



Ausschussdrucksache 20(9)264

12. Juni 2023

Prof. Dr. Heike Schweitzer
Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und Ökonomik
Humboldt-Universität zu Berlin
10099 Berlin

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



Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
deutsches und europäisches Wirt-
schafts- und Wettbewerbsrecht und
Ökonomik

Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 209391480
heike.schweitzerhu-berlin.de

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung für eine 11. GWB-Novelle, BT-Drs. 20/6824*

A.	EINLEITUNG	1
B.	§ 32f GWB-REG E	2
I.	<i>Einleitung</i>	2
II.	<i>Rechtfertigungen und Gefahren einer „erweiterten Sektoruntersuchung“</i>	3
III.	<i>Detailanalyse</i>	12
IV.	<i>Empfehlungen an den Gesetzgeber</i>	17
C.	§ 34 Abs. 4 GWB-REG E: MODIFIKATION DER VORTEILSABSCHÖPFUNG DURCH DIE KARTELLBEHÖRDE	18

A. Einleitung

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung für eine 11. GWB-Novelle bringt drei wesentliche Neuerungen:

- Das bestehende Instrument der Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) wird um die Befugnis des Bundeskartellamts ergänzt, an diese Untersuchung eine zweite Phase anzuschließen, die zur Anordnung besonderer Maßnahmen führen kann (sog. „erweiterte Sektoruntersuchung“, § 32f GWB-RegE). Ferner soll die Monopolkommission künftig Empfehlungen für die Durchführung von Sektoruntersuchungen nach § 32e Abs. 1 GWB aussprechen können (§ 44 Abs. 5 GWB-RegE).

* Mein herzlicher Dank gilt meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Lennart Enwaldt und Maximilian Wolters für ihre kluge, engagierte und tatkräftige Unterstützung beim Verfassen dieser Stellungnahme.

- Die Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde soll durch Einfügung zweier Vermutungen gestärkt werden: Erstens soll künftig vermutet werden, dass ein Verstoß gegen die Kernvorschriften des deutschen und/oder europäischen Wettbewerbsrechts einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat (§ 34 Abs. 4 S. 1 GWB-RegE); und zweitens wird vermutet, dass dieser wirtschaftliche Vorteil mindestens 1 % der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen erzielt wurden, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen (§ 34 Abs. 4 S. 3 GWB-RegE). De facto sind diese Vermutungen als unwiderlegliche Vermutungen ausgestaltet.
- Schließlich wird das Bundeskartellamt ermächtigt, die EU-Kommission durch Untersuchungen von möglichen Verstößen gegen Art. 5, 6 oder 7 des Digital Markets Act (DMA) bei dessen Durchsetzung zu unterstützen (§ 32g GWB-RegE). Ferner wird eine private Durchsetzung des DMA ermöglicht.

Die Vorschriften zur Stärkung der Durchsetzung des DMA sind zu begrüßen.

Die folgende Stellungnahme beschränkt sich auf eine Diskussion der neu vorgeschlagenen § 32f GWB-RegE und § 34 Abs. 4 GWB-RegE.

B. § 32f GWB-RegE

I. Einleitung

Die sog. „erweiterte Sektoruntersuchung“ (§ 32f GWB-RegE) bedeutet einen Umbruch im System des Wettbewerbsschutzes: Nach bisherigem Recht war die Befugnis des Bundeskartellamts, Abhilfemaßnahmen anzuordnen, von der vorherigen Feststellung eines Verstoßes gegen deutsche und/oder europäische Wettbewerbsregeln abhängig. Dem lag der Gedanke zugrunde, dass das System unverfälschten Wettbewerbs aus einem System subjektiver Freiheitsrechte erwächst.¹ Aufgabe des Bundeskartellamts war es bislang, die Wettbewerbsfreiheit durch Durchsetzung von Verhaltensregeln zu schützen, denen gleichzeitig eine subjektive, freiheitsschützende Funktion und eine objektive, systemschützende Funktion innewohnt.

In Zukunft soll demgegenüber die Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Wettbewerbsstörung die Anordnung von Abhilfemaßnahmen ermöglichen, die ausschließlich durch ihre systemschützende Funktion begründet sind (§ 32f Abs. 3 GWB-RegE). Der behördliche Eingriff in den Wettbewerb ist durch die Feststellung begründet, dass der Wettbewerb in seiner objektiven Dimension nicht wie erhofft funktioniert (zur Unklarheit des Maßstabs bzw. der Ziele der Intervention s.u., II.2b)). Die Selbstbeschränkung des Wettbewerbsrechts auf den Schutz eines Regelsystems, in dem sich subjektives und objektives Recht wechselseitig bedingen, wird damit aufgegeben. In der öffentlichen Diskussion wird von einer Ermächtigung des Bundeskartellamts zum „Marktdesign“ gesprochen.²

Bei einer so weitreichenden Umstrukturierung des Systems des Wettbewerbsschutzes ist zunächst nach der Rechtfertigung zu fragen und zu prüfen, ob die vom Gesetzgeber verfolgten

¹ Siehe Mestmäcker, Systembezüge subjektiver Rechte, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1197, 1205.

