

20.04.23

Wi - R - U

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze

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 wirkt sich negativ auf die Aktualität und Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse aus und erschwert es, auf die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu reagieren.

Zudem enden Sektoruntersuchungen bisher in der Regel nur mit einem Bericht der Kartellbehörde; die Ergreifung von Abhilfemaßnahmen ist nicht vorgesehen. Dabei setzen die derzeit existierenden kartellrechtlichen Instrumente 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 nicht Gegenstand kartellbehördlicher Maßnahmen. Stark konzentrierte bzw. oligopolistische Märkte, die etwa durch fusionskontrollfreie Unternehmenskäufe, Marktaustritte oder internes Wachstum entstanden sind, oder ein geringer (potentieller) Wettbewerb aufgrund erheblicher Marktzutrittsschranken können mit den vorhandenen kartellrechtlichen Mitteln nicht angemessen adressiert werden.

Um weitere Anreize gegen Kartellrechtsverstöße zu setzen, wurde 1999 das Instrument der kartellrechtlichen behördlichen Vorteilsabschöpfung eingeführt. 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. 2022/1925 des Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) (ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1)) 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 alleiniger Durchsetzungsbehörde. Zugleich eröffnet die Verordnung (EU) 2022/1925 gewisse Spielräume für den nationalen Gesetzgeber, um im Sinne des *effet utile* einen ergänzenden Beitrag zur effektiven Durchsetzung der Verordnung zu leisten.

Fristablauf: 01.06.23

besonders eilbedürftige Vorlage gemäß Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 GG

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 das Bundeskartellamt die Befugnis erhält, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs festzustellen und auf dieser Grundlage verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen anzuordnen.

Die Anwendbarkeit der kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung für die Kartellbehörden wird vereinfacht. Dazu werden die Nachweisanforderungen im Hinblick auf den konkret erlangten Vorteil abgesenkt. Damit können Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erlangt wurden, leichter abschöpfen, damit die Vorteile nicht bei den Unternehmen verbleiben, welche die Verstöße begangen haben.

Um die effektive Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 zu unterstützen, erhält das Bundeskartellamt die Befugnis, Untersuchungen mit Blick auf Verstöße gegen die Artikel 5, 6 und 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 durchzuführen. Darüber hinaus werden insbesondere die Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen dort, wo es geboten erscheint, auf diese Artikel der Verordnung (EU) 2022/1925 für anwendbar erklärt.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Durch den Gesetzentwurf entsteht ein erheblicher Erfüllungsaufwand beim Bundeskartellamt. In der Summe ist voraussichtlich ein zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von circa 1,97 Mio. Euro zu erwarten. Der Mehrbedarf an Personal- und Sachmitteln soll finanziell und stellenmäßig im Einzelplan 09 ausgeglichen werden.

Mit dem Einsatz der neuen Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen ist für das Bundeskartellamt ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand verbunden, der auf eine Höhe von rund 712 800 Euro jährlich beziffert werden kann. Durch die Befristung sowie die voraussichtlich steigende Anzahl der Sektoruntersuchungen ergibt sich ein jährlicher Aufwand beim Bundeskartellamt von 805 280 Euro.

Für die Durchführung der Abschöpfungsverfahren entsteht voraussichtlich ein Erfüllungsaufwand von jährlich 300 000 Euro. Die Einführung einer widerleglichen Vermutung hinsichtlich der Entstehung eines wirtschaftlichen Vorteils sowie einer pauschalen Mindesthöhe soll zu einem Anstieg von Abschöpfungsverfahren führen.

Durch die Schaffung einer eigenen Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts hinsichtlich möglicher Verstöße nach Artikel 5 bis 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um gegen große Digitalkonzerne zu ermitteln. Zudem sieht die Verordnung (EU) 2022/1925 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 Behörden anderer Mitgliedstaaten sowie der Europäischen 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
Befristung und höhere Anzahl der Sektoruntersuchungen	6	1	1	805 280
Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen	5	2	-	712 800
Erleichterte Vorteilsabschöpfung	2	1	-	300 000
Verordnung (EU) 2022/1925	1	0,5	-	150 000
Summe	14	4,5	1	1 968 080

Durch den Gesetzentwurf ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Der Gesetzentwurf führt nicht zu einem Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Der Gesetzentwurf führt insgesamt zu einem Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 1 744 880 Euro jährlich. Davon entfallen 233 600 Euro jährlich auf Bürokratiekosten aus Informationspflichten. Sonstige Kosten fallen für gesetzeskonform handelnde Unternehmen nicht an.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Durch den Gesetzentwurf entsteht ein erheblicher Erfüllungsaufwand beim Bundeskartellamt. In der Summe ist voraussichtlich ein zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von circa 1,97 Mio. Euro zu erwarten. Der Mehrbedarf an Personal- und Sachmitteln soll finanziell und stellenmäßig im Einzelplan 09 ausgeglichen werden.

Mit dem Einsatz der neuen Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen ist für das Bundeskartellamt ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand verbunden, der auf eine Höhe von rund 712 800 Euro jährlich beziffert werden kann. Durch die Befristung

sowie die voraussichtlich steigende Anzahl der Sektoruntersuchungen ergibt sich ein jährlicher Aufwand beim Bundeskartellamt von 805 280 Euro.

Für die Durchführung der Abschöpfungsverfahren entsteht voraussichtlich ein Erfüllungsaufwand von jährlich 300 000 Euro. Die Einführung einer widerleglichen Vermutung hinsichtlich der Entstehung eines wirtschaftlichen Vorteils sowie einer pauschalen Mindesthöhe soll zu einem Anstieg von Abschöpfungsverfahren führen.

Durch die Schaffung einer eigenen Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts hinsichtlich möglicher Verstöße gegen Artikel 5 bis 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um gegen große Digitalkonzerne zu ermitteln. Zudem sieht die Verordnung (EU) 2022/1925 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 Behörden anderer Mitgliedstaaten sowie der Europäischen 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
Befristung und höhere Anzahl der Sektoruntersuchungen	6	1	1	805 280
Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen	5	2	-	712 800
Erleichterte Vorteilsabschöpfung	2	1	-	300 000
Verordnung (EU) 2022/1925	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.

20.04.23

Wi - R - U

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler

Berlin, 20. April 2023

An den
Präsidenten des Bundesrates
Herrn Ersten Bürgermeister
Dr. Peter Tschentscher

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 des Grundgesetzes den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zur Änderung anderer Gesetze

mit Begründung und Vorblatt.

Der Gesetzentwurf ist besonders eilbedürftig, um den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens schnellstmöglich zu erreichen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz.

Mit freundlichen Grüßen
Olaf Scholz

Fristablauf: 01.06.23

besonders eilbedürftige Vorlage gemäß Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 GG

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze¹⁾

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 2 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) Nach der Angabe zu § 32e werden folgende Angaben zu § 32f und § 32g eingefügt:

„§ 32f Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung“

„§ 32g Untersuchung von Verstößen gegen die Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 (Digital Markets Act)“
 - b) Die Angabe zu § 39a wird wie folgt gefasst:

„§ 39a (weggefallen)“
2. § 32e wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Lassen Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, können das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen durchführen (Sektoruntersuchung).“
 - b) In Absatz 2 werden die Wörter „dieser Untersuchung“ durch die Wörter „der Sektoruntersuchung“ ersetzt.
 - c) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

¹⁾ Artikel 1 Nummer 23 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 28.03.2014, S. 1), die zuletzt durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1951 (ABl. L 398 vom 11.11.2021, S. 21) geändert worden ist.

„(3) Das Bundeskartellamt soll die Sektoruntersuchung innerhalb von 18 Monaten nach der Einleitung abschließen.“

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

e) Der neue Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

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

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

g) Der neue Absatz 6 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden die Wörter „Die Absätze 1 bis 3“ durch die Wörter „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 werden nach den Wörtern „sowie die Regelungen“ die Wörter „zur Beschlagnahme nach § 58,“ eingefügt.

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

3. Nach § 32e werden folgende §§ 32f und 32g eingefügt:

„§ 32f

Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung

(1) Nach der Veröffentlichung eines Berichts nach § 32e Absatz 4 zu einer Sektoruntersuchung nach § 32e Absatz 1 hat das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse die weiteren Befugnisse gemäß den Absätzen 2 bis 4. Dies gilt nicht in Fällen des § 32e Absatz 6.

(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 untersuchten 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 untersuchten Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des Kapitels 7 anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldeverpflichtung um drei Jahre verlängern; wiederholte Verlängerungen um jeweils drei Jahre sind zulässig.

(3) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt, soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken. Die Verfügung nach Satz 1 ergeht gegenüber einem oder mehreren Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach Satz 6 oder Absatz 4 in Betracht kommen. Adressaten von Maßnahmen können Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen. Bei der Auswahl der Adressaten und der Abhilfemaßnahmen ist insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt kann die Verfügung nach Satz 1 durch Beschluss zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Unternehmen ausdehnen. Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind. Die Abhilfemaßnahmen können insbesondere Folgendes zum Gegenstand haben:

1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen,
2. Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen,
3. Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen,
4. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung,
5. das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen,
6. die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.

§ 32 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 dürfen nur angeordnet werden, wenn Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 Satz 6 nicht möglich sind, nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden wären. Vor Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den nach § 48 Absatz 1 zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Verfügung nach Satz 1 ist im Bundesanzeiger bekannt zu machen. § 43 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass nur die Angaben nach § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 und 2 bekannt zu machen sind. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gelten entsprechend. Der Vermögensteil muss nur veräußert werden, wenn der Erlös mindestens 50 Prozent desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt zu beauftragender Wirtschaftsprüfer festgestellt hat. Soweit der tatsächliche Verkaufserlös den vom zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer

festgestellten Wert unterschreitet, erhält das veräußernde Unternehmen eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die vor der Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz Gegenstand einer bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission waren oder nach der Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben wurden, so ist die Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung größer als zehn Jahre ist. 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 ein Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach der Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Marktverhältnisse so geändert haben, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs nicht mehr vorliegt.

(5) Eine Störung des Wettbewerbs kann insbesondere in folgenden Fällen vorliegen:

1. unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht,
2. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager,
3. gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten, oder
4. Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen.

Bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, 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, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
3. Preise, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf den betroffenen Märkten,
4. Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten,
5. Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten,
6. Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten sowie
7. dargelegte Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher.

Eine Störung des Wettbewerbs ist fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.

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

(7) Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen innerhalb von 18 Monaten nach der Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.

(8) Auf Märkten in den von der Bundesnetzagentur regulierten Sektoren Eisenbahn, Post und Telekommunikation, für die sektorspezifisches Wettbewerbsrecht gilt, sowie den regulierten Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen gemäß Energiewirtschaftsgesetz, bedarf das Bundeskartellamt zur Ergreifung von Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 des Einvernehmens der Bundesnetzagentur; die Bundesnetzagentur veröffentlicht hierzu jeweils eine Stellungnahme. Mögliche Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 sind bei der Prüfung im Rahmen der Marktanalyse nach § 11 Absatz 2 Nummer 3 des Telekommunikationsgesetzes nicht zu berücksichtigen.

§ 32g

Untersuchung von möglichen Verstößen gegen die Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 (Digital Markets Act)

(1) Das Bundeskartellamt kann eine Untersuchung bei einer möglichen Nichteinhaltung der Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare Märkte im digitalen Sektor (ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1) 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. Sofern die Ermittlungen einen möglichen Verstoß gegen Artikel 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 zum Gegenstand haben, gibt das Bundeskartellamt der Bundesnetzagentur die Möglichkeit zur Stellungnahme.

(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.“

4. § 33b Satz 1 wird wie folgt geändert:

- a) Nach den Wörtern „Arbeitsweise der Europäischen Union“ werden die Wörter „oder wegen eines Verstoßes gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
- b) Nach den Wörtern „so ist das Gericht“ werden die Wörter „an den bestandskräftigen Benennungsbeschluss der Europäischen Kommission nach Artikel 3 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 und“ eingefügt.

5. § 33g wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 4 Satz 1 wird das Wort „Wettbewerbsbehörde“ 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. 2022/1925“ eingefügt.

6. § 33h Absatz 6 Satz 1 wird wie folgt geändert:

- a) In Nummer 2 wird das Wort „oder“ am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

- b) Nach Nummer 2 wird folgende Nummer 3 eingefügt:

„3. die Europäische Kommission oder eine Behörde, die die in Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 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. 2022/1925 trifft, oder“

- c) Die bisherige Nummer 3 wird Nummer 4.

7. § 34 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Es wird vermutet, dass ein Verstoß gegen Vorschriften der Kapitel 1, 2 oder 5 dieses Teils, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 19a oder nach Kapitel 6 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 nach Satz 1 mindestens 1 Prozent der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt wurden. Der Vermutung nach Satz 4 ist der Abschöpfungszeitraum nach Absatz 5 Satz 1 zugrunde zu legen. Gegen die Vermutung nach Satz 1 in Verbindung mit Satz 4 kann nicht vorgebracht werden, dass kein wirtschaftlicher Vorteil oder ein Vorteil in nur geringer Höhe angefallen ist. Sie kann nur widerlegt werden, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person oder Personenvereinigung noch das Unternehmen im Abschöpfungszeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat. Bei der Ermittlung des Gewinns des Unternehmens nach Satz 7 ist der weltweite Gewinn aller natürlichen und juristischen Personen sowie Personenvereinigungen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Die Vermutung nach Satz 1 in Verbindung mit Satz 4 gilt nicht, wenn die Erlangung eines Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen und darf 10 Prozent des Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung, der in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielt worden ist, nicht übersteigen.“

- b) In Absatz 5 Satz 1 wird nach den Wörtern „fünf Jahren“ das Wort „(Abschöpfungszeitraum)“ eingefügt.

8. In § 39 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 werden nach den Wörtern „das besondere elektronische Behördenpostfach“ die Wörter „gegen ein elektronisches oder ein mit Datum und Unterschrift versehenes schriftliches Empfangsbekenntnis“ eingefügt.

9. § 39a wird aufgehoben.

