



Bonn, den 23.11.2020

Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle

Das Bundeskartellamt begrüßt den Regierungsentwurf 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 insbesondere ein überzeugender Ansatz für die bessere Erfassung der Wettbewerbsgefährdungen durch solche großen Digitalkonzerne gefunden, denen aufgrund ihrer strategischen Stellung und ihrer Ressourcen eine besondere marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Die Überlegungen, § 19a Absatz 2 GWB über den Regierungsentwurf hinaus noch stärker an die mittlerweile bekannt gewordenen Wertungen und Ansätze auf europäischer Ebene anzulehnen, sind zu begrüßen (hierzu unter A.).

Positiv zu bewerten sind aus Sicht des Bundeskartellamts 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 Regierungsentwurf die Akteneinsicht der Monopolkommission erweitern und zudem klarstellen will, dass hiervon auch die Auswertung elektronischer Daten erfasst ist, macht dies aus Sicht des Bundeskartellamts 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 (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 Inlandsumsatzschwellen. 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. Im Pressebereich werden durch den Regierungsentwurf mit der Halbierung des Presserechenfaktors in Verbindung mit der allgemeinen Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen eine Vielzahl von Zusammenschlussvorhaben aus der fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht herausfallen. Weitergehenden Forderungen nach einer Fusionskontrollausnahme für Pressekooperationen steht das Bundeskartellamt kritisch gegenüber. Ferner besteht im Krankenhausbereich aus Sicht des Bundeskartellamts kein Bedarf für eine Ausnahmeregel für Zusammenschlüsse. Die Fusionskontrolle steht dem gesundheitspolitischen Ziel der Sicherstellung einer hohen Qualität und Innovationstätigkeit in

der Patientenversorgung nicht entgegen, sondern leistet hierzu vielmehr einen eigenen Beitrag (hierzu unter F.).

Bedauerlich ist, dass der Regierungsentwurf trotz der Ergebnisse der Sektoruntersuchungen im Bereich Verbraucherschutz keine Durchsetzungsbefugnisse für das Bundeskartellamt zur Abstellung von Verstößen gegen verbraucherschutzrechtliche Regelungen enthält. Insoweit begrüßt das Bundeskartellamt die Vorschläge des Bundesrates, die die Ausstattung des Bundeskartellamts mit Durchsetzungsbefugnissen – teils im Anschluss an verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen – vorsehen (hierzu unter G.).

Das Bundeskartellamt unterstützt die im Regierungsentwurf vorgesehene Übermittlung von Mengendaten seitens der Tankstellen. Die Mitteilung der Mengendaten erlaubt es der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K), ihren gesetzlichen Auftrag deutlich besser als nur anhand von Preisdaten zu erfüllen (hierzu unter H.).

Schließlich hält das Bundeskartellamt eine nähere Prüfung der vom Bundesrat in seinen Empfehlungen vom 06. November 2020 vorgeschlagenen Erweiterung der in § 29 GWB verankerten besonderen Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft um den Bereich Fernwärme für sinnvoll. Es unterstützt zudem die vom Bundesrat angeregte Verlängerung der Befristung der Vorschrift bis zum Ende des Jahres 2027 (hierzu unter I.).

A. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht

Der Regierungsentwurf 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.

