



Ausschussdrucksache 20(9)262

12. Juni 2023

Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M. (Yale)
Inhaber Lehrstuhl für Bürgerliches Rechts, Handels- und Kartellrecht
Universität Mannheim
68131 Mannheim

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze
(„11. GWB-Novelle“)**

BT-Drucksache 20/6824

am 14. Juni 2023

Stellungnahme

für den

Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze**

(„11. GWB-Novelle“)

Am 5.4.2023 hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf zur 11. GWB-Novelle beschlossen. Diese Stellungnahme ist als verschriftlichtes Eingangsstatement zur Anhörung des Wirtschaftsausschusses am 14.6.2023 konzipiert. Nachweise sind nur vereinzelt angeführt.

Im Folgenden wird die Regierungsbegründung nach der Fassung vom 5.4.2023 zitiert, siehe https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (abgerufen am 1.6.2023).

In Bezug auf den zu beratenden Gesetzentwurf der Bundesregierung liegen bei mir keine finanziellen Interessenverknüpfungen vor. Insbesondere war ich nicht entgeltlich beratend oder gutachterlich mit dem Beratungsgegenstand befasst.

§ 70 Abs. 6 S. 3 GO-BT; BT-Drs. 20/4331.

I.

Wesentliche Ergebnisse

Zu § 32f GWB-E (Maßnahmen nach Sektoruntersuchung)

1. § 32f GWB-E würde es ermöglichen, Lücken beim Schutz des Wettbewerbs zu schließen, die trotz Kartellrechtspraxis und punktueller Ex-ante-Regulierung verbleiben (III.2).
2. Vorteile einer Ex-ante Regulierung unmittelbar durch Gesetz liegen insbesondere im Grad demokratischer Legitimation; in der (möglichen) Vermeidung regulatorischer Fragmentierung des Binnenmarkts und in der Möglichkeit kurzfristiger Intervention (III.4.). Der wesentliche Vorteil der Kompetenzübertragung auf das Bundeskartellamt im Wege des § 32f GWB-E bestünde in der Schonung legislativer Ressourcen (III.5.).
3. Soll die für die Kartellrechtsanwendung angenommene Freiheit der Beschlussabteilungen von Einzelweisungen auch für die Anwendung von § 32f GWB-E gelten, muss die geschwächte Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament durch hinreichend dichte gesetzgeberische Vorgaben für die Anwendung des § 32f GWB-E ausgeglichen werden. Es spricht viel dafür, dass die verschiedenen in § 32f GWB-E enthaltenen Definitionen, Kriterien und Regelbeispiele einschließlich der ausführlichen Erläuterungen in der Regierungsbegründung dies gewährleisten (III.6.–8.).
4. Die Anwendung von § 32f GWB-E setzt ökonomisch fundierte Marktanalysen voraus; dies einerseits, um festzustellen, ob eine qualifizierte Wettbewerbsstörung vorliegt und andererseits, um zu beurteilen, ob eine Maßnahme tatsächlich Verbesserung erwarten lässt. Die Regelbeispiele und Auflistung von Parametern dürfen keinesfalls Anlass für einen formalisierten „tick-the-box“ Ansatz sein (III.9.).
5. Für Verfahren nach § 32f GWB-E ist ein pragmatischer, auf Kooperation und Partizipation ausgerichteten Verfahrensstil anzustreben. Vorzugswürdig sind konsensuale Lösungen, weil diese am besten gewährleisten, dass identifizierten Wettbewerbsproblemen praxisgerecht abgeholfen wird, ohne übermäßig in die unternehmerischen Freiheiten einzugreifen (III.10.).
6. Zu begrüßen sind deshalb die in diesem Sinne vorgesehenen Modifikationen gegenüber dem herkömmlichen Kartellverfahren. Wünschenswert ist darüber hinaus, dass das Bundeskartellamt bereits im Verfahren zur Sektoruntersuchung nach § 32e GWB seine (vorläufigen) Ergebnisse in einem Zwischenbericht veröffentlicht und Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (III.11.).
7. § 32f GWB-E liegt außerhalb des Wirkungsbereichs der ausschließlichen Unionskompetenz gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV. Die Regelung ist als Befugnis zu allgemeiner (wettbewerbsfördernder) ex-ante-Regulierung zu verstehen, die die Wettbewerbsregeln nach

Art. 101 und 102 AEUV und die entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht ergänzt (III.13.).

8. Vorrang und Integrität der EU-Wettbewerbsregeln und ihrer Anwendung durch die Europäische Kommission bleiben hinsichtlich einzelner auf Grundlage von § 32f GWB-E zu treffender Verfügungen durch Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 und dem Loyalitätsgebot gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV gewahrt. Eine Fragmentierung des Binnenmarktes kann durch Harmonisierung auf Grundlage von Art. 114 AEUV verhindert werden (III.14. bis 16.).

9. Es ist kein überzeugender wettbewerbspolitischer Grund erkennbar, warum gemäß § 32f Abs. 3 S. 1 1. Hs. GWB-E nicht auch eine qualifizierte Wettbewerbsstörung auf einem regionalen Markt für eine Verfügung ausreichen können soll (III.17.).

10. Die Subsidiaritätsklausel gemäß § 32f Abs. 3 S. 1 2. Hs. GWB-E hat einen guten Grund darin, zu gewährleisten, dass das Kartellrecht mit seinem Sanktionsarsenal weiter angewendet und fortentwickelt wird, und um unionsrechtlichen Pflichten zur Verfolgung von Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV zu entsprechen. Angesichts erheblicher Prognoseunsicherheiten und hierdurch drohenden Implementierungsproblemen muss der in § 32f GWB-E angelegte abgeschwächte Prüfungsmaßstab auch bei etwaiger gerichtlicher Kontrolle ernst genommen werden (III.18.).

11. Die Restriktionen hinsichtlich möglicher Adressaten von Abhilfemaßnahmen gemäß § 32f Abs. 3 S. 3 und S. 4 GWB-E sollten gestrichen werden. Die Regelungen sind weder wettbewerbspolitisch sinnvoll noch zum Schutz der Unternehmen vor übermäßigen Eingriffen geboten. Die Grundrechte der Marktteilnehmer werden hinreichend über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geschützt (III.19.).

Zu § 32g GWB-E (Behördliche Ermittlungsbefugnisse wegen DMA-Verstößen)

1. Es ist zu begrüßen, dass der deutsche Gesetzgeber den Freiraum des Art. 38 Abs. 7 DMA nutzt, um dem Bundeskartellamt die in § 32g GWB-E vorgesehenen Befugnisse einzuräumen. Die vorgesehene Regelung ist eng an den Wortlaut des Art. 38 Abs. 7 DMA angelehnt und hält sich im unionsrechtlich vorgegebenen Rahmen.

2. Synergien könnten sich insbesondere im Zuge von Verfahren nach § 19a GWB ergeben. Da § 19a GWB auch für benannte DMA-Gatekeeper neben dem DMA anwendbar bleibt, sollte das Bundeskartellamt, wenn es den Verdacht eines DMA-Verstoßes hat, im Überschneidungsbereich das § 19a GWB-Verfahren regelmäßig zurückstellen und vorrangig auf Grundlage von § 32g GWB-E ermitteln, ob sich der Verdacht eines DMA-Verstoßes erhärtet und der Kommission die gewonnenen Ermittlungsergebnisse übermitteln.

Zu §§ 33 ff. GWB-E (Integration von DMA-Verstößen in den kartellrechtlichen Privatrechtsschutz)

1. Die Integration von DMA-Verstößen in den kartellrechtlichen Privatrechtsschutz ist regelungssystematisch schlüssig (V.2.).
2. Folgerichtig ist, dass §§ 33 bis 33h GWB nicht en bloc, sondern differenziert – nämlich dem missbrauchsähnlichen Charakters der DMA-Verstöße Rechnung tragend – für anwendbar erklärt werden sollen (V.3).
3. Bei der Auslegung und Anwendung der auf DMA-Verstöße anwendbaren Vorschriften sind das unionsrechtliche Effektivitäts- und Äquivalenzgebot zu berücksichtigen (V.4. und 5.).
4. § 33 Abs. 1 GWB-E und die entsprechenden Passagen in der Regierungsbegründung müssen so gelesen werden, dass die Umgehungstatbestände nach Art. 13 Abs. 4 bis 6 DMA als Erweiterungen der Verpflichtungen nach Art. 5, 6 und 7 DMA verstanden und daher als Verstöße gegen diese Verpflichtungen und also von § 33 Abs. 1 GWB-E miterfasst werden. Ein klarstellender Hinweis im Gesetzgebungsverfahren wäre wünschenswert (V.6.).
5. Ist Art. 39 Abs. 5 DMA wie die Parallelnorm des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 auszulegen, ist nicht klar, welche weitergehenden Wirkungen § 33b GWB-E im Hinblick auf DMA-Verstöße entfalten kann. Praktisch erscheint § 33b GWB-E aber jedenfalls als Auffangtatbestand sinnvoll sowie als Signal, dass Feststellungen von DMA-Verstößen eine Bindungswirkung gleicher Qualität wie die Feststellung von Kartellrechtsverstößen zukommen soll (V.7. und 8.).
6. Art. 39 Abs. 5 DMA gilt neben § 33b GWB-E und entfaltet in mehrerlei Hinsicht eine weitergehende Bindungswirkung (V.9.).

Zu § 34 GWB-E (Behördliche Vorteilsabschöpfung)

1. Kartellrechtsverletzungsbedingte Vorteile bei Rechtsverletzern abzuschöpfen ist wesentlich für eine erfolgreiche Prävention von Kartellverstößen (VI.2.).
2. § 34 GWB ist in seiner jetzigen Fassung nicht wirksam (VI.3.).
3. Die geringe Anwendungspraxis zu § 34 GWB erklärt sich nicht durch mangelnden Bedarf, über § 34 GWB zur Prävention von Kartellrechtsverletzungen beizutragen. Schmerzliche Sanktionslücken zeigen sich bei verschiedenen Formen von Kartellrechtsverletzungen jenseits von Hardcore-Kartellen, so etwa beim Marktmachtmissbrauch, die durch eine Effektuierung der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB jedenfalls teilweise abgedeckt werden könnten (VI.4.).
4. Schwierigkeiten beim Nachweis der Entstehung und der Bezifferung des nach § 34 GWB abschöpfbaren wirtschaftlichen Vorteils bilden das wesentliche Hindernis für den Einsatz der

Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden. Eine Ergänzung der Schätzmöglichkeit um eine entsprechende Anwendung von § 287 ZPO ist folgerichtig (VI.5.).

