die Vorteilsabschöpfung sind gemessen am gesamtwirtschaftlichen Schaden der Verstöße sehr hoch. In der Praxis kommt die Norm daher nicht zur Anwendung.

Mit der Verordnung (EU) Nr. 2022/ (Digital Markets Act oder „DMA“) wurde ein Regelwerk geschaffen, das darauf abzielt, bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor im Binnenmarkt zu sichern. Die Durchsetzung dieser Verordnung obliegt grundsätzlich der Europäischen Kommission als alleinige Durchsetzungsbehörde. Zugleich eröffnet der DMA gewisse Spielräume für den nationalen Gesetzgeber, um im Sinne des „effet utile“ einen ergänzenden Beitrag zur effektiven Durchsetzung der Verordnung zu leisten.

B. Lösung

Dem Instrument der Sektoruntersuchung soll zu einer höheren Wirksamkeit verholfen werden. Neben einer zeitlichen Straffung des Verfahrens soll dies insbesondere dadurch

erreicht werden, dass dem Bundeskartellamt die Befugnis erhält, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen anzuordnen, wenn eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs vorliegt. Für den Fall, dass andere Abhilfemaßnahmen nicht ausreichen, sieht der Gesetzentwurf als ultima ratio die Möglichkeit einer Entflechtung vor.

Mit Blick auf die Vorteilsabschöpfung wird die Anwendbarkeit der Norm für die Kartellbehörden vereinfacht bzw. werden die Nachweisanforderungen im Hinblick auf den konkret erlangten Vorteil abgesenkt, damit wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erlangt wurden, nicht bei den Unternehmen verbleiben, welche die Verstöße begangen haben.

Um die effektive Durchsetzung des DMA zu unterstützen, wird das Bundeskartellamt ermächtigt, Untersuchungen mit Blick auf Verstöße gegen die Artikel 5, 6 und 7 DMA vornehmen zu können. Darüber hinaus werden die Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen, dort wo es geboten erscheint, hinsichtlich der Artikel 5, 6 und 7 DMA für anwendbar erklärt.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Durch das Gesetz ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Das Gesetz führt nicht zu einem Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Das Gesetz führt insgesamt zu einem Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 1.744.880 Euro jährlich. Davon 233.600 Euro jährlich an Bürokratiekosten aus Informationspflichten. Sonstige Kosten fallen für gesetzeskonform handelnde Unternehmen nicht an.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Durch das Gesetz entsteht ein erheblicher Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamts. In der Summe ist voraussichtlich ein zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von circa 1,97 Mio. Euro zu erwarten. Der Mehrbedarf an Personalmitteln soll im Epl. 09 ausgeglichen werden.

Durch die Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um erhebliche Störungen des Wettbewerbs zu beheben oder zu verringern. Mit dem Einsatz dieses neuen Instruments ist ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand verbunden, der auf eine Höhe von rund 712.800 Euro

jährlich beziffert werden kann. Für die zeitliche Begrenzung für die Sektoruntersuchungen ergibt sich ein jährlicher Aufwand von 805.280 Euro.

Für die Durchführung der Abschöpfungsverfahren entsteht voraussichtlich ein Erfüllungsaufwand von jährlich 300.000 Euro. Der Verzicht auf das Verschuldensfordernis und die Einführung einer widerleglichen Vermutung hinsichtlich der Entstehung eines wirtschaftlichen Vorteils sowie einer pauschalen Mindesthöhe andererseits soll zu einem Anstieg von Abschöpfungsverfahren führen.

Durch die Schaffung einer eigenen Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts hinsichtlich möglicher Verstöße nach Artikel 5 bis 7 DMA erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um gegen große Digitalkonzerne zu ermitteln. Zudem sieht der DMA an verschiedenen Stellen eine aktive Mitwirkung der nationalen Wettbewerbsbehörden an Untersuchungen der Europäischen Kommission vor. Hinzu kommt ein Koordinationsaufwand für den Austausch von Informationen zwischen dem Bundeskartellamt und den anderen Behörden der Mitgliedstaaten sowie der Kommission bezüglich geplanter und laufender Ermittlungen sowie für die Koordination der Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten sowie ggf. den Landeskartellbehörden. Insgesamt kann der Aufwand mit rund 150.000 Euro jährlich beziffert werden.

Die dauerhaften Belastungen des Bundeskartellamts sind in folgender Tabelle im Überblick dargestellt:

Bereich	Stellen hD	Stellen gD	Stellen mD	Summe in EUR
Zeitliche Begrenzung für Sektoruntersuchung	6	1	1	805.280
Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen	5	2	-	712.800
Erleichterte Vorteilsabschöpfung	2	1	-	300.000
DMA-Kontext	1	0,5	-	150.000
Summe	14	4,5	1	1.968.080

F. Weitere Kosten

Es sind keine sonstigen direkten oder indirekten Kosten für die Wirtschaft und insbesondere für mittelständische Unternehmen zu erwarten. Grundsätzlich dürfte eine Senkung der Einzelpreise und des Preisniveaus eintreten, weil die verbesserte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu einem wirksameren Wettbewerb führt.

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen

(Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)¹⁾

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Hinter § 32e wird folgender § 32f eingefügt:

„§ 32f Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung“

b) Hinter § 32f wird folgender § 32g eingefügt:

„§ 32g Untersuchung von Verstößen gegen die Verordnung (EU) Nr. 2022/“

c) Hinter § 39 wird § 39a wie folgt gefasst:

„§ 39a (weggefallen)“

2. § 32e wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „starre Preise oder andere“ gestrichen.

b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

„(3) Das Bundeskartellamt veröffentlicht die Einleitung einer Untersuchung nach Absatz 1 auf seiner Internetseite. Es soll die Untersuchung spätestens 18 Monate nach der Einleitung abschließen.“

c) Die bisherigen Absätze 3 bis 6 werden die neuen Absätze 4 bis 7.

¹⁾ Artikel 1 Nummer 21 dieses Gesetzes dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 1 ff.), die zuletzt durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1951 (ABl. L 398 vom 11.11.2021, S. 21) geändert worden ist.

d) Der neue Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Das Bundeskartellamt veröffentlicht einen Bericht über die Ergebnisse der Untersuchung nach Absatz 1, die obersten Landesbehörden können einen solchen Bericht veröffentlichen. Das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden können Dritte um Stellungnahme bitten. Das Bundeskartellamt kann im Bericht wettbewerbspolitische Empfehlungen aussprechen; es leitet in diesem Fall den Bericht der Bundesregierung zu.“

e) Im neuen Absatz 5 wird die Angabe „§§ 57, 59, 59a, 59b und 61“ durch die Angabe „§§ 57 bis 59b und 61“ ersetzt.

f) Der neue Absatz 6 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 wird die Angabe „Die Absätze 1 bis 3“ durch die Angabe „Die Absätze 1 bis 3, Absatz 4 Satz 1 und 2 und Absatz 5“ ersetzt.

bb) In Satz 3 wird die Angabe „Absatz 4“ durch die Angabe „Absatz 5“ ersetzt und nach dem Wort „Regelungen“ die Wörter „zur Beschlagnahme nach § 58,“ eingefügt.

g) Im neuen Absatz 7 wird die Angabe „Absatz 5“ durch die Angabe „Absatz 6“ ersetzt.

3. Nach § 32e wird folgender § 32f eingefügt:

„§ 32f

Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung

(1) Nach Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 zu einer Untersuchung nach § 32e Absatz 1 hat das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse die in den Absätzen 2 bis 4 enthaltenen weiteren Befugnisse.

(2) Wenn objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der in dem Bericht nach § 32e Absatz 4 genannten Wirtschaftszweige im Sinne von § 36 Absatz 1 erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss im Sinne von § 37 in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zustellung der Verfügung nach § 39 anzumelden. Die Anmeldepflicht nach Satz 1 gilt nur für Zusammenschlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mehr als 500.000 Euro Umsatz erzielt hat. § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ist auf von dem Unternehmen in den betreffenden Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des 7. Kapitels anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldeverpflichtung, auch mehrfach, um drei Jahre verlängern.

(3) Wenn eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt, kann das Bundeskartellamt Unternehmen alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art

vorschreiben. § 32 Absatz 2 gilt entsprechend. Die nach Satz 1 anzuordnenden Maßnahmen können insbesondere zum Gegenstand haben:

1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen;
2. die Belieferung anderer Unternehmen, einschließlich der Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum;
3. behördliche oder vergleichbare Zulassungen oder Genehmigungen;
4. die Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten und auf verschiedenen Marktstufen;
5. gemeinsame Normen und Standards;
6. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung;
7. die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.

(4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen von Absatz 3 Unternehmen dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach diesem Absatz können nur in Ermangelung einer Abhilfemaßnahme nach Absatz 3 von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach diesem Absatz mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre. Vor Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den obersten Landeskartellbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gelten entsprechend. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die das betroffene Unternehmen vor Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat, so ist eine Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung fünf Jahre übersteigt. Ist kein Hauptprüfverfahren eingeleitet worden, so tritt an die Stelle der Zustellung der Verfügung der Ablauf der Frist nach § 40 Absatz 1 Satz 1. Teile des Vermögens, die das oder die Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat oder haben, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Marktverhältnisse soweit geändert haben, dass eine Störung des Wettbewerbs im Sinne des Absatzes 3 nicht mehr vorliegt..

(5) Bei der Feststellung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs auf einem Markt oder marktübergreifend soll insbesondere folgendes berücksichtigt werden:

1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration,
2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen oder vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,

3. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten einzelner Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter bzw. Nachfrager,
4. Marktergebnisse und Verhaltensweisen, die auf wettbewerblich nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume, relative oder überlegene Marktmacht oder eine marktbeherrschende Stellung schließen lassen, insbesondere hinsichtlich

a) Preisen, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen sowie Innovationstätigkeit auf den betroffenen Märkten sowie

b) Verträgen und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten.

(6) § 32b gilt für Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 entsprechend.

(7) Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen spätestens 18 Monate nach Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.“

4. Nach § 32f wird folgender § 32g eingefügt:

„§ 32g

Untersuchung von Verstößen gegen die Verordnung (EU) Nr. 2022/

(1) Das Bundeskartellamt kann eine Untersuchung bei einer möglichen Nichteinhaltung der Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/ durch ein nach Artikel 3 der Verordnung benanntes Unternehmen durchführen.

(2) Das Bundeskartellamt kann alle für die Untersuchung nach Absatz 1 erforderlichen Ermittlungen durchführen. Die §§ 57 bis 59b und 61 gelten entsprechend.

(3) Das Bundeskartellamt erstattet der Europäischen Kommission Bericht über die Ergebnisse der Untersuchung nach Absatz 1. Es kann einen Bericht über die Ergebnisse der Untersuchung veröffentlichen.“

5. In § 33 Absatz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.

6. In § 33b Satz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder wegen eines Verstoßes gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.

7. § 33g wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 4 Satz 1 wird das Wort „Wettbewerbshörde“ durch das Wort „Wettbewerbsbehörde“ ersetzt.

b) In Absatz 5 werden nach den Wörtern „Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens“ die Wörter „oder des Verfahrens zur Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.

8. § 33h Absatz 6 wird wie folgt geändert:

a) Nach § 33h Absatz 6 Nummer 2 wird folgende Nummer 3 eingefügt:

„3. Eine Behörde, die die in Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung (EU) Nr. 2022/ genannten Vorschriften anwendet, Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder auf

ihr Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/ trifft, oder“

b) Die bisherige Nummer 3 wird zu Nummer 4.

9. § 34 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „vorsätzlich oder fahrlässig“ gestrichen.

b) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Es wird vermutet, dass ein Verstoß gegen Vorschriften des ersten, zweiten oder fünften Kapitel dieses Teils, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 19a oder nach dem sechsten Kapitel dieses Teils einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat. Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden. Für die Schätzung der Vorteilshöhe gilt § 287 der Zivilprozessordnung entsprechend mit der Maßgabe, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt. Es wird vermutet, dass der wirtschaftliche Vorteil mindestens 1 Prozent der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt wurden. Die Vermutung nach Satz 4 ist der in der Verfügung festgestellte Zeitraum, in dem der Verstoß angedauert hat, zugrunde zu legen. Sie kann nur widerlegt werden, 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. Bei der Ermittlung des Gewinns nach Satz 6 ist der weltweite Gewinn aller natürlichen und juristischen Personen sowie Personenvereinigungen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen und darf 10 Prozent des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen.“

c) In Absatz 5 Satz 1 werden die Angabe „sieben“ durch die Angabe „zehn“ ersetzt und die Wörter „und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren“ gestrichen.

10. § 39a wird gestrichen.

11. Nach § 44 Absatz 3 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) In ihren Gutachten kann die Monopolkommission Empfehlungen für die Durchführung von Untersuchungen nach § 32e Absatz 1 aussprechen. Soweit das Bundeskartellamt der Empfehlung für eine Untersuchung nach § 32e Absatz 1 innerhalb von sechs Monaten nach Veröffentlichung des Gutachtens nicht gefolgt ist, nimmt es Stellung zu der Empfehlung.“

12. § In § 50 Absatz 2 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „sowie für die Mitwirkung bei der Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ durch die Europäische Kommission“ eingefügt.

13. In § 50f Absatz 2 Satz 3 Nummer 2 werden nach dem Wort „Gesetzes“ die Wörter „nach der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.

14. § 59 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Nach Satz 4 wird folgender Satz 5 eingefügt:

„Die Verpflichtung gilt auch für die näheren Umstände des Postverkehrs, das Postgeheimnis nach Artikel 10 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.“

- b) Die bisherigen Sätze 5 bis 7 werden die Sätze 6 bis 8.
 - c) Im neuen Satz 8 wird die Angabe „1 bis 6“ durch die Angabe „1 bis 7“ ersetzt.
15. § 81 Absatz 2 wird wie folgt geändert:
- a) In Nummer 2 Buchstabe a werden nach der Angabe „§ 32b Absatz 1 Satz 1“ ein Komma und die Angabe „§ 32f Absätze 3 und 4“ eingefügt.
 - b) In Nummer 7 wird die Angabe „§ 59 Absatz 1 Satz 6“ durch die Angabe „§ 59 Absatz 1 Satz 7“ ersetzt.
16. § 87 wird wie folgt geändert
- a) In Satz 1 werden nach dem Wort „Wirtschaftsraum“ die Wörter „oder der Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
 - b) In Satz 2 werden nach dem Wort „Wirtschaftsraum“ die Wörter „oder der Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
17. In § 89 Absatz 1 Satz 1 werden nach den Worten „Rechtspflege in Kartellsachen“ die Wörter „oder der kohärenten Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
18. In § 89b Absatz 5 Satz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
19. In § 89c Absatz 3 Satz 2 Nummer 3 werden nach dem Wort „Kartellrechts“ die Wörter „oder der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
20. In § 89e wird Absatz 1 zu Absatz 1 Satz 1 und es wird folgender Satz 2 angefügt: „Im Rahmen der Anwendung der §§ 33g, 89b bis 89d auf Verstöße nach der Verordnung (EU) Nr. 2022/ gelten als Wettbewerbsbehörden die Europäische Kommission sowie Behörden, die die in Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung (EU) Nr. 2022/ genannten Vorschriften anwenden.“
21. In § 90 Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Wirtschaftsraum“ die Wörter „oder von der Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
22. § 90a wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder die Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
 - b) In Absatz 2 Satz 2 werden nach der Angabe „1/2003“ die Wörter „oder nach Art. 39 Absatz 4 der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
 - c) In Absatz 3 Satz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder der Verordnung (EU) Nr. 2022/“ eingefügt.
23. Nach § 154 Nummer 3 Buchstabe b wird folgender Buchstabe c eingefügt:
- „c) bei Fehlen einer vertraglichen Indexierungsklausel im Sinne des § 132 Absatz 4 der aktualisierte Wert unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Inflationsrate in Deutschland berechnet wird,“.
24. In § 187 GWB wird nach Absatz 10 folgender Absatz 11 angefügt:

„Das Bundeskartellamt kann Verfügungen nach § 32f Absatz 2 auch auf Grundlage von zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits abgeschlossenen Sektoruntersuchungen nach § 32e erlassen, wenn zwischen Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 3 und Inkrafttreten des § 32f Absatz 2 weniger als ein Jahr vergangen ist, mit der Maßgabe, dass die Frist nach § 32f Absatz 7 mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 32f Absatz 2 zu laufen beginnt.“

Artikel 2

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

1.) Beschleunigung der Sektoruntersuchung

Bereits seit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 können das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden Untersuchungen eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen vornehmen, wenn starre Preise oder andere Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist (sog. Sektoruntersuchung). Das Instrument der Sektoruntersuchung wurde aus dem europäischen Recht übernommen, in dem es bereits in Artikel 12 VO 17/62 (inzwischen Artikel 17 VO 1/2003) angelegt war. Seitdem hat das Bundeskartellamt von dieser Befugnis regelmäßig Gebrauch gemacht. Insgesamt wurden vom Bundeskartellamt bislang Ergebnis- oder Sachstandsberichte zu 20 Sektoruntersuchungen veröffentlicht, davon fünf aus dem Bereich Verbraucherschutz. Weitere Untersuchungen sind gegenwärtig in Arbeit. Auch mehrere Landeskartellbehörden haben Sektoruntersuchungen durchgeführt und veröffentlicht, hauptsächlich im Bereich der Wärme- und Wasserversorgung. Sektoruntersuchungen sind somit zu einem festen Teil des kartellrechtlichen Instrumentariums geworden und leisten einen wichtigen Beitrag zum besseren Verständnis der Wettbewerbsverhältnisse in einem Wirtschaftszweig, der Wirkungsweise bestimmter Arten von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen oder verbraucherrechtlichen Problemlagen. Jedoch waren bei einigen Sektoruntersuchungen in der Vergangenheit mitunter sehr lange Zeiträume von der Einleitung einer Sektoruntersuchung bis zu ihrem Abschluss und zur Veröffentlichung der Ergebnisberichte zu beobachten. Dies erschwert nicht nur dem Gesetzgeber, zeitnah auf festgestellte Wettbewerbsprobleme zu reagieren, sondern wirkt sich in dynamischen Sektoren auch negativ auf die Aktualität und Verwendbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse aus.