10. Dem § 44 wird folgender Absatz 4 angefügt:

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

11. In § 50 Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ die Wörter „sowie für die Mitwirkung bei der Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 durch die Europäische Kommission“ eingefügt.
12. In § 50f Absatz 2 Satz 3 Nummer 2 werden nach dem Wort „Gesetzes“ ein Komma und die Wörter „nach der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
13. § 56 Absatz 7 wird wie folgt neugefasst:

„(7) Auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtswegen kann die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen. Für die Verhandlung oder einen Teil davon ist die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung insbesondere des Wohls des Bundes oder eines Landes, oder die Gefährdung eines wichtigen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses besorgen lässt. In den Fällen des § 32f Absatz 3 Satz 6 und § 32f Absatz 4 hat das Bundeskartellamt nach Einleitung des Verfahrens eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Mit Einverständnis der Beteiligten kann in den Fällen des § 32f Absatz 3 Satz 6 und § 32f Absatz 4 sowie des § 42 ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Monopolkommission in den Fällen des § 32f Absatz 3 Satz 6 und Absatz 4 sowie des § 42 das Recht, gehört zu werden; in den Fällen des § 42 hat sie das Recht die Stellungnahme, die sie nach § 42 Absatz 5 erstellt hat, zu erläutern.“
14. § 59 Absatz 1 wird wie folgt geändert:
 - a) Nach Satz 4 werden folgende Sätze eingefügt:

„Die Verpflichtung gilt auch für die näheren Umstände des Postverkehrs. Das Postgeheimnis nach Artikel 10 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.“
 - b) Im neuen Satz 9 wird die Angabe „1 bis 6“ durch die Angabe „1 bis 8“ ersetzt.
15. In § 66 Absatz 1 Nummer 1 werden nach der Angabe „§ 32 Absatz 2a Satz 1“ ein Komma und die Angabe „§ 32f Absatz 4“ eingefügt.
16. § 81 Absatz 2 wird wie folgt geändert:
 - a) In Nummer 2 Buchstabe a werden die Wörter „§ 32b Absatz 1 Satz 1 oder“ durch die Wörter „§ 32b Absatz 1 Satz 1, § 32f Absatz 3 Satz 6 oder Absatz 4 Satz 1,“ ersetzt.
 - b) In Nummer 7 wird die Angabe „Satz 6“ durch die Angabe „Satz 8“ ersetzt.
17. In § 87 Satz 1 und 2 werden jeweils nach dem Wort „Wirtschaftsraum“ die Wörter „oder der Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
18. In § 89 Absatz 1 Satz 1 werden nach den Wörtern „Rechtspflege in Kartellsachen“ die Wörter „oder der kohärenten Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
19. In § 33 Absatz 1 und § 89b Absatz 5 Satz 1 werden jeweils nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
20. In § 89c Absatz 3 Satz 2 Nummer 3 werden nach dem Wort „Kartellrechts“ die Wörter „oder der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
21. Dem § 89e Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Im Rahmen der Anwendung der §§ 33g und 89b bis 89d auf Verstöße nach der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 gelten als Wettbewerbsbehörden die Europäische Kommission sowie Behörden, die die in Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 genannten Vorschriften anwenden.“

22. In § 90 Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Wirtschaftsraum“ die Wörter „oder von der Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.

23. § 90a wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder die Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
- b) In Absatz 2 Satz 2 werden nach der Angabe „Nr. 1/2003“ die Wörter „oder nach Artikel 39 Absatz 4 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.
- c) In Absatz 3 Satz 1 werden nach dem Wort „Union“ die Wörter „oder der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925“ eingefügt.

24. § 154 Nummer 3 wird wie folgt geändert:

- a) In Buchstabe a wird das Wort „und“ am Ende durch ein Komma ersetzt.
- b) In Buchstabe b wird das Komma am Ende durch das Wort „und“ ersetzt.
- c) Folgender Buchstabe c wird angefügt:

„c) bei Fehlen einer vertraglichen Indexierungsklausel im Sinne des § 132 Absatz 4 der aktualisierte Wert unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Inflationsrate in Deutschland berechnet wird,“.

25. Dem § 187 wird folgender Absatz 11 angefügt:

„(11) Das Bundeskartellamt kann eine Verfügung nach § 32f Absatz 2 auch auf der Grundlage einer Sektoruntersuchung nach § 32e erlassen, die am ... [Einsetzen: Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach Artikel 7] bereits abgeschlossen war, wenn die Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 zu diesem Zeitpunkt weniger als ein Jahr zurücklag. In den Fällen des Satzes 1 ist § 32f Absatz 7 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Frist am ... [Einsetzen: Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach Artikel 7] zu laufen beginnt.“

Artikel 2

Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

In § 95 Absatz 2 Nummer 1 und 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S.2606) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„1. Die Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Zuständigkeit des Landgerichts nach § 246 Absatz 3 Satz 1, § 396 Absatz 1 Satz 2 des Aktiengesetzes, § 51 Absatz 3 Satz 3 oder nach § 81 Absatz 1 Satz 2 des Genossenschaftsgesetzes oder § 87 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, es sei denn, es handelt sich um kartellrechtliche Auskunft-

oder Schadensersatzansprüche oder um Auskunfts- und Schadensersatzansprüche wegen eines Verstoßes gegen Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare Märkte im digitalen Sektor (ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1), und § 13 Absatz 4 des EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetzes richtet,

2. die in § 71 Absatz 2 Nummer 4 Buchstabe b bis f genannten Verfahren.“

Artikel 3

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 31. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1966) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Artikel 247 § 3 Absatz 2 Satz 3 wird die Angabe „§ 6“ durch die Angabe „§ 16“ ersetzt.
2. In Anlage 6 Teil B Abschnitt „4. Zinssatz und andere Kosten“ Absatz 2 Satz 11 und Absatz 3 Unterabsatz 2 Satz 1 wird jeweils die Angabe „§ 6“ durch die Angabe „§ 16“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

In § 491 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 14. März 2023 (BGBl. 2023 I S. 72) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 6“ durch die Angabe „§ 16“ ersetzt.

Artikel 5

Änderung des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes

In § 2a Satz 2 Nummer 2 und § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 8 des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1310, 1322), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1666) geändert worden ist, wird jeweils die Angabe „§ 6“ durch die Angabe „§ 16“ ersetzt.

Artikel 6

Änderung des Verpackungsgesetzes

In § 32 Absatz 5 des Verpackungsgesetzes vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2234), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. September 2021 (BGBl. I S. 4363) geändert worden ist, werden die Wörter „§ 9 Absatz 4 Nummer 3 bis 5 der Preisangabenverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4197), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2394) geändert worden ist,“ durch die Wörter „§ 4 Absatz 3 Nummer 3 bis 5 der Preisangabenverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 2021 (BGBl. I S. 4921),“ ersetzt.

Artikel 7

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

1.) Beschleunigung der Sektoruntersuchungen

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 der Verordnung (EWG) Nr. 17/1962 des Rates vom 6. Februar 1962 über die Durchführung zu den Artikeln 85 und 96 des Vertrages (ABl. L 13 vom 21.2.1962, S. 204) (inzwischen Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1) 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 Bestandteil 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 verbraucherrechtlicher 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. Die Beschleunigung der Sektoruntersuchung erlaubt es nicht nur dem Gesetzgeber, zeitnah auf festgestellte Wettbewerbsprobleme zu reagieren, sondern erhöht auch die Aktualität und damit die Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse.

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 an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen an. Ergeben sich aus einer Sektoruntersuchung nach § 32e Erkenntnisse über Verstöße gegen das Kartellverbot oder gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs, kann die Kartellbehörde Ergebnisse der Sektoruntersuchung 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 mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend 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 an eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise anknüpfen, sondern zu weiten Teilen auf strukturellen Ursachen oder auf nicht zwingend von §§ 1, 19, 19a oder 20 erfassten Verhaltensweisen beruhen. 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 Marktpositionen zu erlangen und dadurch Gewinne zu erwirtschaften, ist für die Funktionsweise einer Marktwirtschaft zentral. Dieser Anreiz fördert hohe Eigeninitiative und erfolgreiche Innovationstätigkeit. Gleichzeitig müssen Marktpositionen aber 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 starke Marktpositionen oder Gewinne ermöglichen; andererseits muss sie bei eingeschränktem oder verfälschtem Wettbewerb eingreifen können. Die Europäische Kommission hat daher die Schaffung eines sog. New Competition Tools in Erwägung gezogen und im Juni 2020 eine Folgenabschätzung in der Anfangsphase (sog. Inception Impact Assessment) veröffentlicht (Europäische Kommission, Ares(2020)2877634 - 04/06/2020). 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 sowie asymmetrische und beschränkte Information (Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, *Motta, Peitz*, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool: expert study, Publications Office, 2020). Als unzureichend vom EU-Kartellrecht erfasst nennt das Gutachten insbesondere

stillschweigende Kollusion (*tacit collusion*), wettbewerbsschädigende Geschäftsstrategien und Verträge von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen, Marktzutrittschranken sowie vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfasste oder schwer nachweisbare Verhaltensweisen. Nach Auffassung der Autoren können bislang nicht vom Kartellrecht adressierbare Wettbewerbsbeschränkungen auch aus sog. *common* und *cross ownership* oder algorithmischer Kollusion resultieren (ebenda, 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 und das Missbrauchsverbot für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb in § 19a erfasst werden können.

Die Vorteile der Aufrechterhaltung wettbewerblicher Strukturen werden zudem mit Blick auf die makroökonomischen Auswirkungen einer hohen Marktkonzentration deutlich. So zeigen zahlreiche Studien, dass eine hohe Konzentration in verschiedenen Wirtschaftszweigen nicht nur mit erheblich gestiegenen Preisaufschlägen auf die Grenzkosten (sog. Markups) und zunehmender Profitabilität einhergeht, sondern auch zu weiteren negativen makroökonomischen Auswirkungen führt (siehe u.a. *De Loecker, Eeckhout, Unger, The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications*, Quarterly Journal of Economics, 135 (2), 2020, S. 561-644.). Dazu können insbesondere zu geringe Investitionen, eine sinkende Produktivität, fehlende Innovation sowie eine sinkende Arbeitsmarktdynamik gehören.

Vor diesem Hintergrund bedarf es eines Instruments, das die dargestellte Lücke im kartellrechtlichen Rahmen schließt und dem Bundeskartellamt ermöglicht, Wettbewerbsstörungen zu beseitigen oder zu verringern, die mit dem herkömmlichen Instrumentarium nicht adressiert werden können. Diese 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 Ausbeutungsmissbräuchen, 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. 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 einzuschränken.

3.) Erleichterte Vorteilsabschöpfung

Der bestehende Rahmen zur Abschöpfung der durch Kartellrechtsverstöße erzielten Vorteile 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. 2022/1925

Der Gesetzentwurf dient zugleich der Unterstützung der Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925. Ziel ist es, eine effektive Durchsetzung der Verordnung in Deutschland zu gewährleisten und einen Beitrag zur effektiven Durchsetzung der Verordnung durch die Europäische Kommission zu leisten. Zudem soll auch die private Rechtsdurchsetzung der Verpflichtungen aus der Verordnung gestärkt werden.

II. Wesentlicher Inhalt des Gesetzentwurfs

1.) Beschleunigung der Sektoruntersuchungen

Das Instrument der kartellrechtlichen Sektoruntersuchung hat sich grundsätzlich 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.

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 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 und fortwährender Störungen des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend 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 kann das Bundeskartellamt zunächst feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs vorliegt. Die Verfügung ergeht gegenüber denjenigen Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach § 32f in Betracht kommen, wenn sie durch ihr Verhalten zur Störung wesentlich beigetragen haben. Anschließend können Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von erheblichen und fortwährenden Störungen des Wettbewerbs ergriffen werden. Der Ursprung der Störungen muss abweichend von Maßnahmen nach § 32 nicht in verbotenen Verhaltensweisen von Unternehmen liegen. Störungen des Wettbewerbs können vielmehr auch in strukturellen Merkmalen von Märkten liegen oder einen nicht durch §§ 1, 19 ff. adressierbaren Verhaltensbezug haben.

Der dem deutschen Kartellrecht bisher unbekannte Begriff der „Störung des Wettbewerbs“ wird anhand klarer und ausführlich begründeter Regelbeispiele sowie einer ebenfalls ausführlich erläuterten Liste von Prüfkriterien für das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung konkretisiert. Demnach kann eine Störung des Wettbewerbs insbesondere bei unilateraler Angebots- oder Nachfragemacht, Marktzutritts-, Marktaustritts- oder Kapazitätsschranken, Wechselhemmnissen (bzgl. Anbieter oder Nachfrager), gleichförmigem oder koordiniertem Verhalten oder Abschottungseffekten durch vertikale Beziehungen (*input/customer*

foreclosure) vorliegen. Diese Konstellationen stellen wesentliche Anwendungsfälle dar und entsprechen üblichen kartellrechtlichen Schadenstheorien.

Als *ultima ratio* ist in § 32f Absatz 4 die Möglichkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung bei marktbeherrschenden Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 vorgesehen, sofern eine erhebliche und fortwährende 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. Unternehmensteile müssen nur veräußert werden, wenn der Verkaufserlös mindestens 50 Prozent des ermittelten Unternehmenswerts beträgt. Sofern der tatsächlich erzielte Verkaufserlös den Unternehmenswert unterschreitet, erhält das betroffene Unternehmen zusätzlich eine Zahlung aus Bundesmitteln.

Für Maßnahmen nach § 32f Absatz 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 Zusagen 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 Störungen des Wettbewerbs zu beseitigen. Zugleich können durch eine konsensuale Lösung erhebliche Effizienzgewinne im weiteren Verfahrensablauf erzielt werden.

Die Abstellungsverfügung nach § 32f Absatz 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. Im Rahmen dieses Verwaltungsverfahrens werden die Rechte der Beteiligten und betroffenen Wirtschaftskreise im Rahmen der Anhörungsrechte nach § 56 umfassend gewahrt.

Die in § 32f vorgesehene Regelung weist zahlreiche Parallelen zu Instrumenten auf, die sich in anderen Staaten 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. Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, *Whish*, 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, Publications Office, 2020, 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 Gesetzentwurf eine klare Trennung zwischen der Untersuchung des Marktes bzw. des Wirtschaftszweiges einerseits und einer nachgelagerten Abhilfephase 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 des § 32f gleicht dem britischen Vorbild.