² Siehe z.B. Ackermann, GRUR 2022, 1705 ff.; Körber, ZRP 2023, 5, 8.

Ziele die mit dem Systemwechsel verbundenen Nachteile rechtfertigen (II.). Im Anschluss ist ein detaillierterer Blick auf die Ausgestaltung der „erweiterten Sektoruntersuchung“ zu werfen (III.). Die Änderungsvorschläge zu § 32f GWB-RegE werden unter IV. zusammengefasst.

II. Rechtfertigungen und Gefahren einer „erweiterten Sektoruntersuchung“

1. Begründungen für die Einführung einer „erweiterten Sektoruntersuchung“ im Regierungsentwurf

Die Einführung einer „erweiterten Sektoruntersuchung“ wird im Regierungsentwurf mit Lücken im gegenwärtigen System des Kartellrechts begründet.³ Wettbewerbsstörungen – insb. eine hohe Unternehmenskonzentration und verfestigte Strukturen mit geringer Wettbewerbsintensität – könnten nicht nur aus Verstößen gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot oder aus Zusammenschlüssen, sondern auch aus den auf einem Markt herrschenden Rahmenbedingungen resultieren. Für entsprechende Beispiele wird vor allem auf ein von Motta/Peitz im Juni 2020 für die EU-Kommission erstelltes Gutachten zur Schaffung eines „New Competition Tool“ auf EU-Ebene Bezug genommen.⁴ Angeführt werden Fälle der „tacit collusion“, wettbewerbsschädigende Geschäftsstrategien und Verträge von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen, vom Missbrauchsverbot nur in Randbereichen erfasste oder schwer nachweisbare Verhaltensweisen sowie „common ownership“, „cross ownership“ und algorithmische Kollusion. Auch auf die Erfahrungen der CMA mit dem britischen Regime der „market investigation“ wird verwiesen.

Für die Bedeutung, die der Bekämpfung kartellrechtsverstoßunabhängiger Wettbewerbsstörungen volkswirtschaftlich zukommen kann, wird auf Studien zu makroökonomischen Auswirkungen einer hohen Marktkonzentration verwiesen:⁵ Eine hohe Marktkonzentration führe zu hohen Markups, zu geringen Investitionen und sinkender Produktivität. Nicht geltend gemacht wird allerdings, dass sich die Marktkonzentration in Deutschland in jüngerer Zeit erheblich erhöht habe.⁶

2. Kritik

Unbestritten ist, dass die herkömmlichen Wettbewerbsregeln nicht sämtliche Wettbewerbsstörungen adressieren, und dass der Bekämpfung auch verstoßunabhängiger Wettbewerbsstörungen erhebliche Bedeutung zukommen kann. Für eine Rechtfertigung der in § 32f GWB-RegE vorgesehenen „erweiterter Sektoruntersuchung“ reicht dies allerdings nicht aus.

- Auch nach bisherigem Recht war es möglich, auf durch die Wettbewerbsregeln nicht erfasste Wettbewerbsstörungen zu reagieren. Dies oblag allerdings dem (europäischen

³ BT-Drs. 20/6824, S. 15. Kritisch zur fehlenden Spezifizierung der Lücken: Thomas, ZWeR 2022, 333.

⁴ Siehe BT-Drs. 20/6824, S. 15 unter Hinweis auf Motta/Peitz, *Intervention triggers and underlying theories of harm*, 2020.

⁵ Siehe BT-Drs. 20/6824, S. 15 f. und die dort genannten Hinweise.

⁶ Zur Situation auf deutschen Märkten siehe Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 256: „Die Wettbewerbssituation ist ... deutlich besser als in den USA. Steigende Preisaufschläge wie jenseits des Atlantiks sind in Deutschland nicht zu beobachten. Das ist jedoch kein Grund, sich auszuruhen, zumal die Monopolkommission auch für Deutschland in einzelnen Branchen steigende Preisaufschläge beobachtet, die einer kritischen Betrachtung bedürfen“ (unter Verweis auf Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, Rn. 87ff., insbes. Rn. 111 mit Abb. I.32).

oder deutschen) Gesetzgeber, der über die bessere Legitimation verfügt, wenn es um diskretionäre Marktgestaltung geht. Eine Verschiebung der Interventionsermächtigung auf das Bundeskartellamt wäre nachvollziehbar, wenn die gesetzgeberische Intervention sich systematisch als zu langsam erwiesen hätte, oder wenn aufgezeigt worden wäre, dass die Anzahl ggfs. auch kleinerer Wettbewerbsstörungen erheblich angewachsen wäre. Dies wird aber nicht dargetan (a)).