2.) Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen

Sektoruntersuchungen enden bisher in der Regel mit einem Bericht der Kartellbehörde. Nach Abschluss einer Sektoruntersuchung und beim Vorliegen weiterer in § 39a spezifizierter Bedingungen kann das Bundeskartellamt Unternehmen zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse auffordern. Konkrete Abhilfemaßnahmen gegen im Rahmen einer Sektoruntersuchung ermittelte Wettbewerbsbeschränkungen setzen jedoch regelmäßig an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen an. Ergeben sich aus einer Untersuchung nach § 32e Erkenntnisse über Verstöße gegen das Kartellverbot oder gegen das Verbot des Marktmissbrauchs, kann die Kartellbehörde Ergebnisse der Untersuchung nutzen, um Verwaltungsverfahren gegen einzelne Unternehmen mit dem Ziel der Abstellungsverfügung einzuleiten. Etwas anderes gilt für verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen nach § 32e Absatz 5. Dieses Instrument wurde im Zuge der 9. GWB-Novelle ergänzt, ohne jedoch dem Bundeskartellamt entsprechende Eingriffsbefugnisse einzuräumen.

Eine Störung des Wettbewerbs auf einem Markt oder in einem Wirtschaftszweig kann, muss aber nicht zwangsläufig durch einen Kartellrechtsverstoß begründet sein. Auch wenn sich die Unternehmen auf einem Markt kartellrechtskonform verhalten, können die dort herrschenden Rahmenbedingungen den Wettbewerb erheblich stören und zu einer geringen Wettbewerbsintensität führen, was sich in der Regel in den Marktergebnissen widerspiegelt. In der Folge sehen sich die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie gewerbliche Unternehmen u.a. mit hohen Preisen, geringer Produktauswahl oder niedriger Qualität

konfrontiert. Zudem entstehen häufig Fehlanreize, die sich negativ auf nachhaltiges Wirtschaften, effizienten Ressourceneinsatz und die Innovationstätigkeit der Marktteilnehmer auswirken.

Während wettbewerbsbeschränkende Absprachen (§ 1), der Missbrauch einer marktherrschenden Stellung (§§ 19, 20) und Verhaltensweisen von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a) also bereits erfasst sind, existieren im Kartellrecht Lücken hinsichtlich solcher Wettbewerbsstörungen, die nicht unbedingt an eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise anknüpfen, sondern zu weiten Teilen auf strukturellen Ursachen oder nicht zwingend von §§ 1, 19, 19a oder 20 erfassten Verhaltensweisen beruhen oder hierdurch jedenfalls stark begünstigt werden. Solche Wettbewerbsstörungen können derzeit nicht ausreichend durch die Wettbewerbsbehörden aufgegriffen und behoben werden. In Hinblick auf die Marktstruktur existiert mit der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle (§§ 35ff.) zwar ein Instrument, das die Entstehung wettbewerbschädlicher Strukturen verhindert und somit präventiv wirkt. Ist jedoch bereits eine Situation eingetreten, in der strukturelle Faktoren in einem Markt oder Wirtschaftszweig wirksamen Wettbewerb auch ohne Absprachen oder nachgewiesenen Marktmachtmissbrauch verhindern, existiert bislang kein kartellrechtliches Instrument, um dies ausreichend zu adressieren.

Dies gilt auch für Märkte und Wirtschaftszweige, in denen internes Unternehmenswachstum, Marktaustritte oder andere Entwicklungen zu Strukturen geführt haben, die den Wettbewerbsprozess einschränken bzw. Wettbewerbsdruck abschwächen. Obwohl es für die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die Funktionsfähigkeit von Märkten unerheblich ist, ob hohe Konzentrationen durch internes oder externes Unternehmenswachstum entstanden sind, wird internes Wachstum in der Regel positiver bewertet, da es als Ausdruck erfolgreich geführten Leistungswettbewerbs gesehen wird. Der Anreiz für Unternehmen, starke Marktstellungen zu erlangen und dadurch auch Gewinne zu erwirtschaften, ist für die Funktionsweise einer Marktwirtschaft zentral und muss erhalten bleiben. Dieser Anreiz fördert hohe Eigeninitiative und erfolgreicher Innovationstätigkeit. Gleichzeitig müssen Marktpositionen aber auch angreifbar für Wettbewerber bleiben.

Merkmale einer Wettbewerbsordnung als Kernelement der sozial-ökologischen Marktwirtschaft sind Wettbewerbsvorstöße durch innovative Produkte oder Verfahren oder durch Optimierung der betrieblichen Prozesse und anschließende Nachahmung durch nachziehende Wettbewerber. Effektiver Wettbewerb ermöglicht den Unternehmen marktgerechte Reaktionen auf Preissignale, setzt damit starke Anreize für effizientes und nachhaltiges Wirtschaften und fördert technologischen Fortschritt. Sind auf einem Markt oder in einem Wirtschaftszweig dauerhaft hohe Unternehmenskonzentrationen und verfestigte Strukturen zu beobachten, kann dies dagegen auf eine anhaltende Störung dieses Prinzips hindeuten. Deshalb muss eine erfolgreiche Wettbewerbspolitik einerseits unternehmerische Freiheit fördern und auch starke Marktpositionen oder Gewinne ermöglichen und andererseits bei eingeschränktem oder verfälschtem Wettbewerb eingreifen können. Die Europäische Kommission hat daher die Schaffung eines sog. New Competition Tools (NCT) in Erwägung gezogen und im Juni 2020 eine Folgenabschätzung in der Anfangsphase (sog. Inception Impact Assessment) veröffentlicht (Europäische Kommission,- Ares(2020)2877634, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation>). **Fehler! Linkreferenz ungültig.** Ein in diesem Kontext für die Europäische Kommission erstelltes Gutachten nennt als Faktoren, die den Wettbewerb anhaltend stören und eine frühzeitige Intervention nötig machen können, insbesondere Skalenerträge, Netzwerkeffekte, Wechselkosten, asymmetrische und beschränkte Information und die Voreingenommenheit (bias) von Verbrauchern zugunsten von marktstarken Unternehmen (Motta/Peitz, Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool: expert study, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/487824>, S. 8-21). Als unzureichend vom EU-Kartellrecht erfasst nennt das Gutachten insbesondere stillschweigende Kollusion (tacit collusion), wettbewerbschädigende Geschäftsstrategien und Verträge von nicht-

marktbeherrschenden Unternehmen, regulatorische Marktzutrittsschranken sowie vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfasste oder schwer nachweisbare Verhaltensweisen. Nach Auffassung der Autoren können bislang nicht vom Kartellrecht adressierbare Wettbewerbsbeschränkungen auch aus sogenanntem common und cross ownership oder algorithmischer Kollusion resultieren (S. 23f., 26f.). Die Aussagen des Gutachtens lassen sich zu großen Teilen auf das deutsche Kartellrecht übertragen, mit der Einschränkung, dass manche der dort aufgeführten Problemlagen in Deutschland inzwischen über die Marktbeherrschungskriterien des § 18 Absatz 3a GWB und das Missbrauchsverbot für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb in § 19a GWB erfasst werden können.

Vor diesem Hintergrund bedarf es eines Instruments, das die dargestellte Lücke im kartellrechtlichen Rahmen schließt und dem Bundeskartellamt ermöglicht, Wettbewerbsstörungen zu beseitigen, die mit dem herkömmlichen Instrumentarium nicht adressiert werden können, weil weder wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen noch Handlungen von Adressaten der Missbrauchsaufsicht nachweisbar sind.

Das Kriterium der erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs bietet hierfür einen geeigneten tatbestandlichen Anknüpfungspunkt. Es stellt klar, dass lediglich vorübergehende Störungen, die in Folge der resultierenden Wettbewerberreaktionen beseitigt werden, nicht bereits zu kartellbehördlichen Eingriffen führen. Neben dauerhaften Störungen sollen auch wiederkehrende Störungen des Wettbewerbs aufgegriffen werden können, die durch Reaktionen anderer Marktteilnehmer nicht dauerhaft und in hinreichender Weise ausgeglichen werden. Die Instrumente setzen in erster Linie an Mängeln in der Marktstruktur an, etwa wenn Unternehmen durch eigenes Wachstum, Marktaustritte oder fusionskontrollfreie Erwerbe im Zeitablauf starke Marktstellungen aufgebaut haben. Allerdings können Störungen des Wettbewerbs auch durch Verhaltensweisen der am Markt aktiven Unternehmen entstehen, etwa durch vertraglich bedingte Marktzutrittsschranken. Das Erheblichkeitskriterium betont, dass die Störung angesichts der Tragweite der Eingriffe in unternehmerische Freiheiten nicht nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend haben muss. Störungen des Wettbewerbs können sich entweder auf einem konkreten Markt oder marktübergreifend – etwa in einem ganzen Wirtschaftszweig oder in verschiedenen Branchen – auswirken und müssen entsprechend mit jeweils geeigneten Maßnahmen adressiert werden.

Die Notwendigkeit eines Instruments zum Schutz wettbewerbslicher Strukturen wird zudem mit Blick auf empirische Befunde deutlich. Insbesondere zeigt sich bereits für die USA, dass in zahlreichen Wirtschaftsbereichen die Unternehmenskonzentration zunimmt (vgl. z.B. Bajgar, M., Berlingieri, G., Calligaris, S., Criscuolo, C. und Timmis, J., "Industry Concentration in Europe and North America", OECD Productivity Working Papers, 2019-18, OECD Publishing, Paris). Dies geht nicht nur mit erheblichen gestiegenen Preisaufschlägen auf die Grenzkosten (sog. Markups) und zunehmender Profitabilität in einigen stark konzentrierten Branchen einher, sondern führt auch zu weiteren negativen makroökonomischen Auswirkungen (De Loecker, J., Eeckhout, J. und Unger, G. (2020): The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications, Quarterly Journal of Economics, 135 (2), S. 561-644). Dazu können insbesondere zu geringe Investitionen, sinkende Produktivität und fehlende Innovation gehören. Auch wenn die empirisch ermittelten Konzentrationen verschiedener Wirtschaftsbereiche in Europa niedriger als in den USA sind und insbesondere in Deutschland noch keinen besorgniserregenden Trend aufweist (Monopolkommission (2022): Hauptgutachten XXIV: Wettbewerb 2022, Kapitel I), zeigen die zur Wirtschaft der USA vorliegenden Ergebnisse, weshalb es zusätzlicher wettbewerbspolitischer Instrumente bedarf, die helfen, entsprechende Entwicklungen in Deutschland abzuwenden.

3.) Erleichterte Vorteilsabschöpfung

Der bestehende Rahmen zur Abschöpfung der durch Kartellrechtsverstöße erzielten Gewinne führt zu erheblichen Problemen, durch die die Anwendung des § 34 derzeit unnötig

erschwert ist. Für den erzielten Vorteil aus einer Wettbewerbsbeschränkung soll daher künftig eine Vermutung gelten.

4.) Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/

Der Gesetzentwurf dient zugleich der Unterstützung der Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ (Digital Markets Act oder „DMA“). Ziel ist es, eine effektive Durchsetzung des DMA in Deutschland zu gewährleisten und einen Beitrag zur effektiven Durchsetzung des DMA durch die Europäische Kommission zu leisten. Zudem soll auch die private Rechtsdurchsetzung der Verpflichtungen aus dem DMA gestärkt werden.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

1.) Beschleunigung der Sektoruntersuchung

Das Instrument der kartellrechtlichen Sektoruntersuchung hat sich bewährt und wird deshalb nur geringfügig angepasst. Für verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen ist die Prüfung, wie das Bundeskartellamt im Einzelnen gestärkt werden kann, noch nicht abgeschlossen. Um die mitunter langen Zeiträume zwischen Einleitung einer Sektoruntersuchung und ihrem Abschluss zu reduzieren, wird im bestehenden § 32e eine Regeldauer von maximal 18 Monaten ergänzt. Die Einführung einer Sollfrist dient der Verfahrensbeschleunigung und – im Hinblick auf die künftigen Eingriffsbefugnisse nach § 32f – der Sicherstellung einer hinreichend aktuellen Datengrundlage; Datenaktualisierungen in Verfahren nach § 32f beschränken sich dann – soweit erforderlich – nur auf einen kurzen Zeithorizont. Die Ermittlungsakte der Sektoruntersuchung kann zu Verfahren nach § 32f beigezogen werden. Insoweit dann Feststellungen und Anordnungen im Rahmen eines Verfahrens nach § 32f auf Erkenntnisse oder Ermittlungsergebnisse aus der Sektoruntersuchung gestützt sind, werden auch diese im Rahmen von Rechtsmitteln gegen Verfügungen nach § 32f einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht. Zur Erhöhung der Verfahrenstransparenz wird das Bundeskartellamt die Einleitung einer Sektoruntersuchung künftig auf seiner Internetseite publizieren; die Veröffentlichung eines Abschlussberichtes ist bereits jetzt der Regelfall und soll beim Bundeskartellamt nun auch gesetzlich verankert werden. Im Falle einer Einstellung der Untersuchung ohne Abschlussbericht werden die Gründe für die Einstellung vom Bundeskartellamt bekannt gegeben. Im Falle von Verzögerungen sollen die Gründe für die Verzögerungen ebenfalls nach Ablauf von 18 Monaten seit Beginn der Untersuchung bekannt gegeben werden.

2. Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen

Die bislang in § 39a vorgesehene Möglichkeit zur Verpflichtung von Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne zur Anmeldung von Zusammenschlüssen unterhalb der Anmelde-schwellen des § 35 wird auf der Basis bisheriger Erfahrungen mit dem Instrument in den § 32f überführt. Die Verpflichtung kann sich je nach Ergebnissen der Sektoruntersuchung und der ggf. anschließenden Ermittlungen nach § 32f Absatz 2 an ein oder mehrere Unternehmen richten. Insbesondere werden die Anforderung an eine bundesweit starke Marktposition der betroffenen Unternehmen aufgehoben und die Umsatzschwellen reduziert, um auch drohende Wettbewerbsprobleme etwa auf regionalen vermachteten Märkten adressieren zu können. Das Bundeskartellamt kann die Anmeldepflicht in seiner Verfügung in räumlicher Hinsicht (nur in bestimmten Kommunen, Ländern, Marktgebieten) oder in sachlicher Hinsicht (nur bestimmte Produkte, Leistungen) einschränken.

