

06.11.20

Stellungnahme

des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Der Bundesrat hat in seiner 995. Sitzung am 6. November 2020 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe b,
Nummer 5 Buchstabe b (§ 19 Absatz 2 Nummer 4,
§ 20 Absatz 1a Satz 2 GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) In Nummer 3 Buchstabe b sind in § 19 Absatz 2 Nummer 4 nach dem Wort „gerechtfertigt“ die Wörter „oder der Zugang zu Daten ist mit dem Datenschutzrecht oder dem Recht zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unvereinbar“ einzufügen.
- b) In Nummer 5 Buchstabe b sind in § 20 Absatz 1a Satz 2 vor dem Wort „kann“ die Wörter „ , der seinerseits dem Datenschutzrecht und dem Recht zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen genügen muss,“ einzufügen.

Begründung:

Aufgrund der überragenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sollte im Gesetzestext selbst und nicht nur in der Begründung klargestellt werden, dass der neue kartellrechtliche Datenzugangsanspruch nur im Rahmen des geltenden Datenschutzrechts und des Rechts zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stattfinden kann.

Der Gesetzentwurf geht in § 19 Absatz 2 Nummer 4 GWB-E davon aus, dass die Verweigerung des Zugangs zu Daten einen Missbrauchstatbestand erfüllt, wenn die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Verweigerung nicht sachlich gerechtfertigt ist. In § 20 Absatz 1a GWB-E wird der Missbrauch relativer Marktmacht auf Konstellationen erstreckt, in denen ein Unternehmen auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Dabei kann eine Zugangsverweigerung auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn noch kein Geschäftsverkehr für diese Daten eröffnet ist.

Die Abwägung wesentlicher Grundrechtspositionen darf jedoch nicht zu einer bloßen Billigkeitsüberlegung zum Nutzen Dritter herabgestuft werden. Andernfalls besteht die Gefahr eines Vertrauensverlusts in Unternehmen, Marken, Geschäftsbeziehungen und letztlich in die Märkte, was sich auf die Digitalökonomie negativ auswirken würde.

Die Wirtschaft lehnt eine neue mittelbare Innovationsförderungspflicht durch derart weitreichende Datenzugangsansprüche ab. Getätigte Investitionen in Datenbestände bedürfen zwar des rechtlichen Schutzes. Die Ansicht, „dass ein Zugangsrecht zu wettbewerbsrelevanten Daten dann sinnvoll sein kann, sofern und soweit die Vorteile einer mehrfachen Nutzung der betreffenden Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung überwiegen“ (so die Gesetzesbegründung, Seite 89, 2. Absatz), geht aber zu weit.

Auch im Rahmen einer Kooperation von Unternehmen innerhalb von Wertschöpfungsketten oder -netzwerken ist jedes Unternehmen verpflichtet, die ihm von Dritten (Unternehmen oder Privatpersonen) anvertrauten Geschäftsgeheimnisse und Daten im Rahmen des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und der DSGVO zu schützen. Diese dürfen nur mit Einwilligung dieser Dritten dem Kooperationspartner zugänglich gemacht werden. Die Rechte Dritter sind absolut und nicht durch ein Verhandlungsmachtgefälle zwischen den Kooperationspartnern relativierbar. Sie haben ein schutzwürdiges Interesse, nur mit ihrem Vertragspartner Berührung zu haben und nicht ohne weiteres für dessen Kooperationspartner „gläsern“ zu werden.

Auch in der Konstellation, in der man geringe Wettbewerbsintensität auf nachgelagerten Märkten durch Datenzugang Dritter steigern möchte, darf nur im absoluten Ausnahmefall der kartellrechtliche Zugang auch datenschutzrechtlich ohne Einwilligung der tangierten Grundrechtsträger erfolgen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 5a – neu –,
Nummer 43 Buchstabe a₀ – neu – (§ 29 Satz 1,
§ 186 Absatz 1 GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) Nach Nummer 5 ist folgende Nummer einzufügen:

„5a. In § 29 Satz 1 wird nach dem Wort „Elektrizität“ ein Komma und das Wort „Fernwärme“ eingefügt.“

- b) In Nummer 43 ist dem Buchstabe a folgender Buchstabe voranzustellen:

„a₀) In Absatz 1 wird die Angabe „31. Dezember 2022“ durch die Angabe „31. Dezember 2027“ ersetzt.“

Begründung:

Zu Buchstabe a:

Die Regelung des § 29 soll neben den Anbietern von Elektrizität und leitungsgebundenem Gas auch für Fernwärmeanbieter gelten.

Die Bedeutung der Fernwärme hat in den vergangenen Jahren auch aufgrund eines oftmals bestehenden Anschluss- und Benutzungszwangs an Fernwärmenetze deutlich zugenommen. Im Zuge der Energiewende gilt Fernwärme zum einen in Verbindung mit der Produktion von Strom und Wärme aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK) als effizient und ökologisch. Zum anderen kann sie bei der Umwandlung von Strom zu Wärme („Power to Heat“) als Puffer für das Stromnetz dienen und dieses so flexibilisieren. Somit kann Fernwärme die Marktintegration von erneuerbaren Energien unterstützen. Fernwärme macht in Deutschland mehr als die Hälfte des gesamten Energiebedarfs aus. Fernwärme gilt als verlässlich und zieht für den Verbraucher wenig Investitions- und Wartungskosten nach sich. Wachsende Wärmenetze, über die im Rahmen einer Fernwärmeversorgung Häuser mit Heizwärme und Warmwasser versorgt werden, werden im Hinblick auf eine ressourcenschonende und nachhaltige Energieversorgung als wichtiger Baustein angesehen. Im Rahmen der Energiewende spielt die Wärmeversorgung durch Fernwärme in Deutschland eine große Rolle. Sie wird oft als Meilenstein der Energiewende gesehen. Denn je nach Netz und Herstellung der Wärme kann die Nutzung von Fernwärme nicht nur ökonomisch, sondern auch ökologisch sinnvoll sein. Fernwärme trägt zu einer zuverlässigen, umweltschonenden und kosteneffizienten Deckung des Wärmebedarfs bei.

Ein Wechsel zwischen anderen Wärmeerzeugungsarten ist im Regelfall nur unter Einsatz erheblicher Mittel und Kosten möglich. Beim Fernwärmemarkt handelt es sich daher um einen Sektor mit Monopolcharakter. Aufgrund der Monopolstellung der Fernwärmeversorger kann es zu missbräuchlichem Verhalten kommen. Häufig sind auch eine fehlende Preistransparenz sowie unver-

ständige Fernwärmetarife festzustellen. Die fehlende Preistransparenz begünstigt zugleich, dass Unternehmen innerhalb ihres Versorgungsgebietes bei gleichen Anschlusswerten sehr unterschiedliche Preise (Grundpreis pro Kilowatt) erheben, was im Einzelfall ebenfalls sachlicher Rechtfertigung bedarf.