- Eine Generalermächtigung des Bundeskartellamtes, auf sämtliche Wettbewerbsstörungen nach eigenem Ermessen zu reagieren, mag den Vorteil haben, das Bundeskartellamt lückenlos zu wettbewerbskorrigierenden Markteingriffen zu ermächtigen. Eine solche Generalermächtigung hat jedoch gleichzeitig Kosten. Diese werden im Regierungsentwurf ausgeblendet. Dies gilt insbesondere für die Gefahr übermäßiger oder falscher behördlicher Marktinterventionen, aber auch für die Systembrüche, die durch die „erweiterte Sektoruntersuchung“ ins GWB eingeführt werden und nicht überzeugend bewältigt sind (b)).
- Die pauschale Interventionsermächtigung des Bundeskartellamts zur Beseitigung oder Abmilderung von Wettbewerbsstörungen kann ferner dazu führen, die in die Wettbewerbsregeln bewusst eingebauten Interventionsschwellen zu unterlaufen – dies gilt insb. für die Marktmachtschwelle bei unilateralem Verhalten, aber auch für die im Rahmen der Wettbewerbsregeln geltenden Nachweisanforderungen. Es ist denkbar, dass die Interventionsschwellen und/oder die Nachweisanforderungen einer Reform bedürfen. Dann aber sollte das Missbrauchsverbot entsprechend reformiert werden.⁷ Wird in solchen Fällen auf die „erweiterte Sektoruntersuchung“ zurückgegriffen, so unterläuft dies die Grundentscheidungen des Wettbewerbssystems (c)).

Vorzugswürdig wäre daher eine deutlich enger konzipierte „erweiterte Sektoruntersuchung“, die spezifische Schwächen des gegenwärtigen Systems des Wettbewerbsschutzes adressiert, ohne dessen Funktionsweise grundlegend zu gefährden (dazu s.u., 3.).

a) Markteingriffe zur Bewältigung von Wettbewerbsstörungen - zur Rolle des Gesetzgebers und der Wettbewerbsbehörde

Dauerhafte Störungen des Wettbewerbs können mit erheblichen Kosten für Verbraucherinnen und Verbraucher sowie für die Gesellschaft insgesamt einhergehen. Sie können zu verfestigten Machtpositionen führen, dezentrale Innovation behindern und die Flexibilität und Anpassungsfähigkeit von Märkten verzögern. Zu Recht unterstreicht der Regierungsentwurf die Bedeutung funktionierenden Wettbewerbs gerade in Zeiten fundamentaler Transformation.⁸ Zu Recht wird auch betont, dass Wettbewerbsstörungen Marktinterventionen rechtfertigen können.⁹

⁷ Für eine entsprechende Initiative auf europäischer Ebene siehe das sog. „Artikel 102-Paket“ der EU-Kommission v. 27.3.2023, bestehend aus einer „Amending Communication“ (ABl. 2023 Nr. C 116/1) zur Prioritätenmitteilung der Kommission zur Anwendung von Art. 102 AEUV, ABl. 2009 Nr. C 45/7 und einem „Call for Evidence“, dessen Ergebnisse in neue Art. 102-Leitlinien einfließen sollen.

⁸ BT-Drs. 20/6824, S. 26. Siehe auch Bartsch/Käseberg/Weber, WuW 2023, 245.

⁹ Siehe Bartsch/Käseberg/Weber, WuW 2023, 245, 246.

Das Verfahren der Marktintervention kann aber in ganz unterschiedlicher Weise ausgestaltet sein:¹⁰ Es kann den Wettbewerbsbehörden vorbehalten bleiben, mithilfe der herkömmlichen Wettbewerbsregeln auf Wettbewerbsstörungen zu reagieren. Wo dies nicht genügt, kann der Gesetzgeber spezifische Verhaltensregeln und/oder regulatorische Regime für spezifische Märkte schaffen (siehe z.B. den Digital Markets Act). Um derartige Legislativakte zu erleichtern, können Wettbewerbsbehörden dem Gesetzgeber wettbewerbspolitische Empfehlungen übermitteln, wie § 32e Abs. 4 GWB-RegE dies künftig ausdrücklich vorsieht.