Zusätzlich wird ein neues Instrument eingeführt, das dem Bundeskartellamt in Fällen erheblicher, andauernder oder wiederholter Störungen des Wettbewerbs ein Eingreifen außerhalb des Kartellverbots und der Missbrauchsaufsicht erlaubt. Dieses Instrument ermöglicht es dem Bundeskartellamt, die im Rahmen einer kartellrechtlichen Sektoruntersuchung gewonnenen Erkenntnisse effektiver zu nutzen. Dazu werden in § 32f verschiedene

Eingriffsmöglichkeiten für das Bundeskartellamt normiert. Im Anschluss an eine Sektoruntersuchung nach § 32e können künftig Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von erheblichen andauernden oder wiederholten Störungen des Wettbewerbs ergriffen werden. Der Ursprung der Störungen muss abweichend von Maßnahmen nach § 32 nicht zwingend in verbotenen Verhaltensweisen von Unternehmen liegen. Störungen des Wettbewerbs können vielmehr auch in strukturellen Merkmalen von Märkten liegen oder einen nicht durch §§ 1, 19ff. adressierbaren Verhaltensbezug haben. Eine Störung ist andauernd, wenn sie bereits eingetreten ist und zum Zeitpunkt der behördlichen Verfügung fortbesteht. Als alternative Eingriffsbedingung ist eine wiederholte Störung vorgesehen, da auch wiederkehrende Störungen des Wettbewerbs nach ähnlichen Mustern auf ein generelles, durch die Maßnahmen nach § 32f adressierbares strukturelles und/oder verhaltensbedingtes Problem hinweisen können. Im Fall einer Störung des Wettbewerbs im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 können vom Bundeskartellamt nach § 32f Absatz 3 einem oder mehreren Unternehmen alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen, strukturellen oder verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen vorgeschrieben werden.

Als ultima ratio ist in § 32f Absatz 4 die Möglichkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung vorgesehen, sofern eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs vorliegt und zu erwarten ist, dass die festgestellte Störung des Wettbewerbs durch die Maßnahme beseitigt oder erheblich verringert wird. Das Kriterium der „erheblichen Verringerung“ trägt dabei gemessen an der Schwere des eigentumsrechtlichen Eingriffs dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Eigentumsrechtliche Maßnahmen sollen nur dann ergriffen werden, wenn keine Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 mit gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stehen oder diese die größere Belastung für die Unternehmen darstellen würden. Vermögen im Sinne des § 32f Absatz 4 können Unternehmensbeteiligungen oder wesentliche, ggf. nach Umstrukturierung als eigenständige Geschäftseinheiten oder durch Integration in die erwerbenden Unternehmen überlebensfähige, Vermögensgegenstände der betroffenen Unternehmen sein. Die Verfügung nach Absatz 4 kann und wird regelmäßig auch beinhalten müssen, dass das Unternehmen verpflichtet wird, die Veräußerungsfähigkeit dementsprechend herbeizuführen.

Für die Prüfung, ob eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs vorliegt, sind in § 32f Absatz 5 zentrale Kriterien definiert. Diese Kriterien sind weder abschließend, noch müssen alle von ihnen für die Feststellung einer erheblichen Störung des Wettbewerbs nach den Absätzen 3 und 4 tragend sein. Wegen der Heterogenität möglicher Ursachen einer Wettbewerbsstörung sind die Prüfkriterien auch nur insoweit zu berücksichtigen und ggf. zu ermitteln, wie sie in der jeweiligen Konstellation voraussichtlich aussagekräftig sind.

Die neuen Kompetenzen des Bundeskartellamts stehen im Einklang mit etablierten ordnungspolitischen Grundsätzen, die den Wettbewerbsschutz ins Zentrum stellen. Dieser Schutz beschränkt sich nicht auf die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen oder von Behinderungs- und Ausbeutungsmisbräuchen, sondern beinhaltet insbesondere eine kritische Prüfung der Auswirkungen langfristig hoher Unternehmenskonzentrationen und die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung kompetitiver Strukturen. Die Offenhaltung von Märkten als konstituierendes Prinzip einer Wettbewerbsordnung ist Voraussetzung für die Wirksamkeit des Wettbewerbs bei der Allokation eingesetzter Ressourcen und dem Schutz vor dem Missbrauch vermachteter Marktstrukturen. Wirksamer Wettbewerb setzt Unternehmen starke Anreize, durch hohe Eigeninitiative, effizientes Wirtschaften sowie qualitativ hochwertige und innovative Produkte und Leistungen wirtschaftlichen Erfolg zu haben, Preise niedrig zu halten und Kostensenkungen an die Verbraucherinnen und Verbraucher weiterzugeben. Strukturell bedingte Störungen des Wettbewerbs bergen ein hohes Risiko, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu stören. Eine nachlaufende Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen oder Marktmachtmissbrauch greift häufig erst spät ein, wenn sich Schäden für die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Fehlanreize bei Ressourceneinsatz und Innovation bereits manifestiert haben. Die Neuregelung in § 32f ergänzt daher die Fusionskontrolle um ein weiteres strukturorientiertes Instrument zum

Schutz und zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs, das Märkte offen hält und in begründeten Ausnahmesituationen auch stark vermachtete Marktstrukturen aufbricht.

Für Maßnahmen nach § 32f Absätze 3 und 4 sieht der Gesetzentwurf vor, dass Unternehmen ihrerseits Verpflichtungen eingehen können, die geeignet sind, vom Bundeskartellamt mitgeteilte wettbewerbliche Bedenken auszuräumen; das Bundeskartellamt kann diese Zusage für bindend erklären. Dadurch wird sichergestellt, dass die Unternehmen auf der Basis ihrer besonderen Kenntnis des eigenen Unternehmens genauso geeignete und ggf. weniger einschneidende Maßnahmen vorschlagen können, um identifizierte Einschränkungen oder Verfälschungen des Wettbewerbs zu beseitigen. Zugleich können durch eine konsensuale Lösung erhebliche Effizienzgewinne im weiteren Verfahrensablauf erzielt werden.

Die Abstellungsverfügung nach § 32f Absätze 2 bis 4 soll spätestens 18 Monate nach Veröffentlichung des Berichts zu der vorangegangenen Sektoruntersuchung erlassen werden. Dadurch wird auch sichergestellt, dass die in der vorangegangenen Sektoruntersuchung gewonnenen Erkenntnisse über die Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten oder Wirtschaftszweigen als Grundlage der Entscheidung hinreichend aktuell sind. Eine Aktualisierung der Daten im Rahmen des Verfahrens nach § 32f sollte nur im Ausnahmefall erforderlich sein.

Die in § 32f vorgesehene Regelung weist zahlreiche Parallelen zu Instrumenten auf, die sich in anderen Staaten (insbesondere Großbritannien, Griechenland, Mexiko, Südafrika oder Island) bewährt haben. So hat die britische Competition & Markets Authority (CMA) seit 2002, noch während der britischen EU-Mitgliedschaft, auf der Grundlage des Kriteriums der „adverse effects on competition“ den Wettbewerb z.B. in den Sektoren Banken und Großhandel verbessert (vgl. Whish, R., (2020): New competition tool: legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool, European Commission Publications Office, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/528171>, Annex V mit detaillierter Übersicht zu den durchgeführten Verfahren). Anders als § 32f sieht der britische Prüfungsmaßstab allerdings keine gesetzliche Erheblichkeitsschwelle vor, sondern die Prüfung der Erheblichkeit erfolgt inzident im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Abhilfemaßnahme. Dennoch bestehen eine Vielzahl von Parallelen der beiden Instrumente: Wie das britische Modell sieht auch der vorliegende Gesetzesentwurf eine klare Trennung zwischen der Untersuchung des Marktes bzw. des Wirtschaftszweiges einerseits und einer nachgelagerten Abhilfe-phase andererseits vor. Eine weitere Parallele der beiden Modelle besteht in der jeweiligen Regeldauer von maximal drei Jahren. Beide Wettbewerbsbehörden können Empfehlungen an die jeweiligen Gesetzgeber aussprechen. Auch das Abhilfeinstrumentarium der effektivierten Sektoruntersuchung gleicht dem britischen Vorbild. Als ultima ratio kommen jeweils Entflechtungsmaßnahmen in Betracht. Die CMA hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, nachdem sie ernsthafte Wettbewerbsprobleme im Bereich des Flughafenbetriebs festgestellt hatte. Zur Abhilfe wurde die Veräußerung von drei Flughäfen angeordnet (BAA Airports, Bericht vom 19. März 2009). Zudem bestehen große Überschneidungen zur Konzeption des New Competition Tool (NCT), das die Europäische Kommission im Vorfeld der Arbeiten zum Digital Markets Act (DMA) vorgeschlagen hatte (für einen Vergleich von ähnlichen Wettbewerbsinstrumenten mit einem besonderen Fokus auf Großbritannien siehe Whish, R., (2020)). Den Vorschlag des NCT begründete die Europäische Kommission mit strukturellen Wettbewerbsproblemen insbesondere auf digitalen Märkten, die existierende Instrumente nicht ausreichend beheben könnten. Insbesondere die damals in der Folgenabschätzung in der Anfangsphase diskutierte Option 3, die ein marktstruktur-basiertes Wettbewerbsinstrument mit einem horizontalen Anwendungsbereich vorsah, ähnelt dem vorliegenden Gesetzesentwurf. So knüpfte diese ebenfalls nicht an der Marktbeherrschung, sondern an strukturelle Risiken für den Wettbewerb an. Beispiele waren hohe Marktzutritts-schranken oder auch oligopolistische Strukturen. Analog zum neu vorgesehenen § 32f sollte für die Anwendung des NCT keine vorherige Feststellung eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot erforderlich sein. Zudem waren auch strukturelle Abhilfemaßnahmen umfasst. Die Europäische Kommission hat diesen Vorschlag bislang nicht weiterverfolgt.

3.) Erleichterte Vorteilsabschöpfung

Nach § 34 wird mit Blick auf die Vorteilsabschöpfung die Anwendbarkeit der Norm für die Kartellbehörden vereinfacht bzw. werden die Nachweisanforderungen im Hinblick auf den konkret erlangten Vorteil abgesenkt, damit wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erlangt wurden, nicht bei den Unternehmen verbleiben, die die Verstöße begangen haben.

Es handelt sich hierbei um ein verwaltungsrechtliches und nicht um ein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument. Die Vorteilsabschöpfung soll sicherstellen, dass die durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteile nicht beim Verursacher verbleiben. Insgesamt kann jedoch nicht mehr als der erzielte oder vermutete wirtschaftliche Vorteil in einmaliger Höhe eingefordert werden (s. bereits Begründung der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3640, S. 36). Der Gesetzentwurf sieht eine Deckelung auf maximal 10 Prozent des Umsatzes im abgeschlossenen Geschäftsjahr vor.

4.) Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/

Zur Sicherstellung einer effektiven Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ (Digital Markets Act, DMA) werden dem Bundeskartellamt diejenigen Ermittlungsbefugnisse eingeräumt, die nach der Verordnung nationalen Wettbewerbsbehörden eröffnet werden können.

Der DMA hat zum Ziel, bestimmte Verhaltensweisen von Anbietern zentraler Plattformdienste (sog. Gatekeeper) zu adressieren, die die Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten im digitalen Sektor betreffen und dabei erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben. Gatekeeper dienen gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern. Dabei verfügen sie nicht zwangsläufig über eine marktbeherrschende Stellung im wettbewerbsrechtlichen Sinne, sodass missbräuchliche Praktiken mit dem geltenden Unionsrecht nicht immer oder nicht immer wirksam erfasst werden können. Die Regelungen des DMA gelten für benannte Gatekeeper unmittelbar und sind direkt anwendbar. Nichtsdestotrotz muss ihre Einhaltung durch die Gatekeeper behördlich überwacht werden. Die Europäische Kommission ist hierfür grundsätzlich die „alleinige Durchsetzungsbehörde“ (Erwägungsgrund 91, Artikel 38 Absatz 7 DMA). Die nationalen Wettbewerbsbehörden können sie hierbei jedoch in einem begrenzten Umfang unterstützen.

Der DMA ist als Verordnung in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar und damit der privaten Rechtsdurchsetzung zugänglich, soweit sich hieraus Rechte und Pflichten einzelner Betroffener ableiten. Der DMA setzt die private Rechtsdurchsetzung der Verpflichtungen aus dem DMA implizit voraus (vgl. Artikel 39, 42). So regelt Artikel 39 die Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit der Europäischen Kommission. Die private Rechtsdurchsetzung tritt somit als zweites Standbein neben die behördliche Durchsetzung durch die Europäische Kommission und leistet so einen wichtigen Beitrag zur effektiven Implementierung des DMA. Die Regelungen tragen somit dem europäischen Effektivitätsgrundsatz Rechnung.

Im Rahmen des GWB sind die folgenden wesentlichen Anpassungen zielführend: Zunächst setzt Artikel 38 Absatz 7 DMA eine nationalrechtliche Befugnisnorm voraus, damit nationale Wettbewerbsbehörden eigene Ermittlungen im Hinblick auf Artikel 5, 6 und 7 DMA vornehmen können. Weiterhin bedarf es einer Regelung, wonach das Bundeskartellamt zur Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission zuständig ist. Darüber hinaus erfordert der DMA Anpassungen der GWB-Vorschriften für die Behördenzusammenarbeit. Der DMA setzt in Artikel 39 die Möglichkeit der privaten Rechtsdurchsetzung des DMA voraus. In Anlehnung an die in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie werden die Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen, dort wo es geboten ist, im DMA-Kontext für anwendbar erklärt. Erstens werden einige der für kartellrechtliche Privatklagen geltende Erleichterungen für anwendbar erklärt. Zweitens wird wie im Kartellrecht eine Zuständigkeitskonzentration herbeigeführt, so dass die Kartellspruchkörper auch

für Streitigkeiten zum DMA zuständig sind (§§ 87, 89). Drittens wird für das Bundeskartellamt die Möglichkeit geschaffen, sich in Gerichtsverfahren mit Bezug zum DMA als amicus curiae in die Verfahren einzubringen. Schließlich sind auch Regelungen zur Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit der Europäischen Kommission zweckmäßig.

III. Alternativen

Keine.

Es sind keine gleichermaßen geeigneten und angemessenen Alternativen verfügbar, um die angestrebten Ziele zu erreichen.

Die vorgesehenen Änderungen sind auch notwendig, um eine reibungslose Anwendung und effektive Durchsetzung des DMA in Deutschland zu gewährleisten und die europaweite Durchsetzung des DMA durch die Europäische Kommission zu unterstützen.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 und Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 Grundgesetz.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar. Insbesondere stärkt der Entwurf die Durchsetzung europäischen Rechts in Form der Verordnung (EU) Nr. 2022/.

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Der Entwurf vereinfacht die Arbeit des Bundeskartellamts, in dem die Regelungen zu kartellrechtlichen Sektoruntersuchungen um neue Befugnisse ergänzt und die Regelungen zur Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile vereinfacht werden. Das Bundeskartellamt wird somit in die Lage versetzt, noch zielgerichteter in wettbewerblich problematischen Fällen zu handeln.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Die Regelungen des Entwurfs dienen den Zielen der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie 2021 in dem einschlägigen Politikfeld. Insbesondere soll der Entwurf zu einem stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstum (Nachhaltigkeitsstrategie, Indikator 8.4) beitragen, indem die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb gestärkt werden. Außerdem soll die Stärkung der Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb insbesondere im digitalen Bereich auch die Innovationsfähigkeit der Märkte erhalten (Nachhaltigkeitsstrategie, Indikator 9.1).

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Durch das Gesetz ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

4. Erfüllungsaufwand

a. Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Das Gesetz führt nicht zu einem Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

b. Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

Durch das Gesetz entsteht ein jährlicher Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamts in Höhe von rund 1,97 Mio. Euro. Der Mehrbedarf an Personalmitteln soll im Epl. 09 ausgeglichen werden.