Als *ultima ratio* kommen jeweils Entflechtungsmaßnahmen in Betracht – auch wenn diese im Fall des § 32f Absatz 4 an strengere Voraussetzungen geknüpft sind. Die CMA hat von dieser Befugnis u.a. Gebrauch gemacht, nachdem sie ernsthafte Wettbewerbsprobleme im Bereich des Flughafenbetriebs festgestellt hatte. Zur Abhilfe wurde die Veräußerung von drei Flughäfen angeordnet (vgl. *BAA airports market investigation*, final report, Competition Commission, 19. März 2009). Zudem bestehen große Überschneidungen zur Konzeption des New Competition Tool, das die Europäische Kommission im Vorfeld der Arbeiten zur Verordnung (EU) 2022/1925 in Erwägung gezogen hatte (für einen Vergleich von ähnlichen Wettbewerbsinstrumenten mit einem besonderen Fokus auf Großbritannien vgl. *Whish*, a.a.O.). In der Folgenabschätzung des New Competition Tool stützte die Europäische Kommission diese Initiative auf strukturelle Wettbewerbsprobleme 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 Anwendungsbe- reich vorsah, ähnelt dem vorliegenden Gesetzentwurf. Diese knüpfte nicht an die Marktbe- herrschung an, sondern an strukturelle Risiken für den Wettbewerb an. Beispiele waren hohe Marktzutrittsschranken oder auch oligopolistische Strukturen. Analog zum neu vorge- sehenen § 32f sollte für die Anwendung des New Competition Tool nach dieser Option keine vorherige Feststellung eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot erforderlich sein. Zudem waren auch strukturelle Abhilfemaßnahmen umfasst. Die Europäische Kom- mission hat nachfolgend die Verordnung (EU) 2022/1925 vorgeschlagen und die Initiative für ein New Competition Tool bislang nicht weiterverfolgt.

3.) Erleichterte Vorteilsabschöpfung

In § 34 wird mit Blick auf die Vorteilsabschöpfung die Anwendbarkeit der Norm für die Kar- tellbehörden vereinfacht bzw. werden die Nachweisanforderungen im Hinblick auf den kon- krete erlangten Vorteil abgesenkt, damit wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsver- stöße 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 bußgeld- rechtliches Instrument. Die Vorteilsabschöpfung soll sicherstellen, dass die durch den Kar- tellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteile nicht beim Verursacher verbleiben. Ins- gesamt kann nicht mehr als der erzielte oder vermutete wirtschaftliche Vorteil in einmaliger Höhe eingefordert werden (s. bereits Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf für ein Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640, S. 36). Um eine unverhältnismäßige Abschöpfung zu vermeiden, sieht der Gesetzentwurf insbesondere eine Deckelung auf maximal zehn Prozent des Konzer- numsatzes im abgeschlossenen Geschäftsjahr vor.

4.) Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925

Zur Sicherstellung einer effektiven Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 wer- den dem Bundeskartellamt diejenigen Ermittlungsbefugnisse eingeräumt, die nach der Ver- ordnung nationalen Wettbewerbsbehörden eröffnet werden können.

Die Verordnung (EU) 2022/1925 hat zum Ziel, bestimmte Verhaltensweisen von Anbietern zentraler Plattformdienste (sog. Torwächter) zu adressieren, die die Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten im digitalen Sektor betreffen und dabei erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben. Torwächter dienen gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangs- tor zu Endnutzern. Dabei verfügen sie nicht zwangsläufig über eine marktbeherrschende Stellung im wettbewerbsrechtlichen Sinne, so dass missbräuchliche Praktiken mit dem gel- tenden Unionsrecht nicht immer oder nicht immer wirksam erfasst werden können. Die Re- gelungen der Verordnung (EU) 2022/1925 gelten für benannte Torwächter unmittelbar und sind direkt anwendbar. Dennoch muss ihre Einhaltung durch die Torwächter behördlich überwacht werden. Die Europäische Kommission ist hierfür grundsätzlich die „alleinige

Durchsetzungsbehörde“ (Erwägungsgrund 91, Artikel 38 Absatz 7 der Verordnung (EU) 2022/1925). Die nationalen Wettbewerbsbehörden können sie hierbei jedoch in einem begrenzten Umfang unterstützen.

Die Verordnung (EU) 2022/1925 ist der privaten Rechtsdurchsetzung zugänglich, soweit sich hieraus Rechte und Pflichten einzelner Betroffener ableiten. Artikel 39 der Verordnung (EU) 2022/1925 regelt die Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit der Europäischen Kommission. Die private Rechtsdurchsetzung ist somit eine zweite Säule neben der behördlichen Durchsetzung durch die Europäische Kommission und leistet so einen wichtigen Beitrag zur effektiven Implementierung der Verordnung (EU) 2022/1925. Die Regelungen tragen somit dem europäischen Effektivitätsgrundsatz Rechnung.

Im Rahmen des GWB sind die folgenden wesentlichen Anpassungen zielführend: Zunächst setzt Artikel 38 Absatz 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 eine nationale Befugnisnorm voraus, damit nationale Wettbewerbsbehörden eigene Ermittlungen im Hinblick auf Artikel 5, 6 und 7 Verordnung (EU) 2022/1925 vornehmen können. Weiterhin bedarf es einer Regelung, nach der das Bundeskartellamt zur Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission zuständig ist. Darüber hinaus erfordert die Verordnung (EU) 2022/1925 Anpassungen der GWB-Vorschriften für die Behördenzusammenarbeit. Die Verordnung (EU) 2022/1925 setzt in Artikel 39 die Möglichkeit der privaten Rechtsdurchsetzung voraus. In Anlehnung an die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie werden die Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen, dort wo es geboten ist, im Kontext der Verordnung (EU) 2022/1925 für anwendbar erklärt. Erstens werden einige der für kartellrechtliche Privatklagen geltenden Erleichterungen für anwendbar erklärt. Zweitens wird wie im Kartellrecht eine Zuständigkeitskonzentration herbeigeführt, so dass die Kartellspruchkörper auch für Streitigkeiten zur Verordnung (EU) 2022/1925 zuständig sind (§§ 87, 89). Drittens wird für das Bundeskartellamt die Möglichkeit geschaffen, sich in Gerichtsverfahren mit Bezug zur Verordnung (EU) 2022/1925 als *amicus curiae* in die Verfahren einzubringen. Schließlich sind 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.

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 Gesetzentwurf die Durchsetzung europäischen Rechts in Form der Verordnung (EU) 2022/1925.

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Der Gesetzentwurf vereinfacht die Arbeit des Bundeskartellamts, indem 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, in wettbewerblich problematischen Fällen noch zielgerichteter zu handeln.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Die Regelungen des Gesetzentwurfs dienen den Zielen der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie 2021 in dem einschlägigen Politikfeld. Insbesondere soll der Entwurf zu einem stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstum (vgl. Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung, S. 238 ff., 2021) 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 den Gesetzentwurf entsteht ein jährlicher Erfüllungsaufwand beim Bundeskartellamt in Höhe von rund 1,97 Mio. Euro. Der Mehrbedarf an Personalmitteln soll im Einzelplan 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
Befristung und höhere Anzahl der Sektoruntersuchungen	6	1	1	805 280
Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen	5	2	-	712 800
Erleichterte Vorteilsabschöpfung	2	1	-	300 000
Verordnung (EU) 2022/1925	1	0,5	-	150 000
Summe	14	4,5	1	1 968 080

4. Erfüllungsaufwand

a. Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Der Gesetzentwurf führt nicht zu einem Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

b. Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

Durch den Gesetzentwurf entsteht ein jährlicher Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamts in Höhe von rund 1,97 Mio. Euro. Der Mehrbedarf an Personalmitteln soll im Einzelplan 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
Befristung und höhere Anzahl der Sektoruntersuchungen	6	1	1	805 280
Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen	5	2	-	712 800
Erleichterte Vorteilsabschöpfung	2	1	-	300 000
Verordnung (EU) 2022/1925	1	0,5	-	150 000
Summe	14	4,5	1	1 968 080

aa. Zeitliche Begrenzung für Sektoruntersuchungen

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 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter 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. Es wird schätzungsweise zu einer Sektoruntersuchung mehr im Jahr kommen, als bisher. 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 Arbeitstage (hD) x 8 Stunden x 70,50 Euro + 200 Arbeitstage (gD) x 8 Stunden x 46,50 Euro + 200 Arbeitstage (mD) x 8 Stunden x 33,80 Euro = 676 800 + 74 400 + 54 080 = 805 280 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 und fortwährende 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 2,5 Vollzeitstellen (hD) sowie 1 Backoffice-Stelle (gD) pro Verfahren realistisch. Daraus ergibt sich ein jährlicher Aufwand von ca.

1000 Arbeitstage (hD) x 8 Stunden x 70,50 Euro + 400 Arbeitstage (gD) x 8 Stunden x 46,50 Euro = 564 000 Euro + 148 800 Euro = 712 800 Euro.

Die Häufigkeit von Entflechtungen nach § 32f Absatz 4 und damit auch das Anfallen von Kompensationszahlungen aus dem Bundeshaushalt ist aufgrund deren Seltenheit als *ultima ratio* nicht prognostizierbar. Daneben lässt sich auch die Höhe einer eventuellen Zahlung nicht genau bestimmen, da diese abhängig vom Verkaufserlös sowie dem festgestellten Wert des betroffenen Unternehmensteils ist. Daher kann der aus Zahlungen resultierende Erfüllungsaufwand für die Verwaltung hier nicht genau abgeschätzt werden.

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 nicht vom Bundeskartellamt 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 Verwaltungsverfahren 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 x (200 Arbeitstage (hD) x 8 Stunden x 70,50 Euro + 100 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 der Verordnung (EU) 2022/1925

Mit der Einführung der Verordnung (EU) 2022/1925 auf EU-Ebene entstehen auch verschiedene neue Aufgaben für das Bundeskartellamt. Hiermit ist ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 150 000 Euro jährlich verbunden.

Durch die Schaffung einer eigenen Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts hinsichtlich möglicher Verstöße gegen die Artikel 5 bis 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 erhält das Bundeskartellamt ein neues Instrument, um in Bezug auf große Digitalkonzerne zu ermitteln. Die Verordnung (EU) 2022/1925 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 Torwächter nach nationalem sowie EU-Recht. Zusätzlich entsteht ein Erfüllungsaufwand für die Koordinierung 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 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) \times 8 Stunden \times 70,50 Euro + 100 Arbeitstage (gD) \times 8 Stunden \times 46,50 Euro = 112 800,00 Euro + 37 200,00 Euro = 150 000,00 Euro.

c. Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Der Gesetzentwurf 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 Sektoruntersuchungen

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 $(58,40 \text{ Euro} \times 8 \text{ Stunden} \times 5 \text{ Arbeitstage}) \times 100 \text{ Unternehmen} = 233\,600 \text{ Euro}$ 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 im GWB-Digitalisierungsgesetz 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 und fortwährender 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 Euro x 8 Stunden x 300 Arbeitstage x 4 Unternehmen x 2 Verfahren) = 1 121 280 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 Erfüllungsaufwand 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 gesetzeskonformem Verhalten sowie des Verfahrens zur Vorteilsabschöpfung sind nicht Bestandteil des Erfüllungsaufwands.

dd. Unterstützung bei der Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925

Das Bundeskartellamt soll mit den Neuregelungen die Europäische Kommission bei der Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 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 Gesetzentwurf sieht keine Befristung und keine Evaluierung vor.

Das Bundeskartellamt hat bereits umfangreiche Berichtspflichten. So wird alle zwei Jahre gemäß § 53 GWB ein Tätigkeitsbericht durch das Bundeskartellamt – mit anschließender Stellungnahme durch die Bundesregierung – erstellt, in dem über die Tätigkeit sowie die Lage und Entwicklung im Aufgabengebiet des Bundeskartellamts berichtet wird. Zusätzlich veröffentlicht das Bundeskartellamt einen Jahresbericht. Hier werden wichtige Verfahren, Daten und Fakten sowie die Arbeit des Bundeskartellamts in den Mittelpunkt gestellt.

Aufgrund dieser bereits bestehenden Berichtspflichten durch das Bundeskartellamt wird von einer zusätzlichen Evaluierung abgesehen. Sollte das Bundeskartellamt auf Grundlage der neuen Regelungen, insbesondere nach §§ 32f und 34 GWB, Maßnahmen erlassen, wird das Bundeskartellamt diese in den oben genannten Berichten umfangreich vorstellen, erläutern sowie auswerten.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Mit der Änderung wird das Inhaltsverzeichnis aktualisiert.

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 zahlreiche weitere relevante Kriterien die Vermutung eines möglicherweise eingeschränkten oder verfälschten Wettbewerbs begründen können. Daher erfolgt die Streichung des Kriteriums der „starrten Preise“. Zudem wird der Begriff „Sektoruntersuchung“ nun legaldefiniert. Somit ist eine Sektoruntersuchung eine Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen.

Zu Buchstabe b

Vor dem Hintergrund der in Absatz 1 aufgenommenen Legaldefinition wird in Absatz 2 die Bezeichnung „Untersuchung“ durch „Sektoruntersuchung“ ersetzt.

Zu Buchstabe bc

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 Strafung des Verfahrens soll das Bundeskartellamt die Sektoruntersuchung 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. Allerdings 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 Verfahrenseröffnung stellt gleichwohl auch weiterhin keine anfechtbare Entscheidung dar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08. Mai 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 d

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

Zu Buchstabe de

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. Im Falle einer Einstellung der Sektoruntersuchung ohne Abschlussbericht werden die Gründe für die Einstellung vom Bundeskartellamt bekannt gegeben. Gemäß Absatz 4 Satz 2 können das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden Dritte um Stellungnahme zu den in den Zwischen- oder Abschlussberichten enthaltenen Feststellungen bitten. Das Bundeskartellamt veröffentlicht die entsprechenden Stellungnahmen in der Regel auf seiner Internetseite. Auf Antrag des Unternehmens kann das Bundeskartellamt die Stellungnahmen vertraulich behandeln.

Die Feststellungen in Zwischen- oder Abschlussberichten sind jedoch 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 Verfügungen 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 zuständigen obersten Landesbehörden behalten aufgrund der üblicherweise auf das jeweilige Bundesland begrenzten Zuständigkeiten und im Hinblick auf schlanke Verwaltungsprozesse weiterhin ein Veröffentlichungsermessen.

Zu Buchstabe ef

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

Zu Buchstabe fg

Zu Doppelbuchstabe aa

Folgeänderung.

Zu Doppelbuchstabe bb

Folgeänderung.

Zu Buchstabe gh

Folgeänderung.

Zu Nummer 3 (§§ 32f, 32g 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 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. Störungen des Wettbewerbs und die damit ggf. verbundenen negativen Auswirkungen, 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 Störungen nicht in gesonderten Verfahren aufgegriffen werden. Dem wird mit der Einführung des § 32f Rechnung getragen.