5. Die vorgesehene ein-Prozent-Vermutung mit eingeschränkter Widerleglichkeit nach § 34 Abs. 4 S. 4 GWB-E ist eine pragmatische, zugleich aber angemessene Neuerung, um den praktischen Implementierungsproblemen abzuhelpen (VI.6.).

6. Es ist denkbar, dass aufgrund der ein-Prozent-Vermutung ein Betrag abgeschöpft wird, der den tatsächlichen Vorteil übersteigt. Die Wahrscheinlichkeit hierfür ist allerdings aufgrund verschiedener gesetzgeberischer Entscheidungen gering: Pauschalierung in geringer Höhe; (eingeschränkte) Widerlegungsmöglichkeit; keine Vermutung, wenn Vorteil nach Natur des Verstoßes ausgeschlossen (VI.7.).

7. Im Übrigen greifen weitere Mechanismen, um eine übermäßige Präventionswirkung zu vermeiden: „Härteklausele“; 10-Prozent-Deckelung; Verschuldenserfordernis (VI.7.).

8. Im Lichte des „Verursachergedankens“ darf dem Rechtsverletzer zugemutet werden, dass eine (geringe) Wahrscheinlichkeit verbleibt, dass im Einzelfall ein Betrag abgeschöpft wird, der den tatsächlich erlangten wirtschaftlichen Vorteil übersteigt (VI. 7.).

II.

Einleitung

Die 11. GWB-Novelle soll den Wettbewerb stärken und hierfür vor allem Marktzugangschancen für Wettbewerber erhöhen und die Durchsetzung wettbewerbsfördernder Regeln verbessern. Hierfür wird es erleichtert, Lücken im System wettbewerbsfördernder Maßnahmen zu schließen. Zudem sollen Verstöße gegen den Digital Markets Act (DMA) wirksam sanktioniert und Sanktionslücken vor allem bei Missbrauchsfällen geschlossen werden.

In diesem Sinne lassen sich drei Themenfelder im Gesetzentwurf identifizieren: Erstens wird dem Bundeskartellamt die Kompetenz übertragen, infolge einer Sektoruntersuchung eine qualifizierte Störung des Wettbewerbs festzustellen und Maßnahmen zur Abhilfe anzuordnen (§ 32f GWB-E). Zweitens sollen Verstöße gegen DMA-Verpflichtungen vom Bundeskartellamt untersucht werden können (§ 32g GWB-E) und in das System des Privatrechtsschutzes bei Kartellrechtsverletzungen integriert werden (§§ 33 ff. GWB-E). Drittens wird die Wirksamkeit der kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung verbessert (§ 34 GWB-E).

Nachfolgend widme ich mich diesen Themen in genannter Folge. Hierbei werde ich jeweils den gewählten Ansatz im Grundsätzlichen würdigen und zu einzelnen Detailfragen Stellung nehmen.

III.

Maßnahmen nach Sektoruntersuchung

(§ 32f GWB-E)

1. Mit der GWB-Novelle soll das Bundeskartellamt die Befugnis erhalten, auf Grundlage der Ergebnisse einer (herkömmlichen) Sektoruntersuchung, die gemäß § 32e Abs. 4 GWB-E in einem Bericht zu veröffentlichen sind, eine im Gesetz als „erheblich und fortwährend“ qualifizierte Störung des Wettbewerbs festzustellen und Abhilfemaßnahmen anzuordnen, § 32f GWB-E. Die Maßnahmen können verhaltensbezogener oder struktureller Art sein. Praktisch erhielte das Bundeskartellamt damit insbesondere die Befugnis, zur Intensivierung des Wettbewerbs Regeln einzuführen, die für einen ganzen Wirtschaftszweig gelten können. Ermöglicht werden auch eigentumsrechtliche Entflechtungen.

2. § 32f GWB-E würde es ermöglichen, **Lücken beim Schutz des Wettbewerbs zu schließen**. Die kartellrechtlichen Regeln des GWB und der Art. 101 und 102 AEUV bilden einen bewährten Mechanismus zum Schutz des Wettbewerbs. Die Erfahrung lehrt, dass ihre Anwendung Lücken im Wettbewerbsschutz lässt. Seinen Grund hat dies teilweise in der Ausprägung des **materiellen Kartellrechts**, daneben aber auch in **Beschränkungen des Kartellverfahrens** und

möglicher **Abhilfemaßnahmen**, die zu einem Teil rechtlich gefordert sind, wesentlich aber auch mit den **institutionellen Rahmenbedingungen** von **Kartellverfahren** zusammenhängen. Diese wirken teils auch in das materielle Recht zurück und können eine restriktive Anwendungspraxis erklären.

Siehe etwa die Analyse bei Franck, Competition enforcement versus regulation as market-opening tools: an application to banking and payment systems, Journal of Antitrust Enforcement 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad010>, insbes. S. 3–11 und S. 24–28.

Charakteristisch für die Kartellrechtsanwendung ist, dass sie an den wettbewerbsschädlichen Gebrauch von Marktmacht anknüpft, indem einerseits Koordinierungen zwischen Unternehmen adressiert werden (Art. 101 AEUV; §§ 1 und 2 GWB) und andererseits einseitige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 102 AEUV; § 19 GWB), teilweise auch von Unternehmen mit Marktmacht unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung (§ 20 GWB). Um **Marktzutrittsschranken abzubauen** und den Wettbewerb zu intensivieren kann es aber notwendig sein, Unternehmen **Zugang zu Daten** oder **Schnittstellen** zu verschaffen, **ohne dass** eine **Verweigerung notwendigerweise als wettbewerbswidriger Gebrauch von Marktmacht** (und damit als kartellrechtswidrig) gewertet werden könnte. Dass das Kartellrecht hier Lücken beim Schutz wirksamen Wettbewerbs lässt, wird auch dadurch deutlich, dass hier der Gesetzgeber gelegentlich unmittelbar regelnd eingreift. Beispiele für solche punktuellen wettbewerbsfördernden Interventionen sind etwa:

- das Recht auf Zugang zu bestimmten Infrastrukturdienstleistungen für Zahlungsdienste gemäß § 58a Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), sog. „Lex Apple Pay“,
- die Pflicht kontoführender Zahlungsdienstleister, Zahlungsauslösediensten und Kontoinformationsdiensten Schnittstellen für sichere Kommunikation zur Verfügung zu stellen, §§ 48 bis 52 (ZAG), damit Vorgaben der Zahlungsdienste-Richtlinie 2015/2366 umsetzend,
- das Recht auf Zugang zu Kfz-Daten gemäß Art. 61 ff. der Verordnung (EU) 2018/858.

Die Beispiele illustrieren, dass Marktöffnung über Zugangsrechte – wie etwa über Anforderungen zur Interoperabilität oder Datenportabilität – detaillierte positive, teils technische Regeln notwendig machen kann. Hierfür sind Verfahren wegen Kartellverstößen und daran anknüpfende Abhilfemaßnahmen nicht gut geeignet.

Franck, Journal of Antitrust Enforcement 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad010>, S. 9–11 und 26–28.

Über § 32f GWB-E könnte zukünftig das Bundeskartellamt Unternehmen infolge einer Sektoruntersuchung solche und ähnliche marktöffnende Vorgaben auferlegen. Tatsächlich könnte dieser Art von Maßnahmen in der Anwendungspraxis große Bedeutung zukommen.

Siehe Regierungsbegründung, S. 32 (zu § 32f Abs. 3 GWB-E) und S. 36 (zu § 32f Abs. 5 Nr. 2 GWB-E).

Die in der EU durch legislative Intervention ermöglichte Marktöffnung für Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste wurde im Vereinigten Königreich im Wege einer Market Investigation bewirkt, also über ein Instrument, das funktional der Sektoruntersuchung mit Abhilfemaßnahmen nach § 32f GWB-E entspricht. Siehe Franck, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad010>, S. 33.

Ein weiteres mögliches Anwendungsfeld des § 32f GWB-E, um Lücken der Kartellrechtsanwendung zu schließen, liegt in der **Eindämmung stillschweigender Kollusion**. Obgleich diese, abhängig von Strukturmerkmalen eines Marktes, in ihren preiserhöhenden Wirkungen expliziten Absprachen gleichkommen kann, wird sie nicht direkt vom kartellrechtlichen Koordinierungsverbot erfasst. Das hat seinen Grund teils in Identifizierungsproblemen, beruht aber im Kern auf dem regelungstechnischen Ansatz des Kartellrechts, das auf eine selektive und punktuelle Ex-post-Kontrolle ausgerichtet ist. Ein direktes Verbot stillschweigender Kollusion von Preisen oder auch anderen Konditionen könnte nur wirksam implementiert werden, wenn man in letzter Konsequenz bereit wäre, sich auf eine Preis- und Konditionenregulierung einzulassen.

Franck, *Wettbewerbsschutz durch Kartellrecht: Normative Grenzen einer am ökonomischen Anspruch ausgerichteten Marktordnung*, in: Haucap/Budzinski (Hrsg.), *Recht und Ökonomie* 2020, S. 235, 237-247

Deshalb beschränkt sich die Kartellrechtsanwendung darauf, bestimmte Verhaltensweisen jenseits der Preissetzung an sich zu adressieren, wenn mit ihnen Kollusion gefördert wird. Allerdings kann nur ein kleiner Ausschnitt dieses Verhaltens über das Koordinierungsverbot erfasst werden, da es sich oftmals um einseitig implementierte Maßnahmen handelt. Diese könnten allenfalls zu geringem Teil von kartellrechtlichen Missbrauchstatbeständen erfasst werden. Praktisch geworden ist auch das bislang, soweit erkennbar, nicht. Für Konstellationen, in denen Zwang ausgeübt wird, verbietet § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB einseitige Maßnahmen zur Kollusionsförderung schon jetzt. Notwendig wäre allerdings, auch Fälle erfassen zu können, in denen die Beteiligten allein vom Anreiz nach Gewinnmaximierung getrieben einseitig kollusionsfördernde Strategien umsetzen. Deshalb ist die Erweiterung des Wettbewerbsschutzes um ein Instrument, das die einseitige Förderung kollusiven Verhaltens umfassend erfassen kann, seit längerem ein Desiderat.

Siehe Andreoli-Versbach/Franck, *Econometric Evidence to Target Tacit Collusion in Oligopolistic Markets*, *Journal of Competition Law and Economics* 11 (2015), 463, 488–491. Dem Beitrag liegt eine empirische Studie über die einseitige Initiierung stillschweigender Kollusion auf dem italienischen Tankstellenmarkt zugrunde. Andreoli-Versbach/Franck, *Endogenous Price Commitment, Sticky and Leadership Pricing: Evidence from the Italian Petrol Market*, *International Journal of Industrial Organization* 40 (2015), 32–48.

