

Bonn, den 25.02.2020

Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle

Das Bundeskartellamt begrüßt den Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, der wichtige Fortentwicklungen des kartellrechtlichen Rahmens vorsieht, um den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft und den Erfordernissen einer effektiven Kartellaufsicht künftig noch besser gerecht zu werden.

Ein zentraler Bestandteil des Entwurfs ist die Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, die darauf zielt, den missbräuchlichen Einsatz von Marktmacht insbesondere durch große digitale Plattformen besser erfassen und effektiver abstellen zu können. Hierzu werden nicht nur vorhandene Tatbestände in sinnvoller Weise konkretisiert und teilweise erweitert. Mit § 19a GWB wird auch ein überzeugender Ansatz für die bessere Erfassung der Wettbewerbsgefährdungen durch solche Plattformunternehmen gefunden, denen aufgrund ihrer strategischen Stellung und ihrer Ressourcen eine besondere marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt (hierzu unter A.).

Positiv zu bewerten sind aus Sicht des Bundeskartellamtes auch die maßvollen Anpassungen zur Beschleunigung von Verwaltungsverfahren, die es unter Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen ermöglichen sollen, in geeigneten Fällen frühzeitiger auf Wettbewerbsgefährdungen reagieren und dauerhafte Schädigungen verhindern zu können (hierzu unter B.).

Soweit der Referentenentwurf die Akteneinsicht der Monopolkommission erweitern und zudem klarstellen will, dass hiervon auch die Auswertung elektronischer Daten erfasst ist, macht dies aus Sicht des Bundeskartellamtes eine weitere Konkretisierung der Zwecke und Rahmenbedingungen erforderlich. Insbesondere muss eindeutig geregelt werden, dass die Akteneinsicht bzw. die Datenauswertung allein dazu dienen kann, das jeweilige kartellbehördliche Verfahren im Sinne einer ex-post-Evaluierung zu würdigen (hierzu unter C.).

Durch die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ECNplus-Richtlinie) werden wichtige Änderungen in den Bereichen Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen für Kartellrechtsverstöße, gerichtliches Bußgeldverfahren, Kronzeugenprogramm und grenzüberschreitende Amtshilfe vorgenommen (hierzu unter D.).

Demgegenüber sind die Folgen der geplanten Änderungen in § 32c GWB, die auf mehr Rechtssicherheit für Kooperationen zielen, aus Sicht des Bundeskartellamts schwer abzusehen. Denn es droht eine Formalisierung gegenüber der bisherigen Praxis, ohne dass Defizite ersichtlich wären, die einen Bedarf für die zusätzlichen Regeln begründen könnten (hierzu unter E.).

Im Bereich der Fusionskontrolle geht der Entwurf zu Recht davon aus, dass das bestehende System insgesamt gut funktioniert und keiner grundlegenden Überarbeitung bedarf. Die vorgesehenen Nachjustierungen im Verfahrensrahmen werden überwiegend positiv gesehen; dies gilt insbesondere für die Erhöhung der zweiten Inlandsumsatzschwelle. Es ist auch zu begrüßen, dass der Entwurf die Notwendigkeit erkennt, in bestimmten Fallkonstellationen auch solche Zusammenschlüsse prüfen zu können, welche die allgemeinen Aufgreifschwelle nicht erreichen. Die vorgeschlagene Regelung des § 39a GWB bedarf aber noch Ergänzungen, um wirklich effektive Instrumente für wettbewerblich problematische Aufkäufe auf regionalen Märkten oder in der digitalen Wirtschaft bereitzustellen (hierzu unter F.).

Bedauerlich ist schließlich, dass der Entwurf trotz der Ergebnisse der Sektoruntersuchungen im Bereich Verbraucherschutz keine Durchsetzungsbefugnisse für das Bundeskartellamt zur Abstellung von Verstößen gegen verbraucherschutzrechtliche Regelungen enthält (hierzu unter G.).

A. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht

Der Referentenentwurf enthält wichtige und gut begründete Neuerungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht, mit denen die kartellrechtlichen Instrumente besser auf die besonderen Herausforderungen abgestimmt werden, die sich im Zusammenhang mit Märkten und Unternehmen der digitalen Wirtschaft ergeben.

Bereits mit der letzten Novelle waren hier erste Anpassungen vorgenommen worden, insbesondere die Klarstellung zu unentgeltlichen Märkten in § 18 Absatz 2a GWB und die Aufnahme besonderer Marktmachtkriterien für mehrseitige Märkte und Netzwerke in § 18 Absatz 3a GWB. Seit Inkrafttreten dieser Änderungen im Juni 2017 hat sich die rechtspolitische Debatte in Deutschland und Europa weiter entwickelt und es sind neue Erkenntnisse aus der behördlichen Praxis wie auch aus einer Reihe von Studien und Gutachten hinzugekommen. Hieran orientiert sich der Entwurf und adressiert in überzeugender Weise zentrale Problemlagen.

I. Ausdrückliche Aufnahme der „Intermediationsmacht“ von Plattformen

Die von digitalen Plattformen erbrachten Vermittlungsdienstleistungen können für den Zugang zur jeweils anderen Marktseite so wichtig sein, dass die Marktmacht der Plattform in besonderer Weise erstarkt und Abhängigkeiten auf Seiten der Nachfrager der Vermittlung entstehen. Auch wenn diese „Gatekeeper“-Rolle bereits im geltenden Recht berücksichtigt werden kann, ist ihre ausdrückliche Aufnahme mit der neuen Kategorie der sog. Intermediationsmacht als Marktmachtfaktor in § 18 Absatz 3b GWB zu begrüßen. Dies trägt der Bedeutung des Phänomens Rechnung und erleichtert die Prüfung. Sinnvoll ist auch, dass eine vergleichbare Ergänzung in § 20 Absatz 1 GWB erfolgt, da die Intermediationsmacht auch unterhalb der Marktbeherrschung zu besonderen Abhängigkeitslagen führen kann.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes wäre es allerdings bedenkenswert, die Intermediationsmacht innerhalb von § 18 GWB in den allgemeinen Katalog des Absatz 3 zu überführen, wo bislang in Nummer 3 bereits der eigene Zugang des Unternehmens zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten genannt ist. Damit würden beide Aspekte in unmittelbarem Zusammenhang miteinander geregelt, was insoweit sinnvoll sein könnte, als dass sie

zusammen spielen und sich gegenseitig verstärken können. Dies ist insbesondere bei Hybrid-Plattformen der Fall, die einerseits Dritten den Zugang vermitteln, andererseits aber auch selbst als Händler einen bevorzugten Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten haben können.