Eine hohe Unternehmenskonzentration kann den Wettbewerb beeinträchtigen und unterschiedliche Ursachen haben, die häufig nicht der Fusionskontrolle unterliegen. Starkes internes Wachstum kann zu Marktmacht einzelner Unternehmen führen. Auch Marktaustritte können zu Machtkonzentration bei wenigen verbleibenden Unternehmen führen. Schließlich greift die Fusionskontrolle mit ihren Aufgreifschwellen nur bei Zusammenschlüssen ein, für die der Gesetzgeber eine hinreichende gesamtwirtschaftliche Bedeutung annimmt. Hierdurch können allerdings 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 – auch 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. Stellt das Bundeskartellamt eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend fest, kann es künftig strukturelle und verhaltensbezogene Maßnahmen anordnen. 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 eine Störungslage hervorgehoben, die fortwähren 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 erfasst. § 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 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, Market investigation references, Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act, 2003, S. 12, Rn. 2.14).

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.

Während des gesamten Verfahrens nach § 32f werden die Rechte der Beteiligten und die Interessen der betroffenen Wirtschaftskreise umfassend gewahrt. Nach § 56 Absatz 1 gibt das Bundeskartellamt insbesondere den Adressaten der geplanten Maßnahmen Gelegenheit zur Stellungnahme. Daneben kann das Bundeskartellamt vor allem in Verfahren nach Absatz 3 Satz 6 und Absatz 4 natürliche und juristische Personen sowie deren Vereinigungen beiladen, wenn deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden (vgl. § 54 Absatz 2 Nummer 3 GWB). Soweit die Entscheidung unmittelbar rechtsgestaltend in Verträge eingreift und Dritte dadurch in eigenen Rechten verletzt werden könnten, können z.B. die Vertragspartner eines von einer Maßnahme betroffenen Unternehmens notwendig beizuladen sein (BGH, EuGH-Vorlage vom 19.01.1993, KVR 25/91, WuW/E BGH 2875 (2876) – Herstellerleasing; BGH, Beschluss vom 22.01.2005, KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544-1545 – Zeiss/Leica; BGH, Beschluss vom 04.07.2009, KVR 34/08, WuW 2009, 1286-1290 – Versicherergemeinschaft). Bei Maßnahmen mit besonders breiter Marktwirkung sollte – zusätzlich zur künftig nach § 56 Absatz 7 vorgeschriebenen mündlichen Verhandlung zu Beginn des Verfahrens nach Absatz 3 Satz 6 und Absatz 4 – von der in § 56 Absatz 2 vorgesehenen Möglichkeit der Anhörung Gebrauch gemacht und Vertretern der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise und sonstigen Dritten wie Behörden und

wissenschaftlichen Instituten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Der Begriff Wirtschaftskreise beschränkt sich dabei nicht auf Marktbeteiligte oder Unternehmensbranchen, sondern erfasst z. B. auch Verbraucher oder Arbeitnehmer. In der Praxis setzt sich das Bundeskartellamt mit den im Rahmen der Anhörung vorgebrachten wesentlichen Argumenten im Rahmen der Entscheidung auseinander. Zudem besteht schon vor Einleitung eines Verfahrens nach § 32f für interessierte Dritte die Möglichkeit, zu den im Zwischen- oder Abschlussbericht der vorangegangenen Sektoruntersuchung enthaltenen Feststellungen Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahmen veröffentlicht das Bundeskartellamt grundsätzlich auf seiner Internetseite, soweit im Einzelfall keine vertrauliche Behandlung geboten ist.

Die Möglichkeit, Unternehmen nach Durchführung einer Sektoruntersuchung zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses unterhalb der Kriterien des § 35 zu verpflichten, wurde in Absatz 2 verankert. 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. Diese Änderungen gegenüber § 39a wurden vorgenommen, um auch Konzentrationstendenzen auf kleineren regionalen Märkten besser adressieren zu können. So dürfte der bisherige § 39a beispielsweise ungeeignet sein, identifizierten drohenden Konzentrationen auf regionalen Gesundheitsmärkten effektiv entgegenzuwirken. Bereits der erste Entwurf des § 39a sah niedrigere Voraussetzungen vor, welche im Zuge des weiteren Verfahrens angehoben wurden. Anmeldungen von Zusammenschlüssen, zu denen Unternehmen auf Grundlage einer Verfügung nach Absatz 2 verpflichtet werden, erfolgen (ebenso wie Anmeldungen auf Grundlage der Kriterien des § 35) gemäß § 39.

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 (a) einem mindestens bundesweiten Markt, (b) mehreren einzelnen Märkten oder (c) marktübergreifend fortwährt. Das Bundeskartellamt wird somit in die Lage versetzt, unabhängig von einem Kartellrechtsverstoß Abhilfemaßnahmen anzuordnen. An die Stelle der Voraussetzung einer festgestellten Zuwiderhandlung tritt das Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs. Der räumlich relevante Markt kann über das Bundesgebiet hinausreichen.

Erheblich ist eine Störung, sofern diese mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend hat. Die Begriffe der „Störung des Wettbewerbs“ sowie das Kriterium „fortwährend“ werden in Absatz 5 definiert.

Die Befugnisse zu Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art nach Absatz 3 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. Entsprechend sind die Maßnahmen nach Absatz 3 und 4 hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität abgestuft. Maßnahmen nach Absatz 3 Satz 6 erfordern, dass die festgestellte erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs durch die angeordnete Maßnahme beseitigt oder verringert werden kann. Bei eigentumsrechtlichen Maßnahmen nach Absatz 4 muss zu erwarten sein, dass diese die Störung zumindest erheblich verringern (wenn nicht sogar vollständig beseitigen). Darüber hinaus können sich

Maßnahmen nach Absatz 4 nur gegen Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 richten.

Das Bundeskartellamt kann eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs feststellen, soweit die Anwendung der Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes in punktuellen Einzelverfahren nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen anhand der gebotenen kursorischen Prüfung voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken. Das Bundeskartellamt darf bei der Prognose („voraussichtlich“) auf die beim Bundeskartellamt zum Zeitpunkt der Feststellung vorliegenden Erkenntnisse zurückgreifen und muss keine weiteren Ermittlungen anstellen.

Absatz 3 gestaltet das Verfahren zweistufig aus. Bei Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs, stellt das Bundeskartellamt diese in einem ersten Schritt durch Verfügung fest. Die Verfügung ergeht gegenüber den Unternehmen, gegen die konkrete Maßnahmen nach Satz 6 oder eine Entflechtung nach Absatz 4 in Betracht kommen. Dies ermöglicht betroffenen Unternehmen im Zusammenspiel mit § 54 Absatz 2 Nummer 2 und § 73 Absatz 1 Satz 1 eine gerichtliche Überprüfung der Feststellung der Störung des Wettbewerbs. Rechtsbehelfe gegen die Feststellung der Störung haben keine aufschiebende Wirkung.

Als Adressaten einer Abhilfemaßnahme nach Absatz 3 oder Absatz 4 kommen gemäß Satz 3 Unternehmen in Betracht, die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs in ihrer konkreten Ausprägung wesentlich beitragen. Dabei ist eine Verletzung des Wettbewerbsrechts durch das entsprechende Unternehmen nicht erforderlich. Ein wesentlicher Beitrag liegt bereits in jedem am Markt spürbaren Verhalten. Das Kriterium der Wesentlichkeit soll dazu dienen, solche Unternehmen aus dem Kreis der möglichen Adressaten einer Verfügung nach Satz 6 herauszunehmen, die offensichtlich keinen oder nur einen ganz entfernten oder geringfügigen Beitrag zu der Wettbewerbsstörung geleistet haben. Das Bundeskartellamt kann die Verfügung nach Satz 1 durch Beschluss zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Unternehmen ausdehnen.

Das Bundeskartellamt muss bei Ausübung seines Ermessens hinsichtlich der Auswahl der Adressaten, der Art der Abhilfemaßnahmen und ihrer Eingriffsintensität die Stellung des adressierten Unternehmens auf dem betroffenen Markt oder marktübergreifend berücksichtigen. Je stärker die Stellung des adressierten Unternehmens auf dem betroffenen Markt, desto eingriffsintensivere Abhilfemaßnahmen kann das Bundeskartellamt anordnen.

Weiterhin führt Absatz 3 exemplarisch eine Reihe von Maßnahmen auf, die geeignet sein können, festgestellte Störungen des Wettbewerbs zu beseitigen oder zu verringern. Viele der möglichen Abhilfemaßnahmen haben einen Abbau von Marktzutrittsschranken zum Ziel; dies kann beispielsweise durch einen besseren Zugang zu essentiellen Inputfaktoren, dem Verbot marktverschließender Praktiken oder der Möglichkeit, behördliche oder vergleichbare Zulassungen zu erhalten, erfolgen. Die Aufstellung in Satz 7 ist nicht als abschließend, sondern lediglich als beispielhafte Auflistung von Fallkonstellationen zu verstehen. Einer abschließenden, begrifflich fixierten Auflistung aller in Betracht kommenden konkreten Abhilfemaßnahmen steht die Vielgestaltigkeit der denkbaren Störungslagen entgegen.

Der Zugang zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen kann sowohl für potentielle als auch für etablierte Wettbewerber erforderlich sein, um überhaupt effektiv am Markt agieren zu können. Die Gewährung eines Zugangs für Wettbewerber kann geeignet sein, den Wettbewerbsdruck auf den betroffenen Märkten spürbar zu erhöhen. Handelt es sich hierbei um personenbezogene Daten, sind die datenschutzrechtlichen Anforderungen für die mit dem Zugang verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten zu beachten.

Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen sowie gemeinsame Normen und Standards können ambivalent wirken. Abhilfemaßnahmen im Sinne des Absatzes 3 können sowohl

durch Lieferverpflichtungen als auch durch Verpflichtungen zur Etablierung offener, transparenter und nichtdiskriminierender Normen und Standards effektiven Wettbewerb fördern. Dies kann erforderlich sein, da Lieferbeziehungen und Standards unternehmensseitig auch derart ausgestaltet werden können, 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.

Zudem kann das Bundeskartellamt Unternehmen verpflichten, (ggf. auch mehrstufige) Prozesse durchzuführen oder Vereinbarungen zu treffen, deren Ziel die Entwicklung und Etablierung transparenter, offener und nichtdiskriminierender Standards ist.

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 beispielsweise Eingriffe in (maximale) Laufzeiten von Verträgen geboten sein, wenn lange Vertragslaufzeiten, ggf. in Kombination mit anderen Faktoren, den Wettbewerb erheblich stören.

Implizite Kollusion oder unabgestimmtes Parallelverhalten von Unternehmen (ohne direkte Kommunikation der betroffenen Unternehmen, sog. *tacit collusion*) bedarf oft stabilisierender Strukturen oder stabilisierendes Verhaltens. Ein Weg, eine stabile *tacit collusion* zu erreichen, besteht in der einseitigen Informationsoffenlegung eines Wettbewerbers, welche für andere Unternehmen eine Orientierung darstellen kann. Die relevanten Informationen können sehr vielfältig sein und u.a. Ankündigungen zu Preisen, Mengen, Produktionskapazitäten, aber auch die Verwendung von Dienstleistungen (z.B. Algorithmen) betreffen. Ein Verbot der Offenlegung derartiger kollusionserleichternder bzw. -fördernder Informationen kann wettbewerbslose Oligopole destabilisieren.

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 und fortwährender 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 marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen zu verpflichten.

Da die Entflechtung von Unternehmen einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Autonomie und die Strukturen eines Wirtschaftszweigs 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 zum einen im begrenzten Adressatenkreis (marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a) und zum anderen in der strengeren Voraussetzung für eine Anwendung ausdrückt. Dementsprechend erfordert die Maßnahme, dass die festgestellte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Die Anforderung, dass mindestens eine erhebliche Verringerung der Störung des Wettbewerbs erreicht werden muss, stellt im Vergleich zu Maßnahmen nach Absatz 3 eine weitere Verschärfung dar. Während es zweckmäßig sein kann, Maßnahmen nach

Absatz 3, die im Einzelfall eine niedrige Eingriffsintensität aufweisen können, auch zu ergreifen, wenn die Störung des Wettbewerbs dadurch nur in begrenztem Umfang verringert wird, wird dies bei Maßnahmen nach Absatz 4 ausgeschlossen, da diese stets einen schweren Eingriff darstellen.

Im Hinblick auf den Umfang des zu veräußernden Unternehmensteils enthält der Gesetzesentwurf 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 Begründung zu Absatz 6).

Die zusätzliche Befugnis des Bundeskartellamts in Absatz 4 stellt einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Unternehmen und dem Normzweck, funktionsfähigen Wettbewerb zu gewährleisten, dar. Auch die Monopolkommission sieht sowohl in ihrem 2010 erschienenen 58. Sondergutachten als auch im 2022 erschienenen XXIV. Hauptgutachten missbrauchsunabhängige Maßnahmen zur Entflechtung von Unternehmen als grundsätzlich mit den verfassungsrechtlichen Grenzen vereinbar an.

Obwohl bei einer Maßnahme nach Absatz 4 der Veräußerungserlös als Ausgleich für den entflochtenen Unternehmensteil grundsätzlich ausreichend wäre (*Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellgesetz, 2008, S. 73 f.), enthält der Absatz eine Regelung, die unter anderem zu einer zusätzlichen Zahlung aus Bundesmitteln führen kann. So muss zum Schutz der Eigentumsposition des Unternehmens bzw. der Unternehmenseigentümer der Vermögensteil nur veräußert werden, wenn der Verkaufserlös mindestens 50 Prozent desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt zu beauftragender Wirtschaftsprüfer auf der Basis anerkannter Methoden der Unternehmensbewertung ermittelt hat. Soweit der tatsächliche Verkaufserlös den vom Wirtschaftsprüfer ermittelten Unternehmenswert unterschreitet, erhalten die bisherigen Eigentümer zusätzlich eine Zahlung aus Bundesmitteln. Die Höhe dieser Zahlung beträgt die Hälfte der Differenz zwischen dem ermittelten Wert des Vermögensteils und dem erzielten Verkaufserlös. Die Kosten für das Wertgutachten trägt ebenfalls der Bund.