Es wäre allerdings bedenkenswert, die Intermediationsmacht innerhalb von § 18 GWB in den allgemeinen Katalog des Absatzes 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 Regierungsentwurf 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 kommen, 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 die Klarstellung in der Begründung, 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, einem kleinen Kreis von 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 Verhaltensweisen 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 Verbotstatbestände beschreiben aus Sicht des Bundeskartellamts praxisrelevante Problemlagen und Verhaltensweisen, von denen bei solchen marktübergreifend bedeutsamen Unternehmen ein besonderes Gefährdungspotential für den Wettbewerb ausgeht. Zudem begrüßt das Bundeskartellamt die weitergehenden Überlegungen im parlamentarischen Raum, die Tatbestände noch stärker an die inzwischen bekannt gewordenen, auf europäischer Ebene verfolgten Ansätze anzulehnen. Eine Ergänzung der Verbotstatbestände um konkrete Beispiele könnte die dahinterstehenden Schadenstheorien exemplarisch veranschaulichen und dadurch die Rechtssicherheit sowie Effektivität zusätzlich stärken. Dabei ist es sachgerecht, nur einige wenige, teilweise sehr spezifische Beispiele aufzunehmen. Damit würde auch deutlich, dass die Obertatbestände keinesfalls auf die Beispielskonstellationen beschränkt sind, sondern einen breiteren Anwendungsbereich haben. In Ergänzung des bereits im Regierungsentwurf enthaltenen Selbstbevorzugungsverbots wäre es zudem wichtig, auch im Rahmen des § 19a GWB Behinderungsmaßnahmen untersagen zu können, die nicht innerhalb eines Vermittlungs- oder Wettbewerbsverhältnisses erfolgen und damit vor allem auf die Absicherung der Unangreifbarkeit digitaler Ökosysteme oder deren Ausweitung abzielen.

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. Vor diesem Hintergrund ist die Aufnahme eines besonderen „Unbilligkeitskriteriums“ in § 19a Absatz 2 Nummer 3 GWB abzulehnen, gerade auch angesichts der aktuellen Überlegungen, diesen Tatbestand um konkrete Beispiele zu ergänzen, mit denen eine Indizwirkung einhergehen soll.

Der Nachweis der Normadressatenstellung bedarf einer 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“ erreicht, dürfte zutreffend sein.

Sachgerecht 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 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 mit weitreichenden Eingriffsrechten in Geschäftsmodelle einhergehen. Daher sieht die Begründung eine sorgfältige Prüfung aller betroffenen Interessen im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung vor. Es ist sachgerecht, 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 und ob es neben den ggf. im parlamentarischen Verfahren noch stärker ausdifferenzierten Verbotstatbeständen in § 19a Absatz 2 eine eigenständige Bedeutung erlangen 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 Regierungsentwurf 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 sollten die nunmehr vorgenommenen Weiterungen zum Anlass genommen werden sollten, auch die Zweckbindung des Akteneinsichtsrechts – einschließlich der Einsicht in elektronische Datensätze – 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. 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.

D. Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1

Aus Sicht des Bundeskartellamts 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 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 die im Regierungsentwurf 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 und 59b GWB sowie den Verweis in § 82b 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 Bundeskartellamts 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 Bundeskartellamts 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 dem deutschen Sanktionenrecht 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 Bundeskartellamts 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 bei 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 der 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 Bundeskartellamts ist es insoweit zu begrüßen, dass von einem Unternehmen getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen nur im Rahmen des Nachtatverhaltens berücksichtigungsfähig sein können. Richtigerweise nicht vorgesehen wird dagegen eine bußgeldmindernde Berücksichtigung allein wegen bereits bestehender Compliance-Systeme, welche die Kartelltat gerade nicht verhindert haben. Denn dies ließe außer Acht, dass es sich bei Kartelldelikten typischerweise um strategische Delikte handelt, bei denen die Führungsebene involviert ist, und dass durch die Immunitätsgewährung gegenüber Kronzeugen bereits eine weitreichende Honorierung erfolgreicher Compliance erfolgt. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die EU-Kommission bei der Durchsetzung des Kartellverbots Compliance-Maßnahmen in keiner Form bußgeldmindernd berücksichtigt.

III. Stellung im gerichtlichen Bußgeldverfahren

Ein wichtiger Schritt ist aus Sicht des Bundeskartellamts 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 Regierungsentwurf 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 Kronzeugenantrags 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 gäbe es Anlass, über Anpassungen der Gesetzeslage im Hinblick auf die Schlagkraft der Kronzeugenregelung im GWB und auch auf europäischer Ebene nachzudenken.

E. Rechtssicherheit bei Kooperationen, § 32c GWB

Mit Änderungen in § 32c GWB will der Regierungsentwurf 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. Dabei spielte insbesondere der informelle und dadurch flexible Charakter des Vorsitzendenschreibens eine wichtige Rolle.

