

Bundesministerium für Wirtschaft
und Klimaschutz (BMWK)
Referat IB1 – Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik,
Kartellrecht, wettbewerbspolitische Fragen der
Digitalisierung
Referatsleiter Dr. Thorsten Käseberg
Alt-Moabit 101 d
11019 Berlin

28. Oktober 2022

Vorab per E-Mail:

Thorsten.Kaeseberg@bmwk.bund.de

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

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen

A. Die Studienvereinigung

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht („Studienvereinigung“) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonominnen/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamts, der Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden und in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb und außerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung der Vorschriften zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.

B. Grundsätzliches

I. Einleitung

- (2) Der als „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“ vorgestellte Referentenentwurf („**RefE**“) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz („**BMWK**“) vom 15. September 2022 regelt erweiterte Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an Sektoruntersuchungen, diverse Regelungen zur Vereinfachung der Gewinnabschöpfung nach Kartellverstößen und nationale Begleitmaßnahmen zur Durchführung des Digital Market Acts („**DMA**“) der Europäischen Kommission („**Kommission**“).

II. Sachlich nicht gerechtfertigte Eilbedürftigkeit des Gesetzgebungsverfahrens und ungewöhnlich kurze Stellungnahmefrist

- (3) Die Regelungen des RefE sollen vor der eigentlich geplanten Novelle zu Nachhaltigkeitsthemen (jetzt 12. GWB-Novelle) als isolierte 11. GWB-Novelle schnellstmöglich beschlossen und verabschiedet werden. Dies erscheint mit Blick auf die Reichweite des Gesetzesvorhabens problematisch. Eine besondere Eilbedürftigkeit ist nicht ersichtlich.
- (4) Folge des ambitionierten Zeitplans des BMWKs ist auch eine ungewöhnlich kurze Frist zur Stellungnahme; die folgenden Ausführungen mussten innerhalb kürzester Zeit verfasst werden und können daher zwangsläufig nur die wichtigsten Aspekte des RefE aufgreifen.

C. Stellungnahme

I. Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an Sektoruntersuchungen

- (5) Eine der wesentlichen Neuerungen des RefE sind die weitreichenden Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an Sektoruntersuchungen. Das Bundeskartellamt schafft mit § 32f RefE erstmals die Voraussetzungen, unabhängig von der Feststellung eines Kartellrechtsverstößes gegen Unternehmen vorzugehen. Flankiert wird die Regelung durch § 32e RefE, der eine Ausweitung der Fusionskontrolle innerhalb der untersuchten Wirtschaftsbereiche vorsieht.
- (6) Die vorgeschlagenen Regelungen sind aus verschiedenen Gründen bedenklich. Nach Auffassung der Studienvereinigung unterschätzt der RefE insbesondere die negativen

Vorfeldwirkungen der neuen kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse: Wenn Unternehmen, die sich kartellrechtskonform verhalten, zukünftig damit rechnen müssen, dass ihnen ein investitions-, effizienz- oder innovationsbedingter Wettbewerbsvorsprung durch einen kartellbehördlichen "Eingriff zur Belebung des Wettbewerbs" wieder genommen werden kann, dann wird allein dieses Risiko die Bereitschaft von Unternehmen zu Investitionen, Effizienz und Innovationen am Wirtschaftsstandort Deutschland verringern.

- (7) Im Folgenden werden einige der unserer Ansicht nach wichtigsten Kritikpunkte näher beleuchtet.

1. Abkehr von der kartellrechtlichen ex-post Kontrolle hin zu einer sektorspezifischen Regulierung

- (8) § 32f Abs. 3-5 RefE bewirkt einen Paradigmenwechsel. Zur Wiederbelebung eines angeblich gestörten Wettbewerbs legitimiert die Norm zukünftig kartellbehördliche Maßnahmen gegen Unternehmen, die sich ihrerseits vollständig kartellrechtskonform verhalten.

- (9) Konzeptionell begegnet § 32f RefE schwerwiegenden Bedenken, weil er Vollzugsmaßnahmen trotz Rechtstreue zulassen will. Der RefE verlässt damit ohne nachvollziehbaren Grund den etablierten Weg einer evidenzbasierten kartellrechtlichen ex-Post-Kontrolle. Anders als bei der Missbrauchsaufsicht oder der Kartellverfolgung soll das Bundeskartellamt weitreichende Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen bekommen, ohne ihnen im konkreten Fall einen Rechtsverstoß nachweisen zu müssen. Auch ein sich gänzlich rechtskonform verhaltendes Unternehmen müsste jederzeit damit rechnen, Adressat gravierender Eingriffe – bis hin zur gesellschaftsrechtlichen Entflechtung – in seine grundrechtlich geschützten Rechtspositionen zu werden. Die Entwurfsbegründung will damit den „Wettbewerbsschutz ins Zentrum stellen“;¹ die Hausleitung des BMWK verweist zudem auf vermeintliche Nachweisprobleme bei Anwendung der herkömmlichen Eingriffsinstrumente.² Der politische Wunsch nach Verfahrenserleichterungen kann es jedoch nicht rechtfertigen, wichtige rechtsstaatliche

¹ RefE, S. 15.

² So St. Giegold im Podcast „bei Anruf Wettbewerb“ von Haucap/Podszun am 21.10.2022: „Wir wollen dem Kartellamt [...] die Möglichkeit geben, Märkte sich genauer anzuschauen und [...] auch Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen, ohne dass man den juristisch schwierigen Nachweis eines Rechtsverstoßes führen muss“.

Prinzipien außer Kraft zu setzen. Schon die Beweislastumkehr in § 19a Abs. 2 S. 3 GWB wurde mit dem Ziel einer Verfahrenserleichterung begründet und diesbezüglich von der Studienvereinigung kritisiert.³ Diese Bedenken gelten für die jetzt vorgeschlagenen, gänzlich missbrauchsunabhängigen Maßnahmen erst recht.

- (10) Die vorgeschlagenen Neuregelungen fügen sich zudem nicht in das bestehende System der Marktstrukturkontrolle ein und sind insbesondere nicht mit dem Abhilfekonzept der Fusionskontrolle vereinbar. Im Rahmen der Fusionskontrolle wird die Zulässigkeit und Umsetzbarkeit von verhaltensorientierten Maßnahmen vom Bundeskartellamt und vom Gesetzgeber traditionell als sehr problematisch eingestuft, vgl. § 40 Abs. 3 S. 2 GWB.
- (11) Konzeptionell bedenklich ist § 32f RefE außerdem, weil er dem Bundeskartellamt sektorspezifische Regulierung ohne ein wettbewerbspolitisches Regulierungsmandat erlauben will. Im Nachgang zu einer Sektoruntersuchung soll das Amt allein entscheiden dürfen, ob es den Unternehmen des betroffenen Sektors Verhaltens- und/oder Strukturvorgaben macht. Dabei ist der mögliche Maßnahmenkatalog in § 32f Abs. 3 S. 3 RefE inhaltlich nicht begrenzt und erlaubt u.a. Zugangs- oder Lieferverpflichtungen. Das ist sektorspezifische ex-ante-Regulierung, wie man sie z.B. aus Netzindustrien wie der Telekommunikation oder der Energiewirtschaft kennt. Allerdings hat dort der Gesetzgeber selbst eine wirtschaftspolitische Entscheidung getroffen, die betreffenden Sektoren einer gesonderten Regulierung zu unterwerfen. Daran würde es hier fehlen, wenn § 32f RefE die Entscheidung über die Regulierung ganzer Wirtschaftszweige allein der Exekutive überlässt – zumal mit dem Bundeskartellamt, einer Behörde die nicht rein sektorspezifisch arbeitet (anders als z.B. die Bundesnetzagentur). Das ist nicht nur rechtlich, sondern vor allem auch wettbewerbspolitisch bedenklich.

2. Geringe Eingriffsschwelle und unbestimmte Eingriffsvoraussetzungen

- (12) Die neue Regelung in § 32f Abs. 3-5 RefE ermächtigt das Bundeskartellamt, "einem oder mehreren Unternehmen alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des

³ Stellungnahme vom 14. Februar 2020, Rn. 124.

Wettbewerbs erforderlichen, strukturellen oder verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen" vorzuschreiben.⁴ Ein derart scharfes, vom Vorliegen eines Kartellrechtsverstößes unabhängiges Eingriffsinstrument zeitigt negative Vorfeldwirkungen (Fehlreize für die Erzielung von Größen- und Verbundvorteilen, für Investitionen und Innovationen). Sie sind umso stärker ausgeprägt, je **geringer die Eingriffsschwelle** und je **unbestimmter die Eingriffsvoraussetzungen** sind.

- (13) Im Gegensatz zur Entflechtungsanordnung nach § 41a Abs. 1 GWB-E 2010 (sog. Brüderle-Entwurf, welcher seinerzeit schließlich u.a. aufgrund erheblicher verfassungsrechtlicher Bedenken nicht weiterverfolgt wurde) sind die Eingriffsbefugnisse des § 32f Abs. 3-5 RefE nicht auf Märkte "mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung" beschränkt. Entflechtungen und weitere wettbewerbsbelebende Eingriffe haben demnach keinen *ultima-ratio*-Charakter (mehr). Sie sind auch auf gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Regional- und Lokalmärkten möglich. Entflechtungen sind nach § 32f Abs. 4 RefE auch anders als im damaligen GWB-E 2010 weder auf "marktbeherrschende" Unternehmen mit Umsätzen oberhalb der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwelle beschränkt noch spielt es eine Rolle, "ob auf absehbare Zeit das Fortbestehen dieser Marktbeherrschung zu erwarten ist." Zukünftig muss jedes Unternehmen unabhängig von seiner Marktstellung und seinem Marktverhalten damit rechnen, im Nachgang an eine Sektoruntersuchung Adressat kartellbehördlicher Entflechtungsanordnungen zur vermeintlichen Wiederbelebung des Wettbewerbs zu werden.
- (14) § 32f Abs. 3-5 RefE des "Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen" postuliert die Einführung eines neuen "strukturorientierten Instruments"⁵ zur Bekämpfung "strukturell bedingter Störungen des Wettbewerbs."⁶ Im Widerspruch dazu ist § 32f Abs. 3-5 RefE tatbestandlich nicht auf strukturelle Wettbewerbsdefizite beschränkt. Seine Eingriffsbefugnisse stehen der Kartellbehörde auch bei rein verhaltensbedingten Wettbewerbsstörungen zur Verfügung. Anders formuliert: Unternehmen müssen zukünftig selbst dann mit kartellbehördlichen Eingriffen rechnen, wenn sie kartellrechtskonform tätig sind.

⁴ RefE, S. 15.

⁵ RefE, S. 15.

⁶ RefE, S. 15.