Dadurch wird zum einen ein Mindesterloß für eine Veräußerungspflicht vorgesehen und zum anderen festgelegt, dass ein Mindererlös gegenüber dem festgestellten Wert des Unternehmensteils teilweise ausgeglichen wird. Von einer Zahlung, die einen sich möglicherweise ergebenden Abstand zwischen festgestelltem Unternehmenswert und Verkaufserlös *vollständig* ausgleicht, wurde vor allem aus wirtschaftspolitischen Gründen abgesehen. Zwar kann dieser Abstand zum einen im Verlust von Effizienzen (z.B. Skalen- oder Verbundvorteilen) oder im Wertverlust spezifischer Investitionen (die für Dritte aufgrund der Spezifität einen geringen Wert aufweisen) begründet liegen. Diesbezüglich ließe sich eine Zahlung zum Ausgleich dieser Verluste rechtfertigen. Zum anderen ist jedoch davon auszugehen, dass die infolge der Störung des Wettbewerbs bestehende wettbewerbsarme Marktstellung des Unternehmens ebenfalls in dessen Wert eingepreist ist. Insofern wäre eine Zahlung, die dies ausgleicht, kaum zu rechtfertigen. So würden bei einer Zahlung, die den Abstand zwischen Unternehmenswert und Verkaufserlös *vollständig* ausgleicht, auch die Erträge aus der Störung des Wettbewerbs dem betreffenden Unternehmen vollumfänglich zufallen – in diesem Fall nicht direkt durch die Verbraucher (z.B. durch überhöhte Preise), sondern über den Weg der Zahlung aus dem Bundeshaushalt. Die Monopolkommission hebt diese unterschiedlichen möglichen Ursachen für ein Auseinanderfallen des festgestellten Unternehmenswertes und des erzielten Verkaufserlöses in ihrem Sondergutachten explizit hervor (Monopolkommission, 58. Sondergutachten, 2010, Rn. 51f.). Darüber hinaus stellt sie klar, dass eine genaue Quantifizierung der verschiedenen Ursachen kaum möglich ist und deshalb die Kartellbehörde vor enorme Herausforderungen stellen würde (ebenda, Rn. 59ff.). Die in Absatz 4 enthaltene Regelung zur Bestimmung der Höhe der Zahlung stellt somit eine angemessene und gut handhabbare Lösung dar, welche sich weitgehend am Vorschlag der Monopolkommission orientiert. Im Ergebnis erhält das

Unternehmen im Falle der Veräußerungspflicht somit mindestens 75% des Unternehmenswertes (Verkaufserlös von 50% des Wertes zuzüglich einer Zahlung aus Bundesmitteln im Wert von 25% des Unternehmenswertes).

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.

Die Bekanntmachung von Entflechtungsverfügungen im Bundesanzeiger ist angemessen, da die Entscheidungen in ihrer Tragweite und mit Blick auf das öffentliche Interesse mit den in § 43 Absatz 2 genannten Entscheidungen vergleichbar sind. Bekanntzumachen sind die Angaben nach § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 und 2.

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 die Bestellung eines Treuhänders zur Herbeiführung der Veräußerung bzw. einer vorangehenden Verselbstständigung von Vermögensteilen zur Ermöglichung der Veräußerung. Gegebenenfalls durch die Bestellung eines Treuhänders entstehende Kosten trägt der Bund.

Absatz 4 enthält einen Vertrauensschutztatbestand. Die Veräußerung von Vermögensteilen, die in den letzten zehn Jahren vor Zustellung der Verfügung nach Absatz 4 Gegenstand einer bestandskräftigen fusionskontrollrechtlichen Freigabe durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder einer Ministererlaubnis war, 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") (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

Absatz 5 legt anhand von Regelbeispielen konkret dar, wann eine Störung des Wettbewerbs vorliegt und welche Faktoren bei der Prüfung berücksichtigt werden sollen. So enthält Satz 1 einen nichtabschließenden Katalog typischer Konstellationen, in denen eine Störung des Wettbewerbs vorliegen kann und die mit dem aktuellen wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium unzureichend adressiert werden können. Die aufgelisteten Konstellationen stellen wesentliche Anwendungsfälle dar und umreißen somit gut erkennbar, unter welchen Bedingungen eine Störung des Wettbewerbs vorliegen und wann das Bundeskartellamt die neuen Kompetenzen in § 32f nutzen kann. Satz 1 enthält Regelbeispiele, da die Vielschichtigkeit der möglichen Störungslagen erstens keine abschließende Aufzählung zulässt und zweitens zwischen den verschiedenen Störungslagen wesentliche Überschneidungen vorliegen können, die eine unterschiedliche Kategorisierung ermöglichen. Dennoch zeigen sich bei Auswertung der bereits existierenden Studien und Leitlinien Gemeinsamkeiten, die den Stand der Forschung bzw. einen wissenschaftlichen Konsens vorzeichnen. Hier sind insbesondere die Studie von Motta und Peitz 2020 für die Europäische Kommission (Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, *Motta, Peitz*, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool: expert study, Publications Office, 2020) sowie die Leitlinien der britischen Wettbewerbsbehörde CMA (damals Competition Commission – Competition Commission, *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*, 2013) zu nennen. Die folgenden vier Konstellationen entsprechen üblichen kartellrechtlichen Schadenstheorien. Zwischen den Konstellationen können mitunter Interdependenzen bestehen. So können Marktzutrittsschranken beispielsweise unilaterale Angebots- oder Nachfrage-macht absichern bzw. verstärken.

Nummer 1 bezieht sich auf Fälle unilateraler Angebots- oder Nachfragemacht. Unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager derart verringert ist, dass diese bzw. dieser über nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume hinsichtlich relevanter Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen, Auswahl oder Qualität der Produkte oder Leistungen verfügen bzw. verfügt. Dies kann mit einer marktbeherrschenden Stellung zusammenfallen, muss jedoch nicht auf diese begrenzt sein. So gibt es auch Fälle unilateraler Angebots- oder Nachfragemacht unterhalb der Marktbeherrschung, oder in einigen Fällen lässt sich eine potentiell marktbeherrschende Stellung nur schwer nachweisen. Die zentrale Rolle der Unternehmenskonzentration findet sich auch in den Prüffaktoren in Satz 2.

Aus der obigen Definition wird jedoch bereits ersichtlich, dass unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht nicht bedeutet, dass dies nur einen Marktakteur betrifft. So können in wettbewerbsarmen Oligopolen durchaus mehrere Unternehmen über unilaterale Marktmacht verfügen. Der Begriff „unilateral“ bezieht sich auf die Abwesenheit expliziter oder impliziter Koordination. Unilaterale Marktmacht kann auch ohne deren missbräuchliche Ausnutzung den Wettbewerb erheblich stören und zu ineffizienten Marktergebnissen führen. Beispielsweise haben im Einzelhandel – und dies betrifft verschiedene Güter – einige Handelsketten eine erhebliche Nachfragemacht, die auf mitunter sehr kleine Anbieter bzw. Zulieferer trifft. In einigen Wirtschaftszweigen existieren wenige große Anbieter, die ebenfalls über unilaterale Marktmacht verfügen. Ein denkbare Beispiel sind hier (stark spezialisierte) digitale Vermittlungsplattformen, die von den Nachfragern der Vermittlungsleistung sehr hohe Provisionen fordern.

Nummer 2 nennt Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager als weitere mögliche Anwendungsfälle. Ein wesentlicher Teil der Abhilfemaßnahmen des Bundeskartellamtes dürfte diesen Bereich adressieren, da diese Arten der Wettbewerbsstörung relativ häufig vorliegen und gleichzeitig in der Regel mit Maßnahmen von geringer oder mittlerer Eingriffsintensität zu beheben oder nennenswert zu reduzieren sind. Dieser Gruppe der Anwendungsfälle kommt somit eine große Bedeutung zu. Vor diesem Hintergrund existiert eine Vielzahl von konkreten Beispielen möglicher Anwendungsfälle. Folgende technische, regulatorische bzw. administrative, vertragliche oder sonstige Marktzutrittschranken könnten – wenn mitunter nur teilweise – abgebaut werden:

- Produkte oder Leistungen müssen regelmäßig technische Voraussetzungen erfüllen, so dass dies eine notwendige Bedingung darstellt, um auf einem Markt überhaupt aktiv zu sein und das Produkt bzw. die Leistung anbieten zu können. Deshalb ist es wichtig, dass etablierte Standards transparent und für Dritte offen sind. Ebenso muss ein Zugang zu für ein Angebot zwingend notwendigen Einrichtungen oder Informationen wie zentralen technischen Schnittstellen für Wettbewerber möglich sein. Dies drückt sich in der beispielhaften Auflistung möglicher Abhilfemaßnahmen in Absatz 3 Satz 7 aus.
- Auch regulatorische bzw. administrative Marktzugangsvoraussetzungen können – neben dem primär beabsichtigten Regelungszweck (wie z.B. Qualitätssicherung, Immissionsschutz oder baurechtliche Vorgaben), welcher weiterhin erfüllt bleiben muss – wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben. Besonders negativ wirken sich administrative Marktzugangsbeschränkungen aus, wenn es sich um behördliche oder vergleichbare Zulassungen oder Genehmigungen handelt, die hinsichtlich ihrer Anzahl beschränkt sind, deren Anzahl sich also bei einer Zunahme möglicher kompetenter Marktteilnehmer nicht erhöht. In solchen Fällen kann die Bündelung bei einzelnen Unternehmen im Zeitablauf zu erheblicher Marktkonzentration führen.
- Zudem kann die Ausgestaltung bilateraler Verträge, insbesondere wenn diese markt- bzw. sektorweit sehr verbreitet ist, den Marktzutritt Dritter oder eine Ausdehnung der Produktionskapazität von bereits auf dem Markt befindlichen Wettbewerbern erheblich behindern. Ein Beispiel sind langfristige Lieferverträge (mit Vertragsklauseln, die oft die Handlungsoptionen der Vertragspartner stark begrenzen). Diese

Verträge können ambivalent wirken. Zum einen bieten sie Effizienzvorteile durch den Schutz spezifischer Investitionen. Zum anderen haben sie die beschriebene wettbewerbsbeschränkende Wirkung.

- Bestimmte auf einem Markt vorherrschende Kostenstrukturen können ein wesentliches strukturelles Zugangshindernis für potentielle Wettbewerber sein 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. Zudem können Skalen- oder Netzwerkeffekte Unternehmen mit hohen Marktanteilen vor Konkurrenz durch neue Wettbewerber schützen. Denn 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.

Ähnlich wie Marktzutrittsschranken können Marktaustrittsbeschränkungen wirken. Die Unterscheidung lässt sich hier häufig nicht trennscharf vornehmen. So können auch Marktaustrittsbeschränkungen nicht nur in Verbindung mit irreversiblen Kosten das Funktionieren des Wettbewerbs negativ beeinflussen. Auch in anderen Zusammenhängen können Marktaustrittsbeschränkungen Marktprozesse behindern (vgl. z.B. OECD, Barriers to Exit – Background Note, 2019, [DAF/COMP(2019)15]).

Faktoren, die den Wechsel von Marktteilnehmern zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager begrenzen, haben häufig ebenfalls erhebliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Diesen kommt in der öffentlichen Diskussion mitunter nicht die hohe Bedeutung zu, die sie für den Wettbewerb haben. Ein Beispiel ist mangelnde Interoperabilität von Produkten. Dies wirkt sich bei streng komplementären Gütern so aus, dass Produkte von Wettbewerbern nicht in Frage kommen. Aber auch bei Gütern, die im Verbund verschiedene kleinere Vorteile aufweisen (von sehr umfassenden zusätzlichen Funktionen bis hin zu geringen Vorteilen wie eine ähnliche Bedienweise), kann mangelnde Interoperabilität die Anzahl alternativer Anbieter beschränken. Grundsätzlich kann man den Kauf von eingeschränkt interoperablen Gütern oder Zahlungen, die nicht zurückerstattet werden, als spezifische Investitionen betrachten, die ein *lock-in* der Nachfrager zur Folge haben. Darüber hinaus können Anbieter (oder teilweise Nachfrager) bewusst Verträge so ausgestalten, dass ein Anbieter- bzw. Nachfragerwechsel für die Marktgegenseite mit enormen Transaktionskosten (erschwerte Kündigungsmöglichkeiten, komplizierte Tarifsysteme etc.) einhergeht und den Wechsel somit faktisch begrenzt.

Nummer 3 beschreibt den Fall des gleichförmigen oder koordinierten Verhaltens, welches eine Störung des Wettbewerbs darstellen kann. Dies ist eine weitere bedeutsame Regelungslücke, die der Gesetzentwurf schließt. Derzeit ist implizite Koordination nicht kartellrechtswidrig und daher nur indirekt adressierbar. Zudem haben politisch intensiv geführte Diskussionen zu einzelnen gesamtwirtschaftlich bedeutenden Sektoren gezeigt, dass auch auf oligopolistischen Märkten der Nachweis einer kollektiven Marktbeherrschung nicht einfach zu führen ist. Der Tatbestand der Störung des Wettbewerbs ist jedoch unabhängig von der Marktbeherrschung und kann auch Sachverhalte unterhalb dieser Schwelle erfassen. So ist es für Unternehmen auf einigen Märkten möglich, implizit – d.h. ohne direkten Austausch, welcher kartellrechtlich verboten ist – ein Marktergebnis zu erreichen, welches dem Ergebnis bei expliziten Absprachen oder abgestimmten Verhaltensweisen ähnelt; mit allen damit verbundenen negativen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen. Diese implizite Koordination kann einerseits dadurch gelingen, dass die strukturellen Eigenschaften des Marktes für die Unternehmen so vorteilhaft sind, dass ein regelmäßiges Beobachten der Aktivitäten der Wettbewerber leicht möglich ist und somit stillschweigend ein gesamtwirtschaftlich ineffizientes Ergebnis erreicht wird. Zwei im Regelfall wichtige Voraussetzungen hierfür sind eine hohe Markttransparenz und Homogenität der angebotenen Güter (siehe hierzu auch Satz 2 Nummer 4). Andererseits können die in Absatz 3 Satz 7 Nummer 5 aufgegriffenen sog. *facilitating practices* eine implizite Koordination ermöglichen und ein kollusives Ergebnis stabilisieren. Diese Praktiken können in einseitigen Informationsoffenlegungen eines

Wettbewerbers (z.B. zu Preisen oder der Entwicklung von Produktionskapazitäten) bestehen. Auch die Verwendung von Algorithmen oder für Dritte leicht nachvollziehbare Preisschemata können entsprechend wirken.