Über § 32f GWB-E könnte zukünftig das Bundeskartellamt auch einseitige Maßnahmen adressieren, mit denen stillschweigende Kollusion gefördert wird.

Hierzu Wagner-von Papp, *WuW* 2022, 642, 648 f.

Das ist vor allem deshalb zu begrüßen, weil sich etwa angesichts höherer Marktkonzentrationen und anderer Entwicklungen abzeichnet, dass Märkte kollusionsgeneigter sind. Daneben lassen sich (stillschweigend) kollusive Strategien mit Hilfe von Algorithmen immer wirksamer implementieren.

Zutreffend Regierungsbegründung, S. 33.

3. Die **Lücken beim Schutz wirksamen Wettbewerbs**, den das Kartellrecht lässt, können durch **gesetzgeberische Interventionen** geschlossen werden. Es bieten sich hierfür Regeln an – wie etwa jene, die im Vorabschnitt genannt werden –, die auf einen bestimmten Sektor oder eine bestimmte Verhaltensweise abzielen.

Der DMA ist Beispiel für eine weit gespannte, (auch) auf Wettbewerbsförderung ausgerichtete gesetzgeberische Intervention (siehe unten bei V.2.).

Die Adressierung von Wettbewerbsproblemen unmittelbar durch Gesetz kann insbesondere auch durch eine Sektoruntersuchung informiert sein.

Hierzu mit einem Beispiel aus der EU-Praxis Franck, Journal of Antitrust Enforcement 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad010>, S. 31 f.

In diesem Sinne sieht **§ 32e Abs. 4 S. 3 GWB-E** ausdrücklich vor, dass das Bundeskartellamt in seinem Bericht über die Ergebnisse einer Sektoruntersuchung „**wettbewerbspolitische Empfehlungen**“ aussprechen und seinen Bericht der Bundesregierung zuleiten kann. Hierbei sollte das Bundeskartellamt nicht nur neue wettbewerbsfördernde Eingriffe im Auge haben, sondern auch ein **Zurückschneiden bestehender Regulierung** (etwa durch Verbraucherschutz- oder Gewerberecht), wenn sie wettbewerbsbeschränkend wirkt, ohne dass eine überzeugende regulatorische Begründung erkennbar wäre.

4. Lücken im kartellrechtlichen Wettbewerbsschutz **durch** (punktuelle) **Gesetze** zu schließen, hat **wesentliche Vorteile gegenüber einer Abhilfe über ein Instrument wie § 32f GWB-E**:

- Erstens verschafft Regelsetzung durch den Gesetzgeber unmittelbare demokratische Legitimität und sorgt für hohe Transparenz der (politischen) Verantwortlichkeit.
- Zweitens ermöglicht die gesetzliche Intervention auf EU-Ebene die Etablierung harmonisierter Regeln (auf Grundlage von Art. 114 AEUV) und kann somit einer Fragmentierung des Binnenmarktes vorbeugen.
- Drittens kann der Gesetzgeber, wenn es für dringlich gehalten wird, eine wettbewerbsfördernde Regelung auch (sehr) kurzfristig einführen.

§ 58a ZAG, die sog. Lex Apple Pay, illustriert, dass prokompetitive legislative Interventionen mit sehr kurzer Vorlaufzeit eingeführt werden können. Siehe Franck/Linardatos, Germany's 'Lex Apple Pay': Payment Services Regulation Overtakes Competition Enforcement, Journal of European Competition Law & Practice 12 (2021), 68, 72.

5. Ermöglicht der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt über § 32f GWB-E infolge einer Sektoruntersuchung punktuell wettbewerbsfördernde Eingriffe, um Lücken im

Wettbewerbsschutz durch Kartellrecht zu schließen, liegt der wesentliche Vorteil in der **Schonung legislativer Ressourcen**. Die wettbewerbspolitische Legitimität des § 32f GWB-E liegt (auch) in der Erfahrung begründet, dass es den Gesetzgeber überfordert, punktuell die erforderlichen sektor- oder verhaltensbezogenen Regeln zu erwägen und ggf. einzuführen, um auf Marktzutrittsschranken oder andere Wettbewerbsprobleme zu reagieren.

Franck, Journal of Antitrust Enforcement 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad010>, S. 13 f. ('On (opportunity) costs of legislative rulemaking').

Dass gelegentlich solche Regeln eingeführt worden sind, bestätigt das grundsätzliche Defizit: Mit der marktöffnenden Regulierung der großen digitalen Gatekeeper über § 58a ZAG oder – auf EU-Ebene – den DMA wurden Wettbewerbsprobleme adressiert, weil sie als besonders brisant empfunden wurden.

Der Digital Markets Act darf deshalb nicht als Absage an das Konzept wettbewerbsbehördlicher Abhilfe im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verstanden werden. Dass das ursprünglich angedachte Konzept eines New Competition Tool von der Europäischen Kommission nicht weiterverfolgt wurde, lag offenbar wesentlich darin begründet, dass die Kommission letztlich davon ausging, dass es nur auf Grundlage von Art. 352 AEUV hätte beschlossen werden können. Siehe Franck, Von der Kunst, Gesetz zu geben, WuW 2023, 181 f.

6. Die Ausgestaltung der in **§ 32f GWB-E** vorgesehenen Befugnisse muss eine **hinreichende demokratische Legitimation** für die vom Bundeskartellamt zum Schutz des Wettbewerbs zu treffenden Verfügungen gewährleisten. Das gilt insbesondere eingedenk dessen, dass die Vorschrift der Behörde einerseits ermöglichen kann, praktisch sektorweit geltende Verhaltensregeln aufzustellen, und andererseits im Falle eigentumsrechtlicher Entflechtungen auch individuell tiefgehende Grundrechtseingriffe vorzunehmen.

7. Die **Mitglieder** der für Entscheidungen nach § 32f GWB-E zuständigen **Beschlussabteilungen** des Bundeskartellamts sind als Beamte **personell legitimiert**. Allerdings besteht nach ständiger Praxis und vom Bundeskartellamt wie vom Bundeswirtschaftsministerium geteilter Auffassung **keine** ministerielle Befugnis, gegenüber Beschlussabteilungen **Einzelweisungen** zu erteilen.

Die Ministerialfreiheit der Beschlussabteilungen ist nicht ausdrücklich im GWB geregelt. Sie ist allerdings unionsrechtlich gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b ECN+-Richtlinie vorgeschrieben und lässt sich im Rückschluss § 52 GWB entnehmen, der ein allgemeines Weisungsrecht des Bundeswirtschaftsministeriums voraussetzt. Siehe hierzu Ludwigs in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, Kap. 2, insbes. Rn. 12, 16 und 19.

Diese Abweichung vom Hierarchieprinzip der Ministerialverwaltung **schwächt** die demokratierechtlich geforderte (mittelbare) **Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament**. Für die Anwendung von § 32f GWB-E ist die behördliche Unabhängigkeit nicht unionsrechtlich vorgegeben; ihre Notwendigkeit folgt auch nicht a priori aus der Sachmaterie. Soll die Abschirmung gegenüber Einzelweisungen auch für § 32f GWB-E gelten, ist es deshalb wichtig, dass die Gesetzesanwendung hinreichend dicht legislativ determiniert ist. Die verschiedenen

in § 32f GWB-E enthaltenen Definitionen, Kriterien und Regelbeispiele einschließlich der in der Regierungsbegründung gegebenen ausführlichen Erläuterungen (dazu sogleich) tragen dazu bei, dass im Ganzen wohl ein hinreichend hohes Legitimationsniveau erreicht wird; die Einführung einer zusätzlichen parlamentarischen oder ministeriellen Rückbindung scheint insoweit nicht notwendig.

Anders zu § 32f GWB in der Fassung des Referentenentwurfs Wagner-von Papp, § 32f GWB-RefE: Lehren aus dem UK, WuW 2022, 642, 649 f., der vorschlägt, soweit kein Einvernehmen zwischen Bundeskartellamt und dem Betroffenen hinsichtlich einer Abhilfemaßnahme erzielt werden könne, solle jedenfalls ein Einvernehmen zwischen Bundeskartellamt und Bundeswirtschaftsminister oder einem vom Bundestag bestimmten Ausschuss vorausgesetzt werden.

Anders zu einer früheren Fassung von § 32f GWB auch Ackermann, Rechtsfragen einer wettbewerblichen Generalklausel – Zur geplanten Einführung von § 32f GWB-E, ZWeR 2023, 1, 16–19, der deshalb einen restriktiveren, stärker regelgebundenen Tatbestand anmahnt.

8. § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-E setzt für Maßnahmen nach der Sektoruntersuchung voraus, dass „eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ festgestellt werden kann. Diese generalklauselartige Voraussetzung wird in mehrfacher Hinsicht im Gesetz präzisiert; verschiedene **Definitionen, Kriterien und Regelbeispiele**, zeichnen **mehr als nur die wesentlichen sachlich-inhaltlichen Vorgaben für die Gesetzesanwendung** durch das Bundeskartellamt vor. Hervorzuheben ist hierbei Folgendes:

- Das Kriterium der „fortwährenden“ Störung wird in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E definiert. Eine Definition der Erheblichkeit findet sich zwar nicht im Gesetzestext, allerdings im Regierungsentwurf, S. 31 („mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb“).
- § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E sieht einen (nichtabschließenden) Katalog von – sich nicht gegenseitig ausschließenden – Störungslagen vor, die dem Bundeskartellamt erlauben können, die Befugnisse nach § 32f GWB-E zu nutzen. Die vier genannten Konstellationen werden in der Regierungsbegründung ausführlich erläutert (S. 35–38).
- § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-E listet Faktoren auf, die vom Bundeskartellamt bei der Prüfung einer qualifizierten Wettbewerbsstörung zu berücksichtigen sind. Auch hierzu finden sich eingehende Erläuterungen in der Regierungsbegründung (S. 38–40).
- § 32f Abs. 3 GWB-E zählt eine Reihe von Maßnahmen auf, die zur Beseitigung oder Verringerung einer festgestellten qualifizierten Wettbewerbsstörung in Betracht kommen. Die Liste ist nicht abschließend, bietet aber dem Bundeskartellamt Anschauung über Art und Reichweite möglicher Abhilfemaßnahmen.
- In § 32f Abs. 3 GWB-E wird die Anwendung der Befugnis weiter eingeschränkt durch eine marktbezogene Restriktion (§ 32f Abs. 3 S. 1 1. Hs. GWB-E), eine Subsidiaritätsvorgabe im Verhältnis zum Kartellrecht (§ 32f Abs. 3 S. 1 2. Hs. GWB-E) sowie eine Einschränkung des Kreises möglicher Adressaten auf solche, die „wesentlich“ zur festgestellten Wettbewerbsbeschränkung beitragen (§ 32f Abs. 3 S. 3 GWB-E).
- Eine eigentumsrechtliche Entflechtung kann gemäß § 32f Abs. 4 GWB-E nur gegenüber einem weiter eingeschränkten Adressatenkreis von Unternehmen angeordnet

werden, nämlich Unternehmen, die marktbeherrschend oder § 19a GWB-Adressaten sind. Zudem muss zu erwarten sein, dass hierdurch die festgestellt qualifizierte Wettbewerbsstörung mindestens „erheblich“ verringert werde.