Die „erweiterte Sektoruntersuchung“ ist eine weitere Option, welche die Interventions- und Regelsetzungsbefugnis weitgehend an die Wettbewerbsbehörden überträgt. Eine so weitgehende Delegation von Interventions- und Regelsetzungsbefugnissen, die notwendig mit der Ausübung wettbewerbspolitischen Ermessens verbunden sind, verlangt vor dem Hintergrund der „normalen“ Aufgaben- und Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive allerdings nach einer besonderen Rechtfertigung.¹¹ Zumindest wäre eine Darlegung zu erwarten, dass – und ggfs. in welchen Konstellationen – der Gesetzgeber auf verbreitete Wettbewerbsstörungen nicht mit angemessener Flexibilität und Geschwindigkeit reagieren kann und worin genau die Vorteile der Exekutive liegen. Eine solche Begründung fehlt. Wird dieselbe Behörde mit der Befugnis zu weitgehend diskretionären Marktinterventionen ermächtigt, die auch mit der Regeldurchsetzung beauftragt ist, so können daraus im Übrigen Anreize entstehen, den mit der Regeldurchsetzung verbundenen Interventionsschwellen und Nachweisanforderungen durch Rückgriff auf die breitere, weniger spezifizierte Interventionsermächtigung auszuweichen (näher dazu: c))

b) Irrtumskosten bei Einführung der „erweiterten Sektoruntersuchung“

Die „erweiterte Sektoruntersuchung“ nach § 32f GWB-RegE soll Lücken im System des Wettbewerbsschutzes schließen. Das System des Wettbewerbsschutzes war bislang aber gar nicht als lückenloses System konzipiert:¹² Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, das Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht und die Möglichkeit zur Untersagung wettbewerbsbehindernder Zusammenschlüsse sind an einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen und bestimmte Nachweisanforderungen geknüpft. Erst dadurch werden die Wettbewerbsregeln zu einem System wettbewerbsbezogener Verhaltensregeln, das durch die präventive Fusionskontrolle vervollständigt wird.

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Wettbewerbsregeln haben eine weitere Funktion. Das Missbrauchsverbot mag als Beispiel dienen: Dass das Missbrauchsverbot in § 19 GWB und in Art. 102 AEUV nur Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung adressiert, beruht maßgeblich auf der Einsicht in die Irrtumsrisiken bei Eingriffen in das in seinen Wettbewerbswirkungen häufig ambivalente unilaterale unternehmerische Verhalten. Der Gefahr von Lücken im Wettbewerbsschutz („false positives“) steht in solchen Fällen die Gefahr von übermäßigen Eingriffen in den Wettbewerb gegenüber („false negatives“). Nicht nur das Nicht-Einschreiten gegen wettbewerbsbeschränkendes unternehmerisches Verhalten begründet die Gefahr, In-

¹⁰ Siehe dazu – und für einen sehr instruktiven Vergleich der verschiedenen Instrumente – jüngst: Franck, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, 00, 1 ff.

¹¹ Ausführlicher: Ackermann, *ZWeR* 2023, 1, 16 ff.

¹² Ebenso, aber mit gegenteiliger Schlussfolgerung: Bartsch/Käseberg/Weber, *WuW* 2023, 245, 246.

vestitionen und Innovation zu behindern und Verbraucherinnen und Verbrauchern zu schaden. Dasselbe gilt vielmehr auch für die behördliche Intervention. Die Marktbeherrschungsschwelle steht für die Entscheidung, erst dann zu intervenieren, wenn das Verhalten des Unternehmens nicht mehr durch Wettbewerb diszipliniert ist, und für das Vertrauen, dass der Wettbewerb vorübergehende Verzerrungen andernfalls korrigiert. Um auch komplexere Formen fehlender wettbewerblicher Disziplinierung zu erfassen (und um die private Durchsetzung zu erleichtern), hat das deutsche Wettbewerbsrecht dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen gleichwohl noch ein Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht an die Seite gestellt (§ 20 GWB) und die Interventionsschwelle bei unilateralem Verhalten dadurch deutlich abgesenkt. Auf die Besonderheiten digitaler Märkte hat der deutsche Gesetzgeber mit der Einfügung von § 18 Abs. 3a und Abs. 3b GWB und auf die Machtstellung digitaler Ökosysteme schließlich mit der Einfügung von § 19a GWB reagiert. Gerade im Bereich des Missbrauchs spannt das deutsche GWB daher schon jetzt ein recht breites Netz.

Mit der Einfügung des § 32f GWB-RegE wird diesem System nunmehr eine allgemeine Ermächtigung des Bundeskartellamts zur Marktintervention an die Seite gestellt, die allein durch die vorherige Feststellung einer „erheblichen und fortwährenden Wettbewerbsstörung“ begrenzt ist. Eine empirisch unterfütterte Darlegung der Schutzlücken sucht man vergebens. Der Regierungsentwurf belässt es bei einer abstrakten Auflistung von Regelbeispielen in § 32f Abs. 5 GWB-RegE – die erhebliche Überschneidungen mit § 1 GWB / Art. 101 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB/ Art. 102 AEUV nahelegen – sowie dem allgemeinen Hinweis auf Konzentrationen in kleineren regionalen Märkten¹³ und ein hohes Preisniveau sowie abnehmenden Innovationsdruck in engen Oligopolen.¹⁴ Die Entscheidung zugunsten einer denkbar weiten „erweiterten Sektoruntersuchung“ scheint primär der politischen Bewertung geschuldet, dass die Risiken und Kosten der Nicht-Korrektur einer Wettbewerbsstörung unter den gegenwärtigen Bedingungen höher zu bewerten sind als bisher. Damit wird aber zugleich die Chance vergeben, ein beschränkteres, aber zugleich feiner justiertes Instrument der „erweiterten Sektoruntersuchung“ zu schaffen (s.u., 3.).