Verbraucherinnen und Verbraucher wenden sich bei überhöhten Preisen vor allem an die Kartellbehörden, damit diese (Preis-)Missbrauchsverfahren einleiten sollen. Anfragen, ob ein missbräuchliches Verhalten aufgrund der Monopolstellung der Fernwärmeversorger im Zusammenhang mit Preiserhöhungen vorliegt, haben tatsächlich bei den Kartellbehörden zugenommen. Ein Großteil der Landeskartellbehörden hat deshalb Sektoruntersuchungen eingeleitet beziehungsweise durchgeführt. Missbräuchliche Fallgestaltungen und überhöhte Preise würden sicherlich häufiger von den Landeskartellbehörden aufgegriffen werden, wenn diese personell besser ausgestattet wären.

Zudem wird die Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden durch die Heterogenität des Fernwärmemarktes erheblich erschwert. Wegen der strukturellen Besonderheiten der einzelnen Fernwärmeanbieter müssen gegebenenfalls eine Vielzahl von kostenrelevanten Aspekten betrachtet werden. Zum einen variieren die Verteilungskosten je nach Netzqualität, Bodengegebenheiten, Versorgungsdichte, Siedlungs- und Kundenstruktur etc. stark. Zum anderen sind die eingesetzten Brennstoffe, die im Regelfall den Hauptbestandteil der Kosten darstellen, vielfältig, zum Beispiel Gas, Kohle, Heizöl, aber auch Müll, Biomasse und andere. In solchen Konstellationen ist das betreffende Unternehmen weitaus eher in der Lage, nachvollziehbar zu begründen, weshalb und in welcher Höhe bestimmte Kostenansätze unvermeidbar und daher gerechtfertigt sind. Die Unternehmen haben einen erheblichen Informationsvorsprung gegenüber den Wettbewerbsbehörden.

Mit Rücksicht auf die in der Praxis vorkommenden Mehrspartenunternehmen ist es weiter notwendig, dass Fernwärmeversorger unter anderem im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Überschreitung ihrer Entgelte über die notwendigen Kosten nach Satz 1 Nummer 2 die den Fernwärmebereich betreffenden Einnahmen und Kosten in einer Spartenrechnung aufzuschlüsseln und im Einzelfall gegebenenfalls sachlich zu rechtfertigen haben. Wie das Bundeskartellamt in seinem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Fernwärme festgestellt hat, sind im Fernwärmesektor im Vergleich zu Strom und Gas wesentlich mehr potentielle Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen und neben der „normalen“ Missbrauchsprüfung in größerem Umfang Kostennachteile oder -vorteile aufgrund objektiver Faktoren zu analysieren, die allein das betroffene Unternehmen erläutern kann.

Je stärker die Fernwärme ausgebaut und dadurch Wettbewerb bei der Energieversorgung eingeschränkt wird, desto erforderlicher ist es, dies durch eine effektive Missbrauchsaufsicht in den Fernwärmemärkten zu kompensieren. Die Akzeptanz der Fernwärme bei Verbrauchern sollte vor dem Hintergrund ihrer steigenden Bedeutung im Rahmen der Energiewende nicht weiter gefährdet werden. Der bürokratische Aufwand für eine Regulierung dürfte jedoch immens und insbesondere mit Blick auf die sehr vielen, teils sehr kleinen Fernwärmemärkte/-gebiete unverhältnismäßig sein, sodass eine verbesserte Missbrauchsaufsicht angemessener sein dürfte. Solange der Gesetzgeber sich nicht

für eine Regulierung der Fernwärme entscheidet, erfordert daher insbesondere die stärkere Vermachtung der Marktstrukturen und deren Heterogenität zumindest eine erleichterte Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden.

Eine Aufnahme der Fernwärme in den § 29 GWB mit der Beweislastumkehr im behördlichen Kartellverwaltungsverfahren würde dem Rechnung tragen. Für die Begründung des Missbrauchsverdachts kann die Kartellbehörde nach Satz 1 Nummer 1 andere Versorgungsunternehmen als Maßstab heranziehen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt die materielle Beweislast, ob Abweichungen in den Entgelten oder sonstigen Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind.

Mit Rücksicht auf die vorhandene Informationsasymmetrie ist eine Einbeziehung des Fernwärmesektors in § 29 GWB gerechtfertigt.

Die vorgeschlagene Neuregelung ist zunächst zeitlich zu begrenzen. Durch die zeitliche Begrenzung können Erfahrungen über Fallzahlen, Auswirkungen auf den Fernwärmemarkt und die praktische Anwendbarkeit der Norm in diesem Sektor gesammelt werden.

Zu Buchstabe b:

Der § 29 wurde grundsätzlich als befristete Flankierungsmaßnahme geschaffen, bis der Wettbewerb auf dem Strom- und Gasmarkt strukturell so gesichert ist, dass eine besondere Missbrauchskontrolle nicht mehr erforderlich ist. Es zeigt sich aber, dass sich trotz der Wechselmöglichkeiten noch immer beim Strombezug circa 27 Prozent und beim Gasbezug circa 18 Prozent der Haushalte in der Grundversorgung befinden. Zudem wurde die Grundversorgung zum Schutz benachteiligter Kunden geschaffen, die voraussichtlich auch zukünftig keine andere als Grund- oder Ersatzversorgung erhalten. So gibt es nach wie vor „gefangene Kunden“, denen zum Beispiel wegen schlechter Bonität keine Sonderverträge angeboten werden. Auch wird ein Kunde im Falle eines Anbieterwechsels ab Kündigungstermin bis zum Vollzug des Wechsels übergangsweise in den in der Regel teureren Grundversorgungstarif übernommen, selbst wenn er bei seinem bisherigen Versorger Sondervertragskunde war.

In § 29 soll die Fernwärme ebenfalls als befristete Flankierungsmaßnahme aufgenommen werden. Die Verlängerung der Befristung der Regelung um weitere fünf Jahre bis zum 31. Dezember 2027 soll dem Umstand Rechnung tragen, bis dahin Kenntnisse über die Anwendbarkeit der Norm im Fernwärmemarkt zu erlangen.

3. Zu Artikel 1 Nummer 5b – neu – (§ 30 Überschrift, Absatz 2c – neu – GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 5 folgende Nummer einzufügen:

5b. § 30 wird wie folgt geändert:

a) Der Überschrift werden die Wörter „und öffentlich-rechtlicher Rundfunk“ angefügt.

b) Nach Absatz 2b wird folgender Absatz eingefügt:

„(2c) § 1 gilt nicht für Vereinbarungen zwischen den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, dem ZDF und dem Deutschlandradio im Bereich ihres Funktionsauftrags, soweit die Vereinbarung notwendig ist, um den gesetzlich vorgegebenen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gerecht zu werden. Satz 1 gilt nicht für kommerzielle Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.“

Folgeänderung:

In Artikel 1 Nummer 1 wird nach Buchstabe a folgender Buchstabe eingefügt:

a₁) Der Angabe zu § 30 werden die Wörter „und öffentlich-rechtlicher Rundfunk“ angefügt.

Begründung:

§ 30 Absatz 2c GWB-E erleichtert den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten staatsvertraglich vorausgesetzte und von der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) geforderte Kooperationen. Die Regelung greift dabei ausdrücklich nur dort, wo Vereinbarungen zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags notwendig sind, nicht aber für andere, insbesondere kommerzielle Aktivitäten wie beispielsweise den E-Commerce-Bereich, die Werbung, das Sponsoring sowie das Merchandising, die zumeist von kommerziellen Tochterunternehmen der Rundfunkanstalten wahrgenommen werden. Die Regelung lässt die Vorschriften über verbotenes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen oder von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht unberührt.