Die dauerhaften Be- und Entlastungen des Bundeskartellamts sind in folgender Tabelle im Überblick dargestellt:

Bereich	Stellen hD	Stellen gD	Stellen mD	Summe in EUR
Zeitliche Begrenzung für Sektoruntersuchung	6	1	1	805.280
Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen	5	2		712.800
Erleichterte Vorteilsabschöpfung	2	1	-	300.000
DMA-Kontext	1	0,5	-	150.000
Summe	14	4,5	1	1.968.080

aa. Zeitliche Begrenzung für Sektoruntersuchung

Bei den 2005 in der 7. GWB-Novelle eingeführten Sektoruntersuchungen waren in der Vergangenheit mitunter sehr lange Zeiträume von der Einleitung einer Sektoruntersuchung bis zu ihrem Abschluss und zur Veröffentlichung zu beobachten. Um dieses Verfahren in Zukunft zu beschleunigen, wird im bestehenden § 32e GWB eine Regeldauer von maximal 18 Monaten ergänzt. In diesem Zeitraum müssen tragfähige Ermittlungskonzepte entwickelt, eine Vielzahl von Unternehmen befragt und große Datenmengen erfasst sowie tatsächlich und rechtlich ausgewertet werden. Zudem ist nicht auszuschließen, dass die Kooperationsbereitschaft einzelner Unternehmen mit Blick auf die sich ggf. anschließenden Verfahren abnimmt und – anders als bisher – auch Rechtsbehelfe gegen einzelne Ermittlungsmaßnahmen eingelegt werden. Eine parallele Befassung der jeweiligen Bearbeiter mit anderen typischerweise in einer Beschlussabteilung anfallenden Aufgaben kommt daher nicht in Betracht. In den Beschlussabteilungen wird daher in der Regel ein festes Kernteam für die Durchführung des jeweiligen Verfahrens gebildet werden, das von anderen Aufgaben (wie bspw. fristgebundenen Fusionskontrollverfahren) freigestellt werden muss.

Die neu eingeführte Frist, liegt deutlich unter der bisherigen durchschnittlichen Bearbeitungsdauer, dadurch entsteht beim Bundeskartellamt ein dauerhafter Personalmehraufwand von 3 hD- sowie 1 gD- und 1 mD-Stellen jährlich.

Hinzu kommt jeweils eine Vollzeitstelle (hD) zur Begleitung der Sektoruntersuchung und der sich anschließenden Verfahren nach § 32f auf Seiten der Grundsatz- und später auch der Prozessabteilung sowie in der IT (gesamt 3 hD).

Daraus ergibt sich ein jährlicher Aufwand von ca. $1200 \text{ Arbeitstage (hD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 70,50 \text{ Euro} + 200 \text{ Arbeitstage (gD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 46,50 \text{ Euro} + 200 \text{ Arbeitstage (mD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 33,80 \text{ Euro} = 676.800 + 74.400 + 54.080 = 805.280 \text{ Euro}$.

bb. Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen

Die Möglichkeit, Unternehmen nach Durchführung einer Sektoruntersuchung zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses auch unterhalb der Kriterien des § 35 zu verpflichten, wird aus dem bisherigen § 39a auf § 32f Absatz 2 übergeleitet. Der im Rahmen der 10. GWB-Novelle mitgeteilte Mehraufwand in Höhe von 95.434,78 Euro gilt mithin fort. Ein neuer Mehraufwand aufseiten des Bundeskartellamts entsteht nicht.

Durch die Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen kartellrechtlichen Sektoruntersuchungen erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um erhebliche Wettbewerbsstörungen zu beseitigen oder zu verringern. Der Einsatz der neuen Instrumente wird den Einsatz zusätzlicher personeller Ressourcen erfordern und bringt insofern einen Erfüllungsaufwand der Verwaltung von schätzungsweise insgesamt 712.800 Euro jährlich mit sich. Der Aufwand für die Durchsetzung des neuen Instruments kann überschlägig geschätzt werden. Wird im Anschluss an eine kartellrechtliche Sektoruntersuchung ein Verfahren nach § 32f Absatz 3 oder 4 eingeleitet, müssen innerhalb einer sehr begrenzten Zeit komplexe Abwägungsentscheidungen getroffen und Abhilfemaßnahmen im Dialog mit den betroffenen Unternehmen und Wirtschaftskreisen erwogen werden. Es kann davon ausgegangen werden, dass das Bundeskartellamt durchschnittlich zwei Verfahren zusätzlich führen wird. Dabei erscheint eine durchschnittliche Auslastung von 2,5Vollzeitstellen (hD) sowie 1 Backoffice-Stelle (gD) pro Verfahren realistisch. Daraus ergibt sich ein jährlicher Aufwand von ca.

$1000 \text{ Arbeitstage (hD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 70,50 \text{ Euro} + 400 \text{ Arbeitstage (gD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 46,50 \text{ Euro} = 564.000 \text{ Euro} + 148.800 \text{ Euro} = 712.800 \text{ Euro}$.

cc. Erleichterung der Vorteilsabschöpfung

Die Änderungen in § 34 werden ebenfalls mit einem erhöhten Personalaufwand verbunden sein. Dies führt zu einem jährlichen Mehraufwand in Höhe von 300.000 Euro. Die bisherige Regelung des § 34 wurde auch aufgrund der restriktiven Anwendungsvoraussetzungen in der Praxis bislang kaum angewendet. Die Einführung einer Vermutung hinsichtlich der Entstehung eines wirtschaftlichen Vorteils sowie einer pauschalen Mindesthöhe soll zu einem Anstieg von Abschöpfungsverfahren führen. Grob geschätzt wird es nach Inkrafttreten der Regelung erstmals zu zwei Abschöpfungsverfahren pro Jahr kommen. Dabei ist zu unterstellen, dass der weit überwiegende Teil der Verfahren im Anschluss an Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren durchgeführt werden wird, während Stand-Alone Abschöpfungsverfahren, in denen gleichzeitig der Verstoß festgestellt wird, die Ausnahme bleiben werden. Der Aufwand für solche Abschöpfungsverfahren ist sehr unterschiedlich und kann von wenigen Wochen bis hin zu einem Zeitaufwand, der mit der Führung eines vollständigen Verfahrens annähernd vergleichbar ist, reichen. Es werden schätzungsweise zwei Verfahren jährlich durchgeführt, mit einer personellen Auslastung von 1 hD- sowie 0,5 gD-Stellen pro Verfahren.

Der Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamts wird sich deswegen voraussichtlich folgendermaßen erhöhen: $2 \times (200 \text{ Arbeitstage (hD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 70,50 \text{ Euro} + 100 \text{ Arbeitstage (gD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 46,50 \text{ Euro}) =$

$2 \times (112.800,00 \text{ Euro} + 37.200,00 \text{ Euro}) = 300.000,00 \text{ Euro}$.

dd. Unterstützung bei der Durchsetzung des DMA

Mit der Einführung des DMA auf EU-Ebene entstehen auch verschiedene neue Aufgaben für das Bundeskartellamt. Hiermit ist ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 234.300 Euro jährlich verbunden.

Durch die Schaffung einer eigenen Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts hinsichtlich möglicher Verstöße nach Artikel 5 bis 7 DMA erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um in Bezug auf große Digitalkonzerne zu ermitteln. Der DMA sieht zudem an verschiedenen Stellen eine aktive Mitwirkung der nationalen Wettbewerbsbehörden an Marktuntersuchungen der Europäischen Kommission vor. Mit Zuweisung der ausschließlichen Zuständigkeit an das Bundeskartellamt ist ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand verbunden, dessen Umfang sehr von dem Grad der zukünftigen Einbindung durch die Europäische Kommission und den hierfür zur Verfügung stehenden Ressourcen innerhalb des Bundeskartellamts abhängt.

Hinzu kommt ein Koordinationsaufwand für den Austausch von Informationen zwischen dem Bundeskartellamt und den anderen Behörden der Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission bezüglich geplanter und laufender Ermittlungen gegen Gatekeeper nach nationalem sowie EU-Recht. Zusätzlich entsteht ein Erfüllungsaufwand für die Koordination der Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten sowie ggf. den Landeskartellbehörden. Insgesamt wird für die Unterstützung durch das Bundeskartellamt bei der Durchsetzung des DMA durch die Europäische Kommission von einem Personalmehraufwand von 1 hD- sowie 0,5 gD-Stellen ausgegangen.

Der Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamts berechnet sich deswegen wie folgt: 200 Arbeitstage (hD) x 8 Stunden x 70,50 Euro + 100 Arbeitstage (gD) x 8 Stunden x 46,50 Euro = 112.800,00 Euro + 37.200,00 Euro = 150.000,00 Euro.

c. Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Das Gesetz führt insgesamt zu einem Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 1.744.880 Euro jährlich. Davon entstehen 233.600 Euro jährlich an Bürokratiekosten aus Informationspflichten. Sonstige Kosten fallen für gesetzeskonform handelnde Unternehmen nicht an.

aa. Zeitliche Begrenzung für Sektoruntersuchung

Durch die Änderungen im § 32e wird es schätzungsweise zu einer Sektoruntersuchung mehr im Jahr kommen, als bisher. Um das Ziel der Sektoruntersuchung - umfassende Kenntnisse über die untersuchten Märkte zu gewinnen - zu erreichen, ist das Bundeskartellamt auf die Mitwirkung der Unternehmen angewiesen. Hierbei stellen Fragebögen sowie eventuell weitergehende Gespräche den Hauptanteil der Informationsbeschaffung des Bundeskartellamts dar. Bei einer Sektoruntersuchung werden durchschnittlich schätzungsweise 100 Unternehmen befragt. In dem einzelnen Unternehmen dürfte die Bearbeitung des Fragebogens eine Vollzeitstelle mit hohem Qualifikationsniveau nicht länger als eine Woche beanspruchen. Daher wird hier schätzungsweise von einem Erfüllungsaufwand in Höhe von (58,40 Euro x 8 Stunden x 5 Arbeitstage) x 100 Unternehmen = 233.600 Euro ausgegangen. Diese Kosten stellen Bürokratiekosten zum Zweck der Erfüllung einer Informationspflicht dar.

bb. Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen

Die neuen Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamts nach Sektoruntersuchungen führen zu einem Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 1.511.280 Euro jährlich.

Die Möglichkeit des Bundeskartellamts, Unternehmen nach Durchführung einer Sektoruntersuchung zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses auch unterhalb der Kriterien des §

35 zu verpflichten, wird aus dem bisherigen § 39a in § 32f Absatz 2 übergeleitet. Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde von einem Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 90.000 Euro durch ein Aufforderungs- sowie ein Hauptprüfungsverfahren ausgegangen. Durch die Anpassung der Umsatzkriterien im neuen § 32f Absatz 2 erweitert sich der Anwendungsbereich, die Zahl der Verfahren dürfte sich verdoppeln. Somit entsteht neben dem in der 10. GWB-Novelle bereits genannten 90.000 Euro ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand von ebenfalls 90.000 Euro.

Im Rahmen der Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung können die betroffenen Unternehmen das Verfahren begleiten, indem sie zum Beispiel Stellungnahmen abgeben oder dem Bundeskartellamt Vorschläge für konkrete Verpflichtungszusagen unterbreiten. Der exakte Mehraufwand für die Wirtschaft kann aufgrund der Neuartigkeit des Instruments nur überschlägig geschätzt werden. Die Dauer bis zum Ergehen der Verfügungen nach § 32f soll gemäß Absatz 7 maximal 18 Monate betragen. Folgend wird dies als Zeitanatz verwendet, es wird mit 2 Verfahren nach § 32f pro Jahr kalkuliert. Pro erheblicher, andauernder oder wiederholter Störung gemäß § 32f wird von durchschnittlich vier betroffenen Unternehmen ausgegangen. Der Personalaufwand pro Verfahren sowie pro Unternehmen wird auf eine Vollzeitstelle mit hohem Qualifikationsniveau geschätzt. Es ergibt sich ein Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von $(58,40 \text{ Euro} \times 8 \text{ Stunden} \times 300 \text{ Arbeitstage} \times 4 \text{ Unternehmen} \times 2 \text{ Verfahren}) = 1.121.280 \text{ Euro}$.

Aufgrund der neuen Eingriffsmöglichkeiten und der wirtschaftlichen Bedeutung möglicher Fälle ist davon auszugehen, dass die beteiligten Unternehmen im Regelfall einen Rechtsbeistand konsultieren werden. Die Vergütung eines Rechtsanwalts wird in aller Regel individuell vereinbart. Wie nach aktueller Rechtslage wird die Höhe der Vergütung maßgeblich von der Komplexität der Abhilfemaßnahme abhängen, zum Beispiel Anzahl und Größe der beteiligten Unternehmen, Art der Abhilfemaßnahme, der Kompetenz der Rechtsanwälte, etc.

Da Orientierungswerte für die entstehenden Rechtsanwaltskosten - auch aufgrund der Vielzahl der möglichen Abhilfemaßnahmen - fehlen, wird der Erfüllungsaufwandes hier auf 150.000 Euro pro Fall geschätzt.

cc. Erleichterung der Vorteilsabschöpfung

Eine Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde ist auch mit der Gesetzesänderung weiterhin nur möglich, wenn Unternehmen gegen Kartellrecht verstoßen und der Verstoß festgestellt wurde. Kosten aus nicht gesetzeskonformen Verhalten sowie des Verfahrens zur Vorteilsabschöpfung sind nicht Bestandteil des Erfüllungsaufwands.

dd. Unterstützung bei der Durchsetzung des DMA

Das Bundeskartellamt soll mit den Neuregelungen die Europäische Kommission bei der Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ (Digital Markets Act oder „DMA“) unterstützen. Neue Kosten entstehen aufseiten der Wirtschaft dadurch nicht, damit besteht kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

5. Weitere Kosten

Es sind keine sonstigen direkten oder indirekten Kosten für die Wirtschaft und insbesondere für mittelständische Unternehmen zu erwarten. Grundsätzlich dürfte eine Senkung der Einzelpreise und des Preisniveaus eintreten, weil die verbesserte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu einem wirksameren Wettbewerb führt.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Von der Stärkung der Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs werden die Verbraucherinnen und Verbraucher mittelbar profitieren.

VII. Befristung; Evaluierung

Der Entwurf sieht keine Befristung und keine Evaluierung vor.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Mit der Änderung wird das Inhaltsverzeichnis aktualisiert.

Zu Buchstabe c

Zu Nummer 2 (§ 32e GWB-E)

Zu Buchstabe a

Durch das Instrument der Sektoruntersuchung konnten schon bisher wichtige Erkenntnisse zu den verschiedenen Ursachen von Wettbewerbsproblemen gesammelt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachgerecht, das Vorliegen starrer Preise gegenüber anderen Kriterien hervorzuheben, die ebenfalls auf Wettbewerbsprobleme hinweisen. Gerade in oligopolistischen Märkten können auch sich auffällig parallel entwickelnde Preise bzw. starke Preiserhöhungen, die nicht kosteninduziert sind, auf Wettbewerbsprobleme hinweisen, so dass vielfältige Preismuster und auch zahlreiche weitere relevante Kriterien die Vermutung eines möglicherweise eingeschränkten oder verfälschten Wettbewerbs begründen können.

Zu Buchstabe b

Der Absatz 3 wird neu gefasst. Die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass kartellrechtliche Sektoruntersuchungen häufig lange Bearbeitungszeiten hatten, bis zu deren Abschluss sich Märkte unter Umständen schon weiterentwickelt haben. Zur zeitlichen Straffung des Verfahrens soll das Bundeskartellamt die Untersuchung daher künftig 18 Monate nach Eröffnung abschließen. Die Frist von 18 Monaten bietet dem Bundeskartellamt einen angemessenen Zeitraum für die Durchführung von Ermittlungen und die Auswertung der Ergebnisse. Es handelt sich insofern um eine Soll-Vorschrift, von der Regeldauer sollte daher nur in Ausnahmefällen abgewichen werden. Zugleich sind mit einem Verstoß gegen die Regeldauer keine Rechtsfolgen verbunden. Die Verfahrenseröffnung wird zur Erhöhung der Transparenz über das Verfahren künftig auf der Internetseite des Bundeskartellamts veröffentlicht. Die Entscheidung über die Einleitung stellt gleichwohl auch weiterhin keine anfechtbare Entscheidung dar (vgl. OLG Düsseldorf, 08.05.2007, VI-Kart 5/07 [V], WuW/E DE-R 1993). Im Falle einer längeren Verfahrensdauer oder im Falle einer Einstellung ohne Ergebnis gibt das Bundeskartellamt die Gründe hierfür bekannt.