Diese im Regierungsentwurf vorgesehenen Präzisierungen (nebst den Erläuterungen in der Begründung) geben dem Bundeskartellamt **Anschauung, Anleitung und Wertungskriterien für die Anwendung der Kompetenz** vor. Ein höherer Grad an Präzision wäre wohl angesichts der Mannigfaltigkeit relevanter Wettbewerbsstörungen nicht zu erzielen gewesen, ohne die praktische Wirksamkeit des Instruments zu gefährden.

9. Trotz aller Ansätze zur Präzisierung im Text der Vorschrift und den dazugehörigen Passagen in der Regierungsbegründung bleibt es dabei, dass die für § 32f GWB-E relevanten Störungslagen breit angelegt sind und die Frage, ob tatsächlich eine Intervention über § 32f GWB-E legitimiert ist, von einer Mehrzahl relevanter Parameter, die zu messen und zu gewichten sind, abhängt. Die **Regelbeispiele** und **Auflistung von Parametern** dürfen **keinesfalls Anlass für einen formalisierten „tick-the-box“ Ansatz** sein. Die in § 32f GWB-E angelegte Zweistufigkeit kann dabei die Anwendung des Instruments disziplinieren: Um eine qualifizierte Wettbewerbsstörung festzustellen, muss erstens eine **fundierte Marktanalyse** vorgenommen worden sein, aufgrund derer relevante Marktmechanismen, die Entwicklung des Marktes und der Geschäftsmodelle der Marktteilnehmer verstanden werden können. Nur auf einer dieserart ermittelten Basis lässt sich feststellen, wie ein robust funktionierender Wettbewerb auf dem Markt aussehen könnte und dass bzw. warum dieser Zustand nicht vorliegt. Die vorausgegangene Sektoruntersuchung sollte die hierfür notwendige empirische Basis liefern. Bejaht das Bundeskartellamt danach eine qualifizierte Wettbewerbsstörung, ist davon getrennt zu erwägen, ob bzw. welche Abhilfemaßnahme geeignet sein kann, die Wettbewerbsverhältnisse im geforderten Maße zu verbessern. Dabei sind – wiederum ökonomisch fundiert – die erwartbaren Wirkungen der Maßnahme zu prognostizieren und daran anknüpfend zu bewerten, ob die rechtlichen Voraussetzungen für deren Anordnung vorliegen.

10. In der Regelungsperspektive unterscheidet sich § 32f GWB-E kategorial von herkömmlicher Durchsetzung des Kartellrechts. Es geht nicht darum, vergangenes Verhalten als rechtswidrig zu charakterisieren oder gar zu sanktionieren. Das Instrument ist seiner Natur nach nur darauf ausgerichtet, für die Zukunft eine Wettbewerbsförderung zu erreichen, insbesondere Märkte zu öffnen. Deshalb soll das Bundeskartellamt für Verfahren nach § 32f GWB-E einen **pragmatischen, auf Kooperation und Partizipation ausgerichteten Verfahrensstil** anstreben. Vorzugswürdig sind konsensuale Lösungen, weil diese am besten gewährleisten können, dass identifizierten Wettbewerbsproblemen praxisgerecht abgeholfen wird, ohne übermäßig in die unternehmerischen Freiheiten einzugreifen.

Siehe etwa Regierungsbegründung, S. 19 und 24: Abhilfemaßnahmen sind „im Dialog mit den betroffenen Unternehmen und Wirtschaftskreisen“ zu erwägen.

Folgerichtig sieht § 32f Abs. 6 GWB-E eine entsprechende Anwendung von § 32b GWB vor und damit die Möglichkeit, geeignete Verpflichtungszusagen betroffener Unternehmen für verbindlich zu erklären.

11. Zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber dem besonderen Charakter eines Verfahrens nach § 32f GWB-E auch durch **Modifizierungen im Verfahren** Rechnung tragen will. Grundsätzlich gelten die gleichen Beteiligtenrechte wie im herkömmlichen Kartellverfahren. Adressaten geplanter Maßnahmen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 56 Abs. 1 GWB). Um der praktisch möglichen sektorweiten Regelung über § 32f GWB-E eine höhere Legitimität durch Transparenz zu verschaffen, aber auch, um einen kooperativen, partizipatorischen Verfahrensstil zu fördern, ist es stimmig, dass das Bundeskartellamt gemäß **§ 56 Abs. 7 S. 3 GWB-E** in einem frühen Stadium eines auf Abhilfemaßnahmen ausgerichteten Verfahrens eine **öffentliche mündliche Verhandlung** anzuberaumen hat. Diese Publikationsfunktion kann noch dadurch verstärkt werden, dass das Bundeskartellamt sein gemäß **§ 56 Abs. 2 GWB** bestehendes Ermessen regelmäßig so ausübt, dass Vertretern der von dem Verfahren **berührten Wirtschaftskreise** umfassend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Angezeigt ist dies insbesondere, wenn die Generierung praktisch sektorweit geltender Regeln in Rede steht. Der Begriff der „Wirtschaftskreise“ ist dabei weit auszulegen und kann praktisch alle relevanten Stakeholder umfassen sowie auch die Einbindung externen (unabhängigen) Sachverständs („wissenschaftliche Institute“) ermöglichen.

Regierungsbegründung, S. 30 f. mit dem Hinweis, dass es interessierten Dritten freisteht, zu den Ergebnissen einer Sektoruntersuchung nach § 32e GWB Stellung zu nehmen und dass das Bundeskartellamt diese Stellungnahmen grundsätzlich auf seiner Internetseite veröffentlicht.

Wünschenswert erschiene darüber hinaus, den notwendigen kooperativen Ansatz im Verfahren und dessen legitimatorische Wirkung zu stärken, indem dem Bundeskartellamt aufgegeben wird, bereits **im Verfahren zur Sektoruntersuchung nach § 32e GWB** seine vorläufigen Ergebnisse in einem **Zwischenbericht** zu veröffentlichen mit der Möglichkeit insbesondere für die berührten Wirtschaftskreise, hierzu Stellung zu nehmen.

Siehe Monopolkommission, Wettbewerb 2022, XXIV. Hauptgutachten, 2022, Rn. 389; Ackermann, ZWeR 2023, 1, 20.

12. Den von Verfügungen nach § 32f GWB-E betroffenen Unternehmen steht **umfassender Rechtsschutz** zu. Dieser wird durch die Zweistufigkeit des Verfahrens, aufgrund derer Rechtsbehelfe bereits gegen die Feststellung einer qualifizierten Störung erhoben werden können, gestärkt. Im Sinne der Vermeidung übermäßiger Verzögerungen im Verfahrensablauf ist es folgerichtig, dass insoweit keine aufschiebende Wirkung gemäß § 66 Abs. 1 GWB-E vorgesehen ist.

13. Dem **Bund** steht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 16 GG die **Verbandskompetenz** zu. Zwar weist **Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV** dem Unionsgesetzgeber eine ausschließliche Zuständigkeit für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ zu. Die Reichweite dieser legislativen Kompetenzzuweisung ist unsicher.

Teils wird argumentiert, sie betreffe nur die im Titel VII, Kapitel 1 AEUV (Art. 101 bis 109 AEUV) vorgesehenen Regelsetzungskompetenzen, also insbesondere Art. 103 AEUV.

So etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 3 AEUV Rn. 9.

Unterstellt man, Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV etabliere eine ausschließliche Kompetenz auch hinsichtlich der materiellen „Wettbewerbsregeln“, ist dieser Begriff in den Blick zu nehmen. Eine Analyse der Art. 101 und 102 AEUV aus diesem Blickwinkel zeigt, dass der konzeptionell-charakteristische Kern der EU-Wettbewerbsregeln darin liegt, unverfälschten Wettbewerb davor zu schützen, dass Unternehmen ihre Marktmacht, die sich entweder auf Koordinierung gründet (Art. 101 AEUV) oder einseitig auf eine marktbeherrschende Stellung (Art. 102 AEUV), in wettbewerbswidriger Weise einsetzen.

Ausf. mit Blick auf die Reichweite von Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 Franck/Stock, What is ‘Competition Law’? – Measuring EU Member States’ Leeway to Regulate Platform-to-Business Yearbook of European Law (YEL) 39 (2020), 320–386.

Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV belässt den Mitgliedstaaten damit die Kompetenz zu wettbewerbsfördernder (legislativer) Ex-ante-Regulierung – wie etwa den erwähnten Anspruch auf Zugang zu Infrastrukturleistungen für Zahlungsdienste nach § 58a ZAG. § 32f GWB-E teilt mit den Wettbewerbsregeln des AEUV das Ziel, den Wettbewerb zu schützen. **Inhaltlich-konzeptionell ist die Regelung allerdings als Befugnis zu allgemeiner (wettbewerbsfördernder) ex-ante-Regulierung zu verstehen.** Besieht man den Katalog in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E, der typische Konstellationen von Wettbewerbsstörungen aufzählt, auf die das Bundeskartellamt reagieren können soll, wird deutlich, dass die Regelung anders als die EU-Wettbewerbsregeln konzipiert ist, insbesondere nicht in gleicher Weise spezifisch an den Gebrauch von Marktmacht anknüpfen. Das ist vom Regelungsanspruch des Regierungsentwurfs her besehen auch schlüssig, zielt die Regelung doch gerade darauf ab, die **etablierten Wettbewerbsregeln zu ergänzen.** Seinen Ausdruck findet das in der Subsidiaritätsvorgabe im Verhältnis zum Kartellrecht gemäß § 32f Abs. 3 S. 1 2. Hs. GWB-E.