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.

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.

Aus Sicht des Bundeskartellamts ist fraglich, inwieweit der in Absatz 4 ergänzend vorgesehene Anspruch auf eine Entscheidung nach Absatz 1 für Unternehmen einen zusätzlichen Anreiz schafft, den Kontakt zum Bundeskartellamt zu suchen, um eine förmliche Entscheidung nach Absatz 1 zu erlangen. Denn nach der bisherigen Rechtslage haben Unternehmen in der Praxis regelmäßig das flexiblere Instrument des Vorsitzendenschreibens bevorzugt, sodass es in der Vergangenheit nicht zu einer vermehrten Ablehnung von Anträgen auf Entscheidungen nach § 32c GWB gekommen ist. Zu begrüßen ist dabei, dass der Gesetzgeber die sechsmonatige Entscheidungsfrist als Sollfrist ausgestalten möchte. Denn in komplexen Fällen ist es denkbar, dass nach Ablauf der Frist von sechs Monaten noch keine hinreichenden Erkenntnisse vorliegen, die eine Entscheidung nach Absatz 1 zulassen.

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 Regierungsentwurf 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 Inlandsumsatzschwellen von 25 auf 30 Millionen Euro (1. Inlandsumsatzschwelle) bzw. von 5 auf 10 Millionen Euro (2. Inlandsumsatzschwelle). 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, 2019 wurden knapp über 1400 angemeldete Zusammenschlüssen registriert.

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 Inlandsumsatzschwellen 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, häufig 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 Marktanteilsschwelle des Absatzes 1 Nummer 3 stellt zusammen mit der Umsatzschwelle der Nummer 1 eine entsprechende wirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Unternehmen sicher. Die vorgeschlagene Vorschrift könnte vor diesem Hintergrund dazu beitragen, zu verhindern, dass etwa im Bereich der Entsorgung, in der Bauwirtschaft oder auf anderen mittelständisch oder regional geprägten Märkten eine bereits bestehende marktstarke Position weiter kontrollfrei ausgebaut werden kann. So würden durch die Vorschrift insbesondere kleine und mittlere Unternehmen und der von diesen ausgehende Wettbewerb 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 mittelständisch geprägten Märkten zum Zuge kommen wird. Dagegen ist das Bundeskartellamt skeptisch, ob 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 allerdings 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. Die vorgesehene Anpassung der Bagatellmarktschwelle bringt an dieser Stelle nur geringe Entlastung. Fälle, mit denen auf mehreren Märkten zusammengenommen die Bagatellmarktschwelle überschritten wird, können zwar künftig erfasst werden. Der Aufbau von Marktmacht durch sukzessiven Erwerb von KMU von unterschiedlichen Verkäufern auf eher kleinen, häufig regionalen Märkten kann aber unterhalb der Bagatellmarktschwelle auch künftig nicht kontrolliert werden. 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. Die Regelung, vor der Aufforderung zur Anmeldung eine Sektoruntersuchung durchzuführen, erschwert die Anwendung der Regelung zusätzlich jenseits der ohnehin erforderlichen Begründung der Entscheidung zur Aufforderung zur Anmeldung nach Absatz 1 Nummer 2. Um effektiv wirken zu können, müsste die Anmeldepflicht zudem an den Erlass der Entscheidung nach Absatz 1 und nicht erst an ihre Bestandskraft anknüpfen. Nach der derzeitigen Ausgestaltung haben betroffene Unternehmen uneingeschränkt die Möglichkeit, wettbewerblich problematische Zusammenschlussvorhaben während einer der Verfügung vorangehenden Sektoruntersuchung sowie während eines laufenden gerichtlichen Beschwerdeverfahrens gegen die Anordnung der Anmeldung zu vollziehen. Die Anordnung des Amtes wird daher in vielen Fällen erst mit einer solchen Verzögerung in Kraft treten können, dass die zu befürchtende Vermachtung des Marktes mit dem Instrument der Fusionskontrolle jedenfalls nicht mehr zu verhindern sein wird.