Zu Buchstabe c

Infolge des neuen Absatzes 3 (s. Buchstabe b) werden die bisherigen Absätze neu nummeriert.

Zu Buchstabe d

Das Bundeskartellamt veröffentlicht nach Abschluss von Sektoruntersuchungen regelmäßig Berichte über die Ergebnisse auf seiner Internetseite; in Einzelfällen wurden auch Zwischenberichte mit vorläufigen Ergebnissen veröffentlicht. Das Bundeskartellamt verfügt im Rahmen seiner Sektoruntersuchungen über weitreichende Ermittlungsbefugnisse bei den Marktteilnehmern, welche detaillierte Einblicke in die Funktionsweise und die Wettbewerbslandschaft der untersuchten Märkte oder Wirtschaftszweige erlauben. Aufgrund der häufig weitreichenden Bedeutung der durch das Bundeskartellamt gewonnenen Erkenntnisse und des damit verbundenen großen Interesses seitens der Öffentlichkeit bzw. der betroffenen Fachwelt wird die bisherige Praxis künftig als Regelfall ins Gesetz aufgenommen.

Die Feststellungen in Zwischen- oder Abschlussberichten sind nicht isoliert anfechtbar, da es ihnen an einer Regelungswirkung und an der individuellen Beschwer fehlt. Die Berichte beschreiben die vorgefundenen Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten oder den untersuchten Wirtschaftszweigen und identifizieren etwaige wettbewerbliche Probleme. Aus diesen allgemeinen Ausführungen ergibt sich jedoch regelmäßig keine individuelle Beschwer für auf diesen Märkten tätige Unternehmen, zumal das Bundeskartellamt konkrete Maßnahmen erst auf Grundlage der Feststellung einer Störung des Wettbewerbs in einem Anschlussverfahren nach § 32f oder aufgrund eines Verstoßes gegen andere kartellrechtliche Vorschriften ergreifen kann. Innerhalb einer laufenden Sektoruntersuchung ist Rechtsschutz daher nur gegen konkrete Ermittlungsmaßnahmen gegeben. Ein Vorgehen gegen die in den Berichten enthaltenen Aussagen ist erst im Zuge von Rechtsmitteln gegen die Verfügung im Anschlussverfahren statthaft.

Ergeben die durch das Bundeskartellamt ermittelten Ergebnisse Anhaltspunkte für regulatorischen Anpassungsbedarf durch den Gesetzgeber, können künftig im Bericht entsprechende Empfehlungen an die Bundesregierung ausgesprochen werden. In diesen Fällen ist der Bericht der Bundesregierung zuzuleiten. Die obersten Landesbehörden behalten aufgrund der üblicherweise auf das jeweilige Bundesland begrenzten Zuständigkeiten und im Hinblick auf schlanke Verwaltungsprozesse weiterhin ein Veröffentlichungsermessen. Dies gilt gleichermaßen für fakultative Empfehlungen an die jeweiligen Landesregierungen in entsprechender Anwendung der Regelung in Absatz 4 Satz 2.

Zu Buchstabe e

Künftig sollen die Kartellbehörden im Rahmen ihrer Ermittlungen zu Sektoruntersuchungen auch Beschlagnahmen nach § 58 durchführen können.

Zu Buchstabe f

Zu Doppelbuchstabe aa

Folgeänderung.

Zu Doppelbuchstabe bb

Folgeänderung.

Zu Buchstabe g

Folgeänderung.

Zu Nummer 3 (§ 32f GWB-E)

Die im Kartellrecht verankerten Instrumente haben sich über einen langen Zeitraum bei der Verhinderung der Entstehung von Marktmacht im Rahmen der Fusionskontrolle und bei der Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sowie des Missbrauchs von

Marktmacht durch marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen grundsätzlich bewährt. Das Kartellrecht adressiert damit bislang präventiv drohende Behinderungen wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse oberhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwellen. Im Nachhinein können bestimmte Ausprägungen wettbewerbsschädlichen Verhaltens in Verwaltungs- und Bußgeldverfahren abgestellt und sanktioniert werden. Unternehmenskonzentrationen, unabgestimmtes Parallelverhalten oder andere Störungen und hiermit unter Umständen verbundene negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, die weder im Rahmen der Fusionskontrolle aufgegriffen werden konnten, noch ihren wettbewerbsbeschränkenden Charakter aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen oder Marktmachtmissbrauch ziehen, konnten bislang nicht adressiert werden. Auch nach entsprechenden Feststellungen in den Sektoruntersuchungen konnten solche Marktstörungen nicht in gesonderten Verfahren aufgegriffen werden. Dem wird mit der Einführung des § 32f Rechnung getragen.

Unternehmenskonzentration kann unterschiedliche Ursachen haben, die häufig nicht der Fusionskontrolle unterliegen. Starkes internes Wachstum kann gerade in jungen, sich entwickelnden Märkten zu Marktmacht einzelner Unternehmen führen. Auch Marktaustritte können zu Machtkonzentration bei wenigen verbleibenden Unternehmen führen. Und schließlich greift die Fusionskontrolle mit ihren Aufgreifschwellen nur bei Zusammenschlüssen ein, für die der Gesetzgeber eine hinreichende gesamtwirtschaftliche Bedeutung annimmt. Hierdurch können allerdings auch Konzentrationen in kleineren regionalen Märkten entstehen, die bislang keinem ausreichenden Wettbewerbsschutz unterliegen.

Erhebliche Störungen des Wettbewerbs können aus verschiedenen Gründen auch ohne missbräuchliches Verhalten oder wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gesamtwirtschaftliche Schäden hohen Ausmaßes verursachen. In engen Märkten mit wenigen Marktteilnehmern können auch nicht explizit abgestimmte Verhaltensweisen der Marktteilnehmer zu einem hohen Preisniveau führen, wenn die wenigen verbliebenen Wettbewerber wechselseitig Wettbewerbsvorstöße beobachten und antizipieren und ein geringes Interesse an Wettbewerbsvorstößen haben. Ohne den Wettbewerbsdruck ist dann der – legale – Spielraum für hohe Preise größer. Geringer oder abnehmender Wettbewerb kann also nicht nur zu im missbräuchlichen Sinne überhöhten Preisen oder unbilligen Geschäftsbedingungen und Lieferbeziehungen führen. Negative Folgen drohen auch durch niedrige oder rückläufige Anreize für einen effizienten Ressourceneinsatz und geringen oder abnehmenden Druck zur Entwicklung neuer oder verbesserter Produkte und Dienstleistungen. Die Folgen sind nicht nur unmittelbar beim Verbraucher spürbar; derartige Störungen des Wettbewerbs führen auch dazu, dass natürliche Ressourcen, Arbeitskräfte und Investitionen nicht in die besten Verwendungen fließen und erforderliche wirtschaftliche Transformationsprozesse gestört werden.

Mit der Einführung des § 32f wird daher ein neues Instrument im Kartellrecht etabliert. Liegt eine erhebliche Störung des Wettbewerbs im Sinne der Absätze 3 und 4 auf einem Markt oder marktübergreifend vor, kann das Bundeskartellamt künftig strukturelle und verhaltensbezogene Maßnahmen anordnen, bis hin zur Entflechtung von Unternehmen. Durch die Abgrenzung vom auf fusionsbedingte Veränderungen von Marktstrukturen und -verhaltensweisen zielenden SIEC-Test in § 36 Absatz 1 wird mit dem Kriterium der Störung des Wettbewerbs ein Mangel hervorgehoben, der noch andauern oder wiederholt auftreten muss. § 32f liegt nicht im Regelungsbereich des Artikels 101 AEUV. Er regelt nicht Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 101 AEUV, sondern nur Störungen des Wettbewerbs struktureller oder verhaltensbedingter Natur, die Artikel 101 AEUV gerade nicht erfassen will. § 32f fällt daher auch nicht unter Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 VO 1/2003. Sollte im Rahmen einer Sektoruntersuchung nach § 32e oder einem Verfahren nach § 32f ein Verstoß gegen Artikel 101 AEUV festgestellt werden, ist eine Anwendung von § 32f insoweit ausgeschlossen. Dies entspricht auch der Anwendung des vergleichbaren Marktuntersuchungsinstruments im britischen Wettbewerbsrecht, welches von 2002 bis zum EU-Austritt Großbritanniens ebenfalls parallel zum europäischen Recht existierte (vgl. Office of

Fair Trading (2003), Market investigation references, Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act, S. 12, Rn. 2.14 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/off511.pdf).

Vermachtete Strukturen können auch Reaktionen anderer Unternehmen provozieren, um bestehende hohe Gewinnchancen durch Eintritt in die jeweiligen Märkte oder durch Entwicklung von Alternativen für die Verbraucher nutzen zu können. Soweit die Marktstrukturen aber Reaktionen anderer Unternehmen erschweren oder verhindern und eine andauernde oder sich wiederholende Störung erwartet werden muss, kann das Bundeskartellamt Maßnahmen struktureller oder verhaltensbezogener Art und als ultima ratio auch eine eigentumsrechtliche Entflechtung von Unternehmen anordnen. Es ist erforderlich, dass die Störung so erheblich ist, dass sie einen Eingriff in unternehmerische Freiheiten und Marktstrukturen, wie er mit dem § 32f möglich ist, rechtfertigt. Dabei ist es erforderlich und verhältnismäßig, das neue Instrument in seiner Eingriffsintensität abzustufen. Eine Anordnung nach Absatz 3 erfordert daher, dass die Störung des Wettbewerbs durch die angeordnete Maßnahme beseitigt oder verringert werden kann. Eine eigentumsrechtliche Maßnahme nach Absatz 4 soll nur in Ermangelung einer Abhilfemaßnahme im Sinne des Absatzes 3 von gleicher Wirksamkeit angeordnet werden, oder wenn letztere im Vergleich zu eigentumsrechtlichen Entflechtungen mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre. Zudem muss zu erwarten sein, dass die Maßnahme nach Absatz 4 die Wettbewerbsstörung zumindest erheblich verringert (wenn nicht sogar vollständig beseitigt).

Um sicherzustellen, dass die jeweiligen in den Folgeabsätzen vorgesehenen Maßnahmen auf einer soliden und aktuellen Kenntnis der betroffenen Wirtschaftszweige getroffen werden können, ist ihre Anordnung – wie bislang im in Absatz 2 überführten § 39a – erst im Anschluss an eine abgeschlossene Sektoruntersuchung nach § 32e möglich. Die im Rahmen der Sektoruntersuchung gewonnenen Erkenntnisse kann das Bundeskartellamt im Anschlussverfahren nach § 32f – beispielsweise durch Beiziehung der Akten – heranziehen.

Auch wenn das Fristenregime für Sektoruntersuchungen deutlich gestrafft ist und auch das Verfahren nach § 32f binnen 18 Monaten nach Veröffentlichung des Abschlussberichts der Sektoruntersuchung abgeschlossen sein soll, können vom Zeitpunkt der Ermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung bis zur verfahrensbeendenden Verfügung bis zu 36 Monate vergehen. Soweit Anhaltspunkte für eine erhebliche Veränderung der Marktverhältnisse innerhalb dieses Zeitraums vorliegen, werden die den Ergebnissen der Sektoruntersuchung zu Grunde liegenden Daten im Rahmen des Verfahrens nach § 32f aktualisiert und erneut ausgewertet.

Für Verfügungen nach Absatz 2 bilden angesichts der vergleichbaren Stoßrichtung des Absatz 2 und des in diese Norm überführten § 39a auch solche Sektoruntersuchungen eine hinreichende Grundlage, die nach Einführung des in Absatz 2 überführten § 39a begonnen und abgeschlossen wurden oder noch nach Einführung des Absatz 2 abgeschlossen werden. Für Verfügungen nach den Absätzen 3 und 4 kommen solche Sektoruntersuchungen in Betracht, die nach Inkrafttreten dieser Norm abgeschlossen werden. In künftigen Sektoruntersuchungen wird das Bundeskartellamt bereits bei der Einleitung der Untersuchung auf die Möglichkeit hinweisen, dass im Nachgang zu der Untersuchung unter anderem Verfügungen nach Absatz 2 ergehen und Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 eingeleitet werden können.

Die Möglichkeit, Unternehmen nach Durchführung einer Sektoruntersuchung zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses auch unterhalb der Kriterien des § 35 zu verpflichten, wurde in Absatz 2 aus dem bisherigen § 39a übergeleitet. Die bisherige Beschränkung der Maßnahme auf Unternehmen, denen bundesweit eine hohe wirtschaftliche Bedeutung zukommt, wurde durch die Streichung des bisherigen § 39a Absatz 1 Nummer 3 sowie mit einer Anpassung der Umsatzkriterien abgeschafft. Künftig sollen in Fällen der Verpflichtung zur Anmeldung Fusionen anmeldepflichtig sein, wenn der Erwerber im Vorjahr einen

Inlandsumsatz von 50 Mio. Euro und die Zielgesellschaft einen Inlandsumsatz von 500.000 Euro erzielte. Das weltweite Umsatzkriterium sowie die Bagatellmarktschwelle des § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 sind für diese Fälle entfallen, um auch drohende Konzentrations-tendenzen auf kleineren regionalen Märkten besser adressieren zu können. Soweit nach der Norm „Unternehmen“ mit einer Anmeldepflicht belegt werden können, ist dabei die wirtschaftliche Einheit im Sinne des europäischen Verständnisses gemeint.

Nach § 32 Absatz 2 können die Kartellbehörden Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art aufgeben, die zur wirksamen Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot im deutschen oder europäischen Wettbewerbsrecht erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. § 32f Absatz 3 erweitert diese Kompetenz für das Bundeskartellamt auf Fälle, in denen eine erhebliche Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend andauernd vorliegt oder wiederholt auftritt. Eine Störung ist andauernd, wenn sie bereits eingetreten ist und zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung fortbesteht. Als alternative Eingriffsbedingung ist auch eine wiederholte Störung vorgesehen. Wiederkehrende Störungen des Wettbewerbs nach ähnlichen Mustern können auf ein generelles, durch die Maßnahmen nach § 32f adressiertes strukturelles oder verhaltensbedingtes Problem hinweisen.

Das Bundeskartellamt wird in die Lage versetzt, unabhängig von einem Kartellrechtsverstoß Abhilfemaßnahmen anzuordnen. An die Stelle der Voraussetzung einer festgestellten Zuwiderhandlung tritt das Vorliegen einer erheblichen entweder andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs. Das Kriterium der Erheblichkeit stellt dabei sicher, dass sich die Eingriffsbefugnis auf Wettbewerbsprobleme mit einer gewissen Tragweite beschränkt. Zudem müssen die angeordneten Maßnahmen erforderlich und verhältnismäßig sein, um die Störung des Wettbewerbs zu beseitigen oder zu verringern. Die Befugnisse zu Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art gehen der Befugnis zur eigentumsrechtlichen Entflechtung in Absatz 4 vor. Sie ermöglichen dem Bundeskartellamt die Anordnung von Maßnahmen, die im Allgemeinen weniger eingriffsintensiv sind als die Entflechtung, und stellen damit die Verhältnismäßigkeit des Entflechtungsinstruments sicher, das in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ultima ratio ist.