Anders, wenn auch zu einer früheren Fassung von § 32f GWB-E, Ackermann, ZWeR 2023, 1, 10–12, nach dem § 32f GWB-E im Wirkbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV liegt. Die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz hängt dann von einer Rückermächtigung ab, Art. 2 Abs. 1 AEUV, die man in Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sehen kann.

14. Der **Vorrang** und die **Integrität der EU-Wettbewerbsregeln** und ihrer Anwendung durch die Europäische Kommission bleiben hinsichtlich einzelner auf Grundlage von § 32f GWB-E zu treffender Verfügungen durch Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 (siehe sogleich) und dem Loyalitätsgebot gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV gewahrt.

15. Einer **Fragmentierung des Binnenmarktes** durch wettbewerbsfördernde mitgliedstaatliche Ex-ante-Regulierung – wie etwa auch durch Maßnahmen auf Grundlage von § 32f GWB-E – kann der Unionsgesetzgeber durch **Rechtsharmonisierung auf Grundlage von**

Art. 114 AEUV begegnen. Soweit hierdurch eine Vollharmonisierung angestrebt würde, verdrängte dies § 32f GWB-E bzw. die auf seiner Grundlage gesetzten Maßnahmen.

Deshalb ist die Gatekeeper-Regulierung nach dem DMA als gegenüber § 32f GWB-E abschließend anzusehen, insoweit es um die Regulierung benannter Gatekeeper im Sinne bestreitbarer und fairer Märkte geht. Art. 1 Abs. 5 DMA mit Begründungserwägung (9). Vgl. Ackermann, ZWeR 2023, 1, 10 f.

16. Das Bundeskartellamt wird bei der Anwendung des § 32f GWB-E **unionsrechtliche Grenzen** zu achten haben. Wie ausgeführt, bleibt den Mitgliedstaaten neben den Regeln des EU-Wettbewerbsrechts die Verbandskompetenz zu wettbewerbsfördernder (legislativer) Ex-ante-Regulierung. Nationalen Gesetzgebern steht es grundsätzlich frei, (unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen) diese Regelsetzungsbefugnis einer Behörde zu übertragen. Die unionsrechtlichen Schranken treffen sodann die einzelnen auf die Befugnis nach § 32f GWB-E gestützten Maßnahmen. Im Verhältnis zum EU-Kartellrecht wird eine Befugnis des Bundeskartellamts nach § 32f GWB-E durch **Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003** eingeschränkt.

Diese unionsrechtliche Schranke kann nicht durch die Art der Regelsetzung umgangen werden, also dadurch, dass der Gesetzgeber oder eine Behörde eine bestimmte Praxis (die in den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV fällt, aber nicht verboten ist) mittels „ex-ante-Regulierung“ verbietet. Maßgeblich für den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 sind das Ziel des mitgliedstaatlichen Eingriffs (Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen durch den Einsatz von Marktmacht) und der modus operandi der Regelung (einzelfallbezogene Feststellung des wettbewerbswidrigen Einsatzes von Marktmacht). Ausführlich Franck/Stock, What is ‘Competition Law’? – Measuring EU Member States’ Leeway to Regulate Platform-to-Business Agreements, Yearbook of European Law (YEL) 39 (2020), 320–386.

Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003 greift nicht, weil § 32f GWB-E ein mit Art. 101 und 102 AEUV gleichgerichtetes Ziel, den Schutz des Wettbewerbs, verfolgt.

Praktisch relevant ist Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 beispielsweise für eine mögliche Adressierung von Wettbewerbsstörungen, nämlich marktabschottenden Wirkungen, durch **lange Vertragslaufzeiten**.

Dies wird in der Regierungsbegründung, S. 33 und 36, als möglicher Anwendungsfall einer Wettbewerbsstörung im Sinne von § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 2 GWB-E genannt.

Ein Eingriff zum Schutz des Wettbewerbs auf Grundlage von § 32f GWB-E ist dann gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 gesperrt, wenn eine Vereinbarung unter Unternehmen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt, die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist, aber keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt oder diese nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist. Es darf also über § 32f GWB-E oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel kein strengeres, den Wettbewerb vor Koordinierungen schützendes Regelungsniveau eingeführt werden als es in Art. 101 AEUV vorgesehen ist.

Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 646 f.

Allerdings erlaubt Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 den Mitgliedstaaten hinsichtlich einseitiger Verhaltensweisen einen strengeren Wettbewerbsschutz vorzusehen als das EU-Kartellrecht. Dies betrifft nicht nur Maßnahmen, die über Art. 102 AEUV hinausgehen, sondern schließt die Möglichkeit ein, dass über solche nationalen Maßnahmen, die die Ausübung einseitiger Marktmacht adressieren, auch Verhaltensweisen verboten sind, die von Art. 101 AEUV erfasst, aber nicht verboten werden. Das ergibt sich als Konsequenz daraus, dass sich Art. 101 und 102 AEUV (wie auch die entsprechenden nationalen Regelungen) mit Blick auf die kartellrechtliche Kontrolle vertraglicher Abreden überschneiden.

Ausf. Franck/Stock, YEL 39 (2020), 320, 342 f. mwN.

Für die Anwendung von § 32f GWB-E folgt hieraus, dass Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 Maßnahmen erlaubt, die sich gegen wettbewerbsbeschränkende (etwa marktabschottende) Wirkungen von Vertragsklauseln richten, wenn deren Einfügung in einen Vertrag als einseitige Handlung adressiert wird, etwa weil die fragliche Klausel sich als Ergebnis der Ausnutzung von überlegener Marktmacht oder Verhandlungsmacht darstellt.

Vgl. Regierungsbegründung, S. 40.

17. Gemäß **§ 32f Abs. 3 S. 1 1. Hs. GWB-E** wird vorausgesetzt, dass eine qualifizierte Wettbewerbsstörung „auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt.“ Unerfindlich bleibt, warum nicht eine Wettbewerbsstörung auf einem regionalen Markt – der etwa das Gebiet mehrerer Bundesländer umfassen kann – ausreichen soll. Die Beschränkung ergibt **keinen guten wettbewerbspolitischen Sinn**. Sie ist auch nicht kompetenzrechtlich gefordert; noch, um die Ressourcen des Bundeskartellamts zu schonen.

18. **§ 32f Abs. 3 S. 1 2. Hs. GWB-E** schreibt vor, dass § 32f GWB-E nur dann zur Anwendung kommen darf, wenn „die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.“ Diese **Subsidiarität** hat einen **guten Grund** darin, dass es **zum Schutz des Wettbewerbs essentiell ist, dass das klassische Kartellrecht mit seinem Sanktionsarsenal weiter angewendet wird**. Laufende Fallpraxis ist zudem notwendig, um das **Kartellrecht fortzuentwickeln** und an geänderte Gegebenheiten anzupassen. Zudem ist das Bundeskartellamt aus dem **Loyalitätsgebot nach Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet**, Verletzungen von Art. 101 und Art. 102 AEUV nachzugehen. Im Einzelfall kann es aber mit immensen **Prognoseunsicherheiten** verknüpft sein, ob die Wettbewerbsprobleme in einer bestimmten Konstellation durch Kartellrechanwendung hinreichend adressiert werden können. Das kann seinen Grund einerseits in tatsächlichen Unsicherheiten haben, andererseits aber auch in Rechtsunsicherheiten, hierbei nicht nur in solchen hinsichtlich des materiellen Rechts, sondern auch hinsichtlich der Reichweite möglicher Abhilfemaßnahmen.

Hatte beispielsweise eine kartellrechtswidrige Koordinierung oder ein Missbrauch eine marktabschottende Wirkung zur Folge, die auch nach Abstellung der Koordinierung oder des missbräuchlichen Verhaltens fortbesteht, dann hat das Bundeskartellamt grundsätzlich die Befugnis Maßnahmen anzuordnen, um die Wettbewerbslage herzustellen, wie sie ohne das kartellrechtswidrige Verhalten bestünde. Welche Grenzen das Verhältnismäßigkeitsprinzip solchen wiederherstellenden Abhilfemaßnahmen setzt, kann im Einzelfall indes sehr unsicher sein. Siehe Franck, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad010>, S. 6–8 (zu Art. 7 VO 1/2003) und S. 27 f. (zu § 32 GWB).

Die gesetzförmige Verankerung der Subsidiarität als Eingriffsvoraussetzung kann damit im Einzelfall mit erheblichen **Implementierungsproblemen** aufseiten des Bundeskartellamts einhergehen. Damit diese nicht den wirkungsvollen Einsatz des § 32f GWB-E übermäßig hemmen, ist die im Gesetz angelegte und in der Regierungsbegründung näher begründete **Abschwächung des Prüfungsmaßstabs** insbesondere auch bei etwaiger gerichtlicher Kontrolle **ernst zu nehmen**: Das Bundeskartellamt darf sich ein Urteil aufgrund der „vorliegenden Erkenntnisse“ erlauben und soll also nicht verpflichtet sein, weitergehende Ermittlungen vorzunehmen. Es genügt eine „kursorische Prüfung“ und ein relativ geringer Grad an Gewissheit („voraussichtlich“), der erlaubt, dass Unsicherheiten verbleiben, um die Subsidiarität zu bejahen.

Regierungsbegründung, S. 32.

19. **§ 32f Abs. 3 S. 3 GWB-E** spezifiziert die möglichen Adressaten von Abhilfemaßnahmen dahingehend, dass nur solche Unternehmen adressiert werden dürfen, die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen“. Gemäß **§ 32f Abs. 3 S. 4 GWB-E** soll „[b]ei der Auswahl der Adressaten ... insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen“ sein. Die ausdrückliche gesetzliche Verankerung dieser Restriktionen ist weder wettbewerbspolitisch sinnvoll, noch zum Schutz der Unternehmen vor übermäßigen Eingriffen geboten: Hat sich in einem bestimmten Sektor ein bestimmtes Verhalten verfestigt (etwa die Weigerung, Konkurrenten Schnittstellen zur Verfügung zu stellen), das für eine nachhaltige und gewichtige Wettbewerbsstörung sorgt, dann kann es sinnvoll sein, allen Marktteilnehmern unabhängig von ihrer Marktposition eine bestimmte Verpflichtung (etwa die Gewährung des Zugangs zu Schnittstellen) aufzuerlegen. Das setzt selbstverständlich voraus, dass diese Verpflichtung geeignet und erforderlich ist, um dem Wettbewerbsproblem abzuhelpen. Die **Grundrechte der Marktteilnehmer** werden damit **hinreichend über den ohnehin geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geschützt**. Es ist nicht klar, ob (und ggf. welche) darüberhinausgehenden Restriktionen durch die vorgenannten Voraussetzungen etabliert werden sollen. **Um diese Unsicherheiten zu vermeiden, sollten diese Einschränkungen gestrichen werden.**

IV.