Die vorgesehene Neuregelung erlaubt dem Bundeskartellamt eine Kontrolle von wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlüssen unterhalb der Aufgreifschwelle. In der jetzt

vorgeschlagenen Form ist sie allerdings nicht ausreichend, um die wesentlichen, möglicherweise bedenklichen Unterschwellen-Fälle sachgerecht 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 Änderungen denkbar. Hier sollte nach ersten Erfahrungen mit der Handhabbarkeit von § 19a GWB geprüft werden, ob nicht auch im Bereich der materiellen Eingreifkriterien Verbesserungen möglich sind, die die wettbewerbsschädlichen Effekte der Fusionstätigkeit der großen Digitalkonzerne besser adressieren. So wäre zu prüfen, in welchen Konstellationen etwa die Anforderungen an den Nachweis oder die Eintrittswahrscheinlichkeit einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu senken sind.

II. Bagatellmarktklausel

Die vorgeschlagene Neufassung der Bagatellmarktklausel in § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 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 wirtschaftlich bedeutenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen ist auch dann auszugehen, wenn sie auf mehreren Märkten auftreten, die zusammen ein hinreichend großes Volumen haben.

Die Erhöhung der Bagatellmarktschwelle von 15 auf 20 Millionen Euro ist mit Nachteilen den Wettbewerb verbunden. Entgegen ihrer eigentlichen Zielrichtung entfaltet die Bagatellmarktklausel nur bei wenigen Zusammenschlüssen einen Mittelstandsschutz. Zusammenschlüsse unter Beteiligung mittelständischer Unternehmen sind häufig mangels Erreichen der Gesamtumsatzschwelle von 500 Millionen Euro ohnehin nicht anmeldepflichtig. Wenn allerdings ein Großunternehmen einen mittelständischen Wettbewerber auf einem kleinen Markt erwirbt, der unter die Bagatellmarktklausel fällt, kann das Bundeskartellamt eine mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oftmals nicht verhindern. Solche Zusammenschlüsse haben in der Praxis zum Beispiel in Branchen wie der Entsorgungswirtschaft zu bedenklichen Konzentrationen zum Nachteil der zumeist öffentlichen Nachfrager und der verbleibenden mittelständischen Wettbewerber auf Regionalmärkten geführt. Die Anhebung der Bagatellmarktschwelle wird dieses Problem verschärfen. Ein Erfordernis für die Anhebung der Bagatellmarktschwelle ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der gesetzlichen 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 Regierungsentwurf 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.

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. Fusionsausnahme für Pressekooperationen

Mit der 9. GWB Novelle wurden Kooperationen von Presseverlangern im nicht-redaktionellen Bereich gemäß § 30 Absatz 2b Satz 1 GWB ausgenommen (sog. Presseklausel). Schon diese Ausnahmeregelung erachtete das Bundeskartellamt als ordnungspolitisch nicht überzeugend. Über den vorliegenden Regierungsentwurf hinaus wird nun teilweise gefordert, diesen Ausnahmetatbestand in die Fusionskontrolle zu übertragen und folglich Zusammenschlüsse von Unternehmen im Zeitungs- oder Zeitschriftenbereich von der Fusionskontrolle auszunehmen, wenn der Zusammenschluss den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken.

Begründet wird dieser Vorstoß damit, dass die Presseklausel des § 30 Absatz 2b Satz 1 GWB im Wesentlichen wirkungslos geblieben sei, weil das Bundeskartellamt stets den zwischenstaatlichen Handel als betroffen und damit das EU-Kartellrecht (welches keine solche Kartellrechtsausnahme vorsieht) als anwendbar erachte.