Im Zuge des Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde mit der Regelung in § 30 Absatz 2b GWB bereits eine Ausnahme vom Kartellverbot für verlagswirtschaftliche Kooperationen geschaffen. Die dabei angeführte Begründung, nämlich die gesetzgeberische Verpflichtung zur Gewährleistung von Vielfalt im Bereich der Medien, gilt uneingeschränkt auch für den Erhalt der Funktions- und Entwicklungsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrags aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 GG erfolgende Herstellung und Verbreitung funktionserforderlicher Programmangebote ist eine im Rahmen der Programmautonomie der Rundfunkanstalten zu erfüllende Pflichtaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Hierzu zählt auch die Bereitstellung eines zukunftsfähigen und nutzerfreundlichen Angebots, das der fortschreitenden technischen Entwicklung, einer sich wandelnden Mediennutzung in der Bevölkerung und der Verlagerung auf andere Übertragungswege Rechnung trägt (vergleiche hierzu BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16, Rn. 79 f.). Von Verfassungen wegen müssen hierfür die nötigen Handlungsspielräume gewährleistet werden. Dies schließt Kooperationsmöglichkeiten und -gebote ausdrücklich ein. Die rundfunkrechtlichen Staatsverträge fordern von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich das Eingehen von Kooperationen, um einerseits das inhaltliche Angebot dem verfassungsmäßigen Auftrag entsprechend zeitgemäß fortzuentwickeln (vergleiche § 11d Absatz 4 RStV) und um den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung zu tragen (vergleiche insbesondere § 11 Absatz 3 sowie § 14 Absatz 1 RStV). Die Ermöglichung und Forderung einer verstärkten Zusammenarbeit der Rundfunkanstalten stehen dabei auch nicht in Widerspruch zur grundsätzlich dezentralen und föderalen Struktur des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland. Diese dient primär dem publizistischen Wettbewerb und der Abbildung inhaltlicher Vielfalt, gerade aus den verschiedenen Regionen Deutschlands. Ziel dieser Struktur ist hingegen nicht, wirtschaftliche Konkurrenz innerhalb des Gesamtsystems des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland zu erzeugen.

Die in Rede stehende Zusammenarbeit umfasst insbesondere Produktionskooperationen, gemeinsame Redaktionen, Rechercheverbände oder Kooperationen zur Verbreitung und Kooperationen im Hinblick auf den Einsatz neuer Technologien. Entsprechend hält die KEF die Anstalten regelmäßig zu entsprechenden Kooperationen mit dem Ziel von Kosteneinsparungen an (vergleiche § 3 Absatz 3 Satz 1 RFinStV), zuletzt geschehen im 22. Bericht der KEF aus Februar 2020.

Die staatsvertraglich vorausgesetzten und von der KEF geforderten Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können jedoch in Konflikt mit dem Kartellverbot des § 1 GWB beziehungsweise mit Artikel 101 Absatz 1 AEUV geraten. Des Weiteren ist unklar, ob Kooperationen im Fall eines Verstößes möglicherweise nach § 2 GWB beziehungsweise § 101 Absatz 3 AEUV freistellungsfähig sind. Dadurch besteht für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine erhebliche Rechtsunsicherheit sowie ein Spannungsfeld zwischen der den Einsparvorgaben geschuldeten Ausweitung der Kooperationsformen und kartellrechtlichen Vorgaben. Diese Situation wird durch die von der KEF vorgenommene Konzernbetrachtung in Bezug auf die in der ARD

zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten verschärft. Zwar könnten zahlreiche Kooperationsformen freistellungsfähig sein, da sie die dazu erforderlichen beiden positiven Voraussetzungen (Effizienzgewinne und Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher) und die beiden negativen Voraussetzungen (Unerlässlichkeit der Beschränkung; keine Ausschaltung des Wettbewerbs) erfüllen. Da bislang keine umfassende Entscheidungspraxis der zuständigen Behörden und Gerichte auf nationaler und EU-Ebene besteht, ist die diesbezügliche Bewertung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allerdings mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Darüber hinaus wurde in höchstrichterlichen Entscheidungen auf nationaler Ebene im Zusammenhang mit der Zahlung von Einspeiseentgelten für die Verbreitung der Programmsignale zuletzt konstatiert, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst im Zusammenhang mit Aufgaben zur Auftragserfüllung jedenfalls auch wirtschaftliche Ziele verfolgen. Den öffentlich-rechtlichen Anstalten wurde weiterhin wegen ihres staatsvertraglich vorgegebenen Must-carry-Status im Bereich der Kabelweiterverbreitung eine marktbeherrschende Stellung attestiert. Es ist nicht ausgeschlossen, dass Gerichte und Kartellbehörden diese Rechtsprechung auch auf andere Sachverhalte übertragen.

Die mit dem 21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag im Jahr 2018 in § 11 Absatz 4 RStV aufgenommene sogenannte Betrauungsnorm kann nicht alle der genannten Unsicherheiten beseitigen. Eine allgemeine Ausnahme von den Wettbewerbsregelungen geht mit dieser Regelung aus gesetzessystematischen Gründen nicht einher. Hierzu ist eine Regelung im Anwendungsbereich des GWB erforderlich, die Vereinbarungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Bereich des Funktionsauftrags freistellt.

Mit § 30 Absatz 2c GWB-E werden Effizienzvorteile ermöglicht, die letztlich auch den Verbraucherinnen und Verbrauchern zu Gute kommen, indem die Angemessenheit der finanziellen Belastung der Beitragszahler gewährleistet sowie die Akzeptanz des Rundfunkbeitrags insgesamt gefördert wird.

4. Zu Artikel 1 Nummer 8 Buchstabe d – neu – (§ 32e Absatz 5a – neu – GWB)

Artikel 1 Nummer 8 ist folgender Buchstabe anzufügen:

,d) Nach Absatz 5 wird folgender Absatz 5a eingefügt:

„(5a) Unbeschadet weiterer Befugnisse kann das Bundeskartellamt gegenüber Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um einen nach Absatz 5 ermittelten Verbraucherschutzrelevanten Missstand abzustellen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint. Ein Missstand im Sinne des Satzes 1 ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen eine verbraucherrechtliche Vorschrift, der nach

seiner Art oder seinem Umfang geeignet ist, die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher zu gefährden oder zu beeinträchtigen.“ ‘

Begründung:

Durch die 9. GWB-Novelle erhielt das Bundeskartellamt im Jahr 2017 neue Kompetenzen im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes. Bei begründetem Verdacht auf Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften wurde der Behörde die Befugnis eingeräumt, Sektoruntersuchungen durchzuführen. Seit Mitte 2017 hat das Bundeskartellamt in den Bereichen Vergleichsportale, Smart TVs und Nutzerbewertungen Sektoruntersuchungen eingeleitet und für die Marktteilnehmer bedeutsame Erkenntnisse gesammelt. Diese Ausweitung der Befugnisse war wichtig, da Verstöße in der digitalen Welt nur mittels umfassender Ermittlungs- und Auskunftsbefugnisse aufgedeckt werden können.