- (15) Einzige Eingriffsvoraussetzung des § 32f Abs. 3-5 GWB ist eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs. Die Norm definiert nicht, wann diese Erheblichkeitsschwelle überschritten ist. Folgt man der Entwurfsbegründung, ist eine Störung erheblich, wenn sie "nicht nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb" hat.⁷ Damit kennt § 32f Abs. 3-5 RefE jedenfalls eine gesetzliche Bagatellschwelle (die mit Blick auf die weitgehenden Eingriffskompetenzen jedoch erstaunlich niedrig angesetzt ist). Das Erheblichkeitskriterium bewirkt zudem einen gleitenden Maßstab, der – allerdings erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – zu einer Abstufung der Eingriffsintensität führen muss.⁸ Rechtsunsicherheit bleibt dennoch, da sich dem Normtext und der Entwurfsbegründung nicht einmal entnehmen lässt, ob die Erheblichkeitsschwelle quantitativ oder qualitativ zu bestimmen ist.
- (16) Die Störung des Wettbewerbs muss andauern, d.h. bereits eingetreten sein und zum Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung noch fortbestehen, oder es muss sich um eine wiederholte Wettbewerbsstörung handeln. "Wiederholt" kann eine Wettbewerbsstörung grammatisch bereits dann sein, wenn der Wettbewerb in mehreren Fällen gestört wurde. Erst aus der Entwurfsbegründung ergibt sich, dass eine wiederholte Wettbewerbsstörung i.S.d. § 32f Abs. 3-5 RefE nur dann vorliegen soll, wenn die Störungen "nach ähnlichen Mustern" verlaufen, so dass sie auf ein generelles strukturelles oder verhaltensbedingtes Problem hinweisen.⁹ Dem Normtext selbst lässt sich dies nicht entnehmen.
- (17) Liegt eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs vor, "kann" die Kartellbehörde alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen ergreifen. Ob sie dies tut, steht nach § 32f Abs. 3-4 RefE in ihrem Ermessen. Vorgaben für die Ausübung dieses Ermessens durch die Kartellbehörde macht die Norm nicht.
- (18) § 32f Abs. 3-4 RefE stellt auch die Auswahl des Maßnahmedressaten in das Ermessen der Kartellbehörde. Regeln zur Ausübung dieses Ermessens enthält die Norm ebenfalls nicht. Kommt es auf den Verursachungsbeitrag an? Oder ist die Fähigkeit entscheidend, die Wettbewerbsstörung zu beseitigen bzw. zu verringern? Sind Abhilfemaßnahmen an ein Unternehmen zu adressieren oder auf mehrere oder sogar alle

⁷ RefE, S. 13.

⁸ RefE, S. 26.

⁹ RefE, S. 27.

betroffenen Unternehmen zu verteilen, um die individuelle Maßnahmelast zu reduzieren? Keine dieser Fragen wird vom Gesetzesentwurf beantwortet. Auch die Entwurfsbegründung schweigt dazu, wenn sie davon spricht, dass "einem oder mehreren Unternehmen alle [...] Abhilfemaßnahmen vorgeschrieben werden"¹⁰ können.

- (19) In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die in § 32f Abs. 3 RefE vorgesehenen sehr breit gefassten Eingriffsbefugnisse für betroffene Unternehmen eine mindestens genauso große Beeinträchtigung wie eine materielle Entflechtung nach Abs. 4 bedeuten können. Insbesondere durch die dort angelegten verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen, wird das Bundeskartellamt in die Lage versetzt, ganze Industriezweige zu regulieren (siehe hierzu bereits in den vorherigen Absätzen) und in die Kernbereiche unternehmerischer Freiheit einzugreifen. Jede der in Abs. 3 – nicht abschließend – aufgezählten Maßnahmen begegnet dabei verfassungs- und europarechtlichen Bedenken. Beispielsweise gefährdet bereits die in Abs. 3 Nr. 1 vorgesehene Anordnung Dritten Zugang zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen gewähren zu müssen, die Entwicklung und Fortführung von innovativen, datenbasierten Geschäftsmodellen in Deutschland. Gerade diese sind für Unternehmen im Zeitalter der Digitalisierung ein Kern unternehmerischer Tätigkeit. Dies gilt ebenfalls für geistiges Eigentum (Marken, Patente, Geschmacks- und Gebrauchsmuster, etc.). Soweit zu diesen nach Nr. 2 die Einräumung eines Nutzungsrechts angeordnet werden kann, hemmt dies Forschung und Entwicklung.
- (20) Aufgrund seiner niedrigen Eingriffsschwelle, seiner unbestimmten Eingriffsvoraussetzungen sowie des weiten Ermessens bei der Maßnahmen- und Adressatenauswahl, sowie gleichzeitig breit gefassten Eingriffsbefugnissen stünde § 32f Abs. 3-5 RefE in Konflikt mit der Wesentlichkeitslehre und dem Bestimmtheitsgrundsatz. Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitslehre muss der parlamentarische Gesetzgeber staatliches Handeln in allen grundlegenden Bereichen, insbesondere im Bereich staatlicher Eingriffsbefugnisse, durch förmliches Gesetz legitimieren und alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Das Gesetz muss zudem hinreichend bestimmt sein. § 32f Abs. 3-5 RefE entspricht diesen Anforderungen nicht. Die sachliche Entscheidung über das Ob eines Eingriffs, über die zur Verfügung stehenden Abhilfemaßnahmen und die Maßnahmeadressaten werden letztlich nicht vom Gesetzgeber, sondern nur noch von der Kartellbehörde getroffen.

¹⁰ RefE, S. 15.

3. Unzureichende Rechtsschutzmöglichkeiten

- (21) Angesichts der erheblichen potenziellen Eingriffsintensität ist auch der Rechtsschutz für betroffene Unternehmen unzureichend. Im Einzelnen:
- (22) Die Einleitung einer Sektoruntersuchung ist für sich genommen gar nicht anfechtbar, obwohl diese Grundlage und Voraussetzung für ein Verfahren und die Anordnung von Maßnahmen nach § 32f RefE sein soll, ohne dass aber Zuwiderhandlungen festgestellt werden müssten.
- (23) Auch die kartellbehördlichen Feststellungen im Zwischen- und Abschlussbericht einer Sektoruntersuchung sollen ausweislich des RefE mangels einer eigenständigen Regelungswirkung sowie einer individuellen Beschwer nicht isoliert anfechtbar sein.¹¹
- (24) Die betroffenen Unternehmen sollen sich somit erst gegen kartellbehördlich angeordnete Abhilfemaßnahmen zur Wehr setzen können. Diese sind zwar mit der Beschwerde anfechtbar. Der Beschwerde kommt aber grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu, was gerade in Anbetracht des möglichen Inhalts einer § 32f RefE-Entscheidung stark ins Gewicht fällt. Den Unternehmen droht zudem von der Einleitung einer Sektoruntersuchung an ein langer Zustand der Ungewissheit in Bezug auf die Anordnung bestimmter Abhilfemaßnahmen, der ihre Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit zusätzlich erheblich beeinträchtigen kann. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass für die Sektoruntersuchung und den Erlass der Verfügung nach § 32f Abs. 3-4 RefE jeweils nur eine Regelfrist von 18 Monaten vorgesehen ist. Eine Überschreitung dieser Fristen zieht keine Rechtsfolgen nach sich.¹²
- (25) Beim Vergleich der beabsichtigten Änderungen mit bereits bestehenden Instrumenten werden die eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten umso offensichtlicher. In dem ebenfalls zweistufig angelegten Verfahren des § 19a GWB haben die betroffenen Unternehmen die Möglichkeit, bereits gegen die Verfügung nach § 19a Abs. 1 GWB gerichtlich vorzugehen. Im Rahmen des zum Vorbild genommenen britischen Marktuntersuchungsverfahrens treffen die Competition and Markets Authority (CMA) weitreichende Konsultationspflichten. Dies korrespondiert mit be-

¹¹ RefE, S. 24.

¹² RefE, S. 23, 31.

trächtlichen Informations- und Beteiligungsrechten auf Seiten der Unternehmen. Zudem ist es nach englischem Recht sogar möglich, die Ergebnisse der Marktuntersuchung gerichtlich anzufechten.

- (26) Selbst wenn ein Gericht im Nachhinein die Rechtswidrigkeit einer Anordnung nach § 32f RefE feststellen sollte, unterlägen die betroffenen Unternehmen erheblichen Schwierigkeiten, für die unrechtmäßig aufgebürdeten Abhilfemaßnahmen eine angemessene Kompensation geltend zu machen. Mangels spezieller Regelungen im RefE kämen hier die allgemeinen Regelungen wie etwa ein Amtshaftungsanspruch in Betracht. Insofern solche Ansprüche aber bereits für den Fall rechtswidriger Untersagungsentscheidungen in der Fusionskontrolle praktisch nicht durchsetzbar sind, stellen sich für dieses neue Instrument die gleichen Probleme. Zudem gilt im Hinblick auf eine rechtswidrige Entflechtungsanordnung zu beachten, dass die Rückgängigmachung einer solchen Maßnahme nach Ablauf eines gewissen Zeitraums auf erhebliche praktische Hürden stößt.

4. Befugnisse und Erfahrungen der CMA sind nicht vergleichbar und können nicht als Vorbild dienen

- (27) Der im RefE bemühte Vergleich mit den Befugnissen und der Praxis der CMA verkennt wesentliche konzeptionelle Unterschiede:
- (28) Die Befugnisse der CMA basieren zum einen auf dem Enterprise Act 2002, der keine generelle Anmeldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen vorsieht. Anmeldungen von Fusionen in Großbritannien sind demnach freiwillig, sodass ein größeres Bedürfnis nach weitreichenderen Befugnissen der CMA besteht als dies in Deutschland der Fall ist. Unternehmenszusammenschlüsse mit Auswirkungen in Deutschland unterliegen der Fusionskontrolle entweder durch die Kommission oder durch das Bundeskartellamt, sodass hier hierzulande – anders als in Großbritannien – bereits präventiv eine weitgehende Marktstrukturkontrolle gewährleistet ist. Diese damit verbundene Rechtssicherheit würde in Frage gestellt, zumal wenn das Bundeskartellamt zukünftig nach fünf Jahren Maßnahmen bis hin zu einer Entflechtung ergreifen und sogar damit die Rückabwicklung einer zuvor genehmigten Fusion bewirken könnte.

- (29) Zum anderen sind die als Blaupause angeführten Befugnisse der CMA an höhere Voraussetzungen geknüpft, als sie der RefE vorsieht. Voraussetzung einer Marktuntersuchung in Großbritannien ist ein qualifizierter Anfangsverdacht (*reasonable grounds for suspecting*) für eine Wettbewerbsbeschränkung (*prevents, restricts or distorts competition*), den die CMA in der Regel durch eine vorangehende Market Study ermittelt. Wird bei hinreichendem Anfangsverdacht dann eine Market Investigation eingeleitet, ist Bedingung für weitere Maßnahmen der CMA das Feststellen einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (*adverse effect on competition and prevents, restricts or distorts competition*). Für diese Feststellung hat die CMA Richtlinien erlassen, die den Entscheidungsmaßstab klar aufzeigen und primär auf beeinträchtigendes Verhalten durch die Marktteilnehmer abstellen. Der RefE dagegen sieht sehr viel niedrigere Schwellen vor, die zusätzliche Rechtsunsicherheit schaffen und nur schwer justizierbar sind:
- (30) • Eine Sektoruntersuchung ist nach § 32e Abs. 1 GWB bereits dann zulässig, wenn „Umstände vermuten“ lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Ausreichend ist demnach ein lediglich einfacher, nicht näher qualifizierter Anfangsverdacht sein, der nicht weiter begründet werden muss.
- (31) • Die auf eine Sektoruntersuchung folgende Eingriffskompetenz in § 32f Abs. RefE stellt dann allerdings auf eine „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs“ ab, ohne dass klar ist, ob die Störung die Schwelle einer tatsächlichen „Einschränkung“ oder „Verfälschung“ des Wettbewerbs erreicht oder überschritten haben muss. Im Unterschied hierzu orientieren sich die Eingriffsbefugnisse der CMA schon begrifflich deutlich mehr an etablierten Kategorien einer Wettbewerbsbeschränkung.
- (32) Bei der Bezugnahme auf die CMA-Praxis lässt der RefE im Übrigen auch unberücksichtigt, dass die Erfahrungswerte mit Abhilfemaßnahmen nach Market Studies bestenfalls als gemischt anzusehen und mit erheblich praktischen Problemen verbunden sind. Der RefE geht von durchschnittlich zwei Verfahren pro Jahr und von „innerhalb einer sehr begrenzten Zeit sehr komplexen Abwägungsentscheidungen“ aus. Demgegenüber ist der hohe Ermittlungs- und damit verbundenen Ressourcenaufwand nach dem gegenwärtigen Stand des RefE nicht angemessen berücksichtigt. Obwohl die

CMA über deutlich mehr Mitarbeiter verfügt als das Bundeskartellamt und in der Regel ca. 20 Mitarbeiter in Vollzeit an nur einem einzelnen dieser Verfahren arbeiten, kam es bereits zu zusätzlichem Personalbedarf.