Das Bundeskartellamt steht diesem Vorschlag sehr kritisch gegenüber. Auf der Grundlage des Regierungsentwurfes werden die Unternehmen ohnehin erweiterte Kooperationsmöglichkeiten erhalten; insbesondere wird eine Vielzahl von Zusammenschlussvorhaben aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle herausfallen. Bereits die derzeit bestehenden Kooperationsmöglichkeiten werden von den Unternehmen rege genutzt und auch darüber hinausgehende Kooperationen sind unbeanstandet geblieben (bspw. zuletzt die gemeinsame Anzeigenvermarktung von FAZ und SZ^[1]). Insbesondere profitieren Kooperationen regionaler Tageszeitungen regelmäßig von der Presseklausel.^[2] Zudem hätte eine Ausnahme von der Fusionskontrolle in dem geforderten Sinne weitreichende Konsequenzen, die über die bestehende Presseklausel hinausgehen.

Insgesamt sieht das Amt die ohnehin mit der 10. GWB-Novelle vorgesehenen Änderungen als so weitreichend an, dass weitere Änderungen nicht erforderlich sein dürften, auch im Hinblick auf die Bildung von Gegengewichten in der Plattformwirtschaft.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass eine Fusionskontrollausnahme nicht in jedem Fall zu einer Zulässigkeit des Kooperationsvorhabens führen würde. Denn die Anwendbarkeit des § 1 GWB, Art. 101 AEUV auf wettbewerbsbeschränkende Kooperationen bliebe hiervon unberührt.

^[1] Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 29.10.2020, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2020/29_10_2020_FAZ_SZ.html.

^[2] Bspw. die umfassende regionale Kooperation der Berliner Morgenpost GmbH und des Verlags Der Tagesspiegel GmbH Anfang 2020, Pressemitteilung des Bundeskartellamts abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2020/28_01_2020_Berliner%20Zeitungen.html.

VII. Ausnahme von der Fusionskontrolle für den Krankenhausbereich

Aus Sicht des Bundeskartellamts besteht kein Bedarf für eine Ausnahmeregel für Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich, wie sie in § 186 Absatz 9 des Regierungsentwurfs vorgesehen ist. Krankenhauszusammenschlüsse werden äußerst selten vom Bundeskartellamt untersagt; zwischen 2003 und November 2020 waren dies von insgesamt ca. 330 angemeldeten Transaktionen lediglich sieben Vorhaben. Acht Projekte wurden nach kritischer Bewertung im Rahmen einer informellen Voranfrage letztlich nicht angemeldet. In diesen problematischen Einzelfällen hätte in der Regel die Möglichkeit bestanden, das Ziel der Konsolidierung auf mit dem Wettbewerbsrecht vereinbare Weise zu erreichen, z.B. mit einem anderen Fusionspartner oder im Wege einer zielgerichteten Kooperation.

Über die Einzelfallpraxis hinaus hat sich das Bundeskartellamt mit dem Wettbewerb und der Fusionskontrolle im Krankenhausbereich seit 2016 auch intensiv in seiner Sektoruntersuchung Akutkrankenhäuser auseinandergesetzt. Wichtige Erkenntnisse sind dabei laufend in die Fallpraxis eingeflossen.

Anders als zum Teil behauptet, steht die Fusionskontrolle dem gesundheitspolitischen Ziel der Sicherstellung einer hohen Qualität und Innovationstätigkeit in der Patientenversorgung nicht entgegen, sondern leistet hierzu vielmehr einen eigenen Beitrag. Die den Ländern obliegende Krankenhausplanung stellt sicher, dass es am richtigen Standort ein bedarfsgerechtes Angebot gibt. Ihre Aufgabe ist es, die Einhaltung staatlicher Mindestvorgaben für die Behandlungsqualität sicherzustellen und die krankenhausspezifische Verteilung von Kapazitäten sowie die Allokation staatlicher Ressourcen zu optimieren. Hierbei beachtet sie die Trägervielfalt, kann sie jedoch nicht sicherstellen. Erst die Fusionskontrolle begrenzt die regionale Machtkonzentration eines Trägers über mehrere Standorte und sichert Ausweichoptionen für die Patienten. Solange Krankenhaussträger im Wettbewerb um Patienten stehen, bleibt der Anreiz erhalten, den eigenen Ressourceneinsatz und das Leistungsangebot zu optimieren bzw. durch Innovationen auszubauen und bessere Qualität anzubieten als die Konkurrenz – auch über die Erfüllung staatlicher Mindeststandards hinaus. Die Krankenhausplanungsbehörde kann eine etwaige schädliche Machtkonzentration nicht verhindern, sondern erst bei Unterschreitung der