Um ein hohes Verbraucherschutzniveau in der digitalen Welt sicherzustellen, sollte das Bundeskartellamt künftig auch befugt sein, bestimmte Verstöße, die durch die eingeleiteten Sektoruntersuchungen aufgedeckt wurden, abzustellen. Das Bundeskartellamt könnte damit missbräuchliches Verhalten gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern ahnden und effektiver zu einem fairen Wettbewerb beitragen. Bisher fehlen Anreize, festgestellte Verstöße einzustellen. „Rationale Rechtsverletzer“, die ihr verbraucherrechtswidriges Verhalten fortsetzen, erhalten gegenüber gesetzestreuen Wettbewerbern dadurch einen nicht hinnehmbaren Vorteil. Um im Wettbewerb bestehen zu können, wächst damit auch der Druck auf redliche Unternehmen, ebenfalls Verstöße zu beheben.

Die Formulierung des neu einzufügenden Absatzes 5a orientiert sich an derjenigen in § 4 Absatz 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG), auf dessen Gesetzesbegründung (BR-Drucksache 638/14, Seite 38 ff.) Bezug genommen wird. Der Gleichlauf zu § 4 Absatz 1a FinDAG ist wegen der vergleichbaren Marktsituation naheliegend. Verbraucherinnen und Verbraucher sind sowohl bei Finanzdienstleistungen als auch in der Digitalwirtschaft wegen der strukturellen Informationsasymmetrien besonders schutzbedürftig.

Durch die Bezugnahme auf den geltenden Absatz 5 wird die Möglichkeit der Abstellungsverfügung im Zusammenhang mit einem qualifizierten Verstoß gegen verbraucherrechtliche Vorschriften eröffnet. Verbraucherrechtliche Vorschriften sind dabei Rechtsnormen, die auch dem individuellen oder kollektiven Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher dienen (vergleiche bereits zur 9. GWB-Novelle BT-Drucksache 18/11446, Seite 26).

5. Zu Artikel 1 Nummer 23 Buchstabe a (§ 50 Absatz 1 Satz 2 – neu – und Absatz 1a – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 23 Buchstabe a ist § 50 wie folgt zu ändern:

a) Dem Absatz 1 ist folgender Satz anzufügen:

„Satz 1 gilt nicht, wenn die nach §§ 48 und 49 zuständige oberste Landesbehörde nach einem Landesgesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union bestimmt ist.“

b) Nach Absatz 1 ist folgender Absatz 1a einzufügen:

„(1a) Wenden die obersten Landesbehörden die Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union an, erfolgt der Geschäftsverkehr mit der Europäischen Kommission oder den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt kann den obersten Landesbehörden Hinweise zur Durchführung des Geschäftsverkehrs geben. Das Bundeskartellamt nimmt auch in diesen Fällen die Vertretung im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Artikel 14 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 7 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 wahr.“

Begründung:

Für ein Gelingen und für die Akzeptanz der Energiewende sind letztlich auch die Energiepreise entscheidend.

Hierfür ist ein funktionierender Wettbewerb auf allen relevanten Märkten erforderlich, das heißt auf den Energiemärkten selbst wie auch auf damit zusammenhängenden Märkten (zum Beispiel Wegerechtsvergabe für Strom- und Gaskonzessionen). Damit dieser Wettbewerb funktioniert, indem Wettbewerbsbeschränkungen wie Kartellbildungen, Preisabsprachen und missbräuchliche Preisbildungen bei Monopolstellungen verhindert werden, sollten die (Energie-) Kartellbehörden sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene gestärkt werden. Der Gesetzesentwurf zur 10. GWB-Novelle sieht jedoch gerade den Entzug von Zuständigkeiten der Landeskartellbehörden vor. Künftig soll nur noch das Bundeskartellamt das europäische Kartellrecht (Artikel 101, 102 AEUV) vollziehen dürfen. Europäisches Kartellrecht ist anwendbar, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt, also Binnenmarktrelevanz, gegeben ist. Eine solche Binnenmarktrelevanz ist beispielsweise bei den meisten Konzessionsvergabeverfahren im Wasser-, Strom- und Gasbereich nicht rechtssicher zu verneinen, sodass diese stets von den Landeskartellbehörden an das Bundeskartellamt abgegeben werden müssten.

Wird den Landeskartellbehörden die Zuständigkeit für diese energiekartellrechtlichen Fälle entzogen, wird nicht nur der Vollzug europäischen Rechts, sondern auch derjenige nationalen Rechts (GWB) auf Landesebene erheblich geschwächt.

Daher sollten die Länder zumindest die Möglichkeit haben, nach den Vorgaben der ECN-Plus-Richtlinie unabhängige Landeskartellbehörden durch Landesgesetz zu etablieren und damit entsprechende Vollzugsmöglichkeiten vorzuhalten.

Dies ist notwendig, um einen umfassend hohen und effizienten Wettbewerbschutz auch auf Landesebene zu garantieren.

Zu Buchstabe a:

Am 4. Februar 2019 trat die „Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts“ (sogenannte ECN-Plus-Richtlinie) in Kraft. Die Vorgaben dieser Richtlinie sollen in der anstehenden 10. GWB-Novelle umgesetzt werden.

Bislang konnten die Landeskartellbehörden in eigener Zuständigkeit Artikel 101, 102 AEUV anwenden. Beabsichtigt ist im Gesetzentwurf nunmehr unter anderem eine Neuregelung der behördlichen Zuständigkeit bei der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts (Artikel 101, 102 AEUV), die zukünftig insoweit eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts vorsieht.

Die angestrebte Änderung ist aus folgenden Gründen sachgerecht:

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Aufhebung der bisherigen Zuständigkeiten in § 48 Absatz 2 in Verbindung mit § 50 Absatz 1 GWB und die Etablierung einer alleinigen Kompetenz des Bundeskartellamts für den Vollzug der Artikel 101 und 102 AEUV würde nicht nur das Bundeskartellamt selbst, sondern auch die Landeskartellbehörden im frühen Verfahrensstadium stets vor die Schwierigkeit stellen, die Frage ihrer Zuständigkeit wegen möglicher Binnenmarktrelevanz abschließend zu beantworten. Die Feststellung einer Binnenmarktrelevanz und damit die Anwendbarkeit des europäischen Rechts bedarf fast immer umfassender Sachverhaltsermittlungen und unterliegt mangels eindeutiger Kriterien erheblicher Rechtsunsicherheit. Folglich könnten in Zukunft Fälle erst nach umfangreichen Vorermittlungen in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium an das Bundeskartellamt abgegeben werden oder müssten vom Bundeskartellamt bei Verneinung einer Binnenmarktrelevanz an die Landeskartellbehörden zurückgegeben werden oder die §§ 49 Absatz 3, Absatz 4, 55 GWB zur Anwendung kommen. Es ist zudem davon auszugehen, dass das Bundeskartellamt eine Vielzahl von Verfahren aus Ressourcengründen nicht aufgreifen kann oder weiter betreiben wird. Hierdurch würde der wirksame Wettbewerbsschutz eingeschränkt. Liegt Binnenmarktrelevanz vor, wird die Anwendung der gleichlautenden Vorschriften des GWB durch die Landeskartellbehörden gesperrt.