Der Absatz 3 führt exemplarisch eine Reihe von Maßnahmen auf, die geeignet sein können, festgestellte Störungen des Wettbewerbs zu beseitigen oder zu verringern. Wegen der Heterogenität möglicher Störungslagen ist diese Aufstellung aber nicht als abschließend, sondern lediglich als beispielhafte Auflistung von Fallkonstellationen zu verstehen. Der Zugang zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen und ebenso die Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum kann sowohl für potentielle als auch für etablierte Wettbewerber erforderlich sein, um überhaupt effektiv am Markt agieren zu können. Behördliche oder vergleichbare Zulassungen oder Genehmigungen stellen häufig wesentliche Marktzutrittsbarrieren dar; eine Bündelung bei einzelnen Unternehmen kann im Zeitablauf zu erheblicher Marktkonzentration führen. Oftmals ist für eine Reduktion der Marktkonzentration dann die Weitergabe von (Teilen von) Zulassungen oder Genehmigungen an Wettbewerber oder deren Rückgabe und Neuvergabe erforderlich. Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen sowie gemeinsame Normen und Standards können ambivalent wirken. Abhilfemaßnahmen im Sinne des Absatzes 3 können sowohl durch Lieferverpflichtungen oder durch Verpflichtungen zur Etablierung offener Normen und Standards Marktzutrittsschranken senken und effektiven Wettbewerb befördern. Umgekehrt können Lieferbeziehungen und Standards auch derart ausgestaltet werden, dass sie den Wettbewerb durch Marktzutrittsschranken oder Abhängigkeiten stören (z.B. durch exklusive Lieferbeziehungen oder intransparente und exklusive Standards). Die anzuordnenden Maßnahmen können daher in bestimmten Fällen – etwa bei Netzen gegenseitiger Lieferbeziehungen, durch die der Wettbewerb erheblich gestört wird – bis hin zur Anordnung einer Aufgabe bestimmter Lieferbeziehungen gehen. Vorgaben zu konkreten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen können Störungen des Wettbewerbs beseitigen, wenn sie beispielsweise einer höheren Markttransparenz für die Kunden dienen, ohne gleichzeitig eine Koordination der

Marktergebnisse durch die Wettbewerber zu ermöglichen. Vertragsbezogene Vorgaben können durch die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten im Außenverhältnis auch bestimmte, aus Kundenperspektive relevante Geschäftsprozesse – etwa im Sinne der Einrichtung eines wirksamen Beschwerdemanagements – sicherstellen und dadurch mögliche Störungen des Wettbewerbs beseitigen oder verringern. Ebenso können bspw. Eingriffe in (maximale) Laufzeiten von Verträgen geboten sein, wenn lange Vertragslaufzeiten, ggf. in Kombination mit anderen Faktoren, den Wettbewerb erheblich stören. In manchen Fällen, etwa wenn es das mildere, gleich wirksame Mittel ist, kann die organisatorische Trennung von Unternehmensteilen oder Geschäftsbereichen geeignet und erforderlich sein, um eine festgestellte Störung des Wettbewerbs zu beseitigen oder zu verringern.

In Fällen erheblicher, andauernder oder wiederholter Störungen des Wettbewerbs, die durch strukturelle oder verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 nicht ausreichend adressiert werden können, kann es erforderlich sein, eigentumsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Aus diesem Grund gibt Absatz 4 dem Bundeskartellamt die Befugnis, ein oder mehrere Unternehmen zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen zu verpflichten.

Da die Entflechtung von Unternehmen einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Autonomie und die Strukturen eines Wirtschaftsbereiches darstellt und in Fällen des § 32f unabhängig von Verstößen gegen kartellrechtliche Normen angeordnet werden kann, ist diese Maßnahme lediglich als ultima ratio vorgesehen, was sich insbesondere in der strengerer Voraussetzung für eine Anwendung ausdrückt. Dementsprechend erfordert die Maßnahme, dass die festgestellte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird.

Im Hinblick auf den Umfang des zu veräußernden Unternehmensteils enthält das Gesetz keine Vorgaben, um die mildeste Form des Eingriffs zu ermöglichen. Orientiert an den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ordnet das Bundeskartellamt die für die Entflechtung erforderlichen Maßnahmen in der Verfügung an. Zudem kann die Verfügung mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden (siehe zu Absatz 6). Das Bundeskartellamt stellt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Erforderlichkeit und Eignung der Maßnahme, der Bedingungen und Auflagen sowie das Nichtvorhandensein weniger belastender, gleich geeigneter und gleich wirksamer Maßnahmen sicher.

Die zusätzliche Befugnis des Bundeskartellamts in Absatz 4 ist unter Abwägung der einerseits potentiellen Einschränkungen der grundgesetzlich geschützten Rechte der betroffenen Unternehmen mit der andererseits entstehenden Möglichkeit für andere Private, auf den betroffenen Märkten von ihren ebenfalls geschützten Grundrechten (Berufsfreiheit und Eigentumsrecht, Artikel 12, 14 GG) Gebrauch zu machen, geboten und sachgerecht. Maßstab für die Wettbewerbs- und Verfassungskonformität der Befugnis ist die Wahrung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Unternehmensstruktur. Das gilt für die Ausgestaltung der Norm wie für deren Anwendung im Einzelfall. Sowohl in ihrem 2010 erschienenen 58. Sondergutachten als auch im 2022 erschienenen XXIV. Hauptgutachten sieht die Monopolkommission missbrauchsunabhängige Maßnahmen zur Entflechtung von Unternehmen als grundsätzlich mit den verfassungsrechtlichen Grenzen vereinbar an.

Vor Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Stellungnahmen dienen der Unterstützung der Arbeit des Bundeskartellamts durch die Beiziehung zusätzlicher marktbezogener Kenntnisse und sind nicht bindend. Bei Bedarf kann das Bundeskartellamt weiteren fachlichen Rat einholen.

Entsprechend einer Entflechtung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle kann das Bundeskartellamt zur Durchsetzung der Maßnahme nach Absatz 4 die Befugnisse nach § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 nutzen. Dies beinhaltet auch die Bestellung eines Treuhänders zur Herbeiführung der Veräußerung bzw. einer vorangehenden

Verselbstständigung von Vermögensteilen zur Ermöglichung der Veräußerung. Gegebenfalls durch die Bestellung eines Treuhänders entstehende Kosten trägt der Bund.

Absatz 4 enthält einen Vertrauensschutztatbestand. Die Veräußerung von Vermögensteilen, die in den letzten fünf Jahren vor Zustellung der Verfügung nach Absatz 4 Gegenstand einer bestandskräftigen fusionskontrollrechtlichen Freigabe durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder einer Ministererlaubnis waren, darf nicht angeordnet werden. Dies dient der Rechtssicherheit und wahrt den Abstand des Instruments zur Zusammenschlusskontrolle. Das Verhältnis zur Europäischen Fusionskontrolle regelt im Übrigen Artikel 21 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung").

Eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs kann sich in den in Absatz 5 benannten Faktoren widerspiegeln, welche die Struktur des Marktes oder des Wirtschaftszweigs, das Verhalten der dort tätigen Unternehmen oder die sich einstellenden Ergebnisse betreffen und bei einer Prüfung nach den Absätzen 3 und 4 Berücksichtigung finden können. Dabei kann insbesondere das Zusammenwirken mehrerer Kriterien zu einer Störung des Wettbewerbs im Sinne der Absätze 3 und 4 führen. Gleichzeitig müssen weder alle im Folgenden genannten Kriterien für die Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsstörung kumulativ tragend sein, noch ist eine hohe Relevanz einzelner Kriterien in jedem Fall hinreichend für eine Wettbewerbsstörung.

Die Beurteilung von Wettbewerbsbedingungen erfordert regelmäßig die Analyse mehrerer, jeweils für die betroffenen Märkte oder marktübergreifend geeigneter Kriterien. Aufgrund der unterschiedlichen Marktstrukturen und Rahmenbedingungen für den Wettbewerb ist dabei die Auswahl der Kriterien jeweils an den Einzelfall anzupassen. Erst in der Gesamtschau der Analyseergebnisse lassen sich im Einzelfall Rückschlüsse auf das Vorliegen und die Art der Wettbewerbsstörung ziehen. Im Gegensatz zu den bestimmteren Feststellungen einer Marktbeherrschung (§ 18) oder einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a Absatz 1) wurde Absatz 5 daher als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Die in Absatz 5 aufgeführten Kriterien müssen vom Bundeskartellamt nur aufgegriffen werden, soweit sie für die statische oder dynamische Analyse der Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend geeignet sind. Die Aufzählung der Kriterien ist nicht abschließend; das Bundeskartellamt kann weitere relevante Faktoren in die Prüfung einbeziehen.

Nach Nummer 1 sollen die Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der betreffenden Unternehmen berücksichtigt werden. Zudem können die Marktanteile bzw. die Unternehmenskonzentration wichtige Hinweise zu den Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend liefern. Diese Faktoren spiegeln wesentliche Aspekte der Stellung und der Entwicklung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern bzw. der Verteilung der ökonomischen Macht auf einem Markt oder marktübergreifend wider. Beispielsweise können Märkte, die stark verfestigt sind und konstante Marktanteile über einen langen Zeitraum aufweisen, durch einen niedrigen Wettbewerbsdruck gekennzeichnet sein. Eine im Vergleich zu tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern besonders hohe Finanzkraft kann es Unternehmen ermöglichen, in Phasen intensiven (Preis-)Wettbewerbs die eigene Marktposition zu Lasten weniger finanzstarker Wettbewerber auszubauen und diese von einem dauerhaft intensiven Wettbewerbsverhalten abhalten. Auf investitionsintensiven Märkten kann eine im Vergleich zu Wettbewerbern besonders hohe Finanzkraft den Ausbau der eigenen Marktposition erleichtern oder schnelle Reaktionen auf Wettbewerbsvorstöße anderer Unternehmen ermöglichen. Dies kann auf dem Markt befindliche Wettbewerber von einem intensiven Wettbewerb abschrecken und für potentielle Wettbewerber den Anreiz für einen Marktzutritt senken, wenn sie mögliche folgende Preiskämpfe antizipieren oder ein vorübergehender Wettbewerbsvorsprung zu schnell verloren geht.

Nummer 2 unterstreicht die Bedeutung von horizontalen und vertikalen Verflechtungen sowie Unternehmensbeteiligungen auch über Sektoren hinweg (z.B. konglomerate Strukturen), die einen negativen Einfluss auf die Wettbewerbsintensität haben können. Da gesamtwirtschaftlich betrachtet indirekte Horizontalverflechtungen durch institutionelle Investoren (sog. „Common Ownership“) zunehmen, können auch diese Verflechtungen in Einzelfällen relevant sein. Sind mehrere Unternehmen eines Marktes über gemeinsame Anteilseigner miteinander verflochten, kann dies unter Umständen koordiniertes Verhalten vereinfachen oder die Anreize der Unternehmen, einen intensiven Wettbewerb zu betreiben, senken (siehe hierzu u.a. OECD (2017): Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2017)10 sowie Monopolkommission (2018): XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, 176ff.).

Nach Nummer 3 sollen Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts, der Kapazitätssteigerung seitens der Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter bzw. Nachfrager berücksichtigt werden. Explizit hervorzuheben sind hier Rahmenbedingungen, die besonders häufig eine marktabschottende Wirkung haben und somit als de facto-Marktzutrittsschranken wirken: Sofern eine Tätigkeit auf einem Markt hohe Fixkosten verursacht, können Unternehmen insbesondere dann vom Markteintritt abgehalten sein, wenn diese Kosten irreversibel sind, d.h. auch durch einen evtl. später erfolgenden Marktaustritt nicht gesenkt werden können. Des Weiteren können Skalen- oder Netzwerkeffekte Unternehmen mit hohen Marktanteilen vor Konkurrenz durch neue Wettbewerber schützen, da potentielle Wettbewerber antizipieren, dass etablierte Anbieter durch diese Effizienzvorteile im Wettbewerb stärker sein werden, so dass ein Marktzutritt für den potentiellen Wettbewerber voraussichtlich mit Verlusten einhergeht. Auch administrative Marktzugangsvoraussetzungen können – neben dem primär beabsichtigten Regelungszweck (wie z.B. Qualitätssicherung, Immissionsschutz oder baurechtliche Vorgaben) – wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben. Als Faktoren, die den Wechsel von Marktteilnehmern zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager begrenzen, können insbesondere hohe Such- und Wechselkosten (z.B. Marktbeobachtung, Vertragsprüfung etc.) sowie bestehende Informationsasymmetrien wirken.

Nummer 4 bezieht sich darauf, dass die Marktergebnisse oder das Marktverhalten von Unternehmen Hinweise auf Verhaltensspielräume liefern können, die aufgrund einer geringen Wettbewerbsintensität nicht ausreichend begrenzt werden. Buchstabe a zählt ausgewählte Aspekte der Marktergebnisse auf, die diesbezüglich relevant sein können. Anhaltend starre Preise und andere Preisentwicklungen oder Preismuster können auf Wettbewerbsstörungen oder vermachtete Märkte hindeuten. In oligopolistischen Märkten können auch gleichlaufende Preise auf der Basis von wechselseitigen Verhaltensannahmen oder von Marktbeobachtung, die sich nicht durch Veränderungen auf der Kostenseite erklären lassen, auf Wettbewerbsstörungen hinweisen. Eine verglichen mit ähnlichen Märkten rückläufige bzw. geringe Auswahl oder abnehmende bzw. niedrige Qualität der angebotenen Produkte und Dienstleistungen kann auf mangelnden Wettbewerbsdruck und daraus entstehende Verhaltensspielräume der auf dem Markt anbietenden Unternehmen hinweisen. Auch eine geringe oder abnehmende Innovationstätigkeit kann auf den betroffenen Märkten ein Anhaltspunkt für eine Wettbewerbsstörung sein. Kapazitätsbeschränkungen oder eingeschränkte Möglichkeiten der Anpassung von Kapazitäten (siehe auch Nummer 3) können verhindern, dass Wettbewerber im Falle von Preiserhöhungen oder Auswahl- bzw. Qualitätsreduktion anderer Unternehmen in hinreichendem Umfang als Auswahlalternative für die Abnehmer in Frage kommen. In solchen Situationen können auch absichtlich verknappte Angebotsmengen preiserhöhend wirken.

Über die Aufzählung in Buchstabe a hinaus können weitere Marktergebnisse Hinweise auf wettbewerbliche Störungen liefern. Eine über einen langen Zeitraum außergewöhnlich gute Ertragslage der Unternehmen auf einem Markt kann ein Indiz dafür sein, dass Markteintritte Dritter nur eingeschränkt bzw. mit hohen Hürden möglich sind und die realisierten Gewinne nicht Ausdruck erfolgreich geführten Leistungswettbewerbs (z.B. hoher Innovationstätigkeit), sondern Hinweis auf fehlenden Wettbewerb sind. Auch eine asymmetrische

Informationsverteilung in Verbindung mit hohen Transaktionskosten (z.B. Such-, Informationskosten) kann die Marktergebnisse wesentlich beeinflussen.

Buchstabe b. hebt die Bedeutung von Verträgen oder Vereinbarungen zwischen den betroffenen Unternehmen für die Prüfung einer Wettbewerbsstörung hervor. Vertragsbedingungen, die eine Seite deutlich ungünstiger stellen, indem sie etwa entgegen dem Gebot von Treu und Glauben ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen, können Ausdruck einer asymmetrischen Verhandlungsmacht bzw. stark unterschiedlicher Marktmacht sein. Verträge oder Vereinbarungen können diese asymmetrische Machtverteilung noch ausweiten oder verfestigen, indem sie beispielsweise weitere Markteintritts- oder Marktaustrittsbarrieren errichten oder einzelne Parameter dem Wettbewerb entziehen.

Das Bundeskartellamt kann über die in diesem Absatz genannten Kriterien hinaus weitere Aspekte in die Prüfung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten strukturellen oder verhaltensbedingten Störung des Wettbewerbs einbeziehen. Eine hohe Markttransparenz beispielsweise kann verbunden mit homogenen Gütern und weitgehend ähnlichen Kostenstrukturen der Unternehmen implizite Absprachen („tacit collusion“) erheblich erleichtern. In diesem Kontext können sich eine hohe Transaktionshäufigkeit sowie ausgeprägte Sanktionsmöglichkeiten (siehe z.B. das Kriterium der Finanzkraft in Nummer 1) zudem in der Regel kollusionsstabilisierend auswirken.

