

Stellungnahme 11. GWB Novelle

11. GWB-Novelle bedarf erheblicher Nachbesserung und Klärung

- Rechtsschutz erhöhen und Investitionssicherheit in Deutschland erhalten
- Gleichlauf mit DMA und Harmonisierung muss sichergestellt bleiben
- Eingriffstiefe der vorgeschlagenen Änderungen bedürfen der Nachbesserung

Gesamteinschätzung

Der Entwurf für die 11. GWB Novelle schlägt tiefgreifende Änderungen des Kartellrechts vor. Das Gesetzesvorhaben begegnet auch nach wie vor grundsätzlichen Bedenken, da die hier anvisierte Generalbefugnis mangels wettbewerbspolitischen Bedürfnisses nicht verhältnismäßig ist und keine weitreichenden Regelungslücken bestehen. Der Vorschlag wirft zudem europarechtliche Fragen auf.

Wir begrüßen, dass die Novelle (entgegen der ursprünglichen Pläne des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz) nunmehr in einem geordneten gesetzgeberischen Prozess beraten werden soll. Wie in unserer ersten Bitkom Stellungnahme zur GWB-Novelle¹ ausgeführt, waren das angestrebte verkürzte Verfahren und der faktische Ausschluss von Fachkreisen und Verbänden höchst problematisch. Wir begrüßen, dass Expertise aus der Praxis und die Sachkunde der betroffenen Bereiche nun noch einfließen soll.

Dieser Kurs muss nun auch im weiteren parlamentarischen Verfahren unbedingt beibehalten werden. Gesetzgeberische Schnellschüsse sind für derart tiefgreifende Reformvorhaben weiterhin nicht angezeigt. Für die anstehenden Ausschussberatungen ist auch aufgrund der Komplexität der Materie und der Diversität der betroffenen Industrien und der Auswirkungen auf den Industriestandort Deutschland im Gesamten auch dringend eine Expertenanhörung zu empfehlen, wie die bei der 10. GWB-Novelle stattgefunden hat.

Berlin,
10. Mai 2023

Bitkom e.V.

Rebeka Weiß, LL.M.
Leiterin Vertrauen &
Sicherheit
T +49 30 27576-161
r.weiss@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

¹ Die Bitkom Stellungnahme zum Referentenentwurf der 11. GWB Novelle ist hier abrufbar: <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Stellungnahme-11-GWB-Novelle>

Wir möchten auch hervorheben, dass aus unserer Sicht das Bundeskartellamt kein Mandat zur Einführung sektorspezifischer Regulierung erhalten darf. Ob ein Sektor mit ex-ante-Instrumenten reguliert werden soll, ist eine Frage der Wirtschaftspolitik und damit Sache des parlamentarischen Gesetzgebers. Trotzdem will § 32f dem Bundeskartellamt eine Carte Blanche geben, nach eigenem Ermessen neue Regulierungssysteme für ganze Wirtschaftszweige zu schaffen und in die Wirtschaftsfreiheit von Unternehmen einzugreifen, selbst wenn sie sich vollkommen rechtstreu verhalten.

Trotz einiger Nachbesserungen im Detail verfolgt der § 32f auch in der jetzigen Fassung des Regierungsentwurfs diesen zutiefst „unkartellrechtlichen“ Regelungsansatz weiter. Wir halten deshalb unsere grundlegende Kritik an dem Vorhaben ausdrücklich aufrecht und fordern weiterhin die vollständige Streichung des § 32f.

Im Vergleich zum Referentenentwurf stellen wir, was positiv zu bewerten ist, einige Änderungen fest, die zum Teil zu begrüßen sind aber zugleich auch noch zu kurz greifen. Hinsichtlich der Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen in §32f Abs. 3 GWB-E halten wir Nachbesserungen für dringend erforderlich. Die Subsidiarität der neuen Maßnahmen gegenüber vorrangigen Instrumenten des Bundeskartellamts sind bisher im Entwurf deutlich zu schwach geregelt. Entgegen den öffentlichen Aussagen des BMWK liegt hier keine tatsächliche Entschärfung vor, da auch nach dem Regierungsentwurf das BKartA die vorgesehenen Maßnahmen ergreifen kann, wenn die sonstigen Befugnisse der Behörde „Voraussichtlich“ nicht ausreichen. Für diese Feststellung soll laut Gesetzesbegründung eine „kursorische“ Prüfung ausreichen und weitere Ermittlungen seinen ausdrücklich nicht erforderlich. Weiterhin ist die Regelung so konzipiert, dass Maßnahmen an Unternehmen gerichtet werden „können“, die durch ihr Verhalten einen Beitrag zur Störung des Wettbewerbs leisten und aber zugleich auch auf „weitere Unternehmen“ ausgedehnt werden können.

Da jedes legale spürbare Marktverhalten einen Eingriff rechtfertigen kann, führt die neue Einschränkung zu keiner grundlegenden Verbesserung.

Hinsichtlich der Entflechtungsmöglichkeit in §32 Abs 4 GWB-E ist die Löschung der Vorschrift angezeigt, da die Regelung massive Auswirkungen für künftige Investitionen am Standort Deutschland haben wird und die Arbeitsmarktsicherheit gefährdet. Aus eigener Kraft gewachsene marktstarke Unternehmen müssen auch bei legalem Verhalten künftig in Deutschland mit massiven Vermögensverlusten rechnen, die kaum zu kalkulieren oder vorherzusehen sind. Trotz der eingefügten Kompensationsmöglichkeit können Unternehmen Vermögensverluste von bis zu 25% drohen, was einen weitreichenden und in dieser Form unverhältnismäßigen Eingriff darstellen würde.