II. Klarstellungen in § 19 GWB

Das Bundeskartellamt begrüßt die vom Referentenentwurf vorgeschlagene Klarstellung zur Kausalität in der Generalklausel des § 19 Absatz 1 GWB. Eine deutliche Aussage des Gesetzgebers kann hier einem zu engen Verständnis entgegen wirken, das insbesondere den Anwendungsbereich des Konditionenmissbrauchs übermäßig beschneiden würde. Mit der Klarstellung wäre ein überzeugendes Signal dahingehend verbunden, dass auch auf den mit der 9. GWB-Novelle explizit ins Gesetz aufgenommenen, unentgeltlichen Märkten (§ 18 Absatz 2a GWB), auf denen eine Anwendung des in § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB genannten Vergleichsmarktkonzepts und die Feststellung einer sogenannten „Verhaltenskausalität“ regelmäßig nicht in Betracht kommt, ein Vorgehen gegen unangemessene Geschäftsbedingungen möglich sein soll.

Die Neufassung des § 19 Absatz 2 Nummer 4 GWB bringt den Tatbestand besser in Einklang mit der europäischen Praxis und Rechtsprechung zu wesentlichen Einrichtungen und dürfte die Anwendung erleichtern. Hilfreich ist auch die Klarstellung, dass der Zugangsanspruch sich auf Daten beziehen kann. Dies ist an hohe Voraussetzungen geknüpft, kann aber im Einzelfall angemessen sein, wenn der Datenzugang unerlässlich ist, um einen wirksamen Wettbewerb auf anderen Märkten zu gewährleisten. Zu begrüßen ist, dass in der Begründung klargestellt werden soll, dass aus Sicht des Datenschutzrechts kein zusätzlicher Rechtfertigungsgrund für eine Verarbeitung personenbezogener Daten geschaffen werden soll. Der Zugang kann nur im Rahmen des geltenden Datenschutzrechts erfolgen.

III. Verschärfte Anforderungen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB)

Die in § 19a GWB vorgesehene Einführung einer Möglichkeit, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb besondere Verhaltenspflichten aufzuerlegen, stellt aus Sicht des Bundeskartellamts eine sinnvolle Weiterentwicklung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht dar. Die Vorschrift ermöglicht es, bestimmte Behinderungspraktiken insbesondere von sehr großen Digitalunternehmen besser und gegebenenfalls auch auf noch nicht beherrschten Märkten aufzugreifen. Dies kann dazu beitragen, die betreffenden Märkte für den Wettbewerb offen zu halten und damit Innovationen und Wahlmöglichkeiten der Verbraucher zu schützen.

Die in § 19a Absatz 2 GWB aufgenommenen Tatbestände beschreiben aus Sicht des Bundeskartellamts praxisrelevante Problemlagen und Verhaltensweisen, von denen bei solchen marktübergreifend bedeutsamen Unternehmen ein besonderes Gefährdungspotential für den Wettbewerb ausgeht. Ob die konkrete Ausgestaltung der Eingriffsvoraussetzungen jeweils hinreichend klar und problemgerecht gefasst ist, wird angesichts ihrer Neuartigkeit erst die Praxis zeigen können. Aus Sicht des Bundeskartellamts könnte bspw. noch überlegt werden, statt an eine Behinderung von Interoperabilität und Datenportabilität daran anzuknüpfen, ob ein Normadressat durch sein Verhalten die parallele Nutzung mehrerer Dienste desselben oder benachbarter Märkte erschwert oder den Wechselaufwand der Nutzer erhöht. Damit würden die zu verbietenden Verhaltensweisen etwas konkreter gefasst und die kartellrechtliche Bedeutung der jetzt im Entwurf vorhandenen Begrifflichkeiten unter dem Gesichtspunkt einer künstlichen Schaffung oder Erhöhung von Marktzutrittsschranken konkretisiert. Zugleich könnte ein solcher Tatbestand die Funktion des parallel vorgeschlagenen § 20 Abs. 3a GWB mit abdecken, weil er auch Verhaltensweisen wie bspw. Exklusivitätsbindungen oder -rabatte erfassen kann.

Die Neuartigkeit der Eingriffsbefugnis ergibt sich jenseits der konkreten Tatbestände auch daraus, dass im Rahmen von Absatz 2 das Verhalten von Normadressaten auf allen Märkten in den Blick genommen werden kann, ohne etwa eine Übertragung von Marktmacht von einem beherrschten auf einen noch nicht beherrschten Markt darlegen zu müssen. Eine wesentliche Erleichterung für die Verfahrensführung besteht zudem darin,

dass die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung eines erfassten Verhaltens auf das jeweilige Unternehmen verlagert wird. Dies ist sinnvoll, weil solche Umstände vielfach der Unternehmenssphäre entstammen und Unternehmen ansonsten häufig keinen hinreichenden Anreiz haben, die abgefragten Informationen fristgerecht und vollständig zu liefern.

Andererseits sind die neuen Eingriffsbefugnisse zu Recht an hohe Hürden geknüpft. Der Nachweis der Normadressatenstellung bedarf einer umfassenden Prüfung der Marktstellung, der Ressourcen und der wettbewerblichen Bedeutung des Unternehmens. Die in der Begründung enthaltene Einschätzung, dass nur eine begrenzte Zahl von Unternehmen die Schwelle der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ erreichen, dürfte zutreffend sein.

Nachvollziehbar ist es auch, die Verbotstatbestände des Absatzes 2 in einem ersten Schritt als echte Missbrauchsaufsicht auszugestalten, d.h. sie erst durch eine behördliche Verfügung im Hinblick auf konkrete Verhaltensweisen und Märkte zu aktivieren. Dies gibt potentiell betroffenen Unternehmen große Rechtssicherheit, weil die besonderen Anforderungen des § 19a GWB erst mit einer Feststellungsverfügung nach Absatz 1 und einer gegebenenfalls damit verbundenen Untersagungsverfügung nach Absatz 2 wirksam werden. Zuvor drohen den Unternehmen insoweit weder Bußgelder noch zivilgerichtliche Klagen.

IV. Fortentwicklung des § 20 GWB

Die Erweiterung von § 20 Absatz 1 GWB, der den Missbrauch relativer Marktmacht verbietet, auch auf den Schutz solcher Unternehmen, die nicht KMU sind, ist sinnvoll. Gerade von digitalen Plattformen können im Einzelfall auch große Unternehmen abhängig sein. Dabei wäre aus Sicht des Bundeskartellamtes die gesetzliche Klarstellung, dass wechselseitige Abhängigkeiten nur dann der Norm unterfallen, wenn zwischen ihnen ein deutliches Ungleichgewicht besteht, nicht unbedingt erforderlich. Dies ergibt sich bereits in hinreichender Eindeutigkeit aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen „Edeka-Hochzeitsrabatte“ (Beschluss vom 23. Januar 2018, KVR 3/17), auf die in der Begründung zu Recht verwiesen wird.

Die neue Regelung zur datenzugangsbedingten Abhängigkeit in Absatz 1a ist ein weiteres Instrument, um datenbasierte Machtpositionen besser zu adressieren. Die Norm kann aber mit weitreichenden Eingriffsrechten in Geschäftsmodelle einhergehen und sollte daher, wie in der Begründung angelegt, mit einer sorgfältigen Prüfung aller betroffenen Interessen im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zur Anwendung gebracht werden. Auch hier ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber klarstellen möchte, dass die Herausgabe der Daten im Einklang mit dem Datenschutzrecht stehen muss und ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch keine neue Rechtsgrundlage für eine Rechtmäßigkeit der Datenweitergabe schaffen soll.