Ein weiterer Anwendungsfall wird in Nummer 4 mit der Störung des Wettbewerbs in Form einer Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen genannt. Diese Formulierung entspricht den internationalen bzw. auf EU-Ebene gebräuchlichen Begriffen *input foreclosure* und *customer foreclosure*. In diesem Fall können vertikale Beziehungen – d.h. entweder vertikale Verflechtungen bzw. Unternehmensbeteiligungen oder vertikale (langfristige) Verträge – eine Abschottung von Einsatzfaktoren ermöglichen. Dies muss keine vollumfängliche Abschottung sein, welche bewirken würde, dass ein Angebot auf dem Markt für Wettbewerber nicht mehr möglich ist. Vielmehr besteht das wesentliche Ziel dieser Strategie darin, die Kosten für Wettbewerber zu erhöhen, um einen Wettbewerbsvorsprung zu erhalten. Zwar konnten in der Vergangenheit Pilotverfahren, die unter anderem diese Form der Störung des Wettbewerbs adressierten, (auf Grundlage von Art. 101 oder 102 AEUV) durchgeführt werden, jedoch konnten die wettbewerbspolitischen Ziele dadurch nur unvollständig erreicht werden. Darüber hinaus können vertikale Beziehungen in einem Wirtschaftszweig bzw. Markt zu einem Geflecht aus Beteiligungen und Verträgen führen, welches deutlich wettbewerbsdämpfende Effekte hat. Denn die potentiellen Vorteile, die für Unternehmen durch aggressive Wettbewerbsstrategien erreichbar sind, können aufgrund der gegenseitigen Beziehungen und Abhängigkeiten deutlich reduziert werden.

Wie die oben dargestellten Konstellationen verdeutlichen, dürfte die Wettbewerbsstörung häufig darauf beruhen, dass ein strukturelles wettbewerbles Defizit des Marktes ein wettbewerbschädliches Verhalten eines oder mehrerer Marktteilnehmer erleichtert oder ermöglicht. Regelmäßig dürften daher beide Aspekte gleichzeitig vorliegen und somit gewisse Überschneidungen existieren.

Eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs kann sich in den in Absatz 5 Satz 2 benannten Faktoren widerspiegeln, welche bei einer Prüfung nach den Absätzen 3 und 4 Berücksichtigung finden sollen. Dabei kann insbesondere das Zusammenwirken mehrerer Kriterien zu einer Störung des Wettbewerbs führen. Gleichzeitig müssen weder alle im Folgenden genannten Kriterien für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsstörung kumulativ tragend sein, noch ist eine hohe Relevanz einzelner Kriterien in jedem Fall hinreichend für eine Wettbewerbsstörung. Dies führt dazu, dass sich weder notwendige Kriterien nennen lassen, die stets bei einer Störung des Wettbewerbs vorliegen müssen, noch existieren hinreichende Kriterien, aus deren Vorliegen direkt das Vorliegen einer Störung geschlussfolgert werden könnte. Da das Zusammenspiel mehrerer Faktoren in der Regel zu einer Störung des Wettbewerbs führt, ist eine Sektoruntersuchung nach § 32e Absatz 1, welche diese Zusammenhänge analysiert, zwingende Voraussetzung für Abhilfemaßnahmen.

Aufgrund der unterschiedlichen Marktstrukturen und Rahmenbedingungen für den Wettbewerb ist die Auswahl der jeweiligen Kriterien stets an den Einzelfall anzupassen. Erst in der Gesamtschau der Analyseergebnisse lassen sich Rückschlüsse auf das Vorliegen und die Art der Wettbewerbsstörung ziehen. Ähnlich den Konzepten zur Feststellung einer Marktbeherrschung (§ 18) oder einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a Absatz 1) wurde Absatz 5 als Aufzählung von Regelbeispielen und eine daran anschließende Soll-Vorschrift ausgestaltet. Die in Absatz 5 Satz 2 aufgeführten Kriterien sind nicht kumulativ, sie müssen vom Bundeskartellamt nur aufgegriffen werden, soweit sie für die statische oder dynamische Analyse der Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend im Einzelfall geeignet sind. Die Aufzählung der Kriterien ist nicht abschließend; das Bundeskartellamt kann weitere relevante Faktoren in die Prüfung einbeziehen.

Nach Nummer 1 sollen 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. Auch für das in Satz 1 Nummer 1 genannte Regelbeispiel der unilateralen Marktmacht sind die Marktanteilsverhältnisse ein zentraler Indikator. 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 abzuhalten. 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 Wirtschaftszweige 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, *Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition*, Background Note by the Secretariat, 2017, [DAF/COMP(2017)10] sowie Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, 176ff.). Mit Blick auf die verschiedenen Störungslagen in Satz 1 können vertikale Beteiligungen und Verflechtungen insbesondere bei den Nummern 3 und 4 relevant sein. So kann z.B. implizite Koordination hierdurch stabilisiert werden.

Nummer 3 führt aus, dass die Marktergebnisse ebenfalls zu den zentralen Prüfungsparametern für das Vorliegen einer Störung des Wettbewerbs zählen. So können anhaltend starre Preise, andere Preisentwicklungen oder auffällige Preismuster auf Wettbewerbsstörungen hindeuten. In oligopolistischen Märkten können z.B. gleichlaufende Preise, die sich nicht durch Veränderungen auf der Kostenseite erklären lassen, ein wichtiger Indikator sein. Eine verglichen mit ähnlichen Märkten rückläufige bzw. geringe Auswahl oder abnehmende bzw. niedrige Qualität der angebotenen Produkte und Dienstleistungen kann auf mangelnden Wettbewerbsdruck hinweisen. Eingeschränkte Möglichkeiten zur Anpassung der Produktionskapazität (siehe Satz 1 Nummer 2) können bewirken, dass die Angebotselastizität im Markt gering ist und Wettbewerber im Fall von Preiserhöhungen oder Auswahl- bzw. Qualitätsreduktion eines anderen Unternehmens nur eingeschränkt als Alternative für die Marktgegenseite in Frage kommen. In solchen Situationen kann auch eine Strategie darin bestehen, Angebotsmengen absichtlich zu reduzieren. Auch über die in Nummer 3 aufgezählten Faktoren hinaus können weitere Marktergebnisse Hinweise auf Störungen des Wettbewerbs 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 sind. Auch eine asymmetrische Informationsverteilung in Verbindung mit hohen Transaktionskosten (z.B. Such-, Informationskosten) kann die Marktergebnisse wesentlich beeinflussen.

Nummer 4 bezieht sich auf die in Nummer 3 bereits genannten Strukturmerkmale. Eine hohe Markttransparenz kann verbunden mit homogenen Gütern (und weitgehend ähnlichen

Kostenstrukturen der Unternehmen) stillschweigende 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 kollusionsstabilisierend auswirken.

Nummer 5 hebt die Bedeutung von Verträgen oder Vereinbarungen zwischen den betroffenen Unternehmen für die Prüfung einer Störung des Wettbewerbs hervor. Vertragsbedingungen, die eine Seite deutlich ungünstiger stellen, indem sie 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.

Offene Märkte und ein funktionsfähiger Wettbewerb gewährleisten in der Regel ein hohes Maß an Marktdynamik und Innovation. Nummer 6 ist in der Liste der Prüfkriterien enthalten, da sich fehlender Wettbewerbsdruck umgekehrt häufig durch eine nachlassende Dynamik auf den jeweiligen Märkten bemerkbar macht. Mangels konkurrierender Angebote oder hinreichender Kapazitäten von Wettbewerbern sinkt die Notwendigkeit, sich immer wieder durch wettbewerbliche Vorstöße oder betriebliche Optimierungen Vorsprünge vor anderen Marktteilnehmern zu erarbeiten und zu sichern. Wenn auf Märkten ein unerwarteter und fortwährender Rückgang des Grads der Dynamik (z.B. selten werdende oder keine Wechsel der Marktstellungen zwischen Unternehmen) festzustellen ist, kann das ein Anhaltspunkt für eine vorliegende Störung des Wettbewerbs sein.

Bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, sind neben den (insbesondere in Nummern 1 bis 6 ausgeführten) negativ wirkenden Aspekten auch jene Aspekte zu berücksichtigen, die mit der potentiellen Störungslage direkt oder indirekt verbunden, aber vorteilhaft sein können. Nummer 7 hebt deshalb mögliche Effizienzvorteile hervor. Das Bundeskartellamt soll diese bei seiner Prüfung qualitativ berücksichtigen. Eine quantitative Abwägung ist nicht erforderlich. Vielmehr wird im Zuge der Prüfung u.a. berücksichtigt, inwiefern positive Effekte kausal mit der Störung des Wettbewerbs bzw. den Marktstrukturen und Verhaltensweisen, die diese Störung begründen oder verstärken, verbunden sind. Effizienzvorteile können sich vor allem in Kosteneinsparungen (z.B. infolge von Größen- oder Verbundvorteilen) äußern. Aus Innovationen können ebenfalls erhebliche Effizienzvorteile resultieren, so dass dieser Aspekt explizit in den Gesetzestext aufgenommen wurde. Voraussetzung für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ist jedoch stets, dass diese in angemessenem Umfang (auch) den Verbrauchern zu Gute kommen.

Da Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 das Fortwähren einer Störung des Wettbewerbs erfordern, ist diese Voraussetzung – ebenso wie der Störungsbegriff selbst – zu konkretisieren. Dies erfolgt in Satz 3. Demnach ist eine Störung des Wettbewerbs fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder in diesem Zeitraum wiederholt aufgetreten ist und keine überwiegenden Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren entfallen wird. Nach dieser Definition können – neben dauerhaften Störungen – auch wiederkehrende Störungen des Wettbewerbs aufgegriffen werden, die durch Reaktionen anderer Marktteilnehmer nicht dauerhaft und in hinreichender Weise ausgeglichen werden.

Auch wiederkehrende Störungen des Wettbewerbs nach ähnlichen Mustern können auf ein generelles, strukturelles oder verhaltensbedingtes Problem hinweisen.

Aufgrund der Voraussetzung der fortwährenden Störung stehen Start-Ups bei Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 nicht im Fokus. Start-ups, die infolge von Innovationsleistungen sehr kurzzeitig einen geringeren Wettbewerbsdruck erfahren und zeitlich begrenzt *first mover*-Vorteile (i.d.R. in Form hoher Gewinne) realisieren können, dürften somit nicht adressiert werden. Diese Vorteile sind i.d.R. nicht Ausdruck einer fortwährenden Störung des

Wettbewerbs, sondern Resultat des üblichen Zyklus von Innovation, damit verbundener, zeitlich eng begrenzter Wettbewerbsvorteile und wieder zunehmenden Wettbewerbsdrucks durch Nachahmer bzw. Markteintritte.

Absatz 6 erklärt § 32b auf 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 betroffene Unternehmen mit nicht unerheblichen Vorteilen verbunden (*Spiecker*, in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 32 b GWB Rn. 4). Insbesondere kann durch die aktive Einbeziehung der Adressaten den wirtschaftlichen Gegebenheiten und der jeweiligen Marktsituation in angemessener Weise Rechnung getragen werden (ebenda).

Absatz 7 sieht für Verfahren nach § 32f eine Regelverfahrensdauer 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 um eine Soll-Vorschrift, daher sollte von der Regeldauer nur in Ausnahmefällen abgewichen werden. Allerdings 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).

§ 32f gilt für alle Wirtschaftszweige. Mit Blick auf sektorspezifisches Regulierungsrecht bestimmter Netzwirtschaften, das der Durchsetzung durch die Bundesnetzagentur unterliegt, bleibt es wie bislang grundsätzlich bei der parallelen Geltung von sektorspezifischem Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht. Absatz 8 Satz 1 regelt, dass das Bundeskartellamt Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 auf Märkten, in den von der Bundesnetzagentur regulierten Sektoren Eisenbahn, Post und Telekommunikation, für die sektorspezifisches Wettbewerbsrecht gilt, sowie der nach EnWG regulierten Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze, im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur trifft. Um größtmögliche Transparenz über das Verfahren zu gewährleisten, veröffentlicht die Bundesnetzagentur diesbezüglich eine Stellungnahme. Aus dieser soll insbesondere hervorgehen, aus welchen Gründen die Bundesnetzagentur ihr Einvernehmen erteilt bzw. versagt.

Absatz 8 Satz 2 stellt klar, dass mit den auf der Grundlage von § 32f Absatz 3 und 4 ermöglichten Abhilfemaßnahmen keine grundsätzlich neue Bewertung des dritten Kriteriums des sog. Drei-Kriterien-Tests der Marktanalyse durch die Bundesnetzagentur nach § 11 Absatz 2 Nummer 3 des Telekommunikationsgesetzes einhergeht. Danach muss zur Begründung der Regulierungsbedürftigkeit eines Telekommunikationsmarktes die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichend sein, um Marktversagen angemessen entgegen wirken zu können. Mit der Einführung von § 32f Absatz 3 und 4 wird aber nicht das Ziel verfolgt, die etablierten Maßstäbe zur Regulierungsbedürftigkeit von Märkten (i.S. des Drei-Kriterien-Tests nach dem Telekommunikationsgesetz) zu ändern.

Der neu eingefügte § 32g enthält eine Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts bei möglichen Verstößen gegen die Artikel 5 bis 7 der Verordnung (EU) 2022/1925. Die Möglichkeit der Einräumung einer solchen Ermittlungsbefugnis ergibt sich aus Artikel 38 Absatz 7 Verordnung (EU) 2022/1925.

Absatz 1 gibt den in Artikel 38 Absatz 7 Verordnung (EU) 2022/1925 festgelegten Ermittlungszweck wieder und orientiert sich eng an dessen Wortlaut. Der Verweis auf Artikel 3 Verordnung (EU) 2022/1925 dient der Klarstellung, dass Ermittlungen bei möglichen

Verstößen gegen Artikel 5 bis 7 Verordnung (EU) 2022/1925 sich nur auf bereits benannte Torwächter beziehen können. Wie durch die Verordnung (EU) 2022/1925 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 Verordnung (EU) 2022/1925 vor der ersten förmlichen Untersuchungsmaßnahme zu unterrichten.

Eine Ermittlungsbefugnis wird ausschließlich für das Bundeskartellamt begründet. Aufgrund des Anwendungsbereiches der Verordnung (EU) 2022/1925 ist § 32g für erforderliche Abgrenzungsfragen insbesondere im Verhältnis der Verordnung (EU) 2022/1925 zu § 19a relevant. Für § 19a besteht ebenfalls eine alleinige Zuständigkeit des Bundeskartellamts.

§ 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. Artikel 7 Verordnung (EU) 2022/1925 verpflichtet Torwächter unter bestimmten Voraussetzungen zur Interoperabilität nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste. Die Bundesnetzagentur hat in diesem Bereich aufgrund ihrer Regulierungsbefugnisse nach dem Telekommunikationsgesetz Kenntnisse, die sie im Rahmen ihrer Stellungnahmemöglichkeit in die Ermittlungen einbringen kann.