Vorschläge für missbrauchsunabhängige Entflechtung und strukturelle Eingriffe wirken sich zudem negativ auf die Investitionssicherheit im deutschen Markt aus und belasten dadurch sowohl aufstrebende kleinere Unternehmen als auch international agierende Unternehmen und Konzerne, die global aber dringend wettbewerbsfähig bleiben müssen. Um den Standort Deutschland auch wirtschaftspolitisch zu stärken und nicht noch weiter zu belasten sind erhebliche Investitionen für internes Wachstum notwendig. Die dann aber drohenden missbrauchsunabhängigen Sanktionen gefährden genau solche Investitionen massiv.

Wir begrüßen, dass hinsichtlich der Störung des Wettbewerbs in §32 f Abs 5 GWB-E nun mit Regelbeispielen gearbeitet wird. Unsere bisher bereits geäußerten Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs bleiben jedoch bestehen. Wir halten es für erforderlich, weitere Klärungen aufzunehmen, um auch die Unvorhersehbarkeit der behördlichen Eingriffe abzumildern.

Bezüglich der Vorteilsabschöpfung in §34 Abs 4 GWB-E begrüßen wir, dass wieder eine Orientierung am Verschuldensprinzip eingeführt wurde. Die geplante Beweislastumkehr konterkariert diese Erleichterung jedoch wieder.

Um die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit im Entwurf zu steigern, sollte mehr prozessuale Transparenz in die Sektoruntersuchungsphase eingearbeitet werden und das Bundeskartellamt verpflichtet werden, nach Inkrafttreten der 11. Novelle klare, verbindliche Leitlinien für Sektoruntersuchungen zu entwickeln und zu veröffentlichen.

Das Bundeskartellamt sollte darüber hinaus verpflichtet werden vor der Einleitung einer Sektoruntersuchung den Umfang und den Zeitplan für die jeweilige Untersuchung zu veröffentlichen, um Adressaten Rechtssicherheit zu geben und "mission creep" im Laufe der Sektoruntersuchung vorzubeugen. Für diese Art Transparenz existiert u.a. in der UK für die CMA Sektoruntersuchungen ein Vorbild.

Durch die erhebliche Ausweitung der Kompetenzen des Bundeskartellamts sollte kongruent eine Stärkung des Rechtsschutzes bereits in der Sektoruntersuchungsphase erfolgen. Es ist zwingend notwendig Adressaten bereits in der Sektoruntersuchungsphase zusätzlichen Rechtsschutz zu gewähren und unter anderem die Möglichkeit schon während der Untersuchungsphase zu schaffen, Zugang zur Prozessakte zu bekommen. Auch die Möglichkeit, die Eingaben anderer Adressaten in Antwort auf Diskussionsberichte einzusehen und ggf. reaktiv kommentieren zu können wäre eine angemessene Maßnahme. In der Praxis wird sich das Bundeskartellamt vor allem auf Eingaben von Wettbewerbern stützen, um Störungen in Märkten zu identifizieren. Es ist wichtig, dass hier Transparenz und Erwidermöglichkeiten geschaffen werden, und zwar noch während der Ermittlungsphase, damit Unternehmen, gegen die im Nachgang Folgeermittlungen aufgenommen werden, nicht vor vollendeten Tatsachen in Form eines Sektoruntersuchungsberichts mit allen Folgen des neuen Maßnahmenkatalogs gestellt werden. Vorbilder für solche Regelungen existieren ebenfalls u.a. für die UK CMA Sektoruntersuchungen.

Der Gesetzgeber muss zudem klarstellen, dass Verfügungen nach § 32f ausschließlich für nach Inkrafttreten der Novelle angestoßene, neue Sektoruntersuchungen möglich sein können. Dies ist zwingend notwendig, um Unternehmen den notwendigen Rechtsschutz während der Sektoruntersuchungsphase zu gewähren. Das gleich gilt auch für Verfügungen nach § 32f (2) und (3), für die im Regierungsentwurf nicht einmal die für § 32f (4) Verfügungen zusätzlichen Ermittlungen und Rechtsschutzmöglichkeiten vorgesehen sind. Zudem ist der im Entwurf vorgesehene neue § 187 Abs. 11 zu streichen.

Detailbewertungen

Im Folgenden finden sich ergänzend zur Bitkom Stellungnahme zum Referentenentwurf der 11. GWB-Novelle² unsere Detailbewertungen zu den Vorschlägen aus dem GWB-Regierungsentwurf (GWB-E).

Maßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung

§ 32f GWB-E will dem Bundeskartellamt weiterhin gestatten, Unternehmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung weitreichende Verhaltens- und Strukturmaßnahmen bis hin zu einer Entflechtung aufzuerlegen, ohne dafür einen Kartellrechtsverstoß nachweisen zu müssen. Dem Instrument fehlt damit u.a. die verfassungsrechtliche gebotene Vorhersehbarkeit für die betroffenen Unternehmen. Diese grundsätzlichen Bedenken bleiben auch angesichts der nunmehr vorgenommenen Änderungen weiterhin bestehen.

Zumindest in die richtige Richtung geht insoweit, dass nach dem Regierungsentwurf nun nicht mehr jedes beliebige Unternehmen Adressat von Eingriffsmaßnahmen nach § 32f GWB-E werden kann. Es muss jetzt ein entsprechender Verursachungsbeitrag in Bezug auf die vermeintliche Wettbewerbsstörung gegeben sein (§ 32 f Abs. 3 Satz 3, 5 und 6 GWB-E).