Der neu eingeführte § 20 Absatz 3a GWB soll ausweislich der Gesetzesbegründung ein Instrument bieten, mit dem Praktiken von Unternehmen, die darauf zielen, Märkte mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln zum „Tipping“ zu bringen, frühzeitig begegnet werden kann. Erfasst werden dementsprechend bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, welche die Schwelle zur Marktbeherrschung noch nicht überschritten haben, jedoch bereits eine überlegene Marktmacht aufweisen. Dies beruht auf dem zutreffenden Gedanken, dass eine „Wiederbelebung“ des Wettbewerbs auf bereits beherrschten oder sogar „gekippten“ Netzwerk- oder Plattformmärkten schwierig oder unmöglich sein kann. Allerdings ist zu beachten, dass diese Märkte auch unabhängig von missbräuchlichen Handlungen allein durch ihre besonderen Eigenschaften (insb. Netzwerk- und Skaleneffekte) erhebliche Vermachtungstendenzen aufweisen können. Solange der „Kampf um den Markt“ noch offen ist, dürfte es zudem eine erhebliche Herausforderung darstellen, diejenigen Unternehmen und Verhaltensweisen zu bestimmen, von denen eine „Tipping“-Gefahr ausgeht. Es ist insoweit anzuerkennen, dass der Tatbestand nicht ein drohendes „Tipping“ verlangt, sondern bereits die ernstliche Gefahr einer nicht unerheblichen Einschränkung des Leistungswettbewerbs ausreichen lässt. Dennoch bleibt abzuwarten, welche Rolle dieses Instrument bei der wettbewerblichen Aufsicht über digitale Märkte spielen kann.

B. Beschleunigung von Verwaltungsverfahren

I. Einstweilige Maßnahmen

Das Bundeskartellamt begrüßt die geplante Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen für einstweilige Maßnahmen (§ 32a GWB). Solche Maßnahmen können in geeigneten Fällen sinnvoll sein, um zu verhindern, dass Unternehmen mit Behinderungspraktiken ihre Marktposition zementieren, den Marktzugang erschweren und so den Wettbewerb nachhaltig schwächen oder Wettbewerber verdrängen. Zugleich ist darauf hinzuweisen, dass einstweilige Maßnahmen auch künftig eher bei relativ klaren Sachverhalten und erprobten Schadenstheorien in Betracht kommen werden und eher nicht geeignet sind, um in komplexen Fällen mit neuartigen Fragestellungen und weitgehenden Eingriffen in das Geschäftsmodell der betroffenen Unternehmen die Verfahrensdauer zu verringern.

Die bisherige Regelung war im Hinblick auf den zu erwartenden wettbewerblichen Schaden an sehr hohe Hürden geknüpft. Zu Recht differenziert die vorgeschlagene Norm nunmehr zwischen dem Schutz des Wettbewerbs insgesamt und dem Schutz einzelner Unternehmen und legt an letztere Kategorie einen höheren Maßstab an. Ebenso ist es positiv zu sehen, dass die Norm nunmehr auch eine klare Regelung dazu enthalten soll, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Verstoß gegeben sein muss und dadurch die Anwendbarkeit erleichtert.

II. Anhörung und Akteneinsicht

Schnelle und effiziente Verfahren bedürfen klarer Verfahrensregeln. Das Bundeskartellamt unterstützt daher die Aufnahme einer ausdrücklichen Klarstellung in § 56 Absatz 1 GWB, wonach die Anhörung in Kartellverwaltungsverfahren auch mündlich erfolgen kann, wenn die Umstände eines Falles dies erfordern.

Sinnvoll ist vor diesem Hintergrund auch die Aufnahme von speziellen Bestimmungen zur Akteneinsicht von Verfahrensbeteiligten und Dritten in § 56 Absatz 3 GWB. Hierdurch werden Rechtsunsicherheiten beseitigt und der Gleichlauf mit den zur Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie eingeführten Regeln im Bußgeldverfahren sichergestellt. Daneben wird die Art und Weise der Akteneinsicht geregelt und hierbei auch die einzuführende

Möglichkeit der elektronischen Aktenführung berücksichtigt. Die Versagungsgründe sind in Anlehnung an bestehende Vorschriften geregelt und beinhalten insbesondere den Schutz des Beratungsgeheimnisses in den als Kollegialorgan organisierten Beschlussabteilungen.

Zu begrüßen ist ferner die bereits aus § 165 Absatz 3 GWB bekannte Möglichkeit zur Aufforderung zur Kenntlichmachung von Geschäftsgeheimnissen, die einen Beitrag zur Beschleunigung der Verfahrensführung leisten kann.

C. Gesetzlicher Auftrag und Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

Der Referentenentwurf erweitert die gesetzlichen Aufgaben der Monopolkommission, die nicht mehr nur die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle, sondern die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften insgesamt würdigen soll. Damit vollzieht der Gesetzgeber die ohnehin geübte Praxis der Monopolkommission nach, sich auch zu Kartell- und Missbrauchsverfahren zu äußern. Dies ist jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit zu begrüßen.

Daneben wird die Akteneinsicht der Monopolkommission mit Blick auf die außerhalb des GWB geregelten Sektorgutachten erweitert und klargestellt, dass von der Akteneinsicht grundsätzlich auch die Auswertung von in elektronischer Form vorliegenden Daten erfasst ist. Diese Weiterung kann – genau wie das bestehende Akteneinsichtsrecht – aus Sicht des Bundeskartellamtes aber nur so weit gehen, wie die Akteneinsicht bzw. die Datenauswertung dem Zweck dient, das jeweilige kartellbehördliche Verfahren im Sinne einer ex-post-Evaluierung zu würdigen. Dagegen ist es keine Aufgabe der Monopolkommission, bei der Entscheidungsfindung der Kartellbehörden in laufenden Verfahren mitzuwirken.