5. **Ernstzunehmende Gefahren bei der Anwendung des § 32f RefE**

- (33) Problematischer würde ein behördlicher Eingriff nach § 32f RefE insbesondere, wenn die vermutete Störung des Wettbewerbs beispielsweise auf die Konzentration des Marktes abstellt. Dann kann dies allein noch nichts darüber aussagen, ob der Wettbewerb funktioniert oder nicht. So kann der Wettbewerb auf einem Markt mit nur wenigen Anbietern aufgrund von anderen Merkmalen durchaus intensiv sein, z.B. wenn es sich um sehr große, nicht häufig vergebene Verträge handelt (der Flugzeugbau oder Schiffbau wird in diesem Zusammenhang oft als Beispiel angeführt). Oder auch wenn ein Markt generell durch hohe Skalenerträge gekennzeichnet ist (z.B. wenn die Herstellung des Produkts in großen Anlagen erheblich günstiger ist) und es so effizienter ist, wenn der Markt durch eine geringe Anzahl großer Unternehmen bedient wird. Ein weiteres Beispiel ist der Trend weg von kleinen, lokalen Supermärkten hin zu größeren Supermärkten aufgrund von Effizienzen beispielsweise hinsichtlich Transport und Logistik und einer besseren Verhandlungsposition mit Lieferanten. In diesen Fällen kann eine behördlich erzwungene Reduktion der Konzentration eines Marktes Verbraucher schlechter stellen, wenn dies zu einer Verringerung des Zugangs von Unternehmen zu Größen- und/oder Verbundvorteilen führt. Entscheidend ist, was die minimale effiziente Größe eines Marktes ist. Dies könnte je nach dem, wie der Markt funktioniert, eine große oder auch kleine Anzahl von Unternehmen sein, und sich auch über die Zeit, z.B., aufgrund von technischen Entwicklungen ändern.
- (34) Der RefE führt neben Strukturmerkmalen noch weitere – und aus ökonomischer Sicht wesentliche – Merkmale auf, die bei der Feststellung einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten“ Störung des Wettbewerbs, berücksichtigt werden müssen. Diese umfassen, z.B., Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten einzelner Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter bzw. Nachfrager,¹³ Marktergebnisse und Verhaltensweisen, die auf wettbewerblich nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume schließen lassen, insbesondere

¹³ RefE, S. 30.

hinsichtlich Preisen, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen sowie Innovationstätigkeit auf den betroffenen Märkten.¹⁴ Dabei listet der RefE diese richtigerweise als „Mindestanforderung“ auf, es können also noch weitere Merkmale für die Beurteilung relevant sein.

- (35) Der Schlüssel liegt jedoch in der Anwendung dieser und weiterer möglicherweise relevanter Kriterien. Wesentlich für die angemessene Anwendung der Regelung ist mindestens – und hier zählt jedes Wort:
- (36) • eine ergebnisoffene, ökonomisch fundierte und faktenbasierte Analyse des Marktes, um die Funktionsweise des Marktes sowohl statisch als auch dynamisch genau zu verstehen, und
- (37) • auf der Basis zu bewerten, wie
- funktionierender Wettbewerb auf diesem Markt aussieht,
 - wie nah der Markt diesem Zustand ist, und
 - was den Markt davon abhält, diesen Zustand zu erreichen.
- (38) Wird von diesen Mindestanforderungen an eine Bewertung von möglichen Wettbewerbsproblemen und Abhilfemaßnahmen abgewichen, besteht jedenfalls das Risiko einer nachhaltigen Schädigung von Verbrauchern durch nicht-notwendige und nicht-zielführende behördliche Eingriffe. Dabei hängt der genaue Effekt von der Art der Intervention ab. So könnte z.B. eine Preiskontrolle die Erbringung von Dienstleistungen unerschwinglich machen, wenn der Markt bereits wettbewerbsfähig ist. Abhilfemaßnahmen die Wettbewerbern Zugang zu Daten, Infrastruktur oder sonstigen Einrichtungen gewähren, könnten Unternehmen von Investitionen abhalten – sowohl Unternehmen, die den Zugang gewähren müssen (warum investieren, wenn man es an Konkurrenten abgeben muss?) sowie Unternehmen, die Zugang ersuchen (warum investieren, wenn man es von einem anderen Unternehmen erhalten kann?). Strukturelle Abhilfemaßnahmen können, wie eingangs beschrieben, zu einer Verringerung von Größen- und/oder Verbundvorteilen und somit zu Preisanstiegen führen. Abhilfemaßnahmen, die etablierte Unternehmen daran hindern, neue Produkte auf an-

¹⁴ RefE, S. 30.

grenzenden Märkten einzuführen, können Wettbewerber auf diesen Märkten schützen, jedoch auf Kosten von Verbrauchern, indem die Auswahl an angebotenen Produkten begrenzt wird.

- (39) Dass eine unbegründete und auf ein ungenügendes Verständnis des relevanten Marktes aufsetzende Intervention reale und direkte Folgen für Konsumenten haben kann, hat die Erfahrung aus Großbritannien ebenfalls gezeigt. So haben beispielsweise die sog. „Beer Orders“ dazu geführt, dass über 14.000 Kneipen von den Brauereien verkauft wurden, zum Teil an einzelne Wirte, zum Teil an große Gastronomieketten. Was die Behörde nicht hinreichend berücksichtigt hatte war, dass vertikal integrierte Kneipen unabhängig vom vermeintlichen Wettbewerbsproblem relativ niedrige Preise gewährleisten konnten, aufgrund von Effizienzen oder auch nur der Vermeidung einer doppelten Marginalisierung. Anders als von der Behörde erhofft stiegen nach Umsetzung der Maßnahmen die Bierpreise.¹⁵
- (40) Aber auch der Ausgang einiger weiterer Verfahren der CMA und ihrer Vorgängerbehörde werden von in Großbritannien als Misserfolg bewertet, hierunter die Anordnungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfungs- und Energiemärkte.

6. Absenkung der Anforderungen an die Prüfung künftiger Zusammenschlüsse ist bedenklich

- (41) Die Voraussetzungen des § 39a GWB sollen nach Überführung in den neu geschaffenen § 32f Abs. 2 RefE weiter verschärft werden. Damit wird eine nach unserer Auffassung problematische Neuerung weitergeführt und deren Anwendungsbereich rechtsstaatlich zweifelhaft erweitert.
- (42) Mittels der erst mit der 10. GWB-Novelle eingeführten Vorschrift des § 39a GWB kann das Bundeskartellamt schon jetzt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, (ungeachtet der allgemeinen Aufgreifschwelle des § 35 GWB) Zusammenschlüsse mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren bestimmten Wirtschaftszweigen anzumelden, nachdem es auf einem der betroffenen Wirtschaftszweige zuvor eine Untersuchung nach § 32e GWB durchgeführt hat.

¹⁵ Hierzu auch Slade, E. (1998). Beer and the Tie: Did Divestiture of Brewer-Owned Public Houses Lead to higher Beer Prices? *The Economic Journal*, 108, 565-602.

- (43) Einerseits sollen durch den RefE die bislang in § 39a GWB für dessen Anwendung enthaltenen spezifischen Umsatzschwellen in ganz erheblichem Umfang angepasst bzw. abgesenkt werden. Voraussetzung für die Anwendung der Fusionskontrolle wären nach § 32f Abs. 2 RefE dann zukünftig inländische Umsatzerlöse
- (44) • des Erwerbers von über € 50 Mio. (statt bislang € 500 Mio. weltweit),
- (45) • des zu erwerbenden Unternehmens von über € 500.000, - (statt bislang Umsätze von über € 2 Mio. weltweit, und mehr als zwei Drittel der erzielten Umsätze im Inland).
- (46) Andererseits sollen die Beschränkung der Norm auf Unternehmen mit 15 % Anteil am inländischen Angebot entfallen und die Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel § 36 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB ausgeschlossen werden.
- (47) Wie bislang unter Geltung des § 39a GWB soll die Anmeldepflicht und damit das Vollzugsverbot drei Jahre ab Zustellung der Verfügung gelten und mehrfach um drei Jahre verlängert werden können.
- (48) Eine weitere Absenkung der Anforderungen und damit verbundenen Erweiterung des Anwendungsbereichs des jetzigen § 39a GWB (dann § 32f Abs. 2 RefE) sehen wir sehr kritisch. Nicht nur hinsichtlich ihres neuen Standortes im Gesetz würde die Norm damit noch weiter der Systematik des fusionskontrollrechtlichen Regelungswerks des GWB entzogen und dessen bislang geltenden Grundsätzen zuwiderlaufen.
- (49) Schon jetzt enthält die Regelung des § 39a GWB die Ermächtigung eines Exekutivorgans, bestimmte Unternehmen durch einfache Behördenentscheidung weitreichenden Eingriffen zu unterwerfen. Die Anforderungen dieser nach unserer Auffassung gesetzlichen Blankettermächtigung – siehe hierzu bereits unsere deutliche Kritik im Rahmen der Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle¹⁶ – noch weiter zu senken ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, mit Blick auf
- den verfassungsrechtlich gebotenen Vorbehalt des Gesetzes,
 - die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts,

¹⁶ Hier Rn. 134 f.

- das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG)

problematisch.

- (50) Die Schwellenwerte für die Zusammenschlusskontrolle sind in Deutschland im internationalen Vergleich nach wie vor niedrig, auch wenn der Gesetzgeber sie erst im Rahmen der 10. GWB-Novelle angehoben hat.
- (51) Vor diesem Hintergrund ist die Befugnis des Bundeskartellamts zusätzlich, im Wege eines Verwaltungsakts Unternehmen, die noch um ein Vielfaches kleiner sind als nach den allgemeinen Schwellenwerten, im Rahmen der Einzelverfügung, der Fusionskontrolle zu unterwerfen, schon jetzt besonders augenfällig.
- (52) Die mit der Absenkung der Anforderungen des § 39a GWB verbundenen Erstreckung der Regelung und der mit ihrer Anwendung schon jetzt bestehenden Rechtsunsicherheit auch auf kleine und mittelständische Unternehmen ist nicht opportun.
- (53) Eine wirtschaftszweigspezifische Erweiterung der Zusammenschlusskontrolle besteht seit Jahrzehnten für Zeitungen, Zeitschriften und Rundfunk. Der für die Anwendung der Zusammenschlusskontrolle maßgebliche Umsatz aus Tätigkeiten in diesen Bereichen wird vervielfacht (§ 38 Abs. 3 GWB). Eine Beschränkung der Zusammenschlusskontrolle gibt es für den Warenhandel (§ 38 Abs. 2 GWB). Diese branchenbezogenen Besonderheiten sind aber eine Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers.