staatlichen Qualitätsuntergrenze eingreifen. Dies bliebe jedoch letztlich ohne Konsequenz für das Versorgungsangebot in der betroffenen Region, wenn es an alternativen Krankenhausträgern fehlte, denen in diesem Fall neue bzw. weitere Kapazitäten zugewiesen werden können.

Vor diesem Hintergrund begrüßt das Bundeskartellamt, dass die Bundesregierung ausweislich der Gesetzesbegründung grundsätzlich daran festhält, dass Trägervielfalt und Wettbewerb im Krankenhaussektor zum Schutz einer qualitativ hochwertigen Versorgung grundsätzlich aufrechterhalten werden sollen, und die Ausnahmeregel für Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich, welche in den Regierungsentwurf der 10. GWB-Novelle Eingang gefunden hat, in ihrem sachlichen Anwendungsbereich begrenzt und befristet worden ist.

Für eine begrenzte Zeit sollen wettbewerbliche Bedenken hinter das Konsolidierungsziel zurücktreten. Es werden Konzentrationsvorhaben wettbewerbsrechtlich privilegiert, die krankenhauserplanerisch derart wünschenswert sind, dass sie auf Antrag des jeweiligen Landes aus Mitteln des Krankenhausstrukturfonds gefördert werden. Hierbei tragen die begrenzten Mittel des Fonds sowie dessen zeitliche Limitierung zur gebotenen Fokussierung bei.

Positiv zu bewerten ist aus Sicht des Bundeskartellamts, dass die gesetzgeberische Entscheidung für eine Verlängerung oder Änderung der Ausnahmeregel auf eine Evaluierung gestützt werden soll.

VIII. Sukzessiverwerbe

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 „erstmal“ 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.

IX. Wegfall der Vollzugsanzeige

Das Bundeskartellamt befürwortet den Wegfall der notwendigen Anzeige des Vollzugs eines freigegebenen Zusammenschlusses. Die Vollzugsanzeige diene 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 vier Sektoruntersuchungen eingeleitet, die solche Verstöße untersuchen und, soweit sie schon beendet sind, auch bestätigt haben. Die Ergebnisse der drei abgeschlossenen 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 begrüßt das Bundeskartellamt den Vorschlag in BR-Drucksache 568/1/20, der anregt, dass das Bundeskartellamt im Nachgang zu verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchungen nach § 32e Absatz 5 GWB alle erforderlichen Anordnungen treffen können soll, um die festgestellten Missstände abzustellen.

H. Pflicht der Betreiber öffentlicher Tankstellen zur Übermittlung von Mengendaten

Den Kraftstoffpreisen kommt derzeit aufgrund des aktuell verhältnismäßig moderaten Kraftstoffpreisniveaus keine besondere öffentliche Aufmerksamkeit zu. Die Erfahrungen der Vergangenheit zeigen allerdings, dass das Thema bei einem Preisanstieg umgehend wieder in den Fokus rückt. Mit steigenden Preisen steigt regelmäßig auch die Zahl und Intensität der Beschwerden sehr schnell an. Dem damit einhergehenden Handlungsdruck könnte mit den Erkenntnissen, die erst aus Mengendaten gewonnen werden können, wesentlich besser begegnet werden.

Das Bundeskartellamt begrüßt daher ausdrücklich die im Regierungsentwurf vorgesehene Übermittlung von Mengendaten (wöchentliche Übermittlung der viertelstündlichen Absatzmenge je Sorte, tankstellenscharf) seitens der Tankstellen. Die Mitteilung der Mengendaten erlaubt es der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K), ihren gesetzlichen Auftrag – namentlich die Beobachtung des Handels mit Kraftstoffen, um den Kartellbehörden die Aufdeckung und Sanktionierung von Verstößen gegen die §§ 1, 19 und 20 GWB und Art 101 und 102 AEUV zu erleichtern – deutlich besser als nur mit Preisdaten zu erfüllen.