Behördliche Ermittlungsbefugnisse wegen DMA-Verstößen

(§ 32g GWB-E)

1. Die behördliche Durchsetzung der DMA-Pflichten ist grundsätzlich bei der Europäischen Kommission monopolisiert. Nur diese kann Verstöße feststellen und Sanktionen gegen designierte Torwächter verhängen.
2. Art. 38 Abs. 7 DMA sieht die Möglichkeit ergänzender Ermittlungen nationaler Kartellbehörden hinsichtlich möglicher DMA-Verstöße in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet vor. Diese Befugnis endet mit der Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission nach Art. 20 DMA. Die Kommission ist vor der ersten förmlichen Untersuchungsmaßnahme zu unterrichten sowie über Untersuchungsergebnisse zu informieren.
3. Dem Bundeskartellamt sollen durch **§ 32g GWB-E** Befugnisse übertragen werden, **Ermittlungen wegen möglicher Verstöße gegen Art. 5, 6 oder 7 DMA durchzuführen**, die Ergebnisse an die Europäische Kommission zu übermitteln und einen Bericht über die Ergebnisse zu veröffentlichen. Die vorgesehene Regelung ist eng an den Wortlaut des Art. 38 Abs. 7 DMA angelehnt und **hält sich im unionsrechtlich vorgegebenen Rahmen**.
4. Es ist **begrüßenswert**, dass der deutsche Gesetzgeber die in **Art. 38 Abs. 7 DMA** Möglichkeit nutzt und dem Bundeskartellamt die notwendigen Befugnisse einräumen will, um (ergänzende) DMA-Ermittlungen vorzunehmen. Es ist absehbar, dass die Ressourcen der Europäischen Kommission nichtausreichen werden, um umfassend zu überwachen, ob die Torwächter ihre Verpflichtungen einhalten. Als günstig kann sich insoweit erweisen, dass das Bundeskartellamt sich im Zuge von **Verfahren nach § 19a GWB** ohnehin mit Verhaltensweisen von Plattform-Unternehmen zu befassen hat, die voraussichtlich zugleich von der Kommission als Torwächter im Sinne des DMA benannt werden. Da § 19a GWB auch für benannte DMA-Gatekeeper neben dem DMA anwendbar bleibt, sollte das Bundeskartellamt, wenn es den Verdacht eines DMA-Verstoßes hat, im Überschneidungsbereich das § 19a GWB-Verfahren regelmäßig zurückstellen und vorrangig ermitteln, ob sich der Verdacht eines DMA-Verstoßes erhärtet und in diesem Fall der Kommission die Ermittlungsergebnisse übermitteln. Die Ausübung des Aufgreifermessens sollte mit dem Ziel erfolgen, Ressourcen für wettbewerbsfördernde Interventionen gegen die großen Torwächter effizient zu nutzen und binnenmarktfragmentierende Eingriffe zu vermeiden.

V.

Integration von DMA-Verstößen in den kartellrechtlichen Privatrechtsschutz

(§§ 33 ff. GWB-E)

1. Mit der GWB-Novelle sollen Verstöße gegen aus dem DMA folgenden Verhaltenspflichten in das System des Privatrechtsschutzes bei Kartellrechtsverletzungen integriert werden. Damit kann die privatrechtliche Durchsetzung der DMA-Verhaltenspflichten von den etablierten Mechanismen des privatrechtlichen Kartellrechtsschutzes profitieren. Zugleich kann der deutsche Gesetzgeber damit seine aus dem Unionsrecht folgende Pflicht erfüllen, für eine wirksame und äquivalente Durchsetzung der aus dem DMA folgenden privaten Rechte zu sorgen. Im Folgenden werden vor allem diese – in der Regierungsbegründung nicht vollumfänglich gewürdigte – unionsrechtliche Grundierung der angestrebten Regelungen und ihre Implikationen fokussiert.

2. Es handelt sich um einen **regelungssystematisch schlüssigen Ansatz**. Denn der DMA und das Kartellrecht verfolgen sich überschneidende regulatorische Ziele. Insbesondere zielt der DMA – insoweit mit dem Kartellrecht gleichsinnig – auf die Förderung der „Bestreitbarkeit“ von Märkten. Damit ist gemeint, dass es Wettbewerbern erleichtert werden soll, „Hindernisse für einen Markteintritt oder eine Expansion wirksam zu überwinden und den Torwächter aufgrund der Vorzüge ihrer Produkte und Dienstleistungen herauszufordern.“

Begründungserwägung (32) S. 1 DMA.

Der DMA ist insoweit als wettbewerbsfördernde (ex-ante-)Regulierung zu verstehen. Es überlagern und ergänzen sich hier DMA und Kartellrecht, indem sie das gleiche Ziel der Offenhaltung von Märkten mittels unterschiedlicher Regelungsansätze und Regelsetzungstechniken verfolgen.

3. Es erscheint **folgerichtig**, dass der Abschnitt der **§§ 33 bis 33h GWB nicht en bloc für anwendbar erklärt wird**. Stattdessen werden einzelne Vorschriften unmittelbar oder mittelbar durch Bezugnahme auf DMA-Verstöße für anwendbar erklärt. Das hat einen guten Sinn darin, dass es sich bei den vom DMA erfassten Verhaltensweisen um missbrauchsähnliches Verhalten handelt, einige Vorschriften der §§ 33 ff. GWB aber auf Verletzungen des Koordinierungsverbots, insbesondere Kartellierung, zugeschnitten sind.

Für DMA-Verstöße soll deshalb etwa nicht die Schadensvermutung gemäß § 33a Abs. 2 GWB gelten.

4. Die **§§ 33 ff. GWB werden**, insoweit sie mit der 11. GWB-Novelle auch für DMA-Verletzungen gelten, **unionsrechtliche Vorgaben** umsetzen. Dies wird bei der Auslegung und Anwendung zu berücksichtigen sein. Denn zwar sieht der DMA nicht ausdrücklich individuelle Rechte der von Verstößen Betroffener vor. Allerdings zeigt sich insbesondere anhand von

Art. 39 DMA, dass es – erstens – im Regelungskonzept des DMA angelegt ist, dass die dortigen Pflichten implizite Rechte enthalten können und das – zweitens – Art. 5, 6 und 7 DMA, einschließlich der Umgehungsverbote nach Art. 13 Abs. 4 bis 6 DMA, tatsächlich durchweg unmittelbare Wirkungen begründen und damit individuelle Rechte für die von einem Verstoß Betroffenen, zu deren Schutz die Mitgliedstaaten verpflichtet sind.

Eingehend hergeleitet und begründet bei Franck, in Körber/Schweitzer/Zimmer (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2023 (im Erscheinen), Vor §§ 33–34a Rn. 33–47.

Mangels einschlägiger unionsrechtlicher Regelungen obliegt es den Mitgliedstaaten, die für den privatrechtlichen Rechtsschutz notwendigen Anspruchsgrundlagen und Klagerechte vorzusehen und die Anspruchsvoraussetzungen und prozessrechtlichen Modalitäten zu regeln. Zu beachten haben sie dabei die aus Art. 4 Abs. 3 EUV abzuleitenden **Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität**.

5. Der privatrechtliche Schutz bei Verletzungen des EU-Wettbewerbsrecht, wie er über §§ 33 bis 33h GWB im deutschen Recht umgesetzt wird, stand wiederholt auf dem Prüfstand des **Effektivitätsprinzips**. DMA-Verstöße werden damit in ein bereits hinsichtlich seiner Effektivität erprobtes Konzept integriert. Angesichts der sich zu einem nicht geringen Teil überlagernden Ziele von DMA und Kartellrecht erscheint es auch nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber mit der weitgehenden Übernahme des kartellrechtlichen Privatrechtsschutzes (mit schlüssigen Ausnahmen) Vorwürfe mangelnder **Äquivalenz** der deutschen Regelung den Wind aus den Segeln nimmt. Das spricht für den im Regierungsentwurf gewählten Regelungsansatz.

6. Die Einhegung von **Umgehungsstrategien der Torwächter** ist im Lichte der gewählten Regelungstechnik essenziell für die praktische Wirksamkeit des DMA. Die Umgehungsverbote nach Art. 13 Abs. 4 bis 6 DMA entfalten unmittelbare Wirksamkeit und vermitteln den von einem Verstoß Betroffenen individuelle Rechte. Der deutsche Gesetzgeber ist verpflichtet, auch insoweit privatrechtlichen Rechtsschutz vorzusehen.

Franck, in Körber/Schweitzer/Zimmer (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2023 (im Erscheinen), Vor §§ 33–34a Rn. 44–47.

§ 33 Abs. 1 GWB-E (und damit mittelbar auch § 33a GWB-E) nehmen Verstöße gegen Art. 13 Abs. 4 bis 6 DMA nicht ausdrücklich in Bezug. Tatsächlich werden die Umgehungsverbote in der Regierungsbegründung nicht erwähnt. Allerdings gibt Unionsrecht die Notwendigkeit privatrechtlichen Rechtsschutzes vor und hätte eine Aufspaltung auch keinen guten Sinn; dies etwa deshalb, weil der DMA zwar eine Grenzlinie zwischen den originären Verpflichtungen nach Art. 5, 6 und 7 DMA und dem Umgehungsschutz nach Art. 13 Abs. 4 bis 6 DMA voraussetzt. Diese Grenzziehung kann aber im Einzelfall mit Blick vor allem auf Gebote, die einer Auswirkungsanalyse zugänglich sind (wie etwa Art. 5 Abs. 3 DMA), nicht leichtfallen. Deshalb sollten § 33 Abs. 1 und die entsprechenden Passagen in der Regierungsbegründung so gelesen werden, dass die einschlägigen Umgehungstatbestände nach **Art. 13 Abs. 4 bis 6**

DMA als Erweiterungen der Verpflichtungen nach Art. 5, 6 und 7 DMA verstanden werden. Verstöße gegen Art. 13 Abs. 4 bis 6 DMA sind daher zugleich **Verstöße gegen diese Verpflichtungen** und werden damit **von § 33 Abs. 1 miterfasst**. Ein **klarstellender Hinweis** im Gesetzgebungsverfahren wäre **wünschenswert**.