Vor diesem Hintergrund weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass die nunmehr vorgenommenen Weiterungen zum Anlass genommen werden sollten, auch die Zweckbindung des Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission klarzustellen. Der Aufgabe der Würdigung abgeschlossener Verfahren entsprechend ist auch die damit verbundene Akteneinsicht grundsätzlich erst nach Abschluss des jeweiligen Verfahrens erforderlich. Sie ist regelmäßig auch dann erst sinnvoll möglich, weil die Akte zuvor nicht vollständig ist. Noch entscheidender ist jedoch, dass auch die Einsicht in elektronische Datensätze, die die Monopolkommission bereits nach bisheriger Praxis erhält, einer strikten Zweckbindung unterliegt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kartellbehörden die bei ihnen vorliegenden, verfahrensbezogenen Datensätze regelmäßig mit Ermittlungsinstrumenten erlangen, deren Rechtmäßigkeit an die Erforderlichkeit der Daten für die konkrete kartellbehördliche Aufgabe knüpft. Demgegenüber hat die Monopolkommission in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, es sei zulässig, dass „auch Stellungnahmen zu aktuel-

len wettbewerbspolitischen Fragen mit den im Bundeskartellamt verfügbaren Daten erstellt werden.“ (Hauptgutachten XIX, Rn. 160). Ein solch weites Verständnis des Akteneinsichtsrechts würde aber nicht nur die Grenzen der mit der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage zur Auskunftseinholung verbundenen Zweckbindung überschreiten, sondern auch den berechtigten Interessen der Unternehmen, deren Daten in einem bestimmten Verfahren erhoben wurden, in keiner Weise Rechnung tragen. Es sollte daher unbedingt klargestellt werden, dass auch die Auswertung elektronischer Datensätze nur zu dem Zweck erfolgen darf, die von der Kartellbehörde mit den jeweiligen Daten und im jeweiligen Verfahren durchgeführten Analysen zu würdigen. Dies gilt insbesondere auch für die Durchführung weitergehender Analysen mit verfahrensbezogenen Daten, wie etwa der Zuspiegelung von Drittdaten. Hier ist ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass verfahrensbezogene Daten nicht etwa als Grundlage für sonstige, allgemeine wettbewerbspolitische Untersuchungen zweckentfremdet werden. Wegen der besonderen Sensibilität der von den Kartellbehörden erhobenen Daten, die regelmäßig unternehmensindividuell und von hohem Detailgrad sind und in großem Umfang Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, sollten diese auch nur vor Ort bei der Kartellbehörde eingesehen werden.

D. Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1

Aus Sicht des Bundeskartellamtes hätte mit der Umsetzung der ECNplus-Richtlinie eine Gelegenheit für eine grundsätzliche Umgestaltung des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens wahrgenommen werden können. Denn gute Gründe sprächen für eine Überführung in ein einheitliches Verwaltungsverfahren nach europäischem Vorbild, begleitet von besonderen Regeln zur Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen.¹

Im bestehenden System werden von dem Entwurf jedoch äußerst wichtige Verbesserungen vorgenommen, die den Anforderungen der Richtlinie weitgehend gerecht werden. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Stärkung der Ermittlungsbefugnisse und der Stellung der Kartellbehörden im gerichtlichen Verfahren.

I. Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden

Das Bundeskartellamt begrüßt ausdrücklich die im Referentenentwurf vorgesehene Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, die insbesondere für Bußgeldverfahren relevant wird.

Nach Artikel 8 der Richtlinie (EU) 2019/1 sollen die Kartellbehörden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – verpflichten können, alle für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV erforderlichen Informationen innerhalb einer festgesetzten und angemessenen Frist zu erteilen. Nach Artikel 6 der Richtlinie (EU) 2019/1 können auch im Rahmen von Durchsuchungen Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen verlangt werden. Da die Richtlinie nach europäischem Vorbild nicht zwischen Untersagungs- und Bußgeldverfahren differenziert, beziehen sich diese Vorgaben im deutschen Recht auf beide Verfahrenstypen.

Durch die entsprechende Neufassung der § 59 GWB und § 59b GWB sowie den Verweis in § 81m GWB wird das Instrumentarium der Kartellbehörden sinnvoll erweitert und die Effektivität der Kartellverfolgung gestärkt. In Angleichung an das auf europäischer Ebene

¹ Vgl. die Überlegungen im Zwischenbericht zum Expertenkreis Kartellsanktionen, NZKart 2015, S. 2.

bestehende System müssen Unternehmen künftig an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken, dürfen aber nicht zum Geständnis gezwungen werden. Zu Recht geht der Entwurf davon aus, dass diese Verpflichtung nur dann effektiv umgesetzt ist, wenn auch Unternehmensvertreter und Mitarbeiter zur Mitwirkung verpflichtet werden. Damit ihre Selbstbelastungsfreiheit gesichert bleibt, sieht der Entwurf zu ihren Gunsten ein Beweisverwendungsverbot bzw. das Erfordernis einer Nichtverfolgungszusage vor. Dies stellt aus Sicht des Bundeskartellamtes einen sinnvollen Kompromiss dar, der in Bezug auf die Unternehmen den erforderlichen Gleichlauf mit Europa herstellt, zugleich aber den Besonderheiten des deutschen Systems Rechnung trägt.

Es wird zukünftig abzuwägen sein, ob und inwieweit von den erweiterten Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber Unternehmen Gebrauch gemacht und in der Folge eventuell auf die Verfolgung natürlicher Personen verzichtet werden muss. Die erweiterten Auskunftsverlangen sind als komplementäres Element zu den bereits vorhandenen Ermittlungsmöglichkeiten anzusehen. Es gibt Fallkonstellationen, in denen die bisherigen Instrumente des Bundeskartellamtes für eine effektive Verfahrensführung unzureichend waren. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo umfangreiche Ermittlungen der Marktmechanismen und Marktverhältnisse erforderlich werden, wie es für den Bereich der kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren kennzeichnend ist. Gerade für diese Fälle bewirken die zusätzlichen Kompetenzen eine Stärkung der Kartellrechtsdurchsetzung, ohne dass die Rechte natürlicher Personen unverhältnismäßig eingeschränkt würden.

II. Bußgeldvorschriften

Auch im Bereich der Bußgeldvorschriften enthält der Entwurf verschiedene Neuerungen. So sind neue Regeln in Bezug auf Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen vorgesehen (§§ 81b, 81c Absatz 4 GWB). Danach können solche Geldbußen sich in der Höhe nach dem Gesamtumsatz der auf dem betroffenen Markt tätigen Mitglieder richten und bei fehlender Zahlungsfähigkeit der Vereinigung auch direkt bei den Mitgliedern eingetrieben werden. Diese Regelung erscheint zunächst fremd, entspricht aber den Vorgaben der Richtlinie und geht zurück auf ein Vorbild in den Befugnissen der Europäischen Kommission (Artikel 23 Absatz 2 und 4 VO 1/2003), das bisher allerdings keine größere praktische Relevanz erlangt hat.

Entsprechend den Anforderungen der Richtlinie sieht der Entwurf in § 81c GWB umsatzbezogene Sanktionen für Verfahrensverstöße vor und orientiert sich in der Höhe an dem für die Europäische Kommission geltenden Rechtsrahmen (Artikel 23 Absatz 1 VO 1/2003). Aus Sicht des Bundeskartellamtes handelt es sich hierbei um eine sinnvolle Angleichung, mit der die Effektivität der Ermittlungsbefugnisse gestärkt und dem Gedanken der Ahndungsempfindlichkeit besser als bisher Rechnung getragen wird.