So begrüßenswert der politische Wille zum Schutz einer funktionsfähigen Wettbewerbsordnung ist, so bedenklich bleibt nämlich die Ausblendung der Risiken übermäßiger Marktinterventionen. § 32f GWB-RegE erlaubt es dem Bundeskartellamt in Zukunft, sich über die in den Wettbewerbsregeln verankerten Interventionsschwellen hinwegzusetzen. Die Abwägung der Irrtumsrisiken wird dabei ins Ermessen des Bundeskartellamts gestellt.

Der in § 32f GWB-RegE zwar mit Beispielen und einer Liste von Kriterien unterlegte, aber nicht legaldefinierte Begriff der Wettbewerbsstörung bietet überdies breiten Raum für eine politische Aufladung, die Fehlsteuerungen begünstigen kann. Selbst der Bezugspunkt der Wettbewerbsstörung bleibt offen. Zwar werden das Offenhalten von Märkten und Innovation als Ziele genannt.¹⁵ Auch ineffiziente Marktergebnisse sollen ein Eingreifen rechtfertigen.¹⁶ Weiterrei-

¹³ § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE setzt allerdings voraus, dass die Wettbewerbsstörung auf „einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“ vorliegt. Eine Konzentration auf einem einzelnen regionalen Markt würde die Eingriffsbefugnisse des § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB-RegE demnach nicht begründen.

¹⁴ BT-Drs. 20/6824, S. 26.

¹⁵ BT-Drs. 20/6824, S. 14 f. u. S. 26.

¹⁶ BT-Drs. 20/6824, S. 14.

chende Ziele, wie sie gegenwärtig intensiv diskutiert werden – wie etwa „Fairness“ oder politische Steuerungsziele – werden aber nicht ausgeschlossen. Anschauungsmaterial für die wettbewerblichen Fehlsteuerungen, die mit solchen Zielsetzungen verbunden sein können, bietet der U.S.-amerikanische Robinson-Patman-Act, der Marktinterventionen zugunsten kleinerer und mittlerer Unternehmen im Dienste der Fairness vorsah, damit im Ergebnis jedoch vor allem Strukturanpassungen verzögerte.

c) Systembrüche

Die „erweiterte Sektoruntersuchung“ in ihrer jetzigen Form kann dazu dienen, die den Wettbewerbsregeln – und insb. § 19 GWB / Art. 102 AEUV – immanenten Interventionsschwellen oder (vermeintlich) überzogene Nachweisanforderungen zu unterlaufen. Zwar soll die „erweiterte Sektoruntersuchung“ vor allem auch ein Eingreifen in strukturell gestörte Märkte erlauben. Insb. die in § 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 2¹⁷ und Nr. 4¹⁸ GWB-RegE aufgeführten Fallgruppen zeigen jedoch, dass die Wettbewerbsstörungen, die die „erweiterte Sektoruntersuchung“ künftig erfassen soll, in der Praxis regelmäßig aus dem Zusammenspiel von Marktstruktur und Marktverhalten folgen – und zwar aus dem Zusammenspiel mit Spielarten des Marktverhaltens, die grundsätzlich (vorbehaltlich einer marktbeherrschenden Stellung bzw. relativer Marktmacht) auch Gegenstand eines Missbrauchsverfahren sein können.¹⁹

Damit ist die Frage nach dem Verhältnis von § 32f GWB-RegE und insb. den §§ 19, 20 GWB / Art. 102 AEUV aufgeworfen: Soll § 32f GWB-RegE dem Bundeskartellamt ein Eingreifen unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ermöglichen? Soll das Instrument damit von den Schwierigkeiten einer Marktabgrenzung entlasten? Sollen die Anforderungen an den Nachweis eines Missbrauchs abgesenkt werden²⁰ – etwa an den Nachweis antikompetitiver Effekte? Oder will der Gesetzgeber ein präventives Eingreifen ermöglichen?