Hier sollten gleichwohl weitere Klarstellungen vorgenommen werden. Zum einen muss ein relevanter Verursachungsbeitrag zu der festgestellten Wettbewerbsstörung tatsächlich zwingende Voraussetzung dafür sein, um als Unternehmen Adressat von Maßnahmen nach § 32f GWB-E werden zu können. Das muss insbesondere auch in den Fällen gelten, in denen ein Unternehmen erst später in den Adressatenkreis einer bereits bestehenden Feststellungserklärung nach § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB-E einbezogen wird. Zum anderen sollte durch die Einführung eines Unbilligkeitskriteriums klargestellt werden, dass nur ein qualifizierter Verursachungsbeitrag den Erlass von Maßnahmen nach § 32f rechtfertigen kann. Dies erfordert ein Unwerturteil im Rahmen einer Interessenabwägung, wie es auch bei Eingriffsmaßnahmen nach § 19 Abs. 1 GWB erforderlich ist.

Vor diesem Hintergrund schlägt Bitkom für § 32f Abs. 3 GWB-E folgende Änderungen vor:

„3 Adressaten von Maßnahmen können nur Unternehmen sein, die durch ihr unbilliges Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen. 4 Bei der Auswahl der Adressaten und der Abhilfemaßnahmen ist insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen. 5 Das Bundeskartellamt kann die Verfügung nach Satz 1 durch Beschluss zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Unternehmen ausdehnen; Satz 3 gilt insofern entsprechend.“

² <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Stellungnahme-11-GWB-Novelle>.

Klare Subsidiarität gegenüber sonstigen Aufsichtsmaßnahmen nach dem GWB

Entgegen dem RefE sieht §32 f GWB-E nun vor, dass die förmlichen Feststellungen einer relevanten Wettbewerbsstörung nur ergehen soll, „soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.“ Darin kommt eine Subsidiarität der Maßnahme nach § 32 f GWB-E gegenüber sonstigen Eingriffsbefugnissen des Bundeskartellamts zum Ausdruck, die als solche grundsätzlich zu begrüßen ist, aber im Kern zu kurz greift.

Auch die Entwurfsbegründung legt ein solches Verständnis nahe, wenn dort (S. 32 des Regierungsentwurfs) von der „Anwendung der Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes in punktuellen Einzelverfahren“ die Rede ist.

Allerdings sollte die Subsidiaritätsklausel nicht allein an den Erlass der Feststellungsverfügung nach § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB-E anknüpfen, sondern insbesondere auch an den Erlass konkreter Abhilfemaßnahmen nach Satz 6. Erst wenn Maßnahmen etwa im Rahmen der Missbrauchsaufsicht (§§ 19 ff.) gegen das konkret betroffene Unternehmen nicht ausreichen, darf das Unternehmen Adressat einer Abhilfemaßnahme nach § 32f GWB-E werden können. In diesem Zusammenhang muss das Bundeskartellamt dann auch den vermeintlichen Verursachungsbeitrag (siehe oben) des betroffenen Unternehmens zu der festgestellten Wettbewerbsstörung würdigen und begründen, warum dieser konkrete Beitrag nicht durch andere kartellrechtliche Maßnahmen neutralisiert werden kann.

Außerdem will es der Regierungsentwurf genügen lassen, dass alternative Eingriffsmaßnahmen „voraussichtlich“ und nach dem aktuellen Erkenntnisstand des Bundeskartellamts nicht ausreichen, die festgestellte Wettbewerbsstörung zu beseitigen. Nach der Entwurfsbegründung (S. 32) soll dazu eine „kursorische Prüfung“ ausreichen und das Bundeskartellamt „keine weiteren Ermittlungen anstellen“ müssen. Für eine solche Absenkung der Nachweisanforderungen zugunsten des Bundeskartellamts gibt es keinen Grund, vor allem dann nicht, wenn der Subsidiaritätstest richtigerweise dem Erlass von unternehmensbezogenen Abhilfemaßnahmen vorausgeht. Im Gegenteil: § 32f GWB-E will Verhaltensmaßnahmen erlauben, ohne dass das betroffene Unternehmen einen Rechtsverstoß begangen hat. Notwendige Voraussetzung für ein solches Eingreifen muss deshalb erst recht sein, dass es im konkreten Fall keine Alternativen bestehen, um gegen rechtswidriges Verhalten des Unternehmens vorzugehen.

Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Bundeskartellamt gerade deshalb auf Maßnahmen nach § 32f GWB-E ausweicht, weil es sich (nach „kursorischer Prüfung“) als schwierig erweist, dem Unternehmen einen tatsächlichen Kartellrechtsverstoß nachzuweisen. Das wäre eine Umgehung der gesetzlichen Eingriffsanforderungen bei der Kartellverfolgung oder der Missbrauchsaufsicht. Diesbezüglich hat etwa schon die Studienvereinigung Kartellrecht in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf (dort S. 3 f.) zurecht darauf hingewiesen, dass der politische Wunsch nach

Verfahrenserleichterungen es nicht rechtfertigen kann, wichtige rechtsstaatliche Prinzipien außer Kraft zu setzen.

Vor diesem Hintergrund schlägt Bitkom für § 32f Abs. 3 GWB-E folgende Änderungen vor:

„1 Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt, soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes ~~nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich~~ nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken. 2 Die Verfügung nach Satz 1 ergeht gegenüber einem oder mehreren Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach Satz 6 oder Absatz 4 in Betracht kommen.