Der Verweis auf die Vorschriften der §§ 57 bis 59b, 61 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 Verordnung (EU) 2022/1925. Die Regelung in Absatz 3 dient der Klarstellung und ist für die nachfolgende Vorschrift zur Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse relevant.

Die Verordnung (EU) 2022/1925 enthält keine Vorgaben zu einer etwaigen Veröffentlichung der nationalen Ermittlungsergebnisse nach Artikel 38 Absatz 7 Verordnung (EU) 2022/1925 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 Beschwer 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 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 nach der Verordnung (EU) 2022/1925 zu eröffnen.

Das Bundeskartellamt berücksichtigt bei der Veröffentlichung seines Berichts über die vorläufigen Ergebnisse der Ermittlung die Ermittlungsinteressen der Europäischen Kommission.

Zu Nummer 4 (§ 33b GWB-E)

Auch die Änderung des § 33b dient der Erhöhung der praktischen Wirksamkeit der Verordnung (EU) 2022/1925. Eine gleichförmige Auslegung der Verordnung (EU) 2022/1925 wird gefördert, die Rechtssicherheit erhöht und Klagen auf Schadensersatz und Unterlassung – wie im Kartellrecht – erleichtert.

Zu Buchstabe a

Die Bindung der Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen der Europäischen Kommission, soweit es um die Feststellung eines Verstoßes geht, soll zukünftig auch für Entscheidungen zu etwaigen Verstößen gegen die Verordnung (EU) 2022/1925 gelten. Hat ein Gericht die Entscheidung zur Verordnung (EU) 2022/1925 zu überprüfen, dann kommt den Feststellungen der Europäischen Kommission hinsichtlich des Verstoßes zukünftig Bindungswirkung zu.

Zu Buchstabe b

Darüber hinaus wird die Bindungswirkung auch auf den Benennungsbeschluss der Europäischen Kommission nach Artikel 3 der Verordnung (EU) 2022/1925 erstreckt. Die Benennung von Torwächtern ist daher durch ein Gericht nicht eigenständig zu prüfen.

Zu Nummer 5 (§ 33g GWB-E)

Zu Buchstabe a

Die Änderung korrigiert eine offensichtliche Unrichtigkeit.

Zu Buchstabe b

Damit § 33g Absatz 5 auf Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/1925 in gleicher Weise Anwendung finden kann, wie auf kartellbehördliche Verfahren, wird dieser entsprechend ergänzt.

Zu Nummer 6 (§ 33h Absatz 6 GWB-E)

Zu Buchstabe a

Die Änderung dient der redaktionellen Anpassung.

Zu Buchstabe b

Alle Ansprüche nach § 33 und § 33a sollen unabhängig von ihrem Rechtsgrund mit Blick auf die Verjährung gleichbehandelt werden. Damit § 33h auf Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/1925 in gleicher Weise Anwendung finden kann, wie auf Kartellverfahren, erfolgt in Absatz 6 Nummer 3 eine entsprechende Ergänzung.

Zu Buchstabe c

Folgeänderung zu Buchstabe b.

Zu Nummer 7 (§ 34 GWB-E)

Zu Buchstabe a

Eine wesentliche Schwierigkeit der Vorteilsabschöpfung nach § 34 liegt in der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils. Um die Höhe eines 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 nicht benötigt und muss separat bei den betroffenen Unternehmen ermittelt werden (Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S.

70). Dies erfordert erhebliche Ressourcen, sowohl auf Seiten des Bundeskartellamtes, aber auch auf Seiten der Unternehmen.

Bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils müssen die Geschehnisse, wie sie sich infolge des Wettbewerbsverstößes 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 anerkennt. Aufgrund der angeführten Erwägungen wird daher in dem neu eingefügten § 34 Absatz 4 Satz 3 das Maß der notwendigen Überzeugungsbildung auf die 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).

Angesichts dieser Unsicherheiten bei der Schätzung, die auch durch erheblichen Darlegungs- und Nachweisaufwand nicht wirksam ohne langwierige und kostenträchtige Verfahren beseitigt werden können, ist 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, 2020, S. 180 f.) sowie den Aspekt positiver Generalprävention (vgl. zum erweiterten Verfall BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004, 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1-33, juris Rn. 75 f.; zum „Bruttoprinzip“ der strafrechtlichen Verfallsvorschriften BGH, Urteil vom 21. August 2002, 1 StR 115/02, juris Rn. 24 = BGHSt 47, 369-378) im Lichte des unionsrechtlichen Gebots der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zusätzliches gesetzgeberisches Handeln geboten. So wird 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. Die Vermutung gilt ausschließlich für die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung; eine Mindestschadensvermutung oder Rückschlüsse auf die Höhe des Schadensersatzes bei Kartellverstößen sind mit der Regelung nicht beabsichtigt, denn Schäden breiten sich – anders als Vorteile – in einem Markt in alle Richtungen und dabei oft über mehrere Marktstufen aus.

In der Praxis des Bundeskartellamts hat sich gezeigt, dass es eine Vielzahl von Fallkonstellationen gibt, die zweifellos – jedenfalls mittelbar – einen wirtschaftlichen Vorteil generieren, in denen die konkrete Bezifferung des Vorteils aber äußerst schwerfällt oder gar unmöglich in Geld auszudrücken ist. Beispiele sind bestimmte Formen von Ausbeutungsmissbräuchen u.a. zu Lasten von Verbrauchern, aber auch verschiedene Arten von Behinderungsmissbräuchen. Die Pauschalierung gibt dem Bundeskartellamt gerade auch für solche Fälle ein effektives Instrument an die Hand. Abschöpfungsverfahren im Anschluss an Bußgeldverfahren nach dem OWiG dürften in der Praxis des Bundeskartellamts hingegen die Ausnahme bleiben. Zwar verzichtet das Bundeskartellamt im Rahmen seines Ermessens nach § 81d Absatz 3 Satz 1 in der Regel auf die Festsetzung eines abschöpfenden Teils bei der Bußgeldbemessung (vgl. Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2021, Ziffer 5), so dass § 34 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 einer parallelen Vorteilsabschöpfung nicht entgegensteht. Allerdings schließen sich erfahrungsgemäß regelmäßig private Kartellschadensersatzklagen an Bußgeldentscheidungen an. Da Schadensersatzleistungen nach Absatz 2 Satz 2 nachträglich mit der behördlichen Vorteilsabschöpfung zu verrechnen sind, erscheinen anschließende Abschöpfungsverfahren mit Blick auf die Effektivität der Verwaltung im Regelfall nicht geboten. Zudem kann eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile gemäß § 32 Absatz 2a GWB der Vorteilsabschöpfung ggf. vorzuziehen sein und wäre dann ebenfalls mit ihr zu verrechnen.

Der Bundesgerichtshof hat wegen der Schwierigkeiten bei der Bezifferung des Schadens vertragliche Pauschalierungsklauseln für Schäden durch Kartellabsprachen für sachgerecht erachtet (vgl. zuletzt 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). Die Erwägungen sind mit Blick auf die vergleichbaren Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Vorteilshöhe übertragbar. Um insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Vermutungsregelung in Satz 4 zu gewährleisten, beträgt die vermutete Mindesthöhe ein Prozent der Umsätze, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen (tatbezogener Umsatz), erzielt wurden. Auf mehrseitigen Märkten können dabei die auf mehreren Marktseiten erzielten Umsätze einbezogen werden. Dabei wurde die vermutete Vorteilshöhe 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. Damit wird insbesondere den erheblichen Unterschieden in der Wertschöpfung Rechnung getragen.

Ohnehin sind Pauschalierungen der Rechtsordnung nicht fremd; dem Gesetzgeber kommt insofern im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit ein beträchtlicher Spielraum zu (*Grzeszick*, in *Dürig/Herzog/Scholz*, 98. EL März 2022, GG Artikel 20 Rn. 124). So erlaubt etwa das Schadensersatzrecht in gewissen Fällen Pauschalierungen und sonstige Vereinfachungen in der Berechnung der Höhe des Schadensersatzes oder lässt die Heranziehung des Gewinns als Maß für den Schadensersatz zu (s. z. B. Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91; Artikel 6 der Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr; hierzu *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, 2016, S. 233 f.; s. auch die Berücksichtigung des Verletzergewinns gem. § 97 Absatz 2 Satz 2 UrhG sowie den GEMA-Zuschlag, hierzu grundlegend BGH, Urteil vom 10. März 1972, I ZR 160/70, NJW 1973, 96, 96 ff. – Doppelte Tarifgebühr; unter Hinweis auf das Interesse eines möglichst geringen Verwaltungsaufwandes und das wirtschaftliche Gebot der Verhältnismäßigkeit BGH, Beschluss vom 3. März 1988, KVR 4/87, GRUR 1988, 782, 783 – GEMA-Wertungsverfahren; zur Berücksichtigungsfähigkeit der Wirtschaftsmacht bei der Bemessung der Entschädigung wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung BGH, Urteil vom 5. Oktober 2004, VI ZR 255/03, NJW 2005, 215, 218); dadurch wird der Schadensersatz als Präventionsinstrument wirksam gemacht. Da die aufgrund des Verstoßes erzielten Vorteile zumindest teilweise die Kehrseite des von der Marktgegenseite erlittenen Schadens bilden dürften und auch die Vorteilsabschöpfung mittelbar der Prävention dient, sind die pragmatischen Überlegungen zur Pauschalierung zwecks Effektivität der Regelung übertragbar. Unter anderem für diesen Zweck erkennt der Gesetzgeber in der Rechtsordnung zudem grundsätzlich auch eingeschränkt widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutungen an (vgl. zur Unwiderleglichkeit der Vermutung in § 39 a Absatz 3 Satz 3 WpÜG die Aufzählung bei OLG Stuttgart, Beschluss vom 5. Mai 2009, 20 W 13/08, juris-Rn. 43 ff.).

Die Vermutung gilt für den Abschöpfungszeitraum nach Absatz 5 Satz 1; dabei können alle diejenigen Geschäftsjahre einbezogen werden, in denen der Verstoß bereits begonnen hat und noch nicht beendet war. Die Höhe von nach Beendigung anfallenden Vorteilen kann ausgehend von der Vermutung nach Satz 2 und 3 geschätzt werden.

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. Diese Modifikation der Widerleglichkeit dient der Effektivierung der Kartellrechtsdurchsetzung und beschränkt die Abschöpfung auf dem Unternehmen zugeflossene Vorteile, die zu Gewinnen des Unternehmens beigetragen haben. Zwar ist damit eine Widerlegung der Vermutung auf Ebene des Vorteils nicht möglich. Eine solche würde jedoch die bestehenden Nachweisschwierigkeiten hinsichtlich der konkreten Vorteilshöhe lediglich auf die Widerleglichkeitsebene verlagern. Die Begrenzung der Widerleglichkeit verhindert dies, indem sie die Prüfung auf den Konzerngewinn und damit auf eine eindeutige und für das Unternehmen einfach in Erfahrung zu bringende Tatsache beschränkt. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sich der erlangte Vorteil im Konzernergebnis niederschlägt. Denn der wirtschaftliche Vorteil ist im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen zu errechnen, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat und wie sie ohne diese für ihn eingetreten wäre. Dabei ist zu bedenken, dass der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils weiter ist als der des Gewinns, weil der wirtschaftliche Vorteil auch eine nicht über zusätzliche Umsatzerlöse eintretende Vermögensmehrung erfasst, wie etwa die Verbesserung der Marktposition oder eine Steigerung des Unternehmenswerts. Der Gewinn im Sinne zusätzlicher Umsatzerlöse macht jedoch den Kern des bezifferbaren und damit für die in Geld zu leistende Vorteilsabschöpfung relevanten Betrags aus. Die Regelung stellt dabei sicher, dass keine pauschalisierte Vorteilsabschöpfung in Fällen erfolgt, in denen der Vorteil nicht zu Gewinnen des Unternehmens beigetragen hat. Soweit das Unternehmen nachweist, dass der Konzerngewinn im Abschöpfungszeitraum tatsächlich unter einem Prozent des tatbezogenen Umsatzes lag, ist es gerechtfertigt, eine darüberhinausgehende Vorteilshöhe ggf. im Einzelfall konkret zu ermitteln. Die verhältnismäßig niedrig angesetzte Vorteilshöhe im Zusammenspiel mit den Sicherungsmechanismen in Absatz 3 und Absatz 4 Satz 9 verhindert zudem, dass ein Unternehmen aufgrund der Vermutung einer überhöhten Vorteilsabschöpfung unterliegt. 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 7 auf die unmittelbar beteiligte juristische Person abgestellt wird. Hierdurch wird dem Risiko begegnet, dass etwaige Vorteile innerhalb des Konzerns verschoben werden, um den Gewinn künstlich niedrig darzustellen, obwohl bei der unmittelbar beteiligten juristischen Person ein entsprechender Gewinn angefallen ist.

Bei Anwendung der Vermutung nach Satz 4 kann nicht eingewendet werden, dass kein Vorteil oder ein Vorteil in nur geringerer Höhe angefallen ist. Für diesen Fall kann auch die Vermutung nach Satz 1 bei Anwendung der Vermutung nach Satz 4 nicht entkräftet werden, da dies die Wirksamkeit der eingeschränkten Widerleglichkeit nach Satz 7 sonst relativieren würde. Demgegenüber kann die Vermutung nach Satz 1 widerlegt werden, wenn die Vermutung nach Satz 4 nicht angewendet wird.

Satz 9 schließt die Vermutungen der Sätze 1 und 4 hinsichtlich des Ob und der Mindesthöhe des erlangten Vorteils für solche Fälle aus, in denen die Erlangung eines Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes denklogisch ausgeschlossen ist. Für diese Fälle ist eine gesetzliche Klarstellung nötig, um Überreichweiten der Norm auszuschließen.