Würde die erweiterte Sektoruntersuchung es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, die bestehenden Interventionsschwellen zu unterlaufen, würde dies jedenfalls nicht nur die Risiken von „false positives“ erhöhen, sondern auch Anreize schaffen, künftig Missbrauchsverfahren durch § 32f-Verfahren zu ersetzen. Eben dieses Phänomen lässt sich im Übrigen im UK beobachten: Im Vereinigten Königreich wurde die Durchsetzung der Art. 101 und Art. 102 AEUV und ihrer britischen Äquivalente lange Zeit nahezu vollständig durch Sektoruntersuchungen ersetzt. Die besondere Stärke des Bundeskartellamts liegt demgegenüber in der effektiven

¹⁷ Beschränkungen des Marktzutritts oder des Anbieterwechsels durch ein marktbeherrschendes Unternehmen dürften sich regelmäßig als Missbrauch i.S.d. § 19 GWB / Art. 102 AEUV darstellen. Die Begründung des Regierungsentwurfs geht davon aus, dass ein „wesentlicher Teil der Abhilfemaßnahmen des Bundeskartellamtes ... diesen Bereich adressieren“ dürfte – siehe BT-Drs. 20/6824, S. 31.

¹⁸ Auch die sog. „input foreclosure“ oder „customer foreclosure“ sind typische Anwendungsfälle des § 19 GWB / Art. 102 AEUV.

¹⁹ Darauf, dass § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-RegE auf aus der „Kartellrechtspraxis gut bekannte Schadenstheorien“ zurückgreift, wird allgemein – meist allerdings wohlwollend – hingewiesen; siehe etwa Schreitter/Sura, DB 2023, 1268, 1269; Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 253.

²⁰ In diese Richtung offenbar Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 251, wenn für die zu adressierenden Regelungslücken allgemein auf ein „under-enforcement“ und „hohe Hürden etwa beim Nachweis eines Missbrauchs“ hingewiesen wird.

Durchsetzung von § 1 GWB / Art. 101 AEUV und § 19 GWB / Art. 102 AEUV.²¹ Eine Überlegenheit des britischen Systems ist, soweit ersichtlich, empirisch nicht belegt²² – es erklärt sich zu wesentlichen Teilen aus einer langen wettbewerbsrechtlichen Tradition, die Marktintervention nicht als Regeldurchsetzung, sondern als Durchsetzung öffentlicher Interessen verstand. Die richtige Reaktion auf eine etwaige Feststellung überzogener Nachweisanforderungen an einen Missbrauch²³ wäre im deutschen System nicht das Ausweichen auf eine „erweiterte Sektoruntersuchung“, sondern eine Reform der Missbrauchsaufsicht.

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs ist eine Substitution der herkömmlichen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch § 32f-Verfahren nicht intendiert.²⁴ Der Regierungsentwurf führt in § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE eine „weiche“ Subsidiaritätsklausel ein (näher dazu: s.u., III.3.c)): Auf das Instrument der „erweiterten Sektoruntersuchung“ soll nur zurückgegriffen werden, „soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken“. Die vage Formulierung schließt aber nicht aus, dass das Bundeskartellamt auf die „erweiterte Sektoruntersuchung“ auch dort zugreift, wo ihm etwa die Nachweisanforderungen zu hoch erscheinen. Sie birgt im Übrigen erhebliche Prozessrisiken für das Bundeskartellamt, insbesondere, solange der gerichtliche Kontrollmaßstab noch nicht näher ausgeformt ist.

Ungereimtheiten im wettbewerbsrechtlichen System folgen auch aus dem Nebeneinander von § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB-RegE und § 19a GWB. Nach § 19a GWB kann das Bundeskartellamt Unternehmen mit vorab festgestellter überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a Abs. 1 GWB) die in § 19a Abs. 2 GWB näher konkretisierten Verbote auferlegen, soweit dies erforderlich ist, um Wettbewerbsgefährdungen vorzubeugen. Bei festgestellter Wettbewerbsstörung reicht § 32f GWB-RegE darüber hinaus: Nach dieser Vorschrift ist das Bundeskartellamt künftig ermächtigt, jede Abhilfemaßnahme anzuordnen, die zur Abstellung oder Abmilderung der Störung erforderlich und verhältnismäßig ist – und zwar nicht nur im Verhältnis zu Unternehmen im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB, sondern im Verhältnis zu allen Unternehmen, „die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen“ (§ 32f Abs. 3 S. 3 GWB-RegE). Dies wirft die Frage auf, welche Bedeutung § 19a GWB in Zukunft noch zukommen soll. Würde man § 19a GWB im Verhältnis zu § 32f Abs. 3 und Abs. 4

²¹ Siehe dazu Wils, *Journal of European Competition Law & Practice* 2013, 293 ff.: In der Zeit vom 1.5.2004 bis zum 31.12.2012 wurden vom Bundeskartellamt 84 abschließende Entscheidungen zu Art. 101/Art. 102 AEUV getroffen, von der OFT hingegen nur 16. Außerdem Wils, *NZKart* 2023, 124, 127: In der Zeit vom 1.5.2004 bis zum 31.12.2021 wurden vom Bundeskartellamt 128 abschließende Entscheidungen zu Art. 101/Art. 102 AEUV getroffen, von der CMA (bis zum 31.12.2020) 49 Entscheidungen.