II. Vereinfachung der Vorteilsabschöpfung nach Kartellverstößen

- (54) Der Entwurf zur Neuregelung der Vorteilsabschöpfung ist wenig austariert. Aus dem Regelungsgehalt und -historie ergibt sich, dass die Vorteilsabschöpfung subsidiär zum Private Enforcement ist und Letztere ergänzen soll, um eine vollständige Kompensation von Schäden bzw. dem Entzug aus einem Kartellrechtsverstoß erzielter wirtschaftlicher Vorteile zu erreichen. Deshalb sollte Zweck der Vorteilsabschöpfung sein, gerade (und nur) diejenigen Vorteile abzuschöpfen, bei denen die zivilprozessuale Durchsetzung für Kläger unattraktiv ist oder praktischen Schwierigkeiten begegnet. Das wären in der Praxis vor allem jene Fälle, bei denen der abzuschöpfende wirtschaftliche Vorteil gering ausfallen dürfte. Vor diesem Hintergrund erscheinen Effizienzerwägungen der Verwaltung wenig nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr ange-

sichts der den Kartellbehörden zur Verfügung stehenden umfassenden Ermittlungsbefugnisse. Die vorliegende Entwurfsfassung atmet, auch mit Blick auf den geschätzten Erfüllungsaufwand und die geschätzte Zahl von zwei Abschöpfungsverfahren pro Jahr, jedoch eher den Geist eines mit dem Private Enforcement konkurrierenden Instituts, dessen Anwendung mit demselben rationalen Desinteresse wie beim Private Enforcement stehen und fallen und sein eigentlich verfolgtes Ziel der vollen Kompensation verfehlen dürfte.

- (55) Die vorgeschlagene gesetzliche Vermutung eines wirtschaftlichen Vorteils aus einem Rechtsverstoß ist ohne konkretes gesetzliches Vorbild. Im Schadensersatzrecht steht der Bundesgerichtshof der einfachen Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen grundsätzlich ablehnend gegenüber und fordert einen konkreten Nachweis der Schadenshöhe. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt die seit Jahren bestehende Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung bisher noch nie genutzt.

1. Schätzung der Höhe des durch den Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils

- (56) Den Kartellbehörden steht es bereits nach der derzeit geltenden Fassung offen, einen kartellbedingten Vorteil zu schätzen. Die Absenkung des für die behördliche Überzeugungsbildung geltenden Beweismaßes auf eine "überwiegende Wahrscheinlichkeit" (§ 287 ZPO) wird den Anforderungen des dem GWB zugrundeliegenden Amtsermittlungsgrundsatzes nicht gerecht. Zumal den Behörden bereits ein weitreichendes Spektrum an Ermittlungsbefugnissen zusteht, um den Gesetzeszweck – die wirtschaftlichen Vorteile, die einen Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift erlangt worden sind, nicht bei den Kartellanten zu belassen – zu erreichen. Insbesondere kann das Bundeskartellamt "*alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind*" (§ 57 Abs. 1 GWB), etwa die Erteilung von Auskünften sowie die Herausgabe von Unterlagen durch Beschluss verlangen (§ 59 GWB) und diese Beschlüsse mit Zwangsgeldern durchsetzen (§ 86a GWB). Selbst Durchsuchungen von Unternehmen und Wohnungen sind zulässig (§ 59b GWB). Dem Amt fehlt es auch nicht an den dafür erforderlichen personellen Ressourcen. Deswegen sollte der Behörde eine Schätzung nicht generell erlaubt sein, sondern im Sinne einer *ultima ratio* allenfalls erst dann, wenn die erforderliche Amtsermittlung nicht mehr zumutbar ist.

2. Höhe der pauschalisierten Vorteilsvermutung

- (57) Ob eine Notwendigkeit für eine gesetzliche Vermutung zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils angezeigt ist, wird in der Begründung des RefE nicht überzeugend dargelegt. Denn die Behörden können Unternehmen – in Bußgeld- wie in Verwaltungsverfahren – mit Zwangsgeldern zu Auskünften verpflichten und so in der Regel eine vermeintliche – "Informationsasymmetrie" beseitigen. Die auf das Verursacherprinzip und den Präventionsgedanken gestützte Einführung der gesetzlichen Vermutung steht in einem Spannungsverhältnis zum Amtsermittlungsgrundsatz. Zudem steht die pauschalisierte Vermutung eines Vorteils, der nicht etwa zugunsten der Kartellgeschädigten abgeschöpft wird, sondern (jedenfalls zunächst) dem Staat zufließt, in Konflikt zu den Voraussetzungen, die Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz an eine Enteignung stellt. Dies erscheint umso problematischer, als der Gesetzesvorschlag keine Regelung zur Verzinsung seitens des Bundeskartellamts gegenüber den geschädigten Unternehmen der abgeschöpften Vorteile enthält.
- (58) Dieser Konflikt wird durch die fehlende Begründung der Höhe des vermuteten Vorteils verschärft. Der in § 34 Abs. 4 RefE vermutete Vorteil von mindestens 1 % der mit dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkt oder Dienstleistung erwirtschafteten *Inlands*umsätze wirkt arbiträr und findet keine ökonomische Stütze. So finden sich in der vielzitierten Oxera-Studie „Null-Effekte“ bis Overcharges im zweistelligen Prozentbereich. Dabei beziehen sich sowohl die Ergebnisse der Oxera-Studie als auch die in der Gesetzesbegründung angeführte BGH-Rechtsprechung auf Fälle von „Preisüberhöhungsschäden“, insbesondere im Horizontalverhältnis, also bei klassischen Hardcore-Kartellen. Dem Wortlaut nach soll die Vorschrift jedoch nicht nur den „Preisüberhöhungsschaden“ bei klassischen Hardcore-Kartellen erfassen: Sie soll stattdessen den "wirtschaftlichen Vorteil" abschöpfen, der mit Blick auf das Institut der Vorteilsabschöpfung in anderen Jurisdiktionen wie den USA, neben Preisschäden beispielsweise auch Vorteile durch Veränderungen der Marktpositionen umfasst. Es bleibt damit bereits unklar, worauf sich die Vermutung tatsächlich bezieht, was angesichts der faktischen Unwiderlegbarkeit (dazu nachfolgend) verfassungsrechtlich bedenklich erscheint. Darüber hinaus erstreckt sich die Vermutung auch auf Missbrauchssachverhalte und Kartellrechtsverstöße in Vertikalverhältnissen. Vor dem Hintergrund der Vielgestaltigkeit der erfassten Verhaltensweisen und des unklaren und auslegungsbedürftigen Begriffes des "wirtschaftlichen Vorteils" kann dieser nur

im Einzelfall bestimmt werden. Eine Vermutung von 1 % kann daher den tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteil möglicherweise unterschätzen; in einer nicht vernachlässigbaren Anzahl von Fällen würde es aber auch zu einer Abschöpfung eines nicht vorhandenen Vorteils kommen.

- (59) Auch wenn eine sachgerechte Widerlegbarkeit dem RefE folgend ohnehin stark erschwert ist (dazu im Folgenden), dürfte eine Widerlegung eines vermuteten wirtschaftlichen Vorteils von 1 % zudem auch praktische Herausforderungen nahezu unmöglich. Empirische Methoden, die in Kartellschadensersatzverfahren regelmäßig von gerichtlich bestellten Sachverständigen oder von seitens der Parteien benannten Ökonomen angewendet werden, um die Höhe von Kartellschäden zu schätzen, sind letztlich komplexe Schätzverfahren. Diese Verfahren versuchen, den Effekt eines Wettbewerbsverstoß von einer Vielzahl von anderen Marktentwicklungen zu isolieren, sind aber meist mit statistischen Unschärfen verbunden, da sich selten alle relevanten Entwicklungen perfekt empirisch erfassen lassen. Auch wenn dies belastbare Schätzungen erlaubt, deren Robustheit auch bewertet werden kann, kann ein konkreter Effekt mit absoluter Sicherheit in der Höhe nicht vollkommen exakt bestimmt oder dessen Existenz nur selten vollständig ausgeschlossen werden. Der Nachweis, dass der Effekt 0 % statt vermutet 1 % war, dürfte daher schon aus statistisch-methodischen Gründen extrem schwierig sein – sowohl für betroffene Parteien als auch gerichtlich bestellte Sachverständige. Die Hürde einer sachgerechten Widerlegung der Vermutung wäre daher sehr hoch – ist aber auch gar nicht im RefE angedacht (wie im Folgenden ausgeführt).

3. De facto Unwiderleglichkeit

- (60) Wenig nachvollziehbar erscheinen die sachfremden und letztlich hohen Anforderungen, die § 34 Abs. 4 S. 6 RefE an die Widerlegung der Vermutung stellt. Nach dem RefE wäre zur Widerlegung der Vermutung der Nachweis des Unternehmens erforderlich, dass es im Abschöpfungszeitraum weltweit keinen Gewinn in Höhe des vermuteten Vorteils erzielt hat. Dies verwundert in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist es rechtsdogmatisch widersprüchlich und erklärt sich nicht, warum die Vermutung selbst an den erwirtschafteten Inlandsumsatz, die Widerlegung der Vermutung hingegen an den weltweiten Gewinn anknüpft, der geographische Anknüpfungspunkt mithin auseinanderfällt. Darüber hinaus wird für die Widerlegung der Vermutung

nicht auf den mit den von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkten oder Dienstleistungen erzielten wirtschaftlichen Vorteil (oder zumindest Gewinn) angeknüpft. Unabhängig davon, ob ein Zusammenhang zum Wettbewerbsverstoß gegeben ist oder nicht, kann somit die pauschalisierte Vorteilsvermutung, die eigentlich im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverstoß stehen sollte, de facto nicht widerlegt werden, wenn das Unternehmen überhaupt einen Gewinn in Höhe des vermuteten Vorteils erwirtschaftet hat. Umgekehrt wäre eine Widerlegung im Sinne des RefE möglich, sofern das Unternehmen keinen (Gesamt-)Gewinn im Referenzzeitraum erzielt hat.