7. Nach dem Regierungsentwurf soll die **Bindungswirkung** für kartellbehördliche Entscheidungen gemäß **§ 33b GWB-E** auf Benennungsbeschlüsse nach Art. 3 DMA und auf die Feststellung von DMA-Verstößen erstreckt werden. Damit soll – wie im Kartellrecht – eine gleichförmige Auslegung sichergestellt, die Rechtssicherheit erhöht und **Klagen auf Schadensersatz erleichtert** werden.

Bei dem Hinweis auf Unterlassungsklagen in der Regierungsbegründung, S. 42, handelt es sich offenbar um ein Redaktionsversehen.

Unionsrechtlich überlagert wird § 33b-E von der Bindungswirkung nach Art. 39 Abs. 5 DMA. **Nicht frei von Zweifeln** erscheint, welche **Bedeutung** dieser Vorschrift **neben Art. 39 Abs. 5 DMA** zukommen kann und soll.

8. Nationale Gerichte dürfen nach Art. 39 Abs. 5 DMA keine Entscheidungen erlassen, die von der Kommission erlassenen oder beabsichtigten Beschlüssen zuwiderlaufen. Die Vorschrift ist Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 nachgebildet und gestaltet die nach Art. 4 Abs. 3 EUV bestehenden Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten aus. Art. 39 Abs. 5 DMA gilt unmittelbar; **§ 33b-E darf nicht als Umsetzung dieser Regelung begriffen werden**. Da die behördliche Feststellung von DMA-Verstößen bei der Kommission monopolisiert ist, bedurfte es § 33b – anders als bei Art. 9 der Kartellschadensersatz-Richtlinie für die Feststellung von Kartellrechtsverstößen – nicht, um die Bindung der Gerichte an Entscheidungen nationaler Behörden zu konstituieren. Spätestens mit dem „Otis I“-Urteil des EuGH ist klargestellt, dass Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 die nationalen Gerichte bei follow on-Schadensersatzklagen an die Feststellungen der Kommission in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bindet.

Franck, in Körber/Schweitzer/Zimmer (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33b Rn. 13.

Da der Unionsgesetzgeber Art. 39 Abs. 5 DMA bewusst nach dem Modell des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 ausgestaltet hat, muss dies auch bei Art. 39 Abs. 5 DMA gelten. Es bedurfte deshalb auch für die Konstituierung der Feststellungswirkung keiner gesonderten nationalen Regelung. Vor diesem Hintergrund kann man **§ 33b-E (nur) als Auffangregelung** für den Fall verstehen, dass in der Praxis die Bindung nach Art. 39 Abs. 5 DMA nicht in gleicher Weise wirksam sein sollte, wie es der EuGH für Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 verlangt. Die Einbeziehung von DMA-Verstößen in § 33b mag praktische Unsicherheiten verhindern oder Spekulationen ausräumen, der deutsche Gesetzgeber habe keine oder nur eine Bindungswirkung geringerer Qualität als bei Kartellrechtsverstößen beabsichtigt.

9. Zu betonen ist, dass **Art. 39 Abs. 5 DMA** neben § 33b GWB-E unmittelbar wirksam ist. Das ist praktisch relevant, weil die dort vorgesehene **Bindungswirkung über § 33b GWB-E**

hinausgehen kann: Art. 39 Abs. 5 DMA setzt keine Bestandskraft des bindenden Beschlusses voraus (1). Die Bindungswirkung ist nicht auf Schadensersatzklagen beschränkt, sondern gilt auch für Klagen auf Unterlassung und Beseitigung oder die Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen DMA-Verletzung (2). Zudem erzwingt Art. 39 Abs. 5 DMA über § 33b hinaus auch die Bindung an Entscheidungen, in denen das Vorliegen eines Verstoßes verneint wird (3). Schließlich ist eine Bindung nach Art. 39 Abs. 5 DMA auch nicht auf Feststellungen beschränkt, die den Verstoß betreffen (4).

10. Art. 42 DMA sieht eine **Verbandsklagebefugnis** bei Verstößen gegen DMA-Bestimmungen vor, wenn dieser Verstoß die Kollektivinteressen der Verbraucher beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht.

Art. 42 DMA bewirkt dies durch eine Ergänzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 409 vom 4.12.2020, S. 1.

Diese Vorgabe soll nicht durch die 11. GWB-Novelle umgesetzt werden, sondern über das **Verbandsklagenrichtlinien-Umsetzungsgesetz**.

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG), BT-Drs. 20/6520 v. 24.4.2023.

V.

Behördliche Vorteilsabschöpfung

(§ 34 GWB-E)

1. Die kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung soll durch § 34 GWB-E wirksamer ausgestaltet werden. Erstens soll zukünftig gemäß § 34 Abs. 4 S. 3 GWB-E bei der Schätzung des abschöpfbaren wirtschaftlichen Vorteils (§ 34 Abs. 3 S. 1 GWB) entsprechend § 287 ZPO ein abgesenktes Maß richterlicher Überzeugungsbildung („überwiegende Wahrscheinlichkeit“) gelten. Zweitens soll zukünftig vermutet werden, dass einem Rechtsverletzer ein wirtschaftlicher Vorteil zugewachsen ist, der eine definierte pauschale Mindesthöhe erreicht (§ 34 Abs. 4 S. 1 iVm S. 4 GWB-E). Hierdurch sollen die Hürden für die Bemessung des abschöpfbaren Vorteils gesenkt werden.

2. Kartellrechtsverletzungsbedingte **Vorteile bei Rechtsverletzern abzuschöpfen** ist wesentlich für eine erfolgreiche **Prävention von Kartellverstößen**. Zum einen soll ein (potentieller) Rechtsverletzer damit rechnen müssen, durch einen Kartellrechtsverstoß erwirtschaftete Erträge wieder abgeben zu müssen und deshalb von kartellrechtswidrigem Verhalten abgehalten werden (**negative Generalprävention**). Zum anderen bildet eine

Vorteilsabschöpfung ein sichtbares Signal an alle Seminarteilnehmer, das die Normgeltung bestätigt: Folgewirkungen eines Kartellverstoßes können wirksam beseitigt werden; Unrecht „lohnt sich nicht“ (**positive Generalprävention**). Für die präventive Wirkung der Vorteilsabschöpfung ist nicht entscheidend, über welches rechtliche Instrument diese verwirklicht wird: Bußgeld, Schadensersatz (wenn der Zufluss beim Verletzer einem verletzungsbedingten Nachteil eines anderen Marktteilnehmers entspricht), Einziehung von Taterträgen nach Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht, verwaltungsrechtlichen Anordnung einer Rückerstattung oder gesondertes Instrument der Vorteilsabschöpfung (wie § 34 GWB).

Ausdruck dieser funktionalen Äquivalenz ist die in § 34 Abs. 2 GWB angeordnete Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung gegenüber den anderen Mechanismen.

3. § 34 GWB ist in seiner jetzigen Form nicht wirksam. Das indiziert die fehlende Anwendungspraxis. Soweit ersichtlich, hat das Bundeskartellamt das Instrument bislang nicht genutzt. Im einzig erkennbaren Anwendungsfall hat die Hessische Landeskartellbehörde Energie und Wasser durch Verfügung vom 23.12.2015 einem Wasserversorger verpflichtet, wegen missbräuchlich überhöhter Wasserpreise 17,944 Mio. Euro herauszugeben.

Siehe hierzu OLG Frankfurt 17.3.2020, 11 W 5/16 (Kart), Juris – Wasserwerke Gießen; Rechtsbeschwerde anhängig beim BGH, KVZ 38/20.

4. Die geringe Anwendungspraxis erklärt sich jedenfalls nicht durch mangelnden Bedarf, über § 34 GWB zur Prävention von Kartellrechtsverletzungen beizutragen. Dringlich erscheint eine Effektuierung von § 34 GWB in diesem Sinne vor allem für jene Fälle, in denen vorrangig anwendbare Mechanismen, insbesondere Bußgelder und Schadensersatz, nicht zu einer Abschöpfung von verletzungsbedingten Vorteilen führen. Deshalb ist das Instrument etwa im Falle aufgedeckter Hardcore-Kartellierung praktisch weniger relevant, weil regelmäßig Bußgelder verhängt und sog. follow-on Schadensersatzklagen erhoben werden. Im Gegensatz dazu zeigen sich schmerzliche **Sanktionslücken** bei anderen Formen von Kartellrechtsverletzungen, die durch eine Effektuierung der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB jedenfalls teilweise abgedeckt werden könnten. Hervorzuheben sind Sachverhalte, die den Missbrauch von Marktmacht betreffen. Soweit erkennbar, ist das Bundeskartellamt hier zögerlich, Bußgeldverfahren zu eröffnen.

Für den Zeitraum der letzten zehn Jahre konnte anhand öffentlich verfügbarer Quellen nur ein Fall identifiziert werden, in denen wegen Marktmachtmissbrauch (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB) ein Bußgeld verhängt wurde: 22.01.2015, B3-50/12 und B3-164/14, SodaStream; daneben ein Fall, in dem ein Bußgeld wegen Verletzung von § 21 GWB verhängt wurde: 18.02.2020, B1-233/17-2, Constantia Forst GmbH.

Demgegenüber finden sich allein in jüngerer Zeit drei bedeutende Fälle, in denen das Bundeskartellamt es trotz der Feststellung (auch) von Marktmachtmissbräuchen bei einer Abstellungsverfügung gemäß § 32 GWB beließ: 22.10.2015, B9-121/13, Booking.com; 6.2.2019, B6-22/16 Facebook; 29.8.2022, B9-21/21 Deutsche Lufthansa.

Die Mehrzahl der Verfahren wegen missbräuchlichen Verhaltens wurde im Wege einer Zusagen-Entscheidung nach § 32b GWB beendet. Siehe etwa Bundeskartellamt 4.12.2017, B6-132/14-2 CTS-Eventim.

Ein Grund für die relativ geringe Zahl von Bußgeldverfahren in Missbrauchsfällen mag darin liegen, dass, selbst wenn ein Kartellrechtsverstoß durch ein Unternehmen erkennbar ist, die Begründung der Verantwortlichkeit des Unternehmensträgers nach den Regeln des Ordnungswidrigkeitenrechts das Bundeskartellamt vor erhebliche Komplikationen stellen kann. Das Bundeskartellamt verwies im Kontext seiner „Facebook“-Entscheidung zur Frage, wann ein Kartellrechtsverstoß allein über ein Verwaltungsverfahren (und also ohne Verhängung eines Bußgelds) zu adressieren sei, darauf, dass

„[e]in Verwaltungsverfahren ... insbesondere dann die geeignete Verfahrensart [ist], wenn es sich um einen komplexen Sachverhalt mit schwierigen rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen handelt oder ein Musterverfahren dazu dienen soll, die kartellrechtliche Beurteilung einer (neuen) Fallgestaltung zu klären.“

Bundeskartellamt, 19.12.2017, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, Frage 1, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5> (abgerufen am 6.6.2023).