²² Studien, die die wettbewerbsrechtliche Bilanz im System des UK mit dem deutschen System übergreifend vergleichen, fehlen bislang, soweit ersichtlich. Das britische System der „market investigations“ wird unterschiedlich bewertet. Zumindest das BAA-Verfahren wird im UK positiv bewertet: Competition and Markets Authority, *BAA airports: Evaluation of the Competition Commission’s 2009 market investigation remedies*, 2016, Rn. 1.17 ff.; vgl. auch Kühling/Engelbracht/Welsch, *WuW* 2023, 250, 254.

²³ Dass die Nachweisanforderungen im deutschen System überzogen sind, ist nicht evident. Eine mögliche Lücke in der deutschen Missbrauchsaufsicht ist der Schutz vor einem Missbrauch marktübergreifender Macht, jenseits des § 19a GWB.

²⁴ In diesem Sinne hat sich Mundt geäußert: Siehe Mundt, *NZKart* 2023, 1, 3: „Das neue Instrument dürfte nach meiner Einschätzung nicht an die Stelle vorhandener Instrumente treten, sondern diese in besonderen Konstellationen punktuell ergänzen.“

GWB-RegE als *lex specialis* verstehen, so hätte dies den wohl kaum beabsichtigten Effekt, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb vor weitergehenden Interventionen zu schützen. Würde man dem Bundeskartellamt die Wahl zwischen § 19a GWB und § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB-RegE überlassen, so könnte es die in § 19a GWB vorgesehenen Beschränkungen unterlaufen.

Systembrüche – oder genauer: negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt – können aus der Anwendung des § 32f GWB-RegE in Zukunft außerdem folgen, wenn die Norm angewendet wird, um Wettbewerbsstörungen auf Märkten mit zwischenstaatlichem Bezug zu bekämpfen.²⁵

3. *Vorschlag für eine eingeschränkte „erweiterte Sektoruntersuchung“*

Man kann die Opportunität der „erweiterten Sektoruntersuchung“ nach alledem ganz allgemein in Frage stellen. In jedem Fall aber ist § 32f Abs. 3 GWB-RegE in seiner gegenwärtigen Form zu breit gefasst. Allenfalls wäre eine zielgenauere Reaktion auf nachgewiesene Schwächen des Wettbewerbssystems gerechtfertigt.

Solche Schwächen lassen sich v.a. in der Reaktion auf „tacit collusion“ und auf individuelles Parallelverhalten im engen Oligopol ausmachen (a)), ferner dort, wo Missbräuche von Marktmacht nicht nur vereinzelt, sondern systemisch und über eine breite Palette von Tätigkeiten hinweg auftreten, so dass es zu deren Bekämpfung nicht nur punktueller, sondern systemischer Abhilfen bedarf (b)).

Mit einer solchermaßen eingeschränkten „erweiterten Sektoruntersuchung“ wäre das Risiko eines Unterlaufens bewusst eingeführter Interventionsschwellen ausgeräumt. Für das Bundeskartellamt ginge ein solches System mit erhöhter Rechtssicherheit einher: Bei Darlegung eines der genannten Fälle wäre der Subsidiaritätsklausel Genüge getan (c)).

a) *„Tacit collusion“ und Parallelverhalten im engen Oligopol*

Dass § 1 GWB und Art. 101 AEUV nur wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. abgestimmte Verhaltensweisen, nicht aber das reine Parallelverhalten (bzw. „tacit collusion“) erfassen, kann nahezu²⁶ unstrittig zu Lücken im Wettbewerbsschutz führen.²⁷ „Tacit collusion“ kann Wettbewerb und Marktergebnis ebenso schädigen wie abgestimmtes Verhalten. Gleichwohl fällt sie nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots, denn (anders als viele sog. „facilitating practices“) lässt sie sich nicht ohne weiteres verbieten. Etwaige Abhilfemaßnahmen erfordern komplexere Formen der Intervention.

²⁵ So auch Franck, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, 00, 1, 10. Kühling/Engelbracht/Welsch, *WuW* 2023, 250, 256 verstehen § 32f GWB-RegE vor diesem Hintergrund vor allem auch als „Pionierarbeit“ mit Vorbildfunktion für das Unionsrecht.

²⁶ Zweifelnd wohl Thomas, *ZWeR* 2022, 333, 341.

²⁷ Siehe dazu insb. Wagner-von Papp, *NZKart* 2022, 605 ff.; und ders., *WuW* 2022, 642, 648f.