- (61) Die im RefE vorgeschlagene Widerlegbarkeit entspricht daher eher einer (zu § 34 Abs. 3 GWB hinzutretenden) Härtefallregelung als einer gesetzlich eingeräumten Möglichkeit der Widerlegung einer Vorteilsvermutung eines wirtschaftlichen Vorteils. Die Betrachtung des weltweiten (Gesamt-)Gewinns sagt per se überhaupt nichts über die Höhe des tatsächlich missbrauchsbedingten Gewinns aus. Die Regelung zur Widerlegbarkeit verfehlt damit nicht nur den ihr angedachten Zweck, sondern wirkt im Ergebnis – aufgrund der de facto-Unwiderlegbarkeit – wie eine das Bußgeld ergänzende weitere Sanktion. Sofern die Regelung letztlich eine Härtefallregelung darstellen soll – und nichts anderes ergibt sich aus dem RefE –, dann sollte sie auch als solche benannt werden.
- (62) Der Verweis im RefE auf die eigentliche Härtefallregel (§ 34 Abs. 3 S. 1) – z.B. bei einer für Handelsmärkte typischen niedrigen Wertschöpfung –, scheint lediglich ein schwacher Trost: Um eine „unbillige Härte“ zu vermeiden, „soll“ die Vorteilsabschöpfung auf einen „angemessenen“ Geldbetrag beschränkt werden. Nach der Gesetzesbegründung der 7. GWB-Novelle zum Kriterium der „unbilligen Härte“ kann dies insbesondere dann vorliegen, wenn die Existenz des betreffenden Unternehmens durch die Abschöpfung gefährdet würde.¹⁷ Da es aufgrund der Gesetzessystematik immer zu einer Vorteilsabschöpfung käme, wenn die fragliche Unternehmensgruppe im Abschöpfungszeitraum einen Gewinn in Höhe des Abschöpfungsbetrages erzielt hat, wäre die Annahme einer Existenzgefährdung allenfalls dann denkbar, wenn sich die wirtschaftliche Lage der gesamten Unternehmensgruppe seither (extrem) verschlechtert hätte.

¹⁷ BT-Drs. 8/2136, S. 26 linke Spalte.

(63) Es stellt sich daher die Frage, ob sich andere Anknüpfungspunkte als geeigneter darstellten könnten, um ein angemesseneres Abbild des tatsächlichen von der Zuwiderhandlung betroffenen wirtschaftlichen Vorteils zu schaffen. Denn bei der Abschöpfung soll es sich gerade nicht um ein strafrechtliches oder ordnungsrechtliches Instrument handeln, sondern um ein verwaltungsrechtliches. Dabei sollte auch in Betracht gezogen werden, die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung offen zu lassen. So wird es in die Hände des Unternehmens gelegt, Schätzungsunsicherheiten durch Offenlegung derjenigen Informationen zu begegnen, die Rückschlüsse auf die Auswirkungen des Verstoßes auf die Marktsituation zulassen. Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit würde sich eher verkraften lassen als Anforderungen, die *de facto* zur Unwiderleglichkeit der Vermutung führen.

4. Kein Verschulden erforderlich

(64) Die angelegten Schwierigkeiten in der Widerlegung der Vermutung bergen Konfliktpotential zum Wegfall des bis zur bisherigen Fassung nach § 34 Abs. 1 GWB erforderlichen Verschuldensnachweises. Solange es sich um den Entzug eines ungerechtfertigten Vorteils handelt, ist die Änderung nicht zu beanstanden. Die Gesetzesbegründung verweist darauf, bei der Vorteilsabschöpfung handele es sich um ein verwaltungsrechtliches, auf Erlösherausgabe gerichtetes Instrument, welches dazu diene, eine Bereicherung durch einen feststehenden Kartellrechtsverstoß zu verhindern. Allerdings vermag diese Begründung nur so lange und so weit zu verfangen, wie es den Unternehmen durch Widerlegung der pauschalisierten Vorteilsvermutung möglich ist, den tatsächlich angefallenen ungerechtfertigten Vorteil zu bestimmen. Ist ihnen diese Möglichkeit wegen der *de facto* Unwiderleglichkeit der Vermutung verwehrt, bedarf es eines Verschuldensnachweises, um nicht Gefahr zu laufen, ein verschuldensunabhängiges Sanktionsinstrument zu schaffen. Dies ist insbesondere in den Fällen kritisch zu beurteilen, in denen die Behörde statt eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens ein Verwaltungsverfahren durchführt. Denn hier kann sie eine Zuwiderhandlung ohne die Verhängung eines Bußgeldes feststellen. In diesem Fall kann die Behörde auch die Schuldfrage offenlassen.

(65) Der Verschuldensnachweis ist im Übrigen auch im Schadensersatzrecht (§ 33a Abs. 1 GWB) und auch im Fall der Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34a Abs. 1 GWB) ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Sowohl § 10 UWG als auch § 33 EnWG sehen eine Vorteilsabschöpfung ebenfalls nur bei Verschulden vor. Ein

über den für die Verhängung eines Bußgeldes hinausgehender Verschuldensnachweis sollte entgegen dieser Kritik jedoch ebenfalls nicht verlangt werden. Mithin wäre jedenfalls eine Klarstellung im Rahmen des § 34 Abs. 1 GWB begrüßenswert.

5. Verhältnis zum private enforcement

- (66) Das in § 34 Abs. 2 GWB geregelte Verhältnis zu Kartellschadensersatzgläubigern bleibt begrüßenswerter Weise unangetastet – eine Änderung liefe auch auf eine Enteignung der durch den Kartellverstoß Geschädigten hinaus. Der RefE lässt hingegen Fragen dazu offen, ob und wie die pauschalisierte Vorteilsvermutung für den betroffenen Geschädigten geltend gemacht werden kann. Denkbar erscheint es, dass Klagen von potenziell Geschädigten an die Schätzungen des Bundeskartellamts anknüpfen, wenn die Abschöpfungsanordnung zeitnah nach der Bußgeldentscheidung erlassen wird. Dem stehen allerdings die bisher unregulierten Folgewirkungen entgegen, die sich daraus ergeben, dass eine Behörde, wenn sie bereits einen wirtschaftlichen Vorteil abgeschöpft hat, diesen (wohl) dem Unternehmen insoweit zurückerstatten muss, als ihm dieser zu einem späteren Zeitpunkt durch die erfolgreiche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen entzogen wird. Ungeklärt bleibt (weiterhin), ob bei der Rückerstattung des Abschöpfungsbetrags nur auf den nominalen Schadenersatzbetrag abzustellen ist oder auch etwaige an den Geschädigten gezahlte Verzugszinsen berücksichtigt werden müssten und ob und in welchem Umfang ein von der Behörde zu erstattender Abschöpfungsbetrag zu verzinsen wäre.
- (67) Im Übrigen erscheint es ganz grundsätzlich rechtspolitisch fragwürdig, wenn der Staat den Kartellbehörden, die ohnehin über Amtsermittlungsbefugnisse verfügen, eine gesetzliche Höhenvermutung im Rahmen der Vorteilsabschöpfung zur Seite stellt, die die Vorteilsabschöpfung erleichtert und dem Staatshaushalt zu Gute käme, den durch eine Zuwiderhandlung tatsächlich Geschädigten eine solche Nachweiserleichterung aber vorenthält.

6. Unsicherheiten durch Fristverlängerung

- (68) Die in § 34 Abs. 5 RefE geregelte Fristverlängerung auf zehn Jahre spricht indes eher dafür, der privaten Rechtsdurchsetzung den zeitlichen Vortritt zu lassen. Die Behörden sollten also im Rahmen des ihnen nach § 34 Abs. 1 GWB zustehenden Ermessens im Anschluss an die Durchführung eines kartellbehördlichen Verfahrens eine Prognoseentscheidung mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit von Schadensersatzansprüchen

treffen und zunächst eine Weile abwarten, bis die Höhe des geleisteten Schadenersatzes feststeht. Da dieses notgedrungene Abwarten nicht zu einer Verjährung der Abschöpfungsmöglichkeit führen soll, erscheint eine die Verjährungsfrist übersteigende Frist diskutabel. Eine noch längere Erstreckung wäre aus Gründen des Rechtsfriedens – auch sonst sind ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen irgendwann nicht mehr zwangsweise durchsetzbar – jedoch kaum vertretbar. Die Verlängerung bedeutet für Unternehmen, zehn Jahre mit Belastungen rechnen zu müssen, die durch eine Vorteilsabschöpfung auf sie zukommen können. Unklar bleibt in diesem Zusammenhang, ob und in welcher Höhe die Unternehmen im Hinblick auf die möglicherweise anzuordnende Vorteilsabschöpfung Rückstellungen bilden müssen. Da gleichzeitig die mit der Vorteilsabschöpfung einhergehenden Beweisprobleme nun auf die Unternehmen verlagert werden sollen, ist die Verlängerung auf zehn Jahre unangebracht. Für die Kartellbehörde hingegen ist es ausreichend, sich auf die Vorteilsvermutung zu stützen. Darüber hinaus fragt es sich, wie realistisch (und notwendig) eine Tätigkeit der Behörde nach so vielen Jahren noch wäre.

7. Auswirkungen auf Langzeitkartelle

- (69) Unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung unter Kartellanten erscheint der Wegfall der zeitlichen Eingrenzung auf fünf Jahre begründbar. Da auch im Rahmen der Vorteilsabschöpfung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt, erweist sich die abgeschaffte Privilegierung langjähriger Kartelle auch nicht als bodenlos.

8. Fehlender Kronzeugenschutz

- (70) Im Hinblick auf den aktuellen rechtspolitischen Diskurs, die Kronzeugenprogramme mit Blick auf die rückläufige Anzahl von Kronzeugenanträgen, die zumindest auch auf die Stärkung des Private Enforcement zurückgeführt wird und vom Bundeskartellamt in seinem aktuellen Tätigkeitsbericht selbst als "bedenklich" bewertet wird, stellt sich die Frage, ob der Schutz von Kronzeugen nicht auch im Rahmen des § 34 GWB zu verankern wäre. Einen gewissen Schutz bieten zwar bereits jetzt die Leitlinien zum Kronzeugenprogramm vom 23. August 2021. Dort heißt es in Ziff. 26, dass das Bundeskartellamt einem Kronzeugen "in der Regel" keinen "erlangten wirtschaftlichen Vorteil (§ 34 GWB) abschöpfen" wird. Aus Sicht potentieller Kronzeugen stellt dieser Ermessensspielraum bei der Vorteilsabschöpfung jedoch eine Unsicherheit dar, wodurch nach der Neuregelung des § 34 GWB Kronzeugenanträge noch unattraktiver

würden. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Ermessensausübung des Bundeskartellamts ausreichend ist oder ob es nicht einer entsprechenden gesetzlichen Klarstellung bedürfte, um hier für Rechtssicherheit zugunsten potentieller Kronzeugen zu sorgen.

III. Nationale Begleitmaßnahmen zur Durchführung des Digital Market Acts

1. Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts

(71) Mit § 32g RefE soll eine neue Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts geschaffen werden. Das Bundeskartellamt soll eine Untersuchung bei einer möglichen Nichteinhaltung der Art. 5, 6 oder 7 des DMA durchführen können. Die Möglichkeit solcher nationalen Ermittlungen wird durch Art. 38 Abs. 7 DMA eröffnet.

a) Zuständigkeit des Bundeskartellamts

(72) "Alleinige Durchsetzungsbehörde" für den DMA ist die Kommission. Die für die Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften zuständigen nationalen Behörden können von den Mitgliedsstaaten ermächtigt werden, die Kommission zu unterstützen.¹⁸

(73) Die Rolle der nationalen Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf die Durchsetzung von VO (EU) 2022/1828 ist damit grundverschieden von der Rolle im Hinblick auf die EU-Wettbewerbsvorschriften, die gemäß der VO 1/2003 von den nationalen Wettbewerbsbehörden durchgesetzt werden. In diesem Bereich führen die nationalen Behörden eigene Ermittlungen. Im Rahmen von Art. 38 Abs. 7 DMA übernimmt die nationale Behörde mit ihren Untersuchungen dagegen lediglich Vorermittlungen für die Kommission. Über die Aufnahme von Ermittlungen und die Einleitung eines Verfahrens entscheidet – ggf. im Anschluss an die Vorermittlungen der nationalen Behörden – die Kommission.