Diese praktischen Schwierigkeiten würden insbesondere bei Verfahren im Zusammenhang mit den bundesweit zahlreichen Konzessionsvergaben auftreten und die Kartellverwaltungsverfahren mit Zuständigkeitsfragen belasten. In einigen Ländern ist schon allein aufgrund der EU-Grenznähe in der Praxis häufig von einer eindeutigen oder zumindest möglichen Binnenmarktrelevanz auszugehen, da an der Konzession meist ein grenzüberschreitendes Interesse bestehen könnte. Folglich müssten aus Rechtssicherheitsgründen alle oder zumindest sehr viele solcher Konzessionsvergabeverfahren vorsorglich an das Bundeskartellamt abgegeben werden. Eine Rückübertragung der Zuständigkeit auf die Landeskartellbehörden wäre wegen der Binnenmarktrelevanz nach dem Gesetzentwurf nicht möglich.

Die angestrebte Neufassung des § 50 Absatz 1 GWB ermöglicht es den Ländern, nach den Vorgaben der ECN-Plus-Richtlinie unabhängige Landeskartellbehörden durch Landesgesetz zu etablieren und diesen die entsprechenden Ressourcen zu Verfügung zu stellen, sodass die Landeskartellbehörden auch weiterhin europäisches Wettbewerbsrecht im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach §§ 48, 49 GWB anwenden können. Die Länder können unabhängige Landeskartellbehörden auch speziell für einzelne Sektoren errichten (zum Beispiel Energie).

Nach der ECN-Plus-Richtlinie wird ein umfassend hoher und effizienter Wettbewerbsschutz gefordert, der durch die Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden erreicht werden soll. Die Schaffung gleicher Voraussetzungen für die Durchsetzbarkeit europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts auf Landes- wie auf Bundesebene führt dazu, dieses angestrebte Schutzniveau nicht nur zu erreichen, sondern zu erhöhen.

Das föderale System der Bundesrepublik Deutschland spricht außerdem dafür, die Länder zumindest in die Lage zu versetzen, ihre Kartellbehörden so auszustatten, dass sie gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit möglicher Binnenmarktrelevanz – wie es bereits Praxis ist – ähnlich wirksam vorgehen können wie das Bundeskartellamt.

Den Ländern muss es daher ermöglicht werden, – in Anlehnung an vergleichbare Regelungen für die Landesregulierungsbehörden – die Unabhängigkeit der Landeskartellbehörden so zu regeln und einzurichten, sodass diese weiterhin sowohl nationales als auch europäisches Wettbewerbsrecht anwenden können.

Zu Buchstabe b:

Absatz 1a entspricht der Regelung des Absatzes 2 in der derzeitigen Fassung des geltenden GWB. Die Regelung sollte beibehalten werden, da nach dem hier vorgeschlagenen Absatz 1 Satz 2 weiterhin die Möglichkeit besteht, dass Landeskartellbehörden europäisches Recht vollziehen.

6. Zu Artikel 1 Nummer 23 Buchstabe a (§ 50 Absatz 5 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 23 Buchstabe a ist § 50 folgender Absatz anzufügen:

„(5) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Regelung in Absatz 1 über die Erfahrungen mit der Verlagerung der Zuständigkeit für die Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf das Bundeskartellamt. Die Erfahrungen der nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden sind dabei zu berücksichtigen.“

Begründung:

Am 11. Dezember 2018 wurde die ECN-Plus-Richtlinie verabschiedet, die den Schutz des Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten stärken soll. Die Umsetzung in deutsches Recht erfolgt mittels der 10. GWB-Novelle. Nach der Konzeption des Gesetzentwurfs soll in Deutschland nur noch das Bundeskartellamt das europäische Kartellrecht, Artikel 101, 102 AEUV, vollziehen. Bislang können sowohl das Bundeskartellamt als auch die Landeskartellbehörden das europäische und das nationale Kartellrecht anwenden. Das Gesetz entzieht damit den Landeskartellbehörden Vollzugskompetenzen, die auf diese erst mit der 7. GWB-Novelle auf die Länder übertragen wurden.

Die Verbote des Artikel 101, 102 AEUV setzen voraus, dass eine Vereinbarung oder ein unternehmerisches Verhalten zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führt („Zwischenstaatlichkeitsklausel“). Die Kommission hat im Jahr 2004 umfangreiche Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels veröffentlicht, was verdeutlicht, wie schwierig es im Einzelfall ist, den Anwendungsbereich zu bestimmen. Wenn die Landeskartellbehörden wie vorgesehen die Zuständigkeit für die Anwendung von Artikel 101, 102 AEUV verlieren, dürften sie zukünftig nur noch tätig werden, wenn die Zwischenstaatlichkeit rechtssicher verneint werden kann. Andernfalls droht eine Auseinandersetzung mit den betroffenen Unternehmen über Zuständigkeitsfragen, wodurch wirksamer Wettbewerbschutz erschwert, jedenfalls aber verzögert wird. Derartige Auseinandersetzungen über die Abgrenzung von nationalem und europäischem Kartellrecht sollte durch die parallele Anwendung beider Vorschriften durch Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden gerade vermieden werden. Außerdem wird die mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz beabsichtigte Beschleunigung von Kartellverfahren an dieser Schnittstelle konterkariert.

Die Auswirkungen, die die Übertragung der Alleinzuständigkeit für den Vollzug der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf das Bundeskartellamt auf den Status der Landeskartellbehörden und den wirksamen und effektiven Wettbewerbsschutz in den Ländern hat, ist unklar. Jedenfalls trägt die Verlagerung den föderalen Verwaltungsstrukturen in Deutschland nicht Rechnung.

Hinsichtlich des Aufgabenzuwachses beim Bundeskartellamt ist zu befürchten, dass die Aufgabenverlagerung von den Landeskartellbehörden auf das Bundeskartellamt dazu führen kann, dass Verfahren mit überwiegend regionalem Fokus in der Priorisierung hinter Verfahren mit bundesweitem Bezug zurückstehen müssen.

Ungeklärt sind im vorliegenden Gesetzentwurf auch Folgefragen. Wie sollen beispielsweise Bußgeld- oder Missbrauchsverfahren weitergeführt werden, wenn sich erst nach Ermittlungen durch die Landeskartellbehörde herausstellen beziehungsweise von den betroffenen Unternehmen geltend gemacht werden sollte, dass ein Zwischenstaatlichkeitsbezug gegeben ist, oder wie mit Strom-, Gas- und Wasserkonzessionsverfahren umgegangen werden soll, die bisher von den Landeskartellbehörden bearbeitet wurden.

Evaluierungserfordernisse sind im GWB in § 18 Absatz 8, § 43a sowie § 47l vorgesehen. Sie sehen in der Regel eine Berichtspflicht nach Ablauf von drei Jahren vor. Sie sind gängig auch auf europäischer Ebene, wo Regelungen zur Zuständigkeitsverteilung betroffen sind (Artikel 1 Absatz 4 und Absatz 5 FKVO). Angesichts der befürchteten Konsequenzen der Zuständigkeitsverlagerung erscheint eine Evaluierung der Auswirkungen erforderlich.