Im Falle von Marktmachtmissbrauch bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten oder Konzessionen durch Kommunen kann dies etwa der Fall sein, wenn das Bundeskartellamt die Fortsetzung des Vergabeverfahrens auf Grundlage einer wettbewerbswidrigen Ausschreibung untersagt und weder der Kommune selbst noch einem mit ihr verbundenen Unternehmen aus der hierdurch verursachten Verfahrensverlängerung Vorteile, bspw. aufgrund der faktischen Verlängerung des Altvertrages bis zur erfolgreichen Neuvergabe, zufließen (eine ähnliche Konstellation lag dem Fall B8-101/11 Kreisstadt Mettmann zugrunde). Entsprechendes gilt, wenn das Bundeskartellamt die ordnungsgemäße Wiederholung der als wettbewerbswidrig festgestellten Ausschreibung anordnet und ausgeschlossen werden kann, dass die Kommune oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen in der Zwischenzeit Vorteile aus der Umsetzung der wettbewerbswidrigen Ausschreibung gezogen haben. Dies kann insbesondere auch der Fall sein, wenn sich die wettbewerbswidrige Ausschreibung

ausschließlich zu Gunsten eines Dritten, also eines Unternehmens, das nicht mit der Kommune als ausschreibender Stelle verbunden ist, auswirkt und diesem Drittunternehmen Vorteile (etwa in Form des vorübergehenden Eintritts in die Marktposition des Konzessionärs) zufließen. Denn § 34 sieht ausschließlich die Abschöpfung von Vorteilen vor, die dem Unternehmen entstanden sind, das den Kartellrechtsverstoß begangen hat. Ein weiterer Anwendungsfall können bspw. auf eine einzelne Ausschreibung beschränkte Submissionsabsprachen sein, wenn weder das betroffene Unternehmen noch eines der an der Absprache beteiligten Unternehmen den Zuschlag erhält. Da in diesen Fällen offensichtlich weder ein finanzieller Vorteil erzielt worden noch eine Verbesserung der Wettbewerbsposition erlangt worden ist, wäre eine Vorteilsvermutung überschießend. Entsprechendes gilt, soweit sich der Verstoß gegen das Boykottverbot gem. § 21 Absatz 1 GWB im „Auffordern“ erschöpft, ohne dass dieser Aufforderung Folge geleistet wurde. Mit Blick auf die Verschärfung des Instruments durch die eingeschränkte Widerlegbarkeit der Vermutung nach Satz 4 ist ferner zu berücksichtigen, dass auch insoweit die Härtefallregel aus Absatz 3 Satz 1 zur Anwendung kommt. 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 der Kapitel 1, 2 oder 5 dieses Teils, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 19a oder nach Kapitel 6 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. Eine solche Deckelung steht dem Grundgedanken der Vorteilsabschöpfung, die beim Unternehmen tatsächlich angefallene Kartellrendite möglichst vollständig zu entziehen, nicht entgegen. Sie trägt vielmehr dem Gedanken Rechnung, dass Unternehmen vor einer Vorteilsabschöpfung geschützt werden sollen, die zwar dem tatsächlich vereinnahmten Vorteil entspricht bzw. diesem auf Grundlage der Schätzung jedenfalls nahekommt, aber dennoch unverhältnismäßig hoch ist. Eine übermäßige Belastung könnte eine höhenmäßig unbegrenzte Abschöpfung in solchen Fällen darstellen, in denen beispielsweise die tatbezogenen Inlandsumsätze einen wesentlichen Teil des gesamten Konzernumsatzes ausmachen. Der Höhe nach orientiert sich die Deckelung an der Bußgeldzumessungsregelung in § 81c Absatz 2 Satz 2 und entspricht damit der etablierten Praxis in Deutschland und der Europäischen Union. Die Übernahme für die Vorteilsabschöpfung ist sachgerecht. Denn diese soll einerseits die Vorteile möglichst umfassend abschöpfen und andererseits angesichts des fehlenden Sanktionscharakters nicht tiefer in den Geschäftsbetrieb eingreifen als ein Bußgeld. Für Verstöße, die keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Vorteil verursachen, greift ergänzend Absatz 3.

Die Norm ist komplementär zu den Bußgeldregelungen dieses Gesetzes, die die pönale Reaktion auf ein früheres normwidriges Verhalten betroffener Unternehmen regeln. In diesem Sinne erschöpft sich die Norm in einer Korrektur einer gegenwärtigen Störung der Vermögensordnung durch einen korrigierenden und normstabilisierenden Eingriff. Anknüpfungspunkt der Norm ist die kartellrechtswidrige Bereicherung von Unternehmen zu Lasten anderer Marktteilnehmer und der öffentlichen Interessen an einem funktionierenden Wettbewerbsprozess; sie reagiert darauf jedoch nur im Hinblick auf die dadurch geschaffene objektive Vermögenslage. Der vermögensordnende Eingriff soll die Unverbrüchlichkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsordnung erweisen und so die Rechtstreue der Marktteilnehmer

stärken. Diese zukunftsbezogen präventiv-ordnende Zielsetzung der Abschöpfung deckt sich mit einem alle Rechtsgebiete übergreifenden Grundsatz, wonach eine mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmende Vermögenslage auszugleichen ist (so zum erweiterten Verfall BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 –, BVerfGE 110, 1-33, juris-Rn. 74 ff.; s. auch zur Einordnung als Strafe und Verfassungskonformität des § 661a BGB BGH, Urteil vom 16. Oktober 2003 – III ZR 106/03 –, NJW 2003, 3620; die Auffassung des BGH bestätigend BVerfG, Beschluss vom 5. Januar 2004 – 1 BvR 2518/03 –, NJW 2004, 762; zusammenfassend zur Abgrenzung und zur Legitimität präventiver Verhaltenssteuerung in Bezug auf die Schadenshaftung *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 69 ff., 78 f.).

Zu Buchstabe cb

Der in Absatz 4 Satz 5 verwandte Begriff wird durch eine Legaldefinition erläutert und zu Absatz 5 in Beziehung gesetzt.

Zu Nummer 8 (§ 39 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 GWB-E)

Bei der Anmeldung von Zusammenschlüssen ist aufgrund der gesetzlichen Freigabefiktion des § 40 Absatz 1 Satz 1 sicherzustellen, dass der Lauf der kurz bemessenen Monatsfrist erst dann beginnt, wenn das Bundeskartellamt Kenntnis vom Eingang der Anmeldung erhalten hat. Dies gilt auch bei der Übermittlung von elektronischen Anmeldungen über das besondere elektronische Behördenpostfach. Insofern ist für diesen Zugang auszuschließen, dass der Fristenlauf auch ohne Kenntnis der Behörde schon mit der Abgabe einer automatisch generierten Eingangsbestätigung gegenüber dem Absender beginnt. Maßgeblich für den Fristlauf ist daher nunmehr das in einem elektronischen oder schriftlichen Empfangsbekenntnis genannte Eingangsdatum. Fordert der Absender bei der Übermittlung der Anmeldung ein elektronisches Empfangsbekenntnis an, so wird die Behörde den Empfang regelmäßig auch in dieser Form bestätigen, sofern dies ohne Verzögerung möglich ist.

Zu Nummer 9 (§ 39a GWB-E)

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

Zu 10 (§ 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 Wirtschaftszweige 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 Sektoruntersuchungen nach § 32e aussprechen. Das Bundeskartellamt prüft die Empfehlung und leitet innerhalb von zwölf Monaten eine Sektoruntersuchung nach § 32e ein oder legt in einer Stellungnahme dar, weshalb dies nicht erfolgt ist.

Zu Nummer 10 (§ 50 Absatz 2 GWB-E)

Die Verordnung (EU) 2022/1925 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 genannten Behörden reicht von der Unterstützung bei Durchsuchungen oder Vernehmungen (siehe z.B. Artikel 22 Absatz 2 Verordnung (EU) 2022/1925) bis zur Vornahme von Unterstützungshandlungen im Rahmen von Marktuntersuchungen der Europäischen Kommission (Artikel 38 Absatz 6 Verordnung (EU) 2022/1925).

Die Aufnahme einer Zuständigkeit für die Unterstützung von bzw. Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission nach der Verordnung (EU) 2022/1925 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 die Verordnung (EU) 2022/1925 auf nationale Behörden nach Artikel 1 Absatz 6 Verordnung (EU) 2022/1925 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 Artikel 101 und 102 AEUV zuständig.

Zu Nummer 122 (§ 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 für anwendbar. Die Regelung ist notwendig, um eine effektive Zusammenarbeit sicherzustellen. Die Verordnung (EU) 2022/1925 enthält insoweit keine unmittelbar anwendbaren Vorschriften.

Zu Nummer 133 (§ 56 Absatz 7 GWB-E)

Abweichend von den üblichen Kartellverwaltungsverfahren hat das Bundeskartellamt künftig nach Absatz 7 in den Fällen des § 32f Absatz 3 Satz 6 und § 32f Absatz 4 in einem frühen Verfahrensstadium eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Die mündliche Verhandlung ist eine spezielle Ausprägung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Die zwingende Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist vor dem Hintergrund des öffentlichen Interesses an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und der Vielzahl möglicher Betroffener angemessen. Die Anhörung dient insbesondere der Herstellung von Transparenz (Publikationsfunktion). Darüber hinaus soll sie durch direkten Austausch zwischen Marktteilnehmern und sonstigen Betroffenen einen Beitrag zur möglichen Identifikation wesentlicher Problemfelder und geeigneter Abhilfemaßnahmen leisten.

Zu Nummer 13 (§ 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 Absatz 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 Absatz 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 (Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Postgesetz, BT-Drs. 13/7774, S. 30). 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 Nummer 14 (§ 66 Absatz 1 GWB-E)

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen Maßnahmen nach § 32f Absatz 4 trägt dem besonderen Charakter der Entflechtung Rechnung.

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

Buchstabe b ist eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Nummer 16 (§ 87 GWB-E)

Die Ergänzungen in § 87 dienen der Zuständigkeitskonzentration für Verfahren mit Bezug zur Verordnung (EU) 2022/1925 bei den Landgerichten. Durch die Zuständigkeitskonzentration sollen die Kartellspruchkörper auch für Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/1925 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 denkbar, so dass 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 (§ 33 Absatz 1, § 89b Absatz 5 GWB-E)

Um die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2022/1925 in Deutschland zu erleichtern, wird § 33 um Verstöße gegen die Verpflichtungen der Artikel 5, 6 und 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 erweitert. Diese Artikel der Verordnung (EU) 2022/1925 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 Anwendung. Für Verstöße gegen das Kartellrecht und die Verordnung (EU) 2022/1925 bestehen somit die gleichen zivilrechtlichen Ansprüche. Die Änderung dient der Sicherung der praktischen Wirksamkeit der Verordnung (EU) 2022/1925 im Sinne des europäischen Effektivitätsgrundsatzes.

Damit § 89b Absatz 5 auf Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/1925 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 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) 2022/1925 Wettbewerbsbehörden nur die nach der Verordnung (EU) 2022/1925 berechtigten Behörden sind. Dies sind die Europäische Kommission sowie Behörden, die die in Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung (EU) 2022/1925 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 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 die Verordnung (EU) 2022/1925 nicht behördlich durch, es ist aber an der Durchsetzung durch die Europäische Kommission ggf. beteiligt. Zudem dürften sich Fragen im Bereich der Auslegung der Verordnung (EU) 2022/1925 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 Marktkennntnisse oder Einschätzungen dazu, welche Marktwirkungen eine bestimmte Auslegung der Tatbestände der Verordnung (EU) 2022/1925 haben kann, zur Verfügung stellen kann.

Die Verordnung (EU) 2022/1925 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 zu treffen.

Zu Nummer 22 (§ 90a GWB-E)

Zu Buchstabe a bis c

Die vorgeschlagene Änderung dient der Durchsetzung des Artikels 39 der Verordnung (EU) 2022/1925, 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 der Verordnung (EU) 2022/1925 als Scharnierbehörde für den Informationsaustausch vorzusehen.

Zu Nummer 23 (§ 154 Nummer 3 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).

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 Buchstabe c**Zu Nummer 24 (§ 187 GWB-E)**

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 (Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes)

Um Expertise zu Kartellschadenersatzfällen auch für entsprechende Verfahren wegen eines Verstoßes gegen die Artikel 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) 2022/1925 nutzbar zu machen, wird im Gerichtsverfassungsgesetz Parallelität mit Kartellzivilverfahren hergestellt und die Zuständigkeit ebenfalls einem Kollegialspruchkörper der allgemeinen Zivilkammern zugewiesen. Diese können die mit den Schadenersatzansprüchen regelmäßig verbundenen komplexen sachlichen, ökonomischen und rechtlichen Fragen besser bewältigen als die meist mit nur einem Berufsrichter besetzten Kammern für Handelssachen.

Durch die übrigen Änderungen in § 95 Absatz 2 GVG werden Abkürzungen ausformuliert, so dass diese Änderungen lediglich der Rechtsförmlichkeit dienen.

Zu Artikel 43 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

Die Gesetzesänderung ist eine Folgeänderung zur Novellierung der Preisangabenverordnung (PAngV) durch die Verordnung vom 12. November 2021 (BGBl. I S. 4921). Im Rahmen der Novellierung wurde die PAngV insgesamt umstrukturiert, so dass die einzelnen Vorschriften der PAngV nunmehr in anderen Vorschriften geregelt sind. Durch die Folgeänderung werden im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche Normverweisungen auf die PAngV angepasst.

Zu Artikel 4 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Die Gesetzesänderung ist eine Folgeänderung zur Novellierung der Preisangabenverordnung (PAngV) durch die Verordnung vom 12. November 2021 (BGBl. I S. 4921). Im Rahmen der Novellierung wurde die PAngV insgesamt umstrukturiert, so dass die einzelnen Vorschriften der PAngV nunmehr in anderen Vorschriften geregelt sind. Durch die Folgeänderungen wird im Bürgerlichen Gesetzbuch die Normverweisung auf die PAngV angepasst.

Zu Artikel 5 (Änderung des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes)

Die Gesetzesänderung ist eine Folgeänderung zur Novellierung der Preisangabenverordnung (PAngV) durch die Verordnung vom 12. November 2021 (BGBl. I S. 4921). Im Rahmen der Novellierung wurde die PAngV insgesamt umstrukturiert, so dass die einzelnen Vorschriften der PAngV nunmehr in anderen Vorschriften geregelt sind. Durch die Folgeänderung wird im Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz die Normverweisung auf die PAngV angepasst.

Zu Artikel 6 (Änderung des Verpackungsgesetzes)

Die Gesetzesänderung ist eine Folgeänderung zur Novellierung der Preisangabenverordnung (PAngV) durch die Verordnung vom 12. November 2021 (BGBl. I S. 4921). Im Rahmen der Novellierung wurde die PAngV insgesamt umstrukturiert, so dass die einzelnen Vorschriften der PAngV nunmehr in anderen Vorschriften geregelt sind. Durch die Folgeänderung wird im Verpackungsgesetz die Normverweisung auf die PAngV angepasst.

Zu Artikel 7 (Inkrafttreten)

Artikel 7 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.