Mengendaten ermöglichen eine bessere Analyse, ob der Kraftstoffmarkt durch wirksamen Wettbewerb oder tendenziell durch ein wettbewerbsarmes „Parallelverhalten“ der Anbieter gekennzeichnet ist. Eine sachlich fundierte Kenntnis des Marktgeschehens ist für alle kartellrechtlichen Verfahrensarten essentiell. Somit könnte die MTS-K mit Hilfe der Mengendaten die Arbeit des Bundeskartellamtes insgesamt effektiver als bisher unterstützen.

Wie aus § 47I Satz 3 GWB folgt, umfasst der gesetzliche Auftrag der MTS-K insbesondere auch die Beobachtung der Situation der mittelständischen Mineralölwirtschaft. Mengendaten erlauben genauere Erkenntnisse über das Wettbewerbsgeschehen im Kraftstoffmarkt insgesamt und insbesondere auch über die tendenziell wettbewerbsfördernde Rolle der mittelständischen Mineralölwirtschaft.

Erst durch die gemeinsame Analyse von Preis- und Mengendaten wird erkennbar, ob und in welchem Ausmaß Kunden auf Preiserhöhungen oder -senkungen tatsächlich mit entsprechenden Wechselbewegungen zu anderen (nahegelegenen) Tankstellen reagieren. Diese Wechselbewegungen sind wesentlich für die Bestimmung der Wettbewerbsintensität im Kraftstoffmarkt. Ein genaues Verständnis des Wechselverhaltens der Kunden und der wettbewerblichen Reaktion der Tankstellenbetreiber hierauf ist maßgeblich für die Aufdeckung einer missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht in Abgrenzung zu legitimen Wettbewerbsverhalten.

Mengendaten ermöglichen erst eine Abbildung und Analyse der tatsächlichen Wechselbewegungen von Kunden zwischen Tankstellen und sind damit entscheidend für eine Erfassung der tatsächlichen, zwischen den Tankstellen objektiv wirksamen Wettbewerbskräfte. Diese Wettbewerbskräfte bilden nicht zuletzt die Grundlage für die kartellrechtliche Marktabgrenzung im Kraftstoffsektor. In sachlicher Hinsicht betrifft diese u.a. die Frage, ob Tankstellen an Bundesautobahnen, Autohöfen und Straßentankstellen einem einheitlichen sachlichen Markt zuzurechnen sind oder ggf. getrennt zu betrachtende Märkte bilden. In räumlicher Hinsicht könnte damit die bisher anhand von vergleichsweise pauschal bestimmten Radien („Erreichbarkeitsmodell“) vorgenommene Marktabgrenzung insbesondere in potentiell kritischen Fusionskontrollfällen weiter verfeinert werden. Auch in dieser Hinsicht würden Mengendaten die effektive Kartellrechtsanwendung im Kraftstoffsektor durch das Bundeskartellamt unterstützen

Mit Mengendaten können ferner bessere Aussagen über mögliche Änderungen des Tankverhaltens der Kunden im Zeitablauf getroffen werden (z.B. systematische Verschiebung des Tankzeitpunkts auf Tageszeiten mit tendenziell niedrigeren Kraftstoffpreisen). Sie könnten daher auch die Bewertung der konkreten Auswirkungen der durch die MTS-K bewirkten erhöhten Preistransparenz beim Verbraucher verbessern.

I. Besondere Missbrauchsaufsicht im Bereich Energiewirtschaft

Das Bundeskartellamt hält eine nähere Prüfung der vom Bundesrat in seinen Empfehlungen vom 06. November 2020 vorgeschlagenen Erweiterung der in § 29 GWB verankerten besonderen Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft um den Bereich Fernwärme für sinnvoll. Es unterstützt die vom Bundesrat angeregte Verlängerung der Befristung der Vorschrift bis Ende 2027, zu regeln in § 186 Absatz 1 GWB.