7. Zu Artikel 1 Nummer 24,
Nummer 28 (§ 53 Absatz 5,
§ 0_{82a} – neu – GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) Nummer 24 ist wie folgt zu fassen:
„24. § 53 Absatz 5 wird aufgehoben.“

b) In Nummer 28 ist nach § 82 folgender Paragraf einzufügen:

„§ 0_{82a}

Mitteilung von Entscheidungen

(1) Das Bundeskartellamt soll jede Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen § 1 oder 19 bis 21 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens auf seiner Internetseite mitteilen. Die Mitteilung soll mindestens Folgendes enthalten:

1. Angaben zu dem in der Bußgeldentscheidung festgestellten Sachverhalt,
2. Angaben zu der Art des Verstoßes und dem Zeitraum, in dem der Verstoß begangen wurde,
3. Angaben zu den Unternehmen, gegen die Geldbußen festgesetzt oder Geldbußen im Rahmen eines Kronzeugenprogramms vollständig erlassen wurden,
4. Angaben zu den betroffenen Waren und Dienstleistungen,
5. den Hinweis, dass Personen, denen aus dem Verstoß ein Schaden entstanden ist, den Ersatz dieses Schadens verlangen können, sowie,
6. wenn die Bußgeldentscheidung bereits rechtskräftig ist, den Hinweis auf die Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde nach § 33b.

(2) Die oberste Landesbehörde kann jede rechtskräftige Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen §§ 1 oder 19 bis 21 auf ihrer Internetseite mitteilen. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.“

Begründung:

Zu Buchstabe a:

Folgeänderung aufgrund der Aufnahme des § 53 Absatz 5 in den neuen § 0_{82a} Absatz 1.

Zu Buchstabe b:

Bisher ist die Möglichkeit der Mitteilung von Bußgeldbescheiden nur für das Bundeskartellamt in § 53 Absatz 5 GWB vorgesehen. Diese Möglichkeit wurde den obersten Landesbehörden bisher nicht gesetzlich eingeräumt und soll mit dieser Regelung nunmehr in das Gesetz aufgenommen werden. Im Gegensatz zur Vorschrift für das Bundeskartellamt soll die Regelung für die obersten Landesbehörden als „Kann“-Regelung ausgestaltet sein, da dadurch ein Ermessensspielraum für eine Veröffentlichung vorhanden ist. So ließe sich beispielsweise eine „Prangerwirkung“ für kleine Unternehmen in regionalen Märkten vermeiden. Nötig ist diese Vorschrift insbesondere, um die Geltendmachung möglicher Schadensersatzansprüche zu erleichtern. Potentiell Geschädigte sollen leichterem Zugriff auf die für sie erforderlichen Informationen haben, wobei es sich dabei nur um grundlegende Informationen handelt, eigene Nachforschungen werden dadurch jedoch nicht obsolet. Zudem gab es in der Praxis Nachfragen durch Vergabestellen zu einzelnen Entscheidungen, die aus dem Gewerbezentralregister erkennbar waren. Wichtig war es, weitere Informationen zu der Entscheidung zu erhalten, um mögliche Ausschlussgründe im Vergabeverfahren zu prüfen. Die Vergabestellen können bei Nachfragen auf die Mitteilung hingewiesen werden. Dies würde zugleich weniger Bürokratie bedeuten.

Aufgrund der mit der Regelung verbundenen Wirkungen soll die Vorschrift zur Veröffentlichung für die obersten Landesbehörden jedoch auf rechtskräftige Bescheide beschränkt bleiben.

Um die Vorschrift für das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden zu konsolidieren, wird der bisherige § 53 Absatz 5 integriert; auch die Neufassung in Absatz 5 Nummer 3 ist übernommen worden. Diese Anpassung dient der Beschleunigung von Mitteilungen über Bußgeldentscheidungen auf der Internetseite des Bundeskartellamts. Um eine zeitnahe Mitteilung spätestens nach Abschluss des behördlichen Verfahrens sicherzustellen, sollen künftig nur diejenigen Unternehmen namentlich genannt werden, die eine Geldbuße erhalten oder mit ihrem Kronzeugenantrag das Bußgeldverfahren ausgelöst haben. Das Recht von potentiellen Kartellschadenersatzklägern, im Rahmen von Akteneinsichtsverfahren die Namen sämtlicher tatbeteiligter Unternehmen erfahren zu können, die ihrerseits vor einer Offenlegung angehört werden, bleibt hiervon unberührt.

8. Zu Artikel 1 Nummer 28 (§ 82a Überschrift,

Absatz 1,

Absatz 2 bis 4 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nummer 28 ist § 82a wie folgt zu ändern:

a) Die Überschrift ist wie folgt zu fassen:

„§ 82a

Befugnisse und Zuständigkeiten der Kartellbehörde in Verfahren wegen Ordnungswidrigkeiten gemäß § 81 Absatz 1 nach Einspruchseinlegung; gerichtliche Einstellung; Vollstreckung“

b) Absatz 1 ist durch folgende Absätze zu ersetzen:

„(1) Ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Absatz 1 dieses Gesetzes Gegenstand des Verfahrens, ist nach Einspruch gegen eine Bußgeldentscheidung § 69 Absatz 4 und 5 Satz 1 zweiter Halbsatz des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten nicht anzuwenden. Die Staatsanwaltschaft hat die Akten in diesen Fällen an das nach § 83 zuständige Gericht zu übersenden.

(2) Im gerichtlichen Bußgeldverfahren in den in Absatz 1 bezeichneten Fällen verfügt die Kartellbehörde über dieselben Rechte wie die Staatsanwaltschaft; im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof vertritt allein der Generalbundesanwalt das öffentliche Interesse.

(3) § 76 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet in den Fällen des Absatzes 1 keine Anwendung. Nehmen in diesen Fällen sowohl die Kartellbehörde als auch die Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung teil, obliegt die Entscheidung über die Zustimmung zu einer Einstellung des Verfahrens (§ 47 Absatz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten) der Kartellbehörde.“

Als Folge ist

in Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe d die Angabe zu § 82a wie folgt zu fassen:

„§ 82a Befugnisse und Zuständigkeiten der Kartellbehörde in Verfahren wegen Ordnungswidrigkeiten gemäß § 81 Absatz 1 nach Einspruchseinlegung; gerichtliche Einstellung; Vollstreckung“

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Änderung des § 82a dient ausweislich der Begründung der Umsetzung von Artikel 4 Absatz 1, 2 und 5 sowie Artikel 30 Absatz 2 und 3 der Richtlinie (EU) 2019/1. Die Richtlinie bestimmt ihren Zweck und Anwendungsbereich in Artikel 1 Absatz 1 dahingehend, dass gewährleistet werden soll, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden im Bereich der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und der Verhängung von Geldbußen über die nötige Unabhängigkeit und die Ressourcen verfügen, die sie benötigen, um die Artikel 101 und 102 AEUV wirksam anzuwenden. Über diesen Umsetzungsbedarf geht der Gesetzentwurf der Bundesregierung in dessen weit hinaus.