(74) Wie sich aus DMA Erwägungsgrund 91 ergibt, sollen nationale Behörden auch nicht generell tätig werden, sondern insbesondere dann, wenn nicht von vorneherein festgestellt werden kann, ob das möglicherweise problematische Verhalten eines Torwächters gegen den DMA oder (nationales) Wettbewerbsrecht verstößt – aus diesem

¹⁸ DMA Erwägungsgrund 91; RefE, S. 17.

Grund bezieht sich Art. 38 Abs. 7 DMA auch auf die nationalen Wettbewerbsbehörden und nicht andere Behörden der Mitgliedsstaaten.

- (75) Die Begründung des RefE reflektiert dieses Verhältnis grundsätzlich, wenn sie auf S. 17 ausführt, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden die Kommission (nur) "in einem begrenzten Umfang" unterstützen können. Insgesamt sind die Ausführungen zur Rolle des Bundeskartellamts und dem Verhältnis zur Kommission in der Begründung des RefE recht knapp gehalten. Angesichts der weitreichenden Eingriffsbefugnisse, die dem Bundeskartellamt mit der 11. GWB-Novelle zur Verfügung gestellt werden sollen, hält die Studienvereinigung an dieser Stelle nähere Ausführungen im Einklang mit Erwägungsgrund 91 DMA für erforderlich.
- (76) Die Studienvereinigung hält insofern eine Ergänzung in der Gesetzesbegründung für erforderlich, dass das Bundeskartellamt im Hinblick auf die Durchsetzung von VO (EU) 2022/1925 lediglich Vorermittlungen führt und eine Untersuchung durch das Bundeskartellamt insbesondere in Fällen in Betracht kommt, in denen nicht von vorneherein festgestellt werden kann, ob das Verhalten eines Torwächters eine Zuwiderhandlung gegen den DMA oder die Wettbewerbsvorschriften oder beides darstellt. Die Gesetzesbegründung könnte sich dabei an DMA Erwägungsgrund 91 orientieren.
- (77) Die eingeschränkte Rolle des Bundeskartellamts bei der Durchsetzung des DMA im Vergleich zu eigenen Verfahren zur Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften auch bei etwaigen *amicus curiae*-Stellungnahmen des Bundeskartellamts in zivilrechtlichen Verfahren ist im Hinblick auf Ansprüche aus dem DMA zu beachten. Da die Kommission die "einzige Behörde" mit Kompetenz zur Durchsetzung des DMA ist, erscheint sie auch für *amicus curiae*-Einlassungen grundsätzlich als die geeignetste Behörde.
- (78) Wo das Bundeskartellamt sich doch im Wege eines *amicus curiae briefs* einlässt, sollte es seine Rolle bei der Durchsetzung des DMA erläutern, um das Missverständnis zu vermeiden, dass es sich um die Einlassung der für die Durchsetzung des DMA zuständigen Behörden handelt. Generell bestehen angesichts der eingeschränkten Rolle der nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung des DMA bei ausführlichen Einlassungen Bedenken im Hinblick auf die Dispositionsmaxime und die Darlegungs- und Beweislastregelungen im Zivilverfahren.

b) Materieller Anwendungsbereich – Auswirkungsprinzip

(79) Für den materiellen Anwendungsbereich der angedachten neuen Ermittlungsbefugnisse nach § 32g RefE soll das allgemeine Auswirkungsprinzip des § 185 Abs. 2 GWB gelten. Der DMA eröffnet Ermittlungen durch nationale Behörden, soweit es sich um eine mögliche Nichtbefolgung der Art. 5, 6, 7 DMA „in ihrem Gebiet“ handelt.¹⁹ Das Bundeskartellamt kann somit ermitteln, wenn und soweit sich Verhaltensweisen in Deutschland auswirken. Dies ist Ausfluss des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips.

(80) In der Digitalökonomie ist dies allerdings kaum ein begrenzender Faktor. Die Leistungen von Gatekeepern sind über das Internet ubiquitär verfügbar.

(81) Die Einbindung der nationalen Wettbewerbsbehörden erfolgt insbesondere vor dem Hintergrund ihrer spezifischen Marktkenntnis und ihrer größeren Nähe zu den Marktteilnehmern, die sich mit Beschwerden vermutlich eher an die nationalen Wettbewerbsbehörden wenden werden. Dann erscheint es sinnvoll, dass sich das Bundeskartellamt auf Ermittlungen fokussiert, die einen besonderen Anknüpfungspunkt zu Deutschland haben, sei es, weil Beschwerden von deutschen Marktteilnehmern eingegangen sind, Beweismittel vor Ort liegen oder Verhaltensweisen gerade in Deutschland wegen der besonderen Marktverhältnisse ein Risiko für bestreitbare und faire Märkte darstellen.

(82) Dies würde u.E. auch dem europäischen Gedanken entsprechen, wie er aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgt und auch im ECN reflektiert ist. Der DMA legt zudem fest, dass die Kommission und die Mitgliedstaaten eng zusammenarbeiten und ihre Durchsetzungsmaßnahmen koordinieren sollen (Art. 1 Abs. 7, 37 DMA).

c) Ausgestaltung der Verfahrensrechte

(83) Wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden die Kommission im Einklang mit Art. 38 Abs. 7 DMA unterstützen, übernehmen sie insofern die Vorermittlungen für die Kommission. Auch wenn es der Kommission obliegt zu entscheiden, ob sie im Anschluss an diese Vorermittlungen ein Verfahren einleitet, stellen Vorermittlungen in

¹⁹ Art. 38 Abs. 7 DMA, Erwägungsgrund 90 ff.

der Praxis der Kommission zur Durchsetzung des Wettbewerbs faktisch einen wichtigen Teil des Gesamtverfahrens (im weiteren Sinn) dar. Praktisch wird über Art. 38 Abs. 7 im Zusammenspiel mit den nationalen Vorschriften ein Teil des Kommissionsverfahrens (im weiteren Sinn) an die nationalen Behörden ausgelagert.

- (84) Diese Auslagerung ist dann problematisch, wenn nach nationalem Recht die Verfahrensrechte weniger stark ausgestaltet sein sollten als nach EU-Recht. Das betrifft in Deutschland insbesondere das sog. "Legal Privilege", das im EU-Recht anerkannt ist, in Deutschland jedoch teilweise nur in eingeschränkterem Umfang gelten soll. Die Studienvereinigung geht daher davon aus, dass nach EU-Recht bestehende Verfahrensrechte – insbesondere im Hinblick auf das Legal Privilege – auch im Rahmen der Befugnisse nach § 32g RefE vollumfänglich zu beachten sind.
- (85) Der Bericht des Bundeskartellamts an die Kommission – in DMA Erwägungsgrund als Notifizierung bezeichnet – ist zumindest vergleichbar mit internen Sachstandszusammenfassungen und vorläufigen Einschätzungen, welche die Kommission in Verfahren zur Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften zu verschiedenen Zeitpunkten im Verfahren (im weiteren Schritt) erstellt und zu denen sie die Parteien dieser Verfahren in "*state of play meetings*" anhört. Eine entsprechende Anhörung der Parteien ist daher auch im Rahmen der Untersuchungen des Bundeskartellamts nach § 32g RefE spätestens vor Erstellung des Berichts an die Kommission erforderlich.
- (86) Dem Bundeskartellamt obliegt auch generell vor Veröffentlichungen die Anhörung der betroffenen Unternehmen.²⁰ Insofern ist dem betroffenen Unternehmen nicht „gegebenenfalls“²¹, sondern zwingend vor einer Veröffentlichung rechtliches Gehör zu gewähren.
- d) Einbindung der Monopolkommission
- (87) Die Monopolkommission besteht aus Mitgliedern, die über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen (§ 45 GWB). Diese Expertise kann in Verfahren der Digitalökonomie von großer Wichtigkeit sein und zu einem

²⁰ Vgl. die Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf; u.a. Entsch. v. 25.03.2020, VI-Kart 8/20 (V), Rn. 12 ff. – kartellbehördlicher Fallbericht.

²¹ RefE, S. 32.

wirtschaftsrechtlich und insbesondere technologisch fundierten Blick auf die Geschäftsmodelle beitragen.

- (88) Die 10. GWB-Novelle implementierte insofern, dass der Bundesgerichtshof in Rechtsmittelverfahren gegen Verfügungen nach dem neuen § 19a GWB eine Stellungnahme der Monopolkommission einholen kann (§ 75 Abs. 5 GWB, 73 Abs. 5 GWB).
- (89) Der RefE sieht vor, dass die Monopolkommission Empfehlungen für die Durchführung von Sektoruntersuchungen nach § 32e Abs. 1 aussprechen kann (§ 44 Abs. 4 RefE). Es sollen die wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Analysen der Monopolkommission nutzbar gemacht werden, um relevante Märkte und Wirtschaftsbereiche zu identifizieren.²²
- (90) Zusätzlich soll die Monopolkommission vor dem Erlass von Verfügungen nach § 32f RefE Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Dies dient der Unterstützung der Arbeit des Bundeskartellamts durch die Beiziehung zusätzlicher marktbezogener Kenntnisse.²³
- (91) Diese Expertise kann aber in gleicher Weise einen wertvollen Beitrag zu Untersuchungen des Bundeskartellamts nach dem vorgeschlagenen § 32g RefE leisten.
- (92) Die Studienvereinigung regt insofern an, dass in § 32g RefE folgender zusätzlicher Absatz aufgenommen wird: „Das Bundeskartellamt kann für eine Untersuchung nach Abs. 1 eine Stellungnahme der Monopolkommission einholen.“
- e) Rechtsschutz
- (93) Als Ergebnis eines Verfahrens nach § 32g RefE soll das Bundeskartellamt der Kommission Bericht erstatten. Dieser Bericht kann veröffentlicht werden. Die Frage ist insofern, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen einen solchen Bericht eröffnet wären, falls obige Verfahrensrechte nicht beachtet wurden, die Ermittlungen lückenhaft und/oder die Schlussfolgerungen fehlerhaft oder unzureichend sind.
- (94) Eine Beschwerde wird nicht eröffnet sein. Insofern ist eine klare Abgrenzung zu Verfahren nach § 19a GWB oder Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 19, 20 GWB erforderlich, in

²² RefE, S. 35.