§ 32f GWB-RegE will diese Lücke schließen.²⁸ Fälle der „tacit collusion“ machen auch einen wesentlichen Anteil der „market investigations“ im UK aus.²⁹ Wettbewerbspolitisch sind Interventionen in solchen Fällen nicht bedenklich, wenn denn geeignete Abhilfemaßnahmen (wie etwa ein Verbot unilateraler „facilitating practices“) existieren.³⁰ Die Intervention unterläuft in einem solchen Fall keine wettbewerbspolitischen Grundentscheidungen zum Schutz vor übermäßigen Eingriffen.

Die wachsende Gefahr algorithmischer Kollusion ist ein guter Grund, dieser Fallgruppe in der kartellrechtlichen Praxis verstärkte Aufmerksamkeit zu widmen. Mit Blick auf diese Fallgruppe kann die Einführung einer „erweiterten Sektoruntersuchung“ grundsätzlich sinnvoll sein.

b) Systemische Abhilfen

Eine weitere Schwäche im Schutz des Wettbewerbs nach geltendem Recht liegt in den § 32 GWB innewohnenden Schranken begründet. Gem. § 32 Abs. 1 GWB kann das Bundeskartellamt die Abstellung einer Zuwiderhandlung anordnen. Gem. § 32 Abs. 2 GWB kann es hierfür alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die für eine wirksame Abstellung erforderlich und mit Blick auf die festgestellte Zuwiderhandlung verhältnismäßig sind. Gerichtlich nicht abschließend geklärt sind Zulässigkeit und Grenzen sog. „restaurativer“ Abhilfen, die den wettbewerblichen Zustand wiederherstellen sollen, wie er ohne den Verstoß bestünde.³¹ Jedenfalls erlaubt § 32 GWB nicht die Anordnung von Abhilfemaßnahmen, die über den festgestellten Verstoß hinausreichen und die Ursachen einer Wettbewerbsstörung bekämpfen wollen – womöglich einer durch eine bestimmte Art des Verhaltens (z.B. Selbstbegünstigung digitaler Plattformen) veranlasste Wettbewerbsstörung, die sich zugleich in weiteren Tätigkeitsbereichen und Märkten manifestiert, im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens jedoch nur in einer konkreten Ausformung verfolgt worden ist.

Die Schwächen des wettbewerbsrechtlichen Abhilferegimes haben sich nicht zuletzt in den behördlichen Missbrauchsverfahren betreffend digitale Märkte gezeigt und haben zum Erlass des DMA sowie des § 19a GWB geführt. Die Problematik reicht jedoch über die vom DMA und von § 19a GWB erfassten Fälle hinaus. Eine erweiterte Sektoruntersuchung, die das Bundeskartellamt ermächtigt, an konkrete Missbrauchsfälle anknüpfend bei Nachweis einer „systemischen Wettbewerbsstörung“ weitergehende, nämlich systemische Abhilfen zu verhängen, kann wettbewerbspolitisch eine sinnvolle Innovation sein. Durch das Anknüpfen an konkrete, nachgewiesene Missbräuche kann dabei ein Unterlaufen der in den Wettbewerbsregeln vorgesehenen Interventionsschwellen vermieden werden.

²⁸ Siehe insb. das Regelbeispiel des „gleichförmigen oder koordinierten Verhaltens“ in § 32f Abs. 5 Nr. 3 GWB-RegE. Siehe ferner BT-Drs. 20/6824, S. 26.

²⁹ Siehe BT-Drs. 20/6824, S. 32 f. Aus der Lit.: Wagner-von Papp, NZKart 2022, 605, 606 f.

³⁰ Ein neuer Art. 1A des griechischen Wettbewerbsgesetzes verbietet gezielt einseitige Informationsoffenlegungen – dazu Wagner-von Papp, NZKart 2022, 605, 606. Ein neuer § 32f GWB-RegE ist demgegenüber allerdings die flexiblere Lösung.

³¹ Siehe hierzu zuletzt Franck, Journal of Antitrust Enforcement 2023, 00, 1, 27 f.

c) Subsidiarität und Rechtssicherheit – Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003

Würde der Anwendungsbereich der „erweiterten Sektoruntersuchung“ in dieser Weise begrenzt, so wären die Überlappungen mit den herkömmlichen Wettbewerbsvorschriften minimiert. Mit der Zuordnung der Wettbewerbsstörung zu einer der genannten Fallgruppen wäre der Subsidiaritätsklausel des § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE Genüge getan.

Auch das Risiko eines Konflikts mit Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 wäre bei einer solchermaßen eingeschränkten „erweiterten Sektoruntersuchung“ ausgeräumt. Das Risiko eines Konflikts besteht gegenwärtig insoweit, als sich die „erweiterte Sektoruntersuchung“ auf Verhaltensweisen bezieht, die zugleich in den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV fallen; denn gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 darf die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen führen, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können, aber den Wettbewerb i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht beschränken oder die Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen.

Die Begründung des Regierungsentwurfs schließt einen solchen Konflikt aus. § 32f GWB-RegE liege „nicht im Regelungsbereich des