Von der Richtlinie nicht verlangt sind hingegen die in § 81d Absatz 1 GWB aufgenommenen Ergänzungen zur Bußgeldzumessung bzw. den dabei insbesondere in Betracht kommenden Umständen. Auch wenn es in Einzelfällen zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Bußgeldhöhe im Vergleich zwischen behördlichem und gerichtlichem Verfahren gekommen ist, so besteht doch weitgehende Einigkeit über die grundsätzlich relevanten Gesichtspunkte. Dass es in konkreten Fällen zu unterschiedlichen Gewichtungen kommen kann, liegt – wie die Begründung des Entwurfs zutreffend feststellt – in der Natur des Systems und wird am besten über eine Fortentwicklung der beiderseitigen Praxis adressiert. In der Sache spiegeln die in § 81d Absatz 1 GWB genannten Umstände allerdings weitgehend das bisherige Verständnis wider. Dies gilt auch für die in Einzelfällen bereits erfolgte Berücksichtigung des Nachtatverhaltes des Unternehmens, welches u.a. aus neuen oder verbesserten Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger Zuwiderhandlungen bestehen kann. Vor diesem Hintergrund ist die Aufnahme von Zumessungskriterien zur Bußgeldbemessung ins Gesetz vielleicht nicht zwingend. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist es insoweit aber zu begrüßen, dass von einem Unternehmen getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen nur insoweit berücksichtigungsfähig sind, wie sie nach der Zuwiderhandlung erfolgen. Richtigerweise nicht vorgesehen wird dagegen eine bußgeldmindernde Berücksichtigung bestehender Compliance-Systeme, welche die Kartelltat gerade nicht verhindert haben. Denn dies ließe außer Acht, dass bei Kartelldelikten regelmäßig die Führungsebene involviert ist und durch die Immunitätsgewährung gegenüber Kronzeugen bereits eine weitreichende Honorierung erfolgreicher Compliance erfolgt.

III. Stellung im gerichtlichen Bußgeldverfahren

Ein wichtiger Schritt ist aus Sicht des Bundeskartellamtes die in § 82a GWB vorgesehene Stärkung der Kartellbehörden im gerichtlichen Bußgeldverfahren. Die Bedeutung einer eigenständigen Beteiligung der Kartellbehörde in dem auf seine Entscheidung möglicherweise folgenden gerichtlichen Verfahren hatte der EuGH bereits in seiner „VEBIC“-Entscheidung vom 7. Dezember 2010 (Rs. C-439/08) betont. Sie wurde in Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2019/1 konkretisiert, der verlangt, dass die nationale Verwaltungsbehörde uneingeschränkt befugt sein muss, sich am gerichtlichen Verfahren zu beteiligen und ihr die gleichen Rechte eingeräumt werden müssen wie den öffentlichen Parteien des Verfahrens. Dies ist zudem auch eine Konsequenz und Absicherung der besonderen Stellung der Kartellbehörden, deren Unabhängigkeit Artikel 4 der Richtlinie (EU) 2019/1 garantiert.

Der Referentenentwurf zieht hieraus zunächst die zutreffende Konsequenz, dass für eine eigenständige Überprüfungs- und Einstellungskompetenz der Staatsanwaltschaft im sogenannten Zwischenverfahren kein Raum mehr ist. Mit der angeordneten Nichtanwendung von § 69 Absatz 4 OWiG wird erreicht, dass die Kartellbehörde auch nach Einspruch gegen eine Bußgeldentscheidung zuständige Verfolgungsbehörde bleibt und über den Verfahrensgegenstand entscheidet.

Für das weitere, gerichtliche Verfahren verlangt die Richtlinie zumindest eine Gleichstellung der Kartellbehörde mit der Staatsanwaltschaft. § 82a Absatz 1 Satz 3 GWB normiert daher zutreffend, dass die Kartellbehörde im gerichtlichen Bußgeldverfahren über dieselben Rechte wie die Staatsanwaltschaft verfügt. Im Ergebnis entsteht hierdurch eine parallele Beteiligung zweier gleichberechtigter Verfolgungsbehörden im gerichtlichen Bußgeldverfahren. Da es sich hierbei um eine Konstellation handelt, die dem deutschen Verfahrensrecht bislang fremd ist, wird die Praxis zeigen müssen, ob sich dieses System bewährt. Aufgrund der guten Zusammenarbeit mit der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf in der Vergangenheit ist das Bundeskartellamt allerdings zuversichtlich, die neue Verfahrenskonstellation erfolgreich umsetzen zu können.

IV. Regelungen zum Kronzeugenprogramm

Die in §§ 81h ff. GWB vorgesehene gesetzliche Verankerung des Kronzeugenprogramms ist aufgrund der Vorgaben in Artikel 17 bis 23 der Richtlinie (EU) 2019/1 unumgänglich. Eine weitergehende Konkretisierung durch allgemeine Verwaltungsgrundsätze bleibt jedoch möglich, was § 81h Absatz 5 GWB klarstellt. Diese Verwaltungsgrundsätze können z.B. Angaben zur Bestimmung der Ermäßigung enthalten, für die § 81j GWB keine besondere Höhe vorgibt.

Inhaltlich entspricht die von der Richtlinie geforderte Kodifizierung weitgehend dem bisher vom Bundeskartellamt praktizierten System (vgl. Bekanntmachung Nr. 9/2006 des Bundeskartellamts über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006). Allerdings konnte die Regel, dass der alleinige Anführer eines Kartells für einen Erlass des Bußgelds nicht in Betracht kommt, aufgrund der Vorgaben der Richtlinie nicht aufrechterhalten werden.

Zu bedauern ist auch, dass abweichend von Artikel 23 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2019/1 keine spezielle Regelung zum Schutz von Unternehmensvertretern des Kronzeugen vor strafrechtlicher Verfolgung (§ 298 StGB) geschaffen werden soll. Es blieben nur die allgemeinen Möglichkeiten eines Absehens von der Verfolgung nach § 153 oder § 153a StPO. Da diese den Betroffenen aber nicht die gleiche Rechtssicherheit bieten, können die Anreize zur Stellung eines Kronzeugenantrages bei Submissionskartellen gemindert sein.

Eine solche Regelung wäre auch deswegen äußerst begrüßenswert, weil die Zahl der Kronzeugenanträge beim Bundeskartellamt auffallend rückläufig ist (2016 – 59, 2017 – 37, 2018 – 24, 2019 – 16). Dem Vernehmen nach ist eine solche Entwicklung auch bei anderen europäischen Wettbewerbsbehörden zu verzeichnen. Ein Zusammenhang mit der Umsetzung der europäischen Regeln zum Kartellschadensersatz ist naheliegend. Vor diesem Hintergrund gibt es Anlass, über Anpassungen der Gesetzeslage im Hinblick auf die Schlagkraft der Kronzeugenregelung im GWB nachzudenken.