²³ RefE, S. 28.

denen eine solche Rechtsschutzmöglichkeit besteht. Parallel zu Rechtsschutzmöglichkeiten bei Sektoruntersuchungen werden einzelne Ermittlungsmaßnahmen überprüfbar sein, und inzident darüber auch zu einem gewissen Grad die Rechtmäßigkeit der Ermittlung an sich. Gegen den Bericht müssten zumindest die Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben sein, die allgemein für staatliches Informationshandeln gelten. Eine umfängliche Überprüfung ermöglicht dies allerdings nicht, was Auswirkungen darauf haben muss, inwiefern die Ergebnisse einer angedachten Untersuchung nach § 32g RefE unmittelbar in nachfolgenden Verfahren verwertet werden könnten.

f) Mangels Beschwerdemöglichkeit Abgrenzung zu anderen Verfahrensarten

(95) Ein Bericht nach § 32g RefE ist keine Verfügung bzw. hat keinen Regelungsgehalt, so dass der Rechtsweg der Beschwerde nicht eröffnet sein wird (§ 73 GWB). Angesichts dessen ist eine klare Abgrenzung zu Verfahren notwendig, die aufgrund anderer Rechtsgrundlagen geführt werden oder geführt werden könnten und die eine solche Beschwerdemöglichkeit eröffnen:

(96) • Für Verfügungen nach § 19a GWB – auch in Verbindung mit §§ 19, 20 und Art. 102 AEUV – gilt der Rechtsweg zum Bundesgerichtshof als erste und letzte Instanz (§ 73 Abs. 5 GWB). § 19a GWB dürfte laut Art. 1 Abs. 6 lit. b DMA nur noch insoweit neben dem DMA zur Geltung kommen werden, als er auf andere Unternehmen als Gatekeeper angewendet wird oder ihnen zusätzliche Verpflichtungen auferlegt. Der RefE stellt § 32g RefE als „Mittel zur Beantwortung erforderlicher Abgrenzungsfragen insbesondere im Verhältnis des DMA zu § 19a“ (S. 32) dar. Angesichts des Auseinanderfallens der Rechtsschutzmöglichkeiten müsste sich das Bundeskartellamt im Laufe des Verfahrens allerdings klar entscheiden, ob es eine Ermittlung nach § 19a GWB oder nach dem neuen § 32g RefE führt. Von hybriden Verfahren sollte angesichts dieser Gemengelage abgesehen werden.

(97) • Für Verfügungen nach Art. 101, 102 AEUV und § 1, 19, 20 GWB – ohne (!) parallele Anwendung des § 19a GWB – wäre der Rechtsweg zum OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht und zum Bundesgerichtshof als nachfolgendem Rechtsbeschwerdegericht eröffnet (§ 73 Abs. 1, Abs. 4, § 77 GWB). Art. 101, 102 AEUV und §§ 1, 19, 20 GWB bleiben neben dem DMA ohne weiteres anwendbar (Art. 1 Abs. 6 S. 1 und lit. a DMA). Angesichts des Auseinanderfallens der Rechtsschutzmöglichkeiten wäre auch hier eine klare Festlegung im Laufe

des Verfahrens erforderlich, ob das Bundeskartellamt eine Ermittlung nach den nationalen und europäischen Missbrauchs-vorschriften oder nach dem neuen § 32g RefE führt.

- (98) • Nach Auffassung der Studienvereinigung sollte das Bundeskartellamt in der Gesetzesbegründung dazu angehalten werden, im Laufe des Verfahrens klar zu entscheiden und abzugrenzen, ob es ein Verfahren nach (i) § 19a GWB, (ii) Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 19, 20 GWB oder nach § 32g RefE führt.
- g) Übertragung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen von Sektoruntersuchungen bzw. gegen Veröffentlichungen als schlichtes Verwaltungshandeln
- (99) Mangels Beschwerdemöglichkeit ist zu überlegen, ob auf die neuen Ermittlungsbefugnisse nach § 32g RefE die Rechtsschutzmöglichkeiten bei Sektoruntersuchungen (§ 32e GWB) übertragbar wären.
- (100) • Soweit im Rahmen einer Sektoruntersuchung ein Einleitungsbeschluss ergeht, ist dieser mangels individualisierbarer Verfahrensbeteiligter allerdings nicht anfechtbar.²⁴ Selbst wenn demgegenüber im Rahmen des § 32g RefE eine Individualisierbarkeit gegeben wäre, stünde einer Rechtsschutzmöglichkeit weiterhin entgegen, dass einem Einleitungsbeschluss üblicherweise der Regelungscharakter fehlt.²⁵
- (101) • Gegen einzelne Ermittlungsmaßnahmen wäre demgegenüber die Möglichkeit der Beschwerde eröffnet, soweit diese einen Verfügungscharakter haben. Dies wird insbesondere bei förmlichem Auskunftsverlangen der Fall sein. Prüfungsmaßstab ist vornehmlich die Verhältnismäßigkeit der einzelnen Ermittlungsmaßnahme. Darüber hinaus wird man aber auch inzident die Rechtmäßigkeit der Ermittlung nach § 32g GWB an sich auf den Prüfstand stellen können.²⁶ Eine gleiche Rechtsschutzmöglichkeit wird folglich im Rahmen von Ermittlungen

²⁴ Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch GWB, 10. Aufl. 2021, § 32e, Rn. 7; Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 32e, Rn. 30.

²⁵ OLG Münster, Entsch. v. 7.07.2012, 16 E 1096/11, NZKart 2013, 42, 43; Leonhardt in: Kamann/Ohloff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 17 Rn. 2.

²⁶ So für die Sektoruntersuchung: Spiecker, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 32e GWB, Rn. 8; Meyer-Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 32e GWB, Rn. 8; Tolkmitt, in: Langen/Bunte/Bornkamm/, Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 8.

nach § 32g RefE bestehen, die sich auf die gleichen Ermittlungsbefugnisse stützen.

- (102) • Der Ergebnisbericht wäre mangels Verfügungscharakter wiederum prinzipiell nicht anfechtbar.²⁷ Streitigkeiten über die Richtigkeit der behördlichen Aussage sollen in nachfolgende Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren verlagert werden.²⁸
- (103) Trotz der prinzipiellen Unanfechtbarkeit eines Ergebnisberichts wird aber teilweise vertreten, dass eine allgemeine Leistungsbeschwerde möglich sein muss, mit dem Ziel der Unterlassung oder Richtigstellung von Äußerungen im Abschlussbericht.²⁹ Dies lehnt sich an allgemeine Überlegungen zum Rechtsschutz gegen öffentliche Äußerungen von Behörden als schlichtes Verwaltungshandeln an. Dieser Rechtsansicht ist insofern beizupflichten und auf Ermittlungen nach § 32g RefE zu übertragen. Rechtlicher Maßstab wird allerdings die Verhältnismäßigkeit sein.
- (104) Öffentliche Äußerungen des Bundeskartellamts im Rahmen einer Pressemitteilung oder eines veröffentlichten Fallberichts sind ein Eingriff in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht, der nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen ist:³⁰
- (105) *„Das staatliche Informationshandeln ist an den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** gebunden, so dass von ihm ausgehende Eingriffe in die Freiheitssphäre des Betroffenen nur dann und insoweit zulässig sind, als der Schutz öffentlicher Interessen sie erfordert. [...] Wie oben erwähnt, muss die Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse in einer behördlichen Pressemitteilung **zutreffend und wahr** sein.“³¹*
- (106) *„Das staatliche Informationshandeln ist an den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** gebunden, so dass von ihm ausgehende Eingriffe in die Freiheitssphäre*

²⁷ Tolkmitt in: Langen/Bunte/Bornkamm/, Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 13.

²⁸ Meyer-Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 32e GWB, Rn. 12.

²⁹ Gildhoff, WuW 2013, 716, 724; Spiecker, in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 32e GWB, Rn. 2.

³⁰ OLG Düsseldorf, Entsch. v. 25.03.2020, VI-Kart 8/20 (V), Rn. 31 – kartellbehördlicher Fallbericht.

³¹ OLG Düsseldorf, Entsch. v. 13.03.2019, VI-Kart 7/18 (V), Rn. 144, 147 – Pressemitteilung des Bundeskartellamts II, Hervorhebung hinzugefügt.

*des Betroffenen nur dann und insoweit zulässig sind, als der Schutz öffentlicher Interessen sie erfordert. Mit Rücksicht auf das für jegliches staatliche Handeln geltende Willkürverbot müssen **mitgeteilte Tatsachen zutreffend wiedergegeben** werden und dürfen **Werturteile nicht auf sachfremden Erwägungen** beruhen und auch nicht den **sachlich gebotenen Rahmen** überschreiten.“³²*

(107) Gegen öffentliche Äußerungen des Bundeskartellamts ist nicht nur nachlaufender, sondern auch vorbeugender Rechtsschutz möglich.³³

(108) Diese allgemeine Rechtsschutzmöglichkeit gegen öffentliche Äußerungen des Bundeskartellamts muss auch im Rahmen des angedachten § 32g RefE eröffnet sein. Ein veröffentlichter oder zu veröffentlichender Bericht muss somit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit gemessen werden können und bei unverhältnismäßigen Aussagen – sei es, dass die Tatsachen unzutreffend wiedergegeben werden, Werturteile auf sachfremden Erwägungen beruhen oder der sachlich gebotene Rahmen überschritten wird – vorbeugend eine Unterlassung oder nachlaufend eine Richtigstellung verlangt werden können.

(109) Die Studienvereinigung regt insofern in der Gesetzesbegründung eine Klarstellung dahingehend an, dass gegen einen Bericht nach § 32g RefE die gleichen Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet sind, wie gegen sonstige Veröffentlichungen des Bundeskartellamts, auch im Rahmen eines vorbeugenden Rechtsschutzes.

h) Verwertbarkeit der Ergebnisse

(110) Weder die Beschwerde gegen einzelne Ermittlungsmaßnahmen noch die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen staatliches Informationshandeln ermöglichen aber eine umfassende Überprüfbarkeit der Ermittlungen und deren Ergebnisse. Eine Rechtsschutzlücke verbleibt, soweit der Bericht nach § 32g RefE nicht veröffentlicht wird und/oder zwar fehlerhaft ist, aber nicht die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit erreicht.

³² Vgl. zu allem BVerfG, Beschluss v. 15.8.1989 - 1 BvR 881/89, NVwZ 1990, 54 = NJW 1989, 3269, Rz. 15 bei juris; OLG Düsseldorf, Entsch. v. 13.03.2019, VI-Kart 7/18 (V), Rn. 144, 147 – Pressemitteilung des Bundeskartellamts II. Hervorhebung hinzugefügt.

³³ KG Berlin, Entsch. v. 12.10.1990, Kart 26/89, WuW/E OLG 4645, 4647.

(111) Diese eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten müssen Auswirkungen darauf haben, inwieweit die Ergebnisse einer Untersuchung nach § 32g GWB unmittelbar in nachfolgenden Verfahren verwertet werden können.

(112) Im Rahmen von Sektoruntersuchungen besteht Uneinigkeit darüber, ob die gewonnenen Erkenntnisse lediglich einen Anfangsverdacht für die Einleitung eines nachfolgenden Verfahrens begründen können oder im Rahmen der nachfolgenden Verfahren auch als Beweismittel Verwendung finden können,³⁴ oder ob sich dies je nach Art des nachfolgenden Verfahrens unterscheidet.³⁵

(113) Angesichts der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten sollten Ergebnisse aus einem Bericht nach § 32g RefE jedenfalls entweder nur als Anfangsverdacht für ein nachfolgendes Verfahren verwendet werden können oder als Beweismittel der vollen Überprüfung in einem nachfolgenden Verfahren unterliegen. Gegebenenfalls sind Ermittlungsmaßnahmen auch zu wiederholen oder zu vertiefen, um keine Ermittlungsfehler in diese nachfolgenden Verfahren zu tragen.