Die vorgesehenen Regelungen führen zu einer faktischen Abschaffung des Zwischenverfahrens nach Einspruchseinlegung gegen kartellordnungsbehördliche Bußgeldbescheide insgesamt und mithin zu einer aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklichen Verkürzung des Rechtsschutzes der (Neben-)Betroffenen in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren.

Die Richtlinie (EU) 2019/1 nötigt nicht zu einem derart flächendeckenden Abbau des Rechtsschutzes auch in Verfahren wegen (rein) nationaler Kartellverstöße. Diese machen nach den Erfahrungen der justiziellen Praxis in Nordrhein-Westfalen jedoch den überwiegenden Teil der gerichtlich geführten Kartellordnungswidrigkeitenverfahren aus, ohne dass erklärlich wäre, warum die Rechtsschutzmöglichkeiten in diesen Verfahren hinter diejenigen in „einfachen“ Ordnungswidrigkeitenverfahren – wie etwa bei Verkehrsordnungswidrigkeiten – zurückbleiben sollten.

Nach den bisher geltenden Regelungen resultiert die Primärzuständigkeit der Verwaltungsbehörde für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten aus der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, Zuwiderhandlungen, die eine Kriminalstrafe nicht erfordern, zügig und mit adäquat reduziertem Aufwand zu ahnden und dem Betroffenen die Nachteile eines öffentlichen Hauptverfahrens zu ersparen (zu vgl. etwa Lampe, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 35 Rn 2; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 5). Entscheiden sich die Betroffenen für die Möglichkeit der Anrufung eines ordentlichen Bußgeldrichters, kommt es zu einer Verlagerung der Kompetenzen von der Verwaltungsbehörde auf die „Justizbehörden“ (Staatsanwaltschaft und Gericht) im Sinne einer bestmöglichen rechtsstaatlichen Kontrolle. § 69 OWiG ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips.

Der zuständigen (General-)Staatsanwaltschaft obliegt bei einem Einspruch gegen den Bußgeldbescheid des Bundeskartellamtes deshalb eine Prüfung, ob sich der dem Bußgeldbescheid zugrundeliegende Tatvorwurf im Rahmen des gerichtlichen Hauptverfahrens voraussichtlich wird nachweisen lassen. Es handelt sich um eine objektive Filterfunktion der (General-)Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren. Entfielen diese Prüfungsstufe und würde die Generalstaatsanwaltschaft zur bloßen „Durchleitungsbehörde“, verkürzte dies den Rechtsschutz für die (Neben-)Betroffenen. Diese Absenkung des Rechtsschutzniveaus ist gerade in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, bei denen es sich in aller Regel um substantiell bedeutsame und komplexe Verfahren handelt, bedenklich.

Zudem wären etwaige – in der Praxis nicht nur vereinzelt erforderliche – Nachermittlungen zur Begründung des hinreichenden Tatverdachts vor Beginn der Hauptverhandlung nicht mehr möglich. Sie würden, da die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Absatz 2 StPO) im Regelfall dazu veranlasst, stets in der Hauptverhandlung vorgenommen werden müssen, was zu einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte durch wesentlich länger andauernde Beweis-erhebungen führen würde.

Im Einzelnen:

In Absatz 1 und 2 der neu gefassten Vorschrift wird die Neuregelung auf das zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 Erforderliche beschränkt. In Verfahren wegen (rein) nationaler Kartellverstöße bleibt das bisherige Rechtsschutzniveau damit erhalten.

Absatz 3 enthält eine in sich geschlossene Regelung der Rechte und Pflichten von (General-)Staatsanwaltschaft und Kartellbehörde in der Hauptverhandlung. Insbesondere regelt er den bislang im Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht behandelten Fall einer gleichzeitigen Teilnahme beider Stellen an der Hauptverhandlung. Insoweit wird – richtlinienkonform – angeordnet, dass es bei der Einstellung von Verfahren wegen Verstößen gegen Artikel 101 und 102 AEUV allein auf die Zustimmungserklärung der Kartellbehörde ankommt, die nach den Vorgaben von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2019/1 in entsprechenden Verfahren unabhängig sein muss.

Absatz 4 entspricht der in § 82a Absatz 2 des Regierungsentwurfs enthaltenen Regelung.

Als Folge ist die Inhaltsübersicht an die Änderung des § 82a GWB anzupassen.

9. Zu Artikel 1 Nummer 28 (§ 82 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Verfahren wegen der Kartellordnungswidrigkeiten nach § 81 GWB und wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Ordnungswidrigkeiten nach § 130 OWiG in Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Vorschriften in ausreichendem Maße mit den Sanktionsverfahren gegen natürliche Personen und Verbände nach anderen Vorschriften koordiniert werden können.

Begründung

Für die Verfolgung von juristischen Personen oder Personenvereinigungen wegen Kartellstraftaten, die eine schwere Kartellordnungswidrigkeit darstellen und die zugleich eine Verbandsverantwortlichkeit nach dem geplanten Verbandsanktionengesetz (VerSanG, BR-Drucksache 440/20) begründen, soll künftig eine doppelte Zuständigkeit bestehen. Dies betrifft primär Verfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), es kommen aber auch Fälle des Betrugs (§ 263 StGB) in Betracht. Für

diese Fälle sollen künftig sowohl die Staatsanwaltschaft als Verfolgungsbehörde nach dem VerSanG als auch die Kartellbehörde nach dem GWB zur Verfolgung berufen sein. Auch die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Verfolgung individueller Beschuldigter bei Kartellstraftaten bleibt unberührt.

Zwar sehen § 82 Absatz 2 GWB in der Fassung des GWB-Digitalisierungsgesetzes und § 42 VerSanG übereinstimmend vor, dass sich die Staatsanwaltschaft und die Kartellbehörde gegenseitig unverzüglich über Verfahrenseinleitungen und geplante Ermittlungsschritte unterrichten. Und § 42 Absatz 3 und 4 VerSanG regeln, dass ein Verfahren vor der Kartellbehörde das Verfahren nach dem VerSanG verdrängt, wenn die Kartellbehörde der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht mitteilt, dass sie die juristische Person oder Personenvereinigung im Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße nach § 82 GWB verfolgt oder das Verfahren einstellt.

Die in § 82 Absatz 2 GWB in der Fassung des GWB-Digitalisierungsgesetzes nach wie vor vorgesehene Möglichkeit der Kartellbehörde, ein Bußgeldverfahren nach § 30 OWiG an die Staatsanwaltschaft abzugeben, soll nach der Konzeption des VerSanG jedoch entfallen (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, Artikel 11, BR-Drucksache 440/20, Seite 138). In diesem Punkt sind die beiden Gesetzentwürfe der Bundesregierung folglich widersprüchlich.

Dies ist insbesondere in Fällen schwerer Wirtschaftskriminalität, in denen ein Ahnungsschwerpunkt auf Straftaten außerhalb des Kartellrechts liegt, nicht sachgerecht. Denkbar ist beispielsweise, dass sich in einem Verfahren nach Beweisaufnahme volldeliktische Verbandstaten nicht nachweisen lassen, wohl aber Aufsichtsverstöße im Hinblick auf die Erfüllung der kartellrechtlichen Pflichten. Auch kann die Verfolgung von Leitungspersonen in einem selbständigen Bußgeldverfahren nach § 130 OWiG ineffizient sein, wenn diesen zur Last gelegt wird, eine kartellrechtliche Verbandstat nicht durch gehörige Aufsicht verhindert oder erschwert zu haben (vgl. dazu insgesamt Raum: Paradigmenwechsel bei Geldbußen gegen Unternehmen – Betrachtungen zur 10. GWB-Novelle und zum Verbandssanktionengesetz in: CCZ 2020, Seite 245).