*[...] 6 Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind, **soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nicht ausreicht, um dem Beitrag des betroffenen Unternehmens zu der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.**“*

Weitere Konkretisierung des Begriffs der „Wettbewerbsstörung“

Der Regierungsentwurf (S. 18) weist zurecht darauf hin, dass der Begriff der „Störung des Wettbewerbs“ dem deutschen Kartellrecht bislang fremd ist. Es ist deshalb zu begrüßen, dass § 32f Abs. 5 GWB-E insoweit eine Klarstellung vornimmt. In ihrer konkreten Ausgestaltung lässt diese Klarstellung allerdings weiterhin zu große Interpretationsspielräume. Das gilt insbesondere angesichts der Verwendung von Regelbeispielen in Satz 1 und der daran anschließenden Soll-Vorschrift in Satz 2. Zur Begründung für diesen Ansatz verweist der Regierungsentwurf (S. 38) auf die Bestimmung von Marktbeherrschung (§ 18 GWB) bzw. einer marktübergreifenden Bedeutung (§ 19a GWB), die ebenfalls diese Regelungstechnik verwendet. Dort geht es allerdings jeweils um eine unternehmensbezogene Betrachtung, nämlich um die Frage, ob ein einzelnes konkret betroffenes Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung oder marktübergreifende Bedeutung hat. Bei § 32f Abs. 5 GWB-E soll dagegen eine marktbezogene Betrachtung erfolgen. Die vom Bundeskartellamt zu ermittelnden Umstände sind deshalb schon insoweit viel breiter als bei den §§ 18 und 19a GWB. Um die Bestimmung des Begriffs der „Störung des Wettbewerbs“ nicht gänzlich konturlos und damit letztlich beliebig werden zu lassen, sollten die Kriterien des § 32f Abs. 5 GWB-E deshalb abschließend sein und auf die Verwendung von Regelbeispielen verzichten.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir bei § 32f Abs. 5 Satz 1 und 2 GWB-E folgende Änderungen vor:

„1 Eine Störung des Wettbewerbs kann insbesondere in folgenden Fällen vorliegen:

[...]

2 Bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, ~~soll~~ ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen ~~berücksichtigt werden.~~

[...]“

Längerer Prognosezeitraum zum Entfall einer Wettbewerbsstörung

Als Teil der Begriffsbestimmung der „Störung des Wettbewerbs“ sieht § 32f Abs. 5 Satz 3 GWB-E vor, dass zum Zeitpunkt des Erlasses einer Abhilfeverfügung nach Abs. 3 „keine Anhaltspunkte bestehen [dürfen], dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird“. Dies erfordert demnach eine Prognoseentscheidung des Bundeskartellamts. Solche Prognoseentscheidungen kennt das Kartellrecht auch aus anderen Zusammenhängen, insbesondere aus der Fusionskontrolle. Dort geht die Anwendungspraxis jedoch regelmäßig von einem Prognosezeitraum von drei bis fünf Jahren aus, die Literatur sogar mitunter von bis zu acht Jahren (vgl. Immenga/Mestmäcker/Thomas, 6. Aufl. 2020, GWB § 36 Rn. 521). Ähnlich ist es auch bei der Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 GWB, die ebenfalls ein Prognoseelement enthält (hinsichtlich der besonderen Regulierungsbedürftigkeit des betroffenen Unternehmens nach § 19a Abs. 2 GWB), und die auf eine Dauer von fünf Jahren zu befristen ist. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum es bei § 32f GWB-E bereits für einen Eingriff ausreichen soll, wenn eine heute identifizierte Wettbewerbsstörung voraussichtlich schon in zwei Jahren immer noch vorliegt. Es sollten hier einheitliche Prognosemaßstäbe gelten. Vor allem aber müssen positive Marktentwicklungen zugunsten der betroffenen Unternehmen berücksichtigt werden, selbst wenn mit ihnen erst mittelfristig zu rechnen ist. Wenn aktuell bestehende Wettbewerbsstörungen in lediglich zwei Jahren voraussichtlich noch vorliegen, aber absehbar schon in drei oder vier Jahren entfallen, kann das keine eingriffsintensiven Maßnahmen nach § 32f GWB-E rechtfertigen.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir bei § 32f Abs. 5 Satz 3 GWB-E folgende Änderungen vor:

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

Befristung der Feststellungsverfügung und Rechtsschutz dagegen

In der Fassung des Regierungsentwurfs verfolgt § 32f GWB-E nunmehr einen zweistufigen Ansatz. Das Bundeskartellamt soll zunächst das Bestehen einer Wettbewerbsstörung nach Abs. 3 Satz 1 feststellen, bevor es in einem zweiten Schritt Maßnahmen nach Abs. 3 Satz 5 oder Abs. 4 zu deren Beseitigung anordnen kann. Das erinnert an die Systematik des § 19a GWB. Dort soll regelmäßig ebenfalls in einem ersten Schritt die überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb festgestellt

werden. Konkrete Verbotsmaßnahmen bleiben dann einer gesonderten Verfügung vorbehalten.