Siehe auch Bundeskartellamt, 7.2.2019, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, Frage 9, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=8> (abgerufen am 6.6.2023) (dort fehlt der Hinweis auf die Rolle von „Musterverfahren“).

Zweifelhaft erscheint, ob eine solche Zurückhaltung rechtlich gefordert ist. Komplexität des Sachverhalts und der relevanten rechtlichen und ökonomischen Aspekte oder auch die Notwendigkeit, neue Fallgestaltungen zu bewerten, sollten jedenfalls nicht a priori verhindern können, dass Kartellrechtsverletzungen bußgeldrechtlich sanktioniert werden. Praktisch **drohen schmerzhaftes Sanktionsdefizite, wenn ein marktbeherrschendes oder marktmächtiges Unternehmen, das sich bewusst für eine Verdrängungs- oder Ausbeutungsstrategie entscheidet, höchstens damit rechnen muss, dass ihm das rechtswidrige Verhalten für die Zukunft untersagt wird.** Gerade bei Behinderungsmissbräuchen besteht auch kaum Hoffnung, dass Defizite bei der Prävention über behördliche Sanktionen nachhaltig durch Schadensersatzklagen kompensiert werden. Denn in diesen Szenarien steht typischerweise ein Schaden bei Mitbewerbern in Form von entgangenem Gewinn in Rede, der regelmäßig mit erheblichen Nachweisproblemen verknüpft ist. Zu erwägen ist, ob nicht das Bußgeldverfahren praktisch handhabbarer ausgestaltet werden sollte, etwa durch eine Übernahme oder jedenfalls Annäherung an das unionsrechtliche Konzept, das der Europäischen Kommission die Bußgeldverhängung infolge eines verwaltungsrechtlich konzipierten Verfahrens ermöglicht.

In der Praxis der Europäischen Kommission werden regelmäßig auch (sehr) hohe Bußgelder im Falle des Marktbeherrschungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV verhängt; dies insbesondere auch dann, wenn die Europäische Kommission neuartige Konzepte missbräuchlichen Verhaltens umsetzt. Siehe

etwa Kommission 27.07.2017, C(2017) 4444 final, Google Search (Shopping); im Wesentlichen bestätigt durch EuG 10.11.2021, T-612/17; Rechtsmittel anhängig beim EuGH, C-48/22 P.

Deutlich wird hieran, dass erheblicher Bedarf besteht, über die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB Sanktionsdefizite bei Marktmachtmissbräuchen abzumildern, die aufgrund fehlender Bußgeldverfahren und mangelnder Breitenwirksamkeit von Schadenshaftungsklagen bestehen. Ähnliches lässt sich auch für wettbewerbswidrige Koordinierungen jenseits der Hardcore-Kartellierung konstatieren.

5. Überzeugend ist die Annahme im Regierungsentwurf, **Schwierigkeiten** beim **Nachweis der Entstehung und der Bezifferung** des nach § 34 GWB **abschöpfbaren wirtschaftlichen Vorteils** bildeten das wesentliche Hindernis für den Einsatz der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden. Hierauf soll zum einen reagiert werden, indem die schon nach der lex lata in § 34 Abs. 4 S. 1 GWB vorgesehene Schätzmöglichkeit gemäß § 34 Abs. 4 S. 3 GWB-E um die Anordnung ergänzt wird, hierfür gelte § 287 ZPO entsprechend mit der Maßgabe, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genüge. Der Regierungsentwurf beruft sich hierfür überzeugenderweise darauf, den Rechtsverletzer treffe die Verantwortung für die Schätzunsicherheit. Zudem verfüge dieser am ehesten über Informationen, die eine präzisere Bezifferung ermöglichen.

Regierungsentwurf 11. GWB-Novelle, S. 44.

6. Die **wesentliche Neuregelung** besteht in der **Vermutung**, der wirtschaftliche Vorteil betrage **mindestens ein Prozent der Inlandsumsätze mit den Produkten**, die mit dem Verstoß zusammenhängen, § 34 Abs. 4 S. 4 GWB-E. Die Möglichkeit der Widerlegung ist stark eingeschränkt. Gegen die Vermutung kann nicht vorgebracht werden, dass „kein wirtschaftlicher Vorteil oder ein Vorteil in nur geringerer Höhe angefallen ist“, § 34 Abs. 4 S. 6 GWB-E. Für die Widerlegung wird vielmehr der Nachweis vorausgesetzt, dass „weder die am Verstoß beteiligte juristische Person oder Personenvereinigung noch das Unternehmen im Abschöpfungszeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat“, § 34 Abs. 4 S. 7 GWB-E. Die Widerlegungsmöglichkeit wird eingeschränkt, weil anzunehmen ist, dass betroffene Unternehmen regelmäßig versuchen würden, mittels ökonomischer Gutachten nachzuweisen, dass kein oder nur ein Vorteil in geringerer Höhe entstanden ist. Damit würden sich aber die Schwierigkeiten und Komplexitäten hinsichtlich der Feststellung und der Bezifferung eines wirtschaftlichen Vorteils auf die Ebene der Widerleglichkeit verlagern. Der intendierte Wirksamkeitserfolg der Vorteilsabschöpfung würde verfehlt werden.

7. Die **Wahrscheinlichkeit überschießender Vorteilsabschöpfung** wird durch verschiedene gesetzgeberische Entscheidungen **geringgehalten**:

- Die Pauschalierung wird lediglich in Höhe von einem Prozent und damit niedrig angesetzt. Das ergibt etwa ein Wertungsvergleich zur BGH-Rechtsprechung zur Pauschalierung von Kartellschäden, wonach ohne Differenzierung nach Art des Kartellverstoßes eine Pauschalierung in Höhe von drei Prozent der Auftragssumme für akzeptabel gehalten wird.

BGH 21.12.1995, VII ZR 286/94, juris, Rn. 16–19 (betrifft widerlegliche Vermutung);
Regierungsbegründung, S. 45.

- Die Pauschalierung kann, wenn auch eingeschränkt, unter Hinweis auf fehlenden Gewinn in entsprechender Höhe widerlegt werden, § 34a Abs. 4 S. 6–8 GWB-E.
- Die Vermutung gilt nicht, wenn es nach der „besonderen Natur des Verstoßes“ ausgeschlossen ist, dass ein wirtschaftlicher Vorteil erlangt wurde, § 34a Abs. 4 S. 9 GWB-E.

Die Regierungsbegründung, S. 46 f., nennt mehrere Beispiele, in denen ein wirtschaftlicher Vorteil „denklogisch“ ausgeschlossen sei, etwa wenn keines der an einer Submissionsabsprache beteiligten Unternehmen den Zuschlag erhalten hat.

Hinzu kommen verschiedene **im Gesetz angelegte Mechanismen**, mit Hilfe derer eine **übermäßige Sanktionswirkung vermieden** werden kann:

- Die Behörde kann die Vorteilsabschöpfung beschränken oder auf sie verzichten, wenn deren Durchführung eine „unbillige Härte“ bedeutete, § 34 Abs. 3 S. 1 GWB. Diese sog. „Härteklausele“ soll auch für die Vorteilsabschöpfung auf Grundlage der eingeschränkten Vermutung gemäß § 34 Abs. 4 S. 1 iVm S. 4 GWB-E gelten.

Regierungsbegründung, S. 47. § 34 Abs. 3 S. 2 GWB, wonach die Abschöpfung unterbleiben soll, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist, soll nach der Regierungsbegründung, S. 47, im Zusammenhang mit einer Abschöpfung aufgrund der ein-Prozent-Vermutung „nunmehr nur noch der Effizienz des Verwaltungshandelns“ dienen, nicht aber einer Steuerung im Sinne der Verhinderung einer übermäßigen Sanktionswirkung.

- Gemäß § 34 Abs. 4 S. 10 GWB-E soll der Abschöpfungsbetrag in Anlehnung an entsprechende Regelungen im Bußgeldrecht gedeckelt werden. Dieser darf „10 Prozent des Gesamtumsatzes ... der in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielt worden ist, nicht übersteigen.“ Die Deckelung soll eine übermäßige Sanktionswirkung verhindern.

Regierungsbegründung, S. 47.

- Die Vorteilsabschöpfung setzt Verschulden voraus, § 34 Abs. 1 GWB. Das ist für ein verwaltungsrechtliches Instrument nicht zwingend. Die Voraussetzung erlaubt eine Nachsteuerung bei Rechtsunsicherheit oder Unsicherheiten im tatsächlichen Bereich. Der Maßstab für eine nicht-schuldhaftige Verkennung der Kartellrechtswidrigkeit entspricht den zivilrechtlichen Verschuldensanforderungen, insbesondere dem auch für die Kartellschadensersatzhaftung nach § 33a GWB geltenden.

So Lübbig, in Säcker/Meyer-Beck (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 34 Rn. 8..

Nimmt man dies zusammen, zeigt sich, dass es einerseits zwar Konstellationen geben kann, in denen der vom Rechtsverletzer erlangte wirtschaftliche Vorteil geringer ist als die gesetzliche Mindestpauschale (und in denen der Rechtsverletzer dies auch hätte nachweisen können). Andererseits ist die Wahrscheinlichkeit hierfür aufgrund verschiedener im Gesetz angelegter

Entscheidungen gering. Es handelt sich um eine legitime Pauschalierung, die einem Rechtsverletzer nach dem „Verursachergedanken“ zugemutet werden darf.

Zutreffend Regierungsbegründung, S. 44.

Hinzu kommt, dass die sog. Härteklausel, die Deckelung des Abschöpfungsbetrags sowie die Voraussetzung schuldhaften Handelns für den Einzelfall eine übermäßige Sanktionswirkung verhindern können. Nicht erkennbar ist, dass von der Vorteilsabschöpfung, wie sie in § 34 GWB-E angedacht ist, eine übermäßig präventive Wirkung ausgehen könnte. Bei § 34 GWB-E handelt es sich im Ganzen um ein verwaltungsrechtliches Instrument, das es erlaubt, Folgen einer Kartellrechtsverletzung durch behördliches Eingreifen zu beseitigen und das damit unter **Einhaltung des Gebots der Verhältnismäßigkeit präventive Wirkungen** entfalten kann, **ohne** in eine **strafende oder strafähnliche Sanktion** umzuschlagen.