Absatz 6 erklärt § 32b für Verfügungen nach den Absätzen 3 und 4 für entsprechend anwendbar. Das Bundeskartellamt kann somit Verpflichtungszusagen betroffener Unternehmen nach den allgemeinen Grundsätzen für verbindlich erklären, wenn es diese als geeignet erachtet, um eine Verbesserung der Wettbewerbssituation herbeizuführen. Durch die Anwendbarkeit des § 32b wird auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen. Denn Verpflichtungserklärungen sind für betroffenen Unternehmen mit nicht unerheblichen Vorteilen verbunden (Spieker in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Rn. 4). Insbesondere kann durch die aktive Einbeziehung der Adressaten den wirtschaftlichen Gegebenheiten und der jeweiligen Marktsituation durch kooperative Feinsteuerung in angemessener Weise Rechnung getragen werden (ebenda).

Absatz 7 sieht für Verfahren nach § 32f eine Regelverfahrendauer vor. Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen spätestens 18 Monate nach Veröffentlichung des Berichts zum Abschluss der Sektoruntersuchung nach § 32e ergehen. Es handelt sich insofern um eine Soll-Vorschrift, von der Regeldauer sollte daher nur in Ausnahmefällen abgewichen werden. Zugleich sind mit einem Verstoß gegen die Regeldauer keine Rechtsfolgen verbunden. Vielmehr kann das Bundeskartellamt Verfügungen auch zu einem späteren Zeitpunkt erlassen. Die Vorschrift dient damit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung vor dem Hintergrund des Bedarfs effektiver und zeitiger Abhilfe bei Störungen des Wettbewerbs. Der zeitliche Rahmen von 18 Monaten orientiert sich an der allgemeinen Frist für Marktuntersuchungen der CMA in Großbritannien (vgl. Section 137 (1) UK Enterprise Act 2002, in der durch den Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 geänderten Fassung). Auch für das von der EU-Kommission angedachte New Competition Tool wurden Fristenregelungen diskutiert (vgl. Schweitzer (2020), New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design, Expert Study, S. 25).

Zu Nummer 4 (§ 32g GWB-E)

Der neu eingefügte § 32g enthält eine Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts bei möglichen Verstößen nach Artikel 5 bis 7 DMA. Die Möglichkeit der Einräumung einer solchen Ermittlungsbefugnis ergibt sich aus Artikel 38 Absatz 7 DMA.

Absatz 1 gibt den in Artikel 38 Absatz 7 DMA festgelegten Ermittlungszweck wieder und orientiert sich eng an dessen Wortlaut. Der Verweis auf Artikel 3 DMA dient der Klarstellung, dass Ermittlungen bei möglichen Verstößen gegen Art. 5 bis 7 DMA sich nur auf bereits

benannte Gatekeeper beziehen können. Wie durch den DMA vorgesehen, wird die Aufnahme von Ermittlungen zudem in das Ermessen des Bundeskartellamts gestellt („kann“). Eine Aufforderung zum Tätigwerden durch die Europäische Kommission oder Ermächtigung im Einzelfall ist nicht erforderlich. Die Europäische Kommission ist nach Artikel 38 Absatz 7 Satz 2 DMA vor der ersten förmlichen Untersuchungsmaßnahme zu unterrichten.

Eine Ermittlungsbefugnis wird ausschließlich für das Bundeskartellamt begründet. Aufgrund des Anwendungsbereiches des DMA ist § 32g als Mittel zur Beantwortung erforderlicher Abgrenzungsfragen insbesondere im Verhältnis des DMA zu § 19a relevant, wobei für letzteren ebenfalls eine alleinige Zuständigkeit des Bundeskartellamts besteht.

§ 185 Absatz 2 beschränkt die Ermittlungsbefugnis auf Konstellationen, in denen sich etwaige Verstöße im Bundesgebiet auswirken.

Eine Untersuchung nach § 32g kann parallel zu einem Verwaltungsfahren zur Untersuchung möglicher Verstöße gegen kartellrechtliche Vorschriften, u.a. nach § 19a geführt werden.

Der Verweis auf die Vorschriften der §§ 57 bis 59b, 61 GWB in Absatz 2 stellt klar, dass die regulären Ermittlungsbefugnisse auch in diesem Zusammenhang gelten und insoweit die genannten Bestimmungen Anwendung finden.

Die in Absatz 3 enthaltene Pflicht des Bundeskartellamts, der Europäischen Kommission Bericht über ihre Ermittlungsergebnisse zu erstatten, ergibt sich unmittelbar aus Artikel 38 Absatz 7 DMA. Die Regelung in Absatz 3 dient der Klarstellung und ist für die nachfolgende Vorschrift zur Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse relevant.

Der DMA enthält keine Vorgaben zu einer etwaigen Veröffentlichung der nationalen Ermittlungsergebnisse nach Artikel 38 Absatz 7 DMA und ermöglicht es insoweit, die Veröffentlichung in das Ermessen der zuständigen Behörde zu stellen. Da die Veröffentlichung im Einzelfall zu einem Grundrechtseingriff und damit einer Beschwerde für das betroffene Unternehmen führen kann, ist eine gesetzliche Regelung erforderlich. Dem betroffenen Unternehmen ist im Falle der Veröffentlichung ggf. rechtliches Gehör zu gewähren.

Um die klare Kompetenzverteilung zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission als alleinige Durchsetzungsbehörde des DMA zu wahren, ist im Rahmen der Veröffentlichung klarzustellen, dass es sich um ein vorläufiges Ermittlungsergebnis des Bundeskartellamts handelt, welches an die Europäische Kommission übermittelt wird, der sodann die Entscheidung obliegt, ein Verfahren unter dem DMA zu eröffnen.

Zu Nummer 5 (§ 33 Absatz 1 GWB-E)

Um die Durchsetzung des DMA in Deutschland zu erleichtern, wird § 33 um Verstöße gegen die Verpflichtungen der Artikel 5, 6 und 7 DMA erweitert. Diese Artikel des DMA begründen Rechte und Pflichten für den Einzelnen, sie sind somit vor den ordentlichen Gerichten durchsetzbar. Die Betroffenen haben mithin auch in diesen Fällen einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen den Rechtsverletzer. Durch die Bezugnahme auf § 33 Absatz 1 in § 33a Absatz 1 finden auch die Regelungen zu Schadensersatzklagen in § 33a Absatz 1, 3 und 4 auf Verstöße gegen die Verpflichtungen der Artikel 5, 6 und 7 DMA Anwendung. Für Verstöße gegen das Kartellrecht und den DMA bestehen somit die gleichen zivilrechtlichen Ansprüche. Die Änderung dient der Sicherung der praktischen Wirksamkeit des DMA im Sinne des europäischen Effektivitätsgrundsatzes.

Zu Nummer 6 (§ 33b GWB-E)

Auch die Änderung des § 33b dient der Erhöhung der praktischen Wirksamkeit des DMA. Nach § 33b binden bestandskräftige Entscheidungen der Europäischen Kommission, der deutschen und EU-ausländischen Wettbewerbsbehörden die Gerichte, soweit es um die

Feststellung eines Verstoßes geht. Dies soll zukünftig auch für Entscheidungen mit Blick auf den DMA gelten. Hat ein Gericht die Entscheidung zum DMA überprüft, dann kommt dessen Feststellungen zukünftig Bindungswirkung zu. Dies soll – wie auch im Kartellrecht - eine gleichförmige Auslegung des DMA fördern, die Rechtssicherheit erhöhen und Klagen auf Schadensersatz und Unterlassung erleichtern.

Zu Nummer 7 (§§ 33g GWB-E)

Zu Buchstabe a

Die Änderung korrigiert eine offensichtliche Unrichtigkeit.

Zu Buchstabe b

Damit § 33g Absatz 5 auf Verfahren nach dem DMA in gleicher Weise Anwendung finden kann, wie auf kartellbehördliche Verfahren, wird dieser entsprechend ergänzt.

Zu Nummer 8 (§ 33h Absatz 6 GWB-E)

Zu Buchstabe a

Alle Ansprüche nach § 33 und § 33a sollen unabhängig von ihrem Rechtsgrund mit Blick auf die Verjährung gleichbehandelt werden. Damit § 33h auf Verfahren nach dem DMA in gleicher Weise Anwendung finden kann, wie auf Kartellverfahren, erfolgt in Absatz 6 Nummer 3 eine entsprechende Ergänzung.

Zu Buchstabe b

Folgeänderung zu Buchstabe a.

Zu Nummer 9 (§ 34 GWB-E)

Zu Buchstabe a

Mit der Änderung wird erreicht, dass kein Verschulden der betreffenden Unternehmen mehr erforderlich ist Denn die Vorteilsabschöpfung hat keinen strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Charakter. Sie ist vielmehr als verwaltungsrechtliches Instrument auf Erlösherausgabe gerichtet und dient dazu, eine Bereicherung durch einen feststehenden Kartellrechtsverstoß zu verhindern (Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 14. Auflage, § 34 Rn. 8). Aus einem kartellrechtswidrigen Verhalten erzielte wirtschaftliche Vorteile sind daher künftig im Allgemeininteresse eines unverfälschten Wettbewerbs unabhängig von einem etwaigen Verschulden des handelnden Unternehmens oder einem individuellen Schadenseinschlag auf Abnehmerseite herauszugeben. Die Änderung ist notwendig, da der Verschuldensvorwurf hinsichtlich des Kartellrechtsverstoßes in der Praxis, beispielsweise im Hinblick auf die Weite der Legalausnahme nach § 2 Absatz 2 oder in Missbrauchsfällen zweifelhaft sein kann (vgl. zuletzt z. B. EuGH, Urteil vom 12. Mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale, EU:C:2022:379, Rn. 61 f. m. w. N.).

Zu Buchstabe b

Eine wesentliche Schwierigkeit der Vorteilsabschöpfung nach § 34 liegt in der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils. Um die Höhe eines möglicherweise erzielten wirtschaftlichen Vorteils zu ermitteln, müssen zum Teil sehr komplexe ökonomische Analysetechniken eingesetzt werden. Die hierfür erforderliche Datenbasis wird im Zuge von Verfahren zum Nachweis des Verstoßes selbst, teilweise abgesehen von den Fällen eines Preishöhenmissbrauchs, nicht benötigt und muss separat bei den betroffenen Unternehmen ermittelt werden (BT-Drs. 18/10207, S. 70). Dies erfordert erhebliche Ressourcen, sowohl auf Seiten des Bundeskartellamtes, aber auch auf Seiten der Unternehmen. Mit Blick auf den

Verursachergedanken (vgl. zum Kartellschadensersatzrecht BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 63/18 –, juris Rn. 41 – Schienenkartell VI = BGHZ 229, 1-27; Isikay, Schadensschätzung bei Kartellverstößen, S. 180 f.) sowie den Präventionsgedanken (vgl. zum „Bruttoprinzip“ der strafrechtlichen Verfallsvorschriften BGH, Urteil vom 21. August 2002 – 1 StR 115/02 –, juris Rn. 24 = BGHSt 47, 369-378) werden im Lichte des unionsrechtlichen Gebots der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch die neu eingefügten § 34 Absatz 4 Sätze 1 und 4 eine Vermutung hinsichtlich der Entstehung eines wirtschaftlichen Vorteils sowie eine Vermutung einer pauschalen Mindesthöhe eines solchen Vorteils eingeführt. Diese Mindesthöhe beträgt ein Prozent der Umsätze, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt wurden. Sie ist so bemessen, dass sie bei einer branchenübergreifenden typisierenden Betrachtung einen unabhängig von der konkreten Art des Verstoßes und sonstigen Besonderheiten des Einzelfalls zu erwartenden Mindestvorteil abbildet (vgl. zuletzt zur Wirksamkeit von Pauschalierungsklauseln für Schäden durch Kartellabsprachen i. H. v. 15 Prozent des Auftragswertes BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 94/18 –, juris Rn. 30 – Schadenspauschalierung = WuW 2021, 465, bzw. fünf Prozent des Auftragswertes BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 63/18 –, juris Rn. 43 – Schienenkartell VI = BGHZ 229, 1-27; zu einer zulässigen Pauschalierung i. H. v. drei Prozent der Auftragssumme s. bereits BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 – VII ZR 286/94 –, juris Rn. 16-19 = BGHZ 131, 356-361). Auf mehrseitigen Märkten können dabei die auf allen Marktseiten erzielten Umsätze einbezogen werden. Die Vermutung gilt für den in der Verfügung festgestellten Zeitraum; dabei können alle diejenigen Geschäftsjahre einbezogen werden, in denen der Verstoß bereits begonnen hat und noch nicht beendet war. Die Vermutung hinsichtlich der Mindesthöhe des erlangten wirtschaftlichen Vorteils kann nur widerlegt werden, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen im Abschöpfungszeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat. Dabei ist der im gesamten Abschöpfungszeitraum erzielte Gewinn mit dem für den gesamten Abschöpfungszeitraum vermuteten Vorteil zu vergleichen. Bei der Gewinnermittlung ist der weltweite Gewinn aller natürlichen und juristischen Personen sowie Personenvereinigungen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren; dies gilt auch, soweit im Rahmen von Satz 6 auf die unmittelbar beteiligte juristische Person abgestellt wird.

Mit Blick auf die Verschärfung des Instruments durch die eingeschränkte Widerlegbarkeit der Vermutung nach Satz 4 ist zu berücksichtigen, dass auch insoweit die Härtefallregel aus Absatz 3 Satz 1 zur Anwendung kommt. Lassen konkrete Umstände darauf schließen, dass aufgrund besonderer Gegebenheiten des Einzelfalls – etwa einer auch für Handelsmärkte atypisch niedrigen Wertschöpfung – der erzielte Vorteil auch weniger als 1 Prozent betragen haben könnte, kann dem durch eine normative Beschränkung der Abschöpfung nach Absatz 3 Satz 1 Rechnung getragen werden. Die Regelung in Absatz 3 Satz 2, wonach eine Vorteilsabschöpfung unterbleiben soll, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist, dient angesichts der auf einen bloßen Mindestvorteil von 1 Prozent gerichteten Vermutung nach Absatz 4 Satz 4 nunmehr nur noch der Effizienz des Verwaltungshandels. Danach soll die Abschöpfung unterbleiben, sofern der Abschöpfungsbetrag den Verfahrensaufwand der Kartellbehörde nicht oder nur unwesentlich überschreitet. Die der Betrachtung zugrunde zu legende Vorteilshöhe ergibt sich ggf. aus dem Ergebnis der Vermutung nach Absatz 4 Satz 4. Zudem gilt die Vermutungsregelung in Absatz 4 nur bei Verstößen gegen Vorschriften des ersten, zweiten oder fünften Kapitels dieses Teils, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 19a oder nach dem sechsten Kapitel dieses Teils.

Je nach Dauer des Verstoßes, Höhe der erlangten Vorteile und Zeitraum, für den die Abschöpfung angeordnet wird, kann der Abschöpfungsbetrag eine wirtschaftlich hohe Belastung für das betroffene Unternehmen darstellen. Daher ist es erforderlich, für den abschöpfbaren Betrag eine Deckelung vorzusehen. Der Abschöpfungsbetrag darf daher 10 Prozent des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen. Für Verstöße, die keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Vorteil verursachen, greift Absatz 3 Satz 2.

Bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils ohne Rückgriff auf die Vermutung eines Mindestvorteils von 1 Prozent müssen die Geschehnisse, wie sie sich infolge des Wettbewerbsverstoßes gestaltet haben, mit einem rein hypothetischen Alternativszenario verglichen werden. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Ermittlung der kontrafaktischen Marktsituation stets eine Unsicherheit verbleibt. Hinzu tritt regelmäßig eine hohe Informationsasymmetrie zugunsten des Rechtsverletzers, die § 33g GWB anerkennt. Aufgrund der angeführten Erwägungen wird daher in dem neu eingefügten § 34 Absatz 4 Satz 3 das Maß der notwendigen Überzeugungsbildung auf die einfach überwiegende Wahrscheinlichkeit festgelegt. In entsprechender Anwendung des § 287 ZPO ist folglich bei der Feststellung der konkreten Höhe des wirtschaftlichen Vorteils der wahrscheinlichste Wert zu ermitteln. Damit treffen Schätzunsicherheiten die Unternehmen, die für den Kartellrechtsverstoß verantwortlich sind und die naturgemäß eher über diejenigen Informationen verfügen, die Rückschlüsse von den Auswirkungen des Verstoßes auf die Marktsituation zulassen (vgl. zum Kartellschadensersatzrecht BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 63/18 –, juris Rn. 41 – Schienenkartell VI = BGHZ 229, 1-27; Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46, 56 ff., 78).