Die Feststellungsentscheidung nach § 19a Abs. 1 GWB erfordert eine Einschätzung des Amtes zur Marktstellung des betroffenen Unternehmens. Das geht nicht ohne Berücksichtigung des jeweiligen Marktumfelds, und hier nicht ohne eine Prognose über die weitere Marktentwicklung. Deshalb hat der Gesetzgeber, entgegen der ursprünglichen Vorstellung des Referentenentwurfs, die Feststellungsentscheidung nach § 19a Abs. 1 GWB mit einem „Verfallsdatum“ von fünf Jahren nach ihrem Erlass versehen (§ 19a Abs. 1 Satz 3 GWB). Außerdem hat der Gesetzgeber bei § 19a GWB anerkannt, dass schon die Feststellungsentscheidung nach Abs. 1 Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens hat. Bereits diese Entscheidung kann deshalb mit dem Rechtsmittel der Beschwerde (§ 73 GWB) angegriffen werden.

Bei § 32f GWB-E besteht ein entsprechendes Sicherheitsbedürfnis der betroffenen Unternehmen erst recht. Die Feststellung einer „Wettbewerbsstörung“ kann gegenüber mehreren Unternehmen gleichzeitig erfolgen und damit zumindest potentiell ein ganzes Marktsegment betreffen, auch indem das Bundeskartellamt eine einmal ergangene Feststellung später auf weitere Unternehmen ausdehnen darf (§ 32f Abs. 3 Satz 5 GWB-E). Sie wird damit von einer noch größeren Anzahl dynamischer Faktoren beeinflusst als bei § 19a Abs. 1 GWB. Eine solche „Wettbewerbsstörung“ lässt sich nicht auf unbestimmte Zeit feststellen, sondern diese Feststellung erfordert eine ständige Überprüfung. Ebenso wie bei § 19a Abs. 1 GWB sollte die Feststellungswirkung (und auch die darauf beruhenden Abhilfemaßnahmen) deshalb auf maximal fünf Jahre begrenzt werden.

Darüber hinaus muss es den betroffenen Unternehmen möglich sein, Rechtsmittel gegen eine an sie gerichtete Feststellungsverfügung nach § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB-E zu ergreifen. Auch insoweit besteht eine Parallele zu § 19a Abs. 1 GWB. Wenn ein Unternehmen Adressat einer Feststellungsverfügung nach § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB-E geworden ist, bewegt es sich ab sofort in einem regulierten Marktsegment. Es muss dann jederzeit damit rechnen, Adressat von Abhilfemaßnahmen des Bundeskartellamts zu werden. Das beeinträchtigt die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Unternehmens. Es wird sein Handeln nämlich insbesondere am Maßnahmenkatalog des § 32f Abs. 3 Satz 7 GWB-E ausrichten, um dem Bundeskartellamt keinen Anlass für ein Eingreifen nach den dort genannten Tatbeständen zu bieten.

Vor diesem Hintergrund schlägt Bitkom für § 32f Abs. 3 GWB-E folgende Änderungen vor:

*„2 Die Verfügung nach Satz 1 ergeht gegenüber einem oder mehreren Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach Satz 6 oder Absatz 4 in Betracht kommen; **sie ist auf fünf Jahre nach Eintritt der Bestandskraft zu befristen.**“*

Außerdem schlagen wir folgende Klarstellung in der amtlichen Begründung zu § 32f v GWB-E or (vgl. BT-Drs. 186 19/23492, S. 74 zu § 19a Abs. 1 GWB):

*„**Da bereits eine Feststellung nach § 32f Absatz 3 Satz 1 das wirtschaftliche Interesse des betroffenen Unternehmens nachteilig berühren kann, kann die Feststellung ggf. auch isoliert angegriffen werden.**“*

Kein Überschreiten der Regelverfahrensdauer ohne Rechtsfolgen

Nach § 32f Abs. 7 GWB-E sollen Abhilfemaßnahmen des Bundeskartellamts nach Abs. 2 bis 4 binnen 18 Monaten nach Veröffentlichung des Berichts über die Sektoruntersuchung ergehen. An ein Überschreiten dieser Frist will der Regierungsentwurf allerdings bewusst keine Rechtsfolgen knüpfen (vgl. S. 41). Bei lediglich moderater Überschreitung mag das noch akzeptabel sein. Allerdings werden die Verfügungen nach § 32f Abs. 2 bis 4 GWB-E auf Erkenntnissen aus der Sektoruntersuchung beruhen. Für die betroffenen Unternehmen muss deshalb klar und vorhersehbar sein, wie lange diese Feststellungen Bestand haben sollen. Andernfalls würde in einem anschließenden Beschwerdeverfahren gegen eine konkrete Abhilfemaßnahme das betroffene Unternehmen die Beweislast treffen, dass die Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung nicht mehr aktuell sind.

Vor diesem Hintergrund schlägt Bitkom für § 32f Abs. 7 GWB-E folgende Änderungen vor:

*„Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 ~~sollen~~ **müssen** innerhalb von 18 Monaten nach der Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.“*

Aufschiebende Wirkung nicht nur bei Rechtsbehelfen gegen Entflechtungsanordnungen

Wir begrüßen es, dass Rechtsmittel gegen Entflechtungsanordnungen gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E in der Fassung des Regierungsentwurfs nunmehr aufschiebende Wirkung haben sollen. Nach der Entwurfsbegründung (S. 50) soll dies „dem besonderen Charakter der Entflechtung“ Rechnung tragen. Diesen besonderen Charakter zeichnet indes nicht nur die Eingriffsintensität der Entflechtung aus, sondern vor allem die Tatsache, dass Entflechtungsanordnungen nach § 32f Abs. 4 GWB-E gegen Unternehmen ergehen können, auch wenn diese keinen Rechtsverstoß begangen haben. Letzteres gilt aber ebenso für sonstige Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-E. Auch Rechtsbehelfe gegenüber solchen Maßnahmen sollten deshalb aufschiebende Wirkung haben.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir bei Ziffer 15 des Regierungsentwurfs folgende Änderungen vor:

*„In § 66 Absatz 1 Nummer 1 werden nach der Angabe „§ 32 Absatz 2a Satz 1“ ein Komma und die Angabe „§ 32f **Absatz 3 und Absatz 4**“ eingefügt.“*

Wahrung der Rechtsstaatlichkeit durch weitere Checks & Balances

Allein die Bindung des Bundeskartellamts an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sorgt noch nicht für hinreichende „Checks & Balances“.

Das gilt zum einen für den Maßstab der Erforderlichkeit. Bisher bemisst sich die Erforderlichkeit einer kartellbehördlichen Aufsichtsmaßnahme daran, ob sie zur Beseitigung eines konkreten Rechtsverstoßes erforderlich ist (§ 32 Abs. 2 GWB-E). Dabei ist

zu prüfen, ob sich dieser konkrete Rechtsverstoß auch durch eine mildere Maßnahme abstellen ließe. Bei § 32f GWB-E soll das Amt nun aber Maßnahmen treffen können, die zur Beseitigung oder Verringerung einer Wettbewerbsstörung erforderlich sind. Das ist ein fundamental anderer Maßstab, der sich mit dem Verständnis der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs schwerlich vereinbaren lässt.

Zum anderen bietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wegen der großen Bandbreite der nach § 32f GWB-E möglichen Eingriffsmaßnahmen den betroffenen Unternehmen keinen effektiven Schutz. Auch wenn eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung nur als Ultima Ratio in Betracht kommen soll, verdeutlicht allein die Erwähnung dieses Instruments, welch breiten Ermessensspielraum § 32f GWB-E dem Bundeskartellamt für seine Entscheidungen zubilligen will. Gemessen an einer (potenziell ja möglichen) Entflechtung erscheint dann nämlich auch eine andere Abhilfemaßnahme womöglich weniger gravierend – und da-mit angemessen i.S.d. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – als es der Fall wäre, wenn es die Ultima Ratio einer Entflechtung gar nicht gäbe.

Um die Rechtstaatlichkeit von § 32 f GWB-E zu wahren, bedarf es deshalb weiterer verfahrensrechtlicher Absicherungen. Dazu kämen etwa die folgenden Maßnahmen in Betracht:

Verbindliche Einbindung der Monopolkommission

Auch weil dem Bundeskartellamt ein denkbar weites Ermessen bei der Einleitung und Durchführung einer Sektoruntersuchung zusteht, erfordert die Entscheidung über daran anknüpfende Abhilfemaßnahmen eine breitere Entscheidungsbasis. Dafür bietet sich eine verbindliche Beteiligung der Monopolkommission an, die gesetzlich zur Unabhängigkeit verpflichtet ist (§ 44 Abs. 2).

Viel spricht insoweit dafür, der Monopolkommission nicht nur eine beratende Funktion zuzuweisen. Erforderlich sollte ihr förmliches Einvernehmen sein, bevor das Bundeskartellamt Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung trifft. Derartige Einvernehmensregelungen gibt es – auch unter Beteiligung des Bundeskartellamts – im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufig, etwa in § 197 Abs. 1 TKG, im Wasserrecht (§ 19 Abs. 3 WHG) oder im Baurecht (§ 14 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Im Übrigen sieht auch § 32f Abs. 8 GWB-E inzwischen eine Einvernehmensregelung zugunsten der Bundesnetzagentur vor, soweit es um Abhilfemaßnahmen auf regulierten Märkten geht. Es wäre konsequent, sämtliche Maßnahmen nach § 32f GWB-E – also Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 und Entflechtungsmaßnahmen nach Abs. 4 – unter einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt durch die Monopolkommission zu stellen.

Vor diesem Hintergrund schlägt Bitkom für § 32f Abs. 3 und 4 folgende Änderungen vor:

*[Abs. 3] „6 Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen **im Einvernehmen mit der Monopolkommission** alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind.“*

[Abs. 4] „1 Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden

*marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. [...] 3 Vor Erlass der Verfügung ist ~~der Monopolkommission~~ und den nach § 48 Absatz 1 zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben **sowie das Einvernehmen mit der Monopolkommission herzustellen.***

Mindestens erforderlich wäre jedenfalls eine Beteiligungspflicht der Monopolkommission. Vor Erlass von Maßnahmen nach § 32f GWB-E müsste das Bundeskartellamt die Monopolkommission verbindlich beteiligen und deren Stellungnahme auch berücksichtigen. Die reine Gelegenheit zur Stellungnahme, wie sie in § 32f Abs. 3 GWB-E bisher vorgesehen ist, kann nicht ausreichen. Damit würde es der Monopolkommission an jeglicher Durchsetzungskraft fehlen, weiteren Klärungsbedarf aufzudecken und ergänzende Aspekte in das Verfahren einzubringen.

Alternativ schlägt Bitkom insoweit bei § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E folgende Änderungen vor:

*[Abs. 3] „6 Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind; **vor Erlass der Verfügung ist eine Stellungnahme der Monopolkommission zu veröffentlichen.***

*[Abs. 4] „1 Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. [...] 3 Vor Erlass der Verfügung ist ~~der Monopolkommission~~ und den nach § 48 Absatz 1 zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben **sowie eine Stellungnahme der Monopolkommission zu veröffentlichen.***

Ministerentscheidung

Schließlich muss jedenfalls bei Entflechtungsmaßnahmen eine Beteiligung der Bundesministerin oder des Bundesministers für Wirtschaft und Klimaschutz erfolgen können. Solange in der Fusionskontrolle eine Ministererlaubnis möglich ist, ist eine solche Regelung – spiegelbildlich als Ministerdispens – erst recht in einem Entflechtungsverfahren notwendig. Selbst wenn das Bundeskartellamt allein die rein wettbewerblichen Auswirkungen einer Entflechtung prüft, muss der politisch legitimierte Entscheidungsträger die Verantwortung für die politische Dimension solcher Entscheidungen tragen. So kann die Ministerin oder der Minister beispielsweise auch die Wettbewerbsfähigkeit der von der Entflechtungsanordnung bedrohten Unternehmen auf Märkten außerhalb Deutschlands berücksichtigen.

In einem solchen Ministerverfahren sind dann wettbewerbliche Aspekte gegen sonstige wirtschaftliche oder außerwirtschaftliche Aspekte abzuwägen. Dazu wäre die Ministerbeteiligung als Vetorecht auszugestalten. Die Ministerin oder der Minister muss – auf Antrag des betroffenen Unternehmens und analog zu den materiellen Kriterien des § 42 GWB – ein Veto gegen eine Entflechtungsanordnung einlegen können, wenn die Nachteile der Entflechtung für das Unternehmen im Einzelfall nicht durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden. Eine solche gesamtwirtschaftliche Einschätzung ist notwendig, um sachgerechte Entscheidungen zu gewährleisten.

Vor diesem Hintergrund schlägt Bitkom die Aufnahme einer entsprechenden Ministerentscheidung in § 32f GWB-E vor:

[Abs. 4a] „Der Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz entscheidet in den Fällen des Absatz 4 auf Antrag der betroffenen Unternehmen, dass eine vom Bundeskartellamt angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen nicht erfolgen muss, wenn die bestehenden Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen wird oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 bis 6 gelten entsprechend.“

Vorteilsabschöpfung

Zu § 34 GWB-E ist positiv hervorzuheben, dass der Regierungsentwurf das Verschuldenselement im Gesetz belässt, das der Referentenentwurf zunächst streichen wollte. Ansonsten jedoch bleiben die vorgeschlagenen Änderungen kritisch. Insbesondere ist kein Bedürfnis für die Einführung einer doppelten Vermutungswirkung erkennbar (bzgl. Kausalität und Höhe eines Schadens). Es scheint sich hier vielmehr ein Trend in der jüngeren Gesetzgebungstechnik fortzusetzen, wie er auch schon bei der 10. GWB-Novelle zu beobachten war. Unter dem Deckmantel einer vermeintlichen Verfahrenserleichterung und -beschleunigung für das Bundeskartellamt werden wichtige rechtsstaatliche Prinzipien ausgehöhlt. Bei der 10. GWB-Novelle betraf dies die Beweislastumkehr in § 19a GWB. Mit den vorgeschlagenen Änderungen des § 34 GWB-E geht der Regierungsentwurf jetzt noch einen Schritt weiter, indem die in § 34 GWB-E angeordneten Vermutungen für die betroffenen Unternehmen jedenfalls faktisch kaum zu widerlegen sein dürften. Das ist mit Ansatz eines evidenzbasierten Kartellrechts nicht vereinbar.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, die Ziffer 7 des Regierungsentwurfs ersatzlos zu streichen.

Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA)

Für den Vollzug des DMA soll nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers allein die Europäische Kommission zuständig sein. Das Bundeskartellamt hat insoweit keine eigenständigen Befugnisse. Diese politische Weichenstellung muss der deutsche Gesetzgeber anerkennen. Er sollte deshalb auf etwaige nationale Alleingänge konsequent

verzichten, wie sie der Regierungsentwurf insbesondere in den folgenden Punkten erkennen lässt:

Keine Bindungswirkung für Follow-On-Klagen

Der Regierungsentwurf will den DMA in das System der zivilrechtlichen Kartellverfolgung nach § 33b ff. GWB-E integrieren. Aufsichtsmaßnahmen der Europäischen Kommission wegen Verstößen gegen Art. 5, 6 oder 7 des DMA sollen die gleiche Bindungswirkung haben wie bestandskräftige Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden in Kartellfällen. Konkret bedeutet das: Wenn die Kommission einen Verstoß gegen den DMA festgestellt hat, muss ein Zivilkläger den Verstoß als solchen in einem Folgeprozess nicht mehr nachweisen. Das Zivilgericht wäre insoweit an die Kommissionsentscheidung gebunden und könnte sich darauf beschränken, den aus dem Verstoß vermeintlich entstandenen Schaden zu ermitteln.

Für das Kartellschadenersatzrecht sieht die Art. 9 der RL 2014/104/EU eine solche Bindungswirkung vor. Es gibt sie deshalb seit der 9. GWB-Novelle nicht nur in Deutschland, sondern inzwischen einheitlich in allen Mitgliedsstaaten.

Beim DMA ist das jedoch anders. Hier hat der europäische Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, ein *private enforcement* als solches ausdrücklich vorzuschreiben. Und auch die Kartellschadenersatzrichtlinie (2014/104/EU) erteilt dem deutschen Gesetzgeber kein Mandat zur Schaffung einer solchen Regelung, schon weil es sich beim DMA erklärtermaßen eben gerade nicht um Kartellrecht handelt (das folgt schon aus Art. 114 AEUV als der gewählten Rechtsgrundlage).

Es ist nicht ersichtlich, dass andere nationale Gesetzgeber ihrerseits eine solche Bindungswirkung für DMA-Entscheidungen zugunsten nationaler Zivilkläger vorsehen. Im Gegenteil findet sich etwa in dem niederländischen Entwurf eines DMA-Umsetzungsgesetzes gerade keine entsprechende Regelung (vgl. Richter/Gömann, NZKart 2023, 213). Der Regierungsentwurf scheint sich mit der Schaffung einer solchen Bindungswirkung also abermals auf einen nationalen Alleingang begeben zu wollen. Davon ist im Sinne einer möglichst einheitlichen Anwendungspraxis des DMA dringend abzuraten.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, die Ziffer 4 des Regierungsentwurfs ersatzlos zu streichen.

Keine Beteiligung des Bundeskartellamts an Zivilverfahren zum DMA

Der Regierungsentwurf will § 90 GWB dahingehend ändern, dass die Zivilgerichte das Bundeskartellamt nicht nur über dort anhängige Kartellfälle unterrichten sollen, sondern auch über Rechtsstreitigkeiten zum DMA. So soll das Bundeskartellamt die Möglichkeit erhalten, sich als sog. „amicus curiae“ selbst an dem jeweiligen Verfahren zu beteiligen und dem Gericht insbesondere seine „Marktkennntnisse oder Einschätzungen [zu] Marktwirkungen“ zur Verfügung zu stellen (Entwurfsbegründung, S. 51).

Im Regierungsentwurf räumt die Bundesregierung selbst bereits ein, dass das Bundeskartellamt selbst keine Befugnis zur Durchsetzung des DMA hat. Auch stellt sie zutreffend fest, dass der DMA in Art. 39 Abs. 3 ein solches amicus-curiae-Recht in nationalen Zivilverfahren nur für die Kommission vorsieht, nicht aber für die nationalen Wettbewerbsbehörden. Der Grund dafür ist jedoch gerade die Rolle der Kommission als einzige zuständige Vollzugsbehörde des DMA, und genau dabei sollte es deshalb auch bleiben. Es ist nicht ersichtlich, welchen Mehrwert eine Beteiligung des Bundeskartellamts (als unzuständige Vollzugsbehörde) dazu leisten könnte, den DMA möglichst effizient und einheitlich anzuwenden.

Auch zur Umsetzung des Art. 39 Abs. 2 des DMA ist es die vorgeschlagene Beteiligung des Bundeskartellamts nicht erforderlich. Danach sollen die Mitgliedsstaaten der Kommission Kopien der DMA-relevanten Urteile ihrer Zivilgerichte übermitteln. Selbst wenn es das Bundeskartellamt für Deutschland übernehmen würde, die entsprechenden Urteile zu sammeln und an die Kommission weiterzuleiten, muss es dazu nicht selbst an den entsprechenden Zivilverfahren beteiligt werden.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, die Ziffer 22 des Regierungsentwurfs ersatzlos zu streichen.

Übersicht vorgeschlagene Änderungen des § 32 f GWB-E

§ 32f Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung

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

(2) Wenn objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der in dem Bericht nach § 32e Absatz 4 untersuchten Wirtschaftszweige im Sinne von § 36 Absatz 1 erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss im Sinne von § 37 in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zustellung der Verfügung nach § 39 anzumelden. Die Anmeldepflicht nach Satz 1 gilt nur für Zusammenschlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mehr als 500 000 Euro Umsatz erzielt hat. § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ist auf von dem Unternehmen in den untersuchten Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des Kapitels 7 anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldepflicht um drei Jahre verlängern; wiederholte Verlängerungen um jeweils drei Jahre sind zulässig.

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

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

§ 32 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 dürfen nur

angeordnet werden, wenn Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 Satz 6 nicht möglich sind, nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden wären. Vor Erlass der Verfügung ist ~~der Monopolkommission und~~ den nach § 48 Absatz 1 zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben **sowie das Einvernehmen mit der Monopolkommission herzustellen**. Die Verfügung nach Satz 1 ist im Bundesanzeiger bekannt zu machen. § 43 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass nur die Angaben nach § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 und 2 bekannt zu machen sind. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gelten entsprechend. Der Vermögensteil muss nur veräußert werden, wenn der Erlös mindestens 50 Prozent desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt zu beauftragender Wirtschaftsprüfer festgestellt hat. Soweit der tatsächliche Verkaufserlös den vom zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer festgestellten Wert unterschreitet, erhält das veräußernde Unternehmen eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die vor der Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz Gegenstand einer bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission waren oder nach der Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben wurden, so ist die Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung größer als zehn Jahre ist. Ist kein Hauptprüfverfahren eingeleitet worden, so tritt an die Stelle der Zustellung der Verfügung der Ablauf der Frist nach § 40 Absatz 1 Satz 1. Teile des Vermögens, die ein Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach der Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Marktverhältnisse so geändert haben, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs nicht mehr vorliegt.

(4a) Der Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz entscheidet in den Fällen des Absatz 4 auf Antrag, dass eine vom Bundeskartellamt angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen nicht erfolgen muss, wenn die bestehende Störung des Wettbewerbs durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen wird oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 bis 6 gelten entsprechend.

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

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

Bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, ~~soll insbesondere~~ ist Folgendes **berücksichtigt werden zu berücksichtigen**:

1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration,
2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
3. Preise, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf den betroffenen Märkten,
4. Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten,
5. Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten,
6. Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten sowie
7. dargelegte Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher.

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

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

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

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