Die in § 82 Absatz 2 GWB vorgesehene Möglichkeit der Kartellbehörde, ein Bußgeldverfahren nach § 30 OWiG an die Staatsanwaltschaft abzugeben, sollte in § 42 VerSanG Berücksichtigung finden. Ebenso fehlt es in § 25 VerSanG an einer gesetzlichen Regelung, die es ermöglicht, nach einem Einspruch des Betroffenen ein Bußgeldverfahren nach § 130 OWiG mit dem (Verbands-) Sanktionsverfahren zu verbinden. Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die beiden Gesetzentwürfe in diesem Sinne besser aufeinander abzustimmen.

10. Zu Artikel 1 Nummer 43 Buchstabe c (§ 186 Absatz 9 Satz 1 Nummer 2 GWB)

Der Bundesrat bittet um eine Präzisierung zu § 186 Absatz 9 Satz 1 Nummer 2, für welche „anderen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften“ das Land bestätigen solle, dass diese dem Zusammenschluss nicht entgegenstehen.

Begründung:

Der Bundesrat stellt fest, dass aus dem Regelungstext und der Gesetzesbegründung nicht hervorgeht, für welche „anderen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften“ das Land bestätigen solle, dass diese dem Zusammenschluss nicht entgegenstehen, weshalb aus seiner Sicht eine Präzisierung notwendig ist.

11. Zu Artikel 1 Nummer 43 Buchstabe c (§ 186 Absatz 9 Satz 1 Nummer 4 GWB)

In Artikel 1 Nummer 43 Buchstabe c ist § 186 Absatz 9 Satz 1 Nummer 4 zu streichen.

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die §§ 35 bis 41 GWB-Digitalisierungsgesetz auf einen Zusammenschluss im Krankenhausbereich nicht anzuwenden sind, soweit unter anderem der Zusammenschluss bis zum 31. Dezember 2025 vollzogen wird.

Die zeitliche Beschränkung wird abgelehnt, da angesichts großer Konzentrationsvorhaben mit Baumaßnahmen ein längerer Umsetzungszeitraum erforderlich sein wird. Die entsprechenden Bauvorhaben setzen über die reine Bauzeit eine Reihe weiterer zeitaufwändiger Verfahren voraus. Dies sind zum Beispiel die Erarbeitung von Bauplanungen, Durchführung von europaweiten Vergabeverfahren sowie das Baugenehmigungsverfahren. Da bei der Strukturfondsförderung ein Eigenanteil des Krankenhausträgers vorgesehen ist, sind mitunter Abstimmungen mit Kreditgebern, die ebenfalls längere Zeiträume beanspruchen, unerlässlich.

12. Zu Artikel 7 Nummer 1 (§ 2 Absatz 2 Satz 1a – neu –,
Satz 2 WRegG)

Artikel 7 Nummer 1 ist wie folgt zu fassen:

,1. § 2 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

a) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Satz 1 gilt entsprechend für rechtskräftige Bußgeldbescheide, wenn eine Geldbuße von zweitausendfünfhundert bis zu fünfzigtausend Euro festgesetzt worden ist.“

b) Im neuen Satz 3 wird die Angabe „§81 Absatz 3 Buchstabe a bis c“ durch die Angabe „§ 81a Absatz 1 bis 3“ ersetzt.“

Begründung:

Zu Buchstabe a:

Im Rahmen des Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18. Februar 2017 wurde im Rahmen des Artikel 2 der § 150a der Gewerbeordnung dahingehend geändert, dass Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 künftig aufgehoben wird. Dies bedeutet, dass die Vergabestellen keine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister für die Vorbereitung von vergaberechtlichen Entscheidungen mehr erhalten können. Hintergrund ist das neue Wettbewerbsregister, aus dem auch die Entscheidungen der Kartellbehörden abgefragt werden können. Es ist jedoch zu beachten, dass im Gewerbezentralregister rechtskräftige Bußgeldentscheidungen ab 200 Euro eingetragen werden, im Wettbewerbsregister jedoch nur Entscheidungen ab 50 000 Euro, ohne dass diese bereits rechtskräftig sind. Wenn die Möglichkeit zur Abfrage aus dem Gewerbezentralregister künftig entfällt, führt dies zu einem Informationsdefizit bei den Vergabestellen. Diese können dem Wettbewerbsregister nur noch solche Entscheidungen entnehmen, deren Bußgeldhöhe über 50 000 Euro liegt. Vor dem Hintergrund, dass diese Entscheidungen noch nicht rechtskräftig sind, ist die hohe Schwelle zwar zu begrüßen, es gibt jedoch keine Möglichkeit mehr, Kenntnis im Vergabeverfahren von rechtskräftigen Bußgeldentscheidungen der Kartellbehörden unterhalb dieser Schwelle zu erhalten, um zum Beispiel einen fakultativen Ausschlussgrund bejahen zu können. Daher muss diese Lücke geschlossen werden, damit die Vergabestellen Auskunft über rechtskräftige Bußgeldbescheide in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren ab einem Bußgeld von 2 500 Euro erhalten können. Diese Schwelle erscheint hier angemessen, da damit ausgeschlossen ist, dass weniger bedeutsame Verfahren ebenfalls im Wettbewerbsregister aufgenommen werden müssen. Dies entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Zu Buchstabe b:

Es handelt sich um eine Folgeänderung und die Anpassung einer Verweisung auf geänderte Vorschriften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der bußgeldrechtlichen Vorschriften.

13. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat begrüßt den von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines GWB-Digitalisierungsgesetzes grundsätzlich. Er bittet jedoch, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in Artikel 1 Nummer 16 des Gesetzentwurfs formulierte Nummer 2 des § 39a Absatz 2 GWB-E, wonach die Anmeldepflicht nach § 39a Absatz 1 GWB-E nur für Zusammenschlüsse gelten soll, bei denen das zu erwerbende Unternehmen mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt hat, gestrichen werden kann. Die Bundesregierung begründet im Gesetzentwurf nicht nachvollziehbar, warum sie diese zweite Bedingung für die Anmeldepflicht nach § 39a Absatz 1 GWB-E – in Ergänzung zu der ersten Bedingung gemäß § 39a Absatz 2 Nummer 1 GWB-E – formuliert hat. Der Bundesrat hat die Sorge, dass – im Widerspruch zu der Zielsetzung des § 39a GWB-E und des Gesetzentwurfs insgesamt – kleine Digitalunternehmen zu wenig geschützt wären, wenn an der zweiten Bedingung gemäß § 39a Absatz 2 Nummer 2 GWB-E festgehalten würde. Bei Digitalunternehmen, auch kleinen, stammt oftmals ein großer Teil der Umsatzerlöse, der ein Drittel schnell übersteigen kann, aus grenzüberschreitenden, das heißt nicht im Inland erzielten Umsätzen.