Zu Buchstabe c

Eine Zuwiderhandlung im Sinne des Satzes 1 wird umso lukrativer, je länger sie gelingt. Bislang kann eine Vorteilsabschöpfung jedoch längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren angeordnet werden. Hierdurch wird ein länger andauernder Verstoß gegenüber einem kürzer andauernden Verstoß privilegiert. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt und mit dem Regelungszweck des § 34 nicht vereinbar (vgl. auch Länger, in: Immenga/Mestmäcker/Emmerich, 6. Aufl. 2020, GWB § 34 Rn. 38). Damit sich Unrecht nicht lohnt, können künftig nach § 34 Absatz 5 Satz 1 Vorteile für die gesamte Zeit einer Zuwiderhandlung abgeschöpft werden. Die Verlängerung der Frist nach Satz 1 zum Erlass einer Verfügung gemäß § 34 Absatz 1 um drei Jahre auf insgesamt 10 Jahre seit Beendigung der Zuwiderhandlung ist aus Präventionsgesichtspunkten geboten und angemessen, auch um der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Rechnung zu tragen, die bei einer Abschöpfung nach § 34 GWB berücksichtigt werden müssen, da die geltend gemachten Schäden mit den Vorteilen korrespondieren können. Gleichzeitig geht die Frist nicht über Maßstab der absoluten Verjährung im Ordnungswidrigkeitenrecht hinaus (§§ 81g Absatz 1 S. 2, 33 Absatz 3 S. 2 O-WiG).

Zu Nummer 10 (§ 39a GWB)

§ 39a wird durch die neue Regelung in § 32f Absatz 2 ersetzt und deshalb gestrichen.

Es kann in Einzelfällen nicht ausgeschlossen werden, dass einer nach § 39a ergangenen Verfügung während ihrer dreijährigen Laufzeit infolge der Streichung des § 39a die Rechtsgrundlage entzogen wird. In diesen Fällen wäre es naheliegend, dass das Bundeskartellamt die Verfügung für die Zukunft aufhebt und, gestützt auf § 32f Absatz 2, erneut erlässt.

Zu Nummer 11 (§ 44 Absatz 3 GWB-E)

Um das Potential der Sektoruntersuchungen nach § 32e Absatz 1 sowie evtl. anschließender Abhilfemaßnahmen nach § 32f voll auszuschöpfen, ist es von großer Bedeutung, dass die für eine Sektoruntersuchung infrage kommenden Märkte und Wirtschaftsbereiche frühzeitig identifiziert werden. Hierzu sollen unter anderem auch die wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Analysen der Monopolkommission genutzt werden. Die Monopolkommission kann auf der Basis ihrer Untersuchungsergebnisse in ihren Gutachten (dies können insbesondere Haupt-, Sektor- oder auch Sondergutachten sein) explizit an das Bundeskartellamt gerichtete Empfehlungen für die Durchführung von Untersuchungen nach § 32e aussprechen. Das Bundeskartellamt prüft die Empfehlung und leitet innerhalb von sechs Monaten eine Untersuchungen nach § 32e ein oder legt in einer Stellungnahme dar, weshalb dies nicht erfolgt ist.

Zu Nummer 12 (§ 50 Absatz 2 GWB-E)

Der DMA sieht über Artikel 38 Absatz 7 hinaus an verschiedenen Stellen eine Mitwirkung der Mitgliedstaaten an den Verfahren der Europäischen Kommission vor. Der Umfang der geforderten Mitwirkung der in Artikel 1 Absatz 6 DMA genannten Behörden reicht von der Unterstützung bei Durchsuchungen oder Vernehmungen (siehe z.B. Artikel 22 Absatz 2 DMA) bis zur Vornahme von Unterstützungshandlungen im Rahmen von DMA-Marktuntersuchungen der Europäischen Kommission (Artikel 38 Absatz 6 DMA).

Die Aufnahme einer Zuständigkeit für die Unterstützung von bzw. Mitwirkung an DMA-Verfahren der Europäischen Kommission ist vor diesem Hintergrund erforderlich, um das Bundeskartellamt in die Lage zu versetzen, eine angefragte Unterstützung ggf. auch leisten zu können.

Die Änderung des § 50 Absatz 2 enthält hierbei eine ausschließliche Zuständigkeitszuweisung an das Bundeskartellamt für die Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission soweit der DMA auf nationale Behörden nach Artikel 1 Absatz 6 DMA verweist. Die Regelung fügt sich in die bestehende Gesetzeslogik ein: Das Bundeskartellamt ist nach den bestehenden Normen bereits ausschließlich für Verfahren nach § 19a sowie nach § 50 für die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV zuständig.

Zu Nummer 13 (§ 50f Absatz 2 GWB-E)

Die Änderung erklärt § 50f, welcher die Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit anderen nationalen Behörden regelt, auch im Rahmen der Kooperation unter dem DMA für anwendbar. Die Regelung ist notwendig, um eine effektive Zusammenarbeit sicherzustellen. Der DMA enthält insoweit keine unmittelbar anwendbaren Vorschriften.

Zu Nummer 14 (§ 59 Absatz 1 GWB-E)

Zu Buchstabe a

Buchstabe a fügt einen neuen Satz 5 ein. Die Regelung dient dazu, eine wirkungsvolle Aufgabenerfüllung der Kartellbehörden im Hinblick auf die Ermittlungen im Bereich des Postverkehrs zu gewährleisten. Der dazu zählende Logistiksektor wird wegen des zunehmenden Paketaufkommens immer bedeutsamer, Angaben von Sendungsmengen sind für die Ermittlung der Wettbewerbsverhältnisse und ein umfassendes Verständnis von Post- und Paketmärkten daher unerlässlich. Allerdings dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem Postgeheimnis unterliegen, von Postdienstleistern nach § 39 Abs. 3 PostG grundsätzlich nur für die Erbringung der Postdienste verwendet werden. Um seinen Aufgaben auch im Postbereich nachkommen zu können, ist die Kartellbehörde zur Informationsbeschaffung auf die Mithilfe der Erbringer von Postdiensten angewiesen, die ggf. zur Wahrung des Postgeheimnisses verpflichtet sind. Sofern z.B. die Anzahl erhaltener oder abgesandter Postsendungen (eines oder bestimmter Kunden) vom Postgeheimnis erfasst ist, bedarf es einer Öffnung des Postgeheimnisses, soweit der Schutz im Konflikt mit erforderlichen kartellbehördlichen Ermittlungen steht. Da das Postgeheimnis nur dann zurücktritt, wenn sich die Befugnisnorm ausdrücklich auf Postsendungen oder den Postverkehr bezieht, ist die Ermächtigungsbefugnis in § 59 Absatz 1 GWB insoweit zu ergänzen. Der notwendige Geheimnisschutz wird durch die Geheimhaltungspflicht der Kartellbehörden sichergestellt. Einer Ergänzung steht auch nicht § 39 Abs. 1 PostG entgegen, weil die Verwendung der Kenntnisse für andere Zwecke gem. § 39 Absatz 3 Satz 3 PostG zulässig ist, wenn dafür eine spezielle gesetzliche Ermächtigung gegeben ist, die sich ausdrücklich auf Postsendungen oder den Postverkehr beziehen muss. Hauptanwendungsfall des Satzes 3 ist insbesondere die Weitergabe der Kenntnisse an staatliche Stellen, die Auskunft über den Postverkehr begehren (Drs. 13/7774, S. 30 <https://dserver.bundestag.de/btd/13/077/1307774.pdf>). Es bedarf einer dem Zitiergebot genügenden Einschränkung von Artikel 10 des Grundgesetzes, um die Kartellbehörden zu ermächtigen, diejenigen Unternehmen zur Erteilung von Auskünften über die Umstände des Postverkehrs zu

verpflichten, die geschäftsmäßig Postdienste erbringen oder daran mitwirken, und die erteilten Auskünfte für die Erfüllung der den Kartellbehörden übertragenen gesetzlichen Aufgaben zu verwenden.

Zu Buchstabe b und c

Die Buchstaben b und c sind redaktionelle Folgeänderungen der unter Buchstabe a ergänzten Regelung.

Zu Nummer 15 (§ 81 Absatz 2 GWB-E)

Zu Buchstabe a

Die Änderung ergänzt die bisherigen Regelungen zu Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Anordnungen um die erweiterten missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnisse.

Zu Buchstabe b

Die Änderung ist eine redaktionelle Folgeänderung der Änderungen in § 59 Absatz 1 GWB.

Zu Nummer 16 (§ 87 GWB-E)

Zu Buchstabe a und b

Die Ergänzungen in § 87 dienen der Zuständigkeitskonzentration für Verfahren mit Bezug zum DMA bei den Landgerichten. Durch die Zuständigkeitskonzentration sollen die Kartellspruchkörper auch für Verfahren nach dem DMA zuständig werden. Ein Gleichlauf mit den kartellrechtlichen Zuständigkeiten bietet sich zum einen an, um Expertise in diesem komplexen und technischen Bereich zu konzentrieren, der in seinen Grundüberlegungen dem Kartellrecht zumindest stark ähnelt. Beispielsweise sind mehrere der Verpflichtungen der Artikel 5 und 6 an die Kartellrechtsprechung angelehnt. Zum anderen sind in der Zukunft parallele Klagen nach Wettbewerbsrecht und dem DMA denkbar, sodass es auch vor diesem Hintergrund sinnvoll ist, beide Bereiche bei den bestehenden Kartellspruchkörpern anzusiedeln.

Zu Nummer 17 (§ 89 Absatz 1 GWB-E)

Die Ergänzung des § 89 Absatz 1 dient ebenfalls der Zuständigkeitskonzentration.

Zu Nummer 18 (§ 89b Absatz 5 GWB-E)

Damit § 89b Absatz 5 auf Verfahren nach dem DMA in gleicher Weise Anwendung finden kann, wie auf kartellbehördliche Verfahren, wird dieser entsprechend ergänzt.

Zu Nummer 19 (§ 89c Absatz 3 GWB-E)

Damit § 89c Absatz 3 auf Verfahren nach dem DMA in gleicher Weise Anwendung finden kann, wie auf kartellbehördliche Verfahren, wird dieser entsprechend ergänzt.

Zu Nummer 20 (§ 89e Absatz 1 GWB-E)

Durch die Ergänzung in § 89e Absatz 1 wird klargestellt, dass im Rahmen der Anwendung der §§ 33g, 89b bis 89d auf Verstöße nach der Verordnung (EU) Nr. 2022/ Wettbewerbsbehörden nur die nach dem DMA berechtigten Behörden sind. Dies sind die Europäische Kommission sowie Behörden, die die in Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung (EU) Nr. 2022/ genannten Vorschriften anwenden.

Zu Nummer 21 (§ 90 Absatz 1 GWB-E)

Das Bundeskartellamt sollte auch über Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung ganz oder teilweise von der Anwendung der Vorschriften des DMA abhängt, von den Gerichten informiert werden und im Einzelfall die Möglichkeit haben, sich als sog. „Amicus Curiae“ hieran zu beteiligen. Zwar setzt das Bundeskartellamt selbst den DMA nicht behördlich durch, es ist aber an der Durchsetzung durch die Europäische Kommission ggf. beteiligt. Zudem dürfen sich Fragen im Bereich der Auslegung des DMA typischerweise in identischer oder ähnlicher Form parallel im Kartellrecht im Rahmen der Anwendung von Artikel 101, 102 AEUV bzw. §§ 1, 19 ff. GWB stellen. Hinzu kommt, dass das Bundeskartellamt den Gerichten ggf. seine Marktkenntnisse oder Einschätzungen dazu, welche Marktwirkungen eine bestimmte Auslegung der DMA-Tatbestände haben kann, zur Verfügung stellen kann.

Der DMA sieht ein Amicus-Curiae-Recht zwar in Artikel 39 Absatz 3 nur für die Europäische Kommission vor, enthält jedoch keine Vorgaben für die Ausgestaltung der Verfahren vor den nationalen Gerichten und überlässt es damit den Mitgliedstaaten, diesbezügliche Regelungen für eine effektive Durchsetzung des DMA zu treffen.

Zu Nummer 222 (§ 90a GWB-E)

Zu Buchstabe a bis c

Die vorgeschlagene Änderung dient der Durchsetzung des Artikel 39 DMA, welcher Vorgaben bezüglich der Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten enthält. Die Ausführungen entsprechen im Wesentlichen Artikel 15 VO 1/2003, welcher im Rahmen des aktuellen § 90a in das nationale Recht inkorporiert wurde.

Um einen schnellen und effektiven Informationsfluss zu gewährleisten, ist es zweckmäßig, das bewährte System in § 90a beizubehalten und das Bundeskartellamt auch für Verfahren nach dem DMA als Scharnierbehörde für den Informationsaustausch vorzusehen.

Zu Nummer 233 (§ 154 GWB-E)

Die Änderung dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 1 ff.).

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17. Februar 2016 (BGBl. 2016 Teil I Nr. 8, Seite 203 ff.) wurden die wesentlichen Regelungen der 2014 erlassenen EU-Vergaberichtlinien einschließlich der Richtlinie 2014/23/EU in deutsches Recht umgesetzt. Es besteht jedoch ergänzender Regelungsbedarf, da Artikel 43 Absatz 3 Satz 2 der Richtlinie bisher nicht ausdrücklich umgesetzt ist.

§ 132 setzt die europarechtlichen Vorgaben für Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit um. § 154 Nummer 3 regelt die entsprechende Anwendung von § 132 auf Konzessionsverträge. Artikel 43 Absatz 3 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU sieht anders als die allgemeine Vergaberichtlinie 2014/24/EU bei Vertragsänderungen von Konzessionen eine spezielle Regelung für den Fall vor, dass der Konzessionsvertrag keine Indexierungsklausel enthält. In diesem Fall gibt die Konzessionsrichtlinie vor, dass der aktualisierte Wert unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Inflationsrate im Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers oder des Auftraggebers berechnet wird. Diese Richtlinienbestimmung wird für Konzessionsverträge entsprechend ergänzend zu § 132 Absatz 4, der die Vertragsänderung von Verträgen mit Indexierungsklausel regelt, in § 154 Nummer 3 Buchstabe c umgesetzt. Die Inflationsrate als Veränderung des Verbraucherpreisindex binnen Jahresfrist in Deutschland wird monatlich vom Statistischen Bundesamt ermittelt und veröffentlicht. Mit den Zeitreihen des Statistischen Bundesamtes kann eine durchschnittliche Rate für den vertragsbezogen relevanten Zeitraum ermittelt werden.

Zu Nummer 244

Durch den Übergang des bisherigen § 39a in den neuen § 32f Absatz 2 wurde eine Übergangsregelung erforderlich, durch die gewährleistet wird, dass Sektoruntersuchungen, die im Hinblick auf eine anschließende Verfügung nach § 39a eingeleitet wurden, auch nach Inkrafttreten des § 32f als Grundlage für eine entsprechende Verfügung gelten können. Soweit die Veröffentlichung von Berichten zu Sektoruntersuchungen bei Inkrafttreten des § 32f Absatz 2 nicht länger als ein Jahr zurückliegt, können Verfügungen nach § 32f Absatz 2 daher auch auf diese Sektoruntersuchungen gestützt werden. Die zeitliche Beschränkung stellt sicher, dass nur Sektoruntersuchungen mit einer hinreichend aktuellen Datenbasis als Grundlage für eine Verfügung nach § 32f Absatz 2 dienen.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)

Artikel 2 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.