Eine Erweiterung von § 29 GWB und der mit ihm verbundenen Beweiserleichterungen um die Fernwärme würde insbesondere die Landeskartellbehörden bei ihrer wichtigen Arbeit in diesem Bereich unterstützen. Fernwärmenetze sind regional oder lokal begrenzt und in sich geschlossen; der Fernwärmeversorger hat in seinem Netz regelmäßig eine Monopolstellung inne und für die angeschlossenen Kunden bestehen keine Wechselmöglichkeiten zu einem anderen Fernwärmeversorger. Für die Prüfung eines etwaigen missbräuchlichen Verhaltens des Fernwärmeversorgers sind aufgrund der auf das jeweilige Versorgungsgebiet begrenzten Wirkung des Verhaltens im Regelfall die Landeskartellbehörden zuständig. Diese führen in diesem Bereich diverse Missbrauchsverfahren und gehen zahlreichen Beschwerden nach. Die Bedeutung der Fernwärme wird im Zuge der verstärkten Abwärmenutzung durch Kraft-Wärme-Kopplung im Rahmen der Energiewende zunehmen. Eine effektive Missbrauchsaufsicht würde somit die Energiewende flankieren und deren Akzeptanz steigern.

Aus Sicht des Bundeskartellamts ist eine Verlängerung der Anwendbarkeit des § 29 GWB angezeigt. Die Bereiche der Strom- bzw. Gas-Grundversorgung und des Heizstroms sind unverändert dadurch geprägt, dass der regionale Versorger eine marktbeherrschende Stellung innehat; es bestehen nach wie vor Missbrauchspotenziale. Dies zeigt sich auch darin, dass die Landeskartellbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit in diesen Bereichen Missbrauchsverfahren führen, die auch zu Preissenkungen für die Kunden geführt haben. Aus Sicht des Bundeskartellamts würde ein Auslaufen des § 29 GWB diese Verfahren erschweren.

Eine Verlängerung des § 29 GWB wäre auch für die Tätigkeit des Bundeskartellamts mit Blick auf die Entwicklungen auf dem Stromerstabsatzmarkt von Bedeutung. Eine Anwendung des § 29 GWB könnte künftig insbesondere in Betracht kommen, da das Thema Marktmacht auf dem Stromerstabsatzmarkt perspektivisch wieder von zunehmender Relevanz ist. Nach ersten Analysen des Bundeskartellamts im Fall RWE/.E.ON-Minderheitsbeteiligung (B8-28/19) dürfte der bis Ende 2022 abgeschlossene Atomausstieg dazu führen, dass die Marktmacht von RWE deutlich zunehmen wird und RWE damit eine marktbeherrschende Stellung zuwachsen könnte. Das Bundeskartellamt verfolgt diese Entwicklung über seine Marktmachtberichte sehr genau. Im Fall eines etwaigen Missbrauchsverfahrens wegen Kapazitätszurückhaltung und dadurch hervorgerufener Preis Spitzen wäre insbesondere der durch § 29 GWB explizit ermöglichte Rückgriff auf komparative Elemente zur Begründung des Missbrauchstatbestandes förderlich. Dies illustrieren Verfahren der spanischen Kartellbehörde zu Kapazitätszurückhaltungen. So wäre ein intertemporaler Vergleich der Kraftwerksfahrweise desselben Kraftwerks oder auch ein Vergleich des Einsatzes sehr ähnlicher, gleichartiger Erzeugungsanlagen durch verschiedene Stromerzeugungsunternehmen möglich.

Allgemein ist ein Anstieg der Energiepreise für Endverbraucher zu beobachten. Mit der Erweiterung und Verlängerung der Regelung zur besonderen Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft wäre ein deutliches Signal dahingehend verbunden, dass missbräuchlich überhöhte Energiepreise auch weiterhin einfacher geahndet werden sollen.