E. Rechtssicherheit bei Kooperationen, § 32c GWB

Mit Änderungen in § 32c GWB will der Referentenentwurf die für Unternehmen bestehenden Möglichkeiten, eine formelle oder informelle Einschätzung der Kartellrechtskonformität durch die Kartellbehörden zu erlangen, klarstellen und erweitern und damit die Rechtssicherheit, insbesondere in Bezug auf Kooperationen im digitalen Umfeld, erhöhen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes stellt sich – gerade vor dem Hintergrund der gut funktionierenden Praxis in diesem Bereich – aber die Frage, für welche Regelungen ein echter Bedarf besteht und wie sich diese auf die bisherige Beratungspraxis auswirken könnten.

In der Praxis treten Unternehmen bereits jetzt aktiv an das Bundeskartellamt heran, wenn sie kartellrechtliche Unsicherheiten im Hinblick auf Kooperationsvorhaben ausräumen wollen. Dies gilt, mit zunehmender Häufigkeit, insbesondere für gemeinsame Vorhaben in den Bereichen Digitalisierung und Nachhaltigkeit. Das Bundeskartellamt teilt den Unternehmen, die ihm einen bestimmten Sachverhalt zur Kenntnis bringen, dann ggf. mit, dass es nach dem aktuellen Erkenntnisstand sein Aufgreifmessen dahingehend ausübt, kein kartellrechtliches Verfahren einzuleiten bzw. von einer vertieften Prüfung abzusehen (i.d.R. mit einem sog. Vorsitzendenschreiben). Voraussetzung für ein solches Vorsitzendenschreiben ist, dass das Vorhaben hinreichend konkretisiert und damit prüffähig ist. Mit diesem Instrument ist in den vergangenen Jahren bereits einer Vielzahl von Kooperationsvorhaben insbesondere mittelständischer Unternehmen der Weg in eine rechtssichere Umsetzung bereitet worden.

In Absatz 2 soll diese informelle Beratung von Unternehmen durch Vorsitzendenschreiben nunmehr im Gesetz normiert werden. Vor dem Hintergrund, dass die bestehende kartellbehördliche Praxis den Bedürfnissen der Unternehmen bereits sehr umfassend nachgekommen ist, erscheint der Bedarf für eine zusätzliche Normierung unklar. Vor allem bleibt zu hoffen, dass das bislang sehr flexible Instrument des Vorsitzendenschreibens weiter uneingeschränkt genutzt werden kann und seinen informellen Charakter nicht einbüßt.

Absatz 3 gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines nach Absatz 1 und 2 bestehenden Ermessens festzulegen.

Auch hier ist der Bedarf für die Regelung fraglich. Einerseits ist in § 53 Absatz 1 GWB bereits vorgesehen, dass das Bundeskartellamt fortlaufend seine Verwaltungsgrundsätze veröffentlicht, wovon auch Grundsätze über die Ermessensausübung im Rahmen von Entscheidungen nach § 32c GWB gedeckt sein dürften. Andererseits gibt es bislang nur eine begrenzte Fallpraxis zu § 32c GWB, auf die Verwaltungsgrundsätze zurückgreifen könnten.

Der in Absatz 4 ergänzend vorgesehene Anspruch auf eine Entscheidung nach Absatz 1 kann für Unternehmen einen zusätzlichen Anreiz schaffen, den Kontakt zum Bundeskartellamt zu suchen, um eine förmliche Entscheidung nach Absatz 1 zu erlangen. Allerdings ist hierzu anzumerken, dass es unter der bisherigen Rechtslage nicht zu einer vermehrten Ablehnung von Anträgen auf Entscheidungen nach § 32c GWB gekommen ist. Vielmehr haben Unternehmen in der Praxis häufig das flexiblere Instrument des Vorsitzenschreibens bevorzugt. Daneben ist problematisch, dass die Vorschrift Ressourcen des Bundeskartellamtes binden kann, die es bei einer freien Prioritätensetzung, wie sie auch Artikel 4 Absatz 5 der Richtlinie (EU) 2019/1 vorsieht, für andere Fälle verwendet hätte. In komplexen Fällen ist es zudem denkbar, dass nach Ablauf der Frist von sechs Monaten noch keine hinreichenden Erkenntnisse vorliegen, die eine Entscheidung nach Absatz 1 zulassen. Insofern ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die Frist als Sollfrist ausgestalten möchte.

F. Änderungen in der formellen Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt stimmt mit der Einschätzung überein, dass das bestehende System der präventiven Fusionskontrolle insgesamt gut funktioniert und es deshalb keiner grundlegenden Überarbeitung bedarf. Der Referentenentwurf sieht daher zu Recht lediglich einige kleinere Anpassungen vor, die überwiegend zu begrüßen sind.

I. Schwellen

Das Bundeskartellamt unterstützt die im Entwurf vorgesehene Erhöhung der zweiten Inlandumsatzschwelle von 5 auf 10 Millionen Euro. Das deutsche Fusionskontrollregime ist durch niedrige Schwellen gekennzeichnet, die zu einer – auch im Vergleich mit anderen großen Volkswirtschaften – hohen Anzahl von kontrollpflichtigen Transaktionen führen. In der jüngsten Vergangenheit ist die Zahl der Anmeldungen weiter gestiegen und erreichte 2019 mit knapp über 1400 angemeldeten Zusammenschlüssen einen neuen Höchststand.

Zwar ist das Bundeskartellamt in der Lage, unproblematische Zusammenschlüsse mit geringem Aufwand für die Unternehmen und das Amt in kurzer Zeit zu prüfen. Die hohe Anzahl der Fusionskontrollverfahren stellt dennoch eine Belastung für die Wirtschaft und das Amt dar. Das Bundeskartellamt befürwortet daher die Erhöhung der Aufgreifschwelle und die damit verbundene Entlastung bei der Fallzahl.

Zugleich stellt das Bundeskartellamt fest, dass es immer wieder prüfungswürdige Fälle gibt, die nicht die Schwellen der Fusionskontrolle erreichen. Die vorgesehene Erhöhung der zweiten Inlandumsatzschwelle von 5 auf 10 Millionen Euro dürfte diesen Befund weiter verstärken. Daher sieht das Bundeskartellamt die Notwendigkeit, eine Möglichkeit dafür vorzusehen, in Ausnahmefällen auch solche Zusammenschlüsse zu prüfen, die die Schwellen nicht erreichen. Mit einer Kombination von Schwellenerhöhung und der Befugnis zur Prüfung von Unterschwellen-Fällen im Einzelfall könnte eine bessere Fokussierung der Fusionskontrolle erreicht werden, die die Ressourcen des Bundeskartellamtes besser auf prüfungswürdige Fälle zuweist.

Die vorgeschlagene Regelung des § 39a GWB greift diesen Gedanken auf, indem sie ermöglicht, gezielt solche Erwerbe kleinerer Zielunternehmen zu prüfen, bei denen das Bundeskartellamt klare Hinweise auf wirtschaftlich relevante Wettbewerbsbeeinträchtigungen hat. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Großunternehmen in einer mittelständisch geprägten, durch regionale Märkte gekennzeichneten Branche bereits mehrere kleine Unternehmen aufgekauft hat. Durch eine solche Praxis können Strukturen aufgebaut werden, mit denen mittelständische Wettbewerber kaum noch konkurrieren können. Die vorgeschlagene Vorschrift könnte vor diesem Hintergrund dazu beitragen, zu verhindern, dass etwa im Bereich der Entsorgung, in der Bauwirtschaft oder auf anderen Regionalmärkten eine bereits bestehende marktstarke Position weiter kontrollfrei ausgebaut werden kann. So würden durch die Vorschrift insbesondere kleine und mittlere Unternehmen geschützt. Die vorgeschlagene Umsatzschwelle von 2 Millionen Euro stellt dabei sicher, dass Kleinstfälle nicht erfasst werden. Die vorgeschlagene Zweidrittelklausel gewährleistet einen ausreichenden lokalen Nexus.

In der Praxis ist davon auszugehen, dass die Vorschrift insbesondere auf regionalen Märkten zum Zuge kommen wird. Dagegen ist nicht zu erwarten, dass die neue Vorschrift auch im Bereich der Digitalwirtschaft eine breite Anwendung finden wird. Denn selbst wenn das Bundeskartellamt große Digitalunternehmen gemäß § 39a Absatz 1 GWB durch Verfügung zur Anmeldung aufforderte, werden bei Erwerben mit einem Umsatz unterhalb der allgemeinen Schwellen typischerweise die Voraussetzungen des § 39a Absatz 2 GWB in Bezug auf die erforderlichen (inländischen) Umsatzerlöse nicht gegeben sein. Für diese Fallgruppe bleibt weiter die Transaktionswertschwelle des § 35 Absatz 1a GWB einschlägig. Auch im Bereich der Regionalmärkte bleiben Zweifel, ob die vorgeschlagene Regelung des § 39a GWB ihren angestrebten Zweck tatsächlich erreichen kann. Beim Erwerb kleinerer, regional tätiger Unternehmen werden die betroffenen Märkte in vielen Fällen regional abzugrenzen sein und Bagatellmärkte darstellen. Es ist daher auch hier zu befürchten, dass ein erheblicher Teil der von der neuen Vorschrift erfassten Fälle zwar vom Bundeskartellamt geprüft werden kann, ein Eingreifen aber nicht möglich ist, weil die Bagatellmarktschwelle von nunmehr 20 Millionen Euro unterschritten wird. Daher sollten die unter § 39a GWB zu prüfenden Fälle, wie bereits solche,

in denen sich die Anmeldepflicht aus der Transaktionswertschwelle ergibt, aus der Bagatellmarktklausel ausgenommen werden. Darüber hinaus kann die Regelung des vorgeschlagenen § 39a GWB nur auf solchen Märkten zum Zug kommen, die vom Bundeskartellamt bereits beobachtet werden und auf denen sich ein wettbewerbliches Problem bereits abzeichnet, bevor von der Norm ggf. erfasste Zusammenschlüsse angemeldet werden. Um effektiv wirken zu können, müsste die Anmeldepflicht zudem an den Erlass der Entscheidung nach Absatz 1 und nicht erst an ihre Bestandskraft anknüpfen. Andernfalls hätten betroffene Unternehmen uneingeschränkt die Möglichkeit, wettbewerblich problematische Zusammenschlussvorhaben während eines laufenden gerichtlichen Beschwerdeverfahrens bereits zu vollziehen.

Alles in allem stellt die vorgeschlagene Regelung zwar einen Schritt in die richtige Richtung dar und erlaubt dem Bundeskartellamt eine Kontrolle von wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlüssen unterhalb der Aufgreifschwelen. Sie ist aber in der jetzt vorgeschlagenen Form nicht ausreichend, um die wesentlichen, möglicherweise bedenklichen Unterschwellen-Fälle zu erfassen.

Die vorgeschlagene Regelung des § 39a GWB betrifft zudem, wie schon die Einführung der Transaktionswertschwelle in § 35 Absatz 1a GWB durch die 9. GWB-Novelle, allein die Aufgreifkriterien, also die Frage, welche Fälle beim Bundeskartellamt anzumelden sind und einer Prüfung unterzogen werden. Gerade im Hinblick auf mögliche neuartige Gefährdungen des Wettbewerbs im Bereich der Digitalwirtschaft, wie sie etwa bei Akquisitionen durch Unternehmen im Sinne des neuen § 19a GWB denkbar sind, sind aber gesetzgeberische Überlegungen auch im Bereich der Eingreifkriterien angezeigt, etwa im Hinblick auf die Anforderungen an den Nachweis oder die Eintrittswahrscheinlichkeit einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

II. Bagatellmarktklausel

Die vorgeschlagene Neufassung der Bagatellmarktklausel in § 36 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 GWB ist insofern zu begrüßen, als sie die bestehenden Unsicherheiten bei der Anwendung der Vorschrift in Fällen beseitigt, in denen die Untersagungs Voraussetzungen auf mehreren kleinen Märkten vorliegen. Wenn die Volumina dieser Märkte insgesamt über

der Bagatellmarktschwelle liegen, ist künftig eine Untersagung möglich, auch wenn keiner der einzelnen Märkte ein Volumen über der Bagatellmarktschwelle hat und die in der Rechtsprechung in Einzelfällen entwickelten Voraussetzungen für eine „Bündelung“ von Bagatellmärkten nicht vorliegen. Die zusammenfassende Betrachtung wird dem Zweck der Bagatellmarktklausel gerecht, einen Zusammenschluss von der Untersagung auszunehmen, wenn die damit verbundenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen gesamtwirtschaftlich unbedeutend sind. Denn von gesamtwirtschaftlich bedeutenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen ist auch dann auszugehen, wenn sie auf mehreren Märkten auftreten, die zusammen ein hinreichend großes Volumen haben.

Soweit der Referentenentwurf allerdings eine Erhöhung der Bagatellmarktschwelle auf 20 Millionen Euro vorsieht, ist auf die Nachteile einer solchen Erhöhung für den Wettbewerb hinzuweisen. Die Bagatellmarktklausel entfaltet ihre Wirkung erfahrungsgemäß weniger bei Zusammenschlüssen, an denen allein mittelständische Unternehmen beteiligt sind, denn diese Zusammenschlüsse sind häufig mangels Erreichen der Gesamtumsatzschwelle von 500 Millionen Euro gar nicht erst anmeldepflichtig. Wenn jedoch ein Großunternehmen einen mittelständischen Wettbewerber auf einem kleinen Markt erwirbt, der die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel erfüllt, kann das Bundeskartellamt eine mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht verhindern. In der Praxis zeigt sich, dass solche Zusammenschlüsse zum Beispiel in Branchen wie der Entsorgungswirtschaft zu bedenklichen Konzentrationen zum Nachteil der verbleibenden mittelständischen Wettbewerber auf Regionalmärkten führen können. Eine Erhöhung der Bagatellmarktschwelle verschärft dieses schon jetzt zu beobachtende Problem. Ein Erfordernis für die Anhebung der Bagatellmarktschwelle ergibt sich auch nicht aus der künftig voraussichtlich häufiger erfolgenden Zusammenrechnung mehrerer Bagatellmärkte. Denn die zusammengefasste Betrachtung rechtfertigt keine Änderung des Maßstabs für die gesamtwirtschaftliche Bedeutung, sondern ermöglicht lediglich, diese Bedeutung marktübergreifend besser zu erfassen.

III. Internationale Rechnungslegungsstandards

Mit der Neuregelung, wonach Unternehmen, die ausschließlich einen anderen Rechnungslegungsstandard als das HGB verwenden, diesen Standard auch für die Ermittlung

ihrer Umsätze im Sinne des GWB verwenden dürfen, entlastet der Referentenentwurf die Wirtschaft. Bei einem großen Teil der Unternehmen, die an Zusammenschlüssen unmittelbar oder als verbundene Unternehmen nach § 36 Absatz 2 GWB beteiligt sind oder die im Rahmen von Marktermittlungen befragt werden, handelt es sich um ausländische Unternehmen, die ihre Umsätze nicht nach den Vorschriften des deutschen HGB feststellen. Auch für deutsche Unternehmen kann die Neuregelung eine Entlastung bedeuten, wenn sie zur Rechnungslegung nach IFRS berechtigt sind. Da HGB und IFRS-Rechnungslegung in der Regel zu sehr ähnlichen Umsatzangaben führen, sind für die fusionskontrollrechtliche Praxis keine Schwierigkeiten infolge der Neuregelung zu erwarten.

IV. Fristen

Die Verlängerung der Untersagungsfrist aus § 40 Absatz 2 GWB von vier auf fünf Monate ist zu begrüßen. Diese Änderung erleichtert es dem Bundeskartellamt, den gestiegenen Anforderungen an die materielle Prüfung von Zusammenschlüssen durch umfassende Ermittlungen und die Prüfung von ökonomischen Gutachten zu begegnen. In der behördlichen Praxis hat sich gezeigt, dass in vielen Hauptprüfverfahren Verlängerungen der Untersagungsfrist erfolgen, weil die bisher geltende Frist von vier Monaten nicht ausreicht, um alle während des Verfahrens auftretenden, oft von den Zusammenschlussbeteiligten selbst vorgetragenen Aspekte, hinreichend zu untersuchen. Mit der Neuregelung nähert sich die regelmäßige Verfahrensfrist auch der im europäischen Recht geltenden Frist für Verfahren der Europäischen Kommission an.

Allerdings besteht aus Sicht des Bundeskartellamtes keine Veranlassung, die Gesamtdauer aller Fristverlängerungen nach § 40 Absatz 2 Satz 4 Nummer 1 GWB zu begrenzen. Es steht vielmehr zu befürchten, dass sich eine solche Begrenzung zu Lasten der beteiligten Unternehmen auswirkt. In wenigen Fällen kann eine Verlängerung über einen Monat hinaus sinnvoll sein, etwa wenn die Parteien innerhalb der Frist bestimmte Geschäftsbereiche veräußern wollen, um die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen und eine drohende Untersagung abzuwenden. Während dies den Unternehmen eine bessere Chance auf eine Freigabe ihres Vorhabens eröffnet, sorgt das Erfordernis ihrer Zustimmung dafür, dass sie keinem Risiko einer Verfahrensverzögerung gegen ihre Interessen ausgesetzt sind. Gegen eine Begrenzung der Verlängerungsmöglichkeiten

spricht auch ein Vergleich mit der europäischen Praxis. Die nach der Fusionskontrollverordnung bereits geltende Begrenzung von Fristverlängerungen mit Zustimmung der Anmelder verhindert nicht, dass – wie der Referentenentwurf in der Begründung feststellt – Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission, die häufig durch lange Pränotifizierungsgespräche und Fristhemmungen gekennzeichnet sind, signifikant länger dauern als Verfahren des Bundeskartellamtes, für die keine Begrenzung der Fristverlängerungen gilt.

V. Presserechenklausel

Das Bundeskartellamt befürwortet die Reduzierung des Multiplikationsfaktors für Presseumsätze von acht auf vier. Hierdurch werden einige kleinere Zusammenschlüsse im Pressebereich, von denen nicht zu erwarten ist, dass sie zu wettbewerblichen Bedenken führen, aus der Fusionskontrolle fallen. Auf der anderen Seite bleibt sichergestellt, dass Zusammenschlüsse, die unter den Gesichtspunkten des Wettbewerbsschutzes oder des Erhalts der Pressevielfalt von Bedeutung sind, weiterhin geprüft werden können; dies gilt etwa für Erwerbe von Lokalzeitungen durch mittlere oder größere Verlagshäuser.

VI. Sukzessiverwerbe, § 38 Absatz 5 Satz 3

Das Bundeskartellamt befürwortet die Angleichung von § 38 Absatz 5 Satz 3 GWB an das europäische Recht; die Neuregelung verhindert Umgehungen der Fusionskontrolle. Nach der vorgesehenen Streichung des Wortes „erstmals“ kommt es nicht mehr darauf an, in welcher Reihenfolge die fraglichen Erwerbsvorgänge durchgeführt werden. Damit ist es Unternehmen künftig nicht mehr möglich, durch geschickte Aufteilung eines Vorhabens einen wettbewerblich kritischen Teil davon kontrollfrei durchzuführen.

VII. Wegfall der Vollzugsanzeige

Das Bundeskartellamt befürwortet den Wegfall der notwendigen Anzeige des Vollzugs eines freigegebenen Zusammenschlusses. Die Vollzugsanzeige diente ursprünglich zur Konzentrationsbeobachtung. Hierzu erscheint sie nicht mehr erforderlich und auch nicht geeignet. Der Wegfall führt zu einer bürokratischen Entlastung der fusionierenden Unternehmen und des Bundeskartellamts.

G. Verbraucherschutz

Mit der 9. GWB-Novelle erhielt das Bundeskartellamt Befugnisse zur Durchführung von Sektoruntersuchungen, soweit ein begründeter Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften vorliegt, die nach Art und Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern beeinträchtigen. Das Bundeskartellamt hat seitdem drei Sektoruntersuchungen eingeleitet, die solche Verstöße untersuchen und, soweit sie schon beendet sind, auch bestätigt haben. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen haben breite Beachtung gefunden. Zudem besteht in einer breiten Fachöffentlichkeit Übereinstimmung, dass festgestellte Verstöße weiterhin praktiziert werden, weil die Feststellungen nicht mit behördlichen Konsequenzen verknüpft sind und die private Verbraucherrechtsdurchsetzung nicht in jedem Fall wirkungsvoll gegen die Verstöße vorgehen kann. Vor diesem Hintergrund bedauert es das Bundeskartellamt sehr, dass der Entwurf keine Befugnisse für das Bundeskartellamt enthält, die die Abstellung der festgestellten Verstöße ermöglichen würden.