2. Private Rechtsdurchsetzung

(114) Mit einer Erweiterung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des § 33 GWB auf Verstöße gegen Art. 5, 6 oder 7 DMA und einer Reihe von Folgeänderungen, soll die private Rechtsdurchsetzung in Deutschland für den DMA geöffnet werden.

a) Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten

(115) Art. 39 des DMA will die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedsstaaten einerseits und der Kommission andererseits fördern. So soll eine einheitliche Anwendung und Durchsetzung des DMA gewährleistet werden.³⁶ Der RefE setzt dies zurecht in § 90a RefE um. Im Sinne einer kohärenten Rechtsprechung ebenso wichtig erscheint aber auch ein unionsweiter Wissenstransfer zwischen den verschiedenen nationalen Gerichten der einzelnen Mitgliedsstaaten, insbesondere angesichts der zumeist international tätigen Adressaten des DMA. Ein solcher Austausch hat sich

³⁴ Bach, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht. 6. Aufl. 2020, § 32e GWB, Rn. 45.

³⁵ Meyer-Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, § 32e GWB, Rn. 11.

³⁶ Erwägungsgrund 92.

beim behördlichen Kartellrechtvollzug über das ECN bewährt; dies könnte Vorbild für ein ähnliches Modell auch zwischen den mitgliedsstaatlichen Gerichten sein.

(116) Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht sollte die Bundesregierung daher bei der weiteren Bearbeitung des Gesetzesentwurfs und im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Grundlagen dafür legen, dass sich die deutschen Gerichte an einem noch zu schaffenden Wissenstransfer über die DMA-Anwendungspraxis mit den Gerichten anderer Mitgliedsstaaten beteiligen können.

b) Erleichterungen in der Praxis

(117) Mit dem RefE der 11. GWB-Novelle werden die Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen auch für Verstöße gegen Art. 5, 6 oder 7 DMA für anwendbar erklärt.³⁷ Diese Erleichterungen dürften im DMA-Kontext jedoch aufgrund der unterschiedlichen Beweislast im behördlichen Verfahren eine andere Wirkung als bei kartellrechtlichen Privatklagen auslösen. Einige Gründe hierfür werden im Folgenden genannt. Der RefE unterstellt hingegen eine Gleichförmigkeit der privaten Durchsetzung des Kartellrechts und des DMA, die in der Praxis möglicherweise nicht gegeben sein wird.

c) Bindungswirkung

(118) Verstöße gegen Art. 5, 6 oder 7 DMA können nach dem RefE Grundlage für Schadensersatzforderungen sein. Analog zu Verstößen gegen europäisches und deutsches Kartellrecht sollen die Entscheidungen der Kommission dabei für deutsche Gerichte eine Bindungswirkung entfalten (§ 33b GWB). Bei Anwendung von § 1 und § 19 GWB sowie Art. 101 und 102 AEUV muss die Wettbewerbsbehörde im konkreten Einzelfall die Bezweckung und/oder Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung jedoch nachweisen, wohingegen dies beim DMA nicht im gleichen Maße vorgesehen ist. Die Feststellungen der Kommission in Entscheidungen nach dem DMA könnten daher weit weniger Anhaltspunkte für potenziell Geschädigte liefern, mit denen sich eine Schädigung nachweisen lassen würde. Daher stellt sich die Frage, welchen praktischen Wert die Bindungswirkung für die Geschädigten im Schadensersatzprozess haben wird und ob hierdurch für die Geschädigten eine bedeutsame Beweiserleichterung erreicht wird.

³⁷ RefE, S. 17f.

d) Schadenstheorien

(119) In Entscheidungen nach § 1 und § 19 GWB sowie Art. 101 und 102 AEUV entwickeln die Wettbewerbsbehörden üblicherweise Schadenstheorien, auf die sich die Geschädigten bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen stützen können. Solche Schadenstheorien werden von der Kommission für Entscheidungen nach dem DMA vermutlich nicht im selben Umfang benötigt. Im Vergleich zur Geltendmachung von Schäden aufgrund von Verstößen gegen das europäische und deutsche Kartellrecht wäre also zu erwarten, dass die Geschädigten bei Verstößen gegen den DMA größere Schwierigkeiten haben werden, eigene Schadenstheorien zu entwickeln.

e) Wahrscheinlichkeit der Schadensentstehung

(120) Für in Entscheidungen der Kommission nach Art. 5, 6 oder 7 DMA untersagte Verhaltensweisen ist keine Einzelfallprüfung, ob diese den Wettbewerb beschränkt haben, erforderlich. Daraus ergibt sich, dass im konkreten Einzelfall nicht notwendigerweise ein Schaden erwartet werden kann.

3. Herausgabeansprüche

(121) Der RefE sieht vor, dass die gleichen Grundsätze zur Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften gelten sollen wie bei Verstößen gegen § 1 und § 19 GWB und Art. 101 und Art. 102 AEUV. Dies erscheint folgerichtig. Die Formulierungen im RefE erscheinen jedoch nicht immer kongruent.

(122) Hinsichtlich der Herausgabe von Entscheidungen aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 sieht der RefE für den § 33g vor, dass ein Herausgabeanspruch auf Beweismittel bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens oder des Verfahrens zur Durchsetzung von Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 ausgeschlossen sein soll. Da auch andere Behörden Entscheidungen aufgrund von Verstößen gegen Art. 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 treffen können, wird hier zwischen diesen „Verfahrenstypen“ unterschieden. Diese Unterscheidung wird in der Folge jedoch nicht durchgehalten. Schon in der folgenden Aufzählung in § 33g Abs. 5 des RefE wird nur noch auf das wettbewerbsbehördliche Verfahren abgestellt. Hier sollte auch allgemein auf behördliche Verfahren zur Durchsetzung von Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 verwiesen werden.

(123) Die Studienvereinigung regt an, § 33g RefE wie folgt zu ergänzen: „Bis zum vollständigen Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens oder des Verfahrens zur Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ gegen alle Beteiligten ist die Herausgabe von Beweismitteln ausgeschlossen, soweit sie Folgendes enthalten: 1. Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person oder Personenvereinigung eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren oder das Verfahren zur Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ erstellt wurden.“

(124) Im Rahmen von § 89b Abs. 5 RefE und § 89c Abs. 3 RefE wird dann für das Verfahren der Offenlegung bzw. für Offenlegungen aus der Behördenakte auf „Wettbewerbsbehörden“ Bezug genommen. Erst in Zusammenschau mit § 89e RefE wird dann aber deutlich, dass Wettbewerbsbehörden „im Rahmen der Anwendung der §§ 33g, 89b bis 89d auf Verstöße“ nach dem DMA die Kommission ist, sowie diejenigen Behörden, welche die in Art. 1 Abs. 6 der Verordnung (EU) Nr. 2022 genannten Vorschriften anwenden. Dies ist eine durchaus komplizierte Regelungstechnik. Zudem wäre eine Ergänzung um diejenigen Behörden erforderlich, die zusätzlich wegen einer möglichen Nichtbefolgung der Art. 5, 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 2022/1925 ermitteln, was aber nach jetzigem Stand auf das Bundeskartellamt (Nr. 1) hinausläuft.

4. Ressourcenausstattung der Gerichte

(125) Die Erfahrung aus den großen Kartellschadensersatzkomplexen zeigt, dass die private Rechtsdurchsetzung langwierig und schwerfällig ist. Die Ursachen mögen vielfältig sein, und teilweise auch im materiellen Recht begründet liegen.

(126) Wesentliche Treiber sind, nach dem Eindruck der Studienvereinigung, aber auch die Überlastung der Gerichte und die begrenzten Ressourcen. Insofern sollten im Rahmen der GWB-Novelle³⁸ nicht nur der Erfüllungsaufwand für Bürger, die Wirtschaft und die Verwaltung betrachtet werden, sondern auch der Erfüllungsaufwand für die Jurisprudenz. Es ist konkret zu überlegen, welche Kapazitäten dort geschaffen werden müssen, um die Ausweitung des Schadensersatzregimes auf Verstöße gegen den DMA effizient umzusetzen.

(127) Insofern soll hier der dringende Appell erfolgen, nicht nur die Auswirkung der GWB-Novelle auf die Ressourcen des Bundeskartellamts zu beleuchten,³⁹ sondern auch auf

³⁸ RefE, S. 2, 19 ff.

³⁹ RefE Teil E bzw. S. 19 ff.

die Gerichte und an zuständiger Stelle auf die Schaffung zusätzlicher Ressourcen hinzuwirken.

* * *

An der Bearbeitung dieser Stellungnahme haben die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht mitgewirkt:

Ingo Brinker (Koordination und Vorstandsvorsitzender), Daniela Seeliger (Koordination und Mitglied des Vorstands), Mette Alfter, Ines Bodenstein, Niels Frank, Andreas Gruenwald, Max Hauser, Christian Heinichen, Philipp Heller, Björn Herbers, Caroline Hoffrichter, Helmut Janssen, Christian Jopen, Stefan Lochner, Sarah Milde, Corinna Neunzig, Christine Nowak, Arndt Scheffler, Roman Seifert, Steffen Sirries, Peter Stauber, Rainer Velte, Fabrice Witzke

Inhaltsverzeichnis

A.	DIE STUDIENVEREINIGUNG	1
B.	GRUNDSÄTZLICHES	2
I.	Einleitung.....	2
II.	Sachlich nicht gerechtfertigte Eilbedürftigkeit des Gesetzgebungsverfahrens und ungewöhnlich kurze Stellungnahmefrist	2
C.	STELLUNGNAHME	2
I.	Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an Sektoruntersuchungen.....	2
1.	Abkehr von der kartellrechtlichen ex-post Kontrolle hin zu einer sektorspezifischen Regulierung ...	3
2.	Geringe Eingriffsschwelle und unbestimmte Eingriffsvoraussetzungen	4
3.	Unzureichende Rechtsschutzmöglichkeiten	8
4.	Befugnisse und Erfahrungen der CMA sind nicht vergleichbar und können nicht als Vorbild dienen	9
5.	Ernstzunehmende Gefahren bei der Anwendung des § 32f RefE	11
6.	Absenkung der Anforderungen an die Prüfung künftiger Zusammenschlüsse ist bedenklich.....	13
II.	Vereinfachung der Vorteilsabschöpfung nach Kartellverstößen.....	15
1.	Schätzung der Höhe des durch den Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils	16
2.	Höhe der pauschalisierten Vorteilsvermutung	17
3.	De facto Unwiderleglichkeit	18
4.	Kein Verschulden erforderlich.....	20
5.	Verhältnis zum private enforcement	21
6.	Unsicherheiten durch Fristverlängerung	21
7.	Auswirkungen auf Langzeitkartelle	22
8.	Fehlender Kronzeugenschutz.....	22
III.	Nationale Begleitmaßnahmen zur Durchführung des Digital Market Acts.....	23
1.	Ermittlungsbefugnis des Bundeskartellamts.....	23
a)	Zuständigkeit des Bundeskartellamts	23
b)	Materieller Anwendungsbereich – Auswirkungsprinzip	25
c)	Ausgestaltung der Verfahrensrechte	25
d)	Einbindung der Monopolkommission	26
e)	Rechtsschutz.....	27
f)	Mangels Beschwerdemöglichkeit Abgrenzung zu anderen Verfahrensarten	28
g)	Übertragung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen von Sektoruntersuchungen bzw. gegen Veröffentlichungen als schlichtes Verwaltungshandeln	29
h)	Verwertbarkeit der Ergebnisse.....	31
2.	Private Rechtsdurchsetzung.....	32
a)	Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten	32
b)	Erleichterungen in der Praxis	33
c)	Bindungswirkung.....	33

d)	Schadenstheorien.....	34
e)	Wahrscheinlichkeit der Schadensentstehung	34
3.	Herausgabeansprüche	34
4.	Ressourcenausstattung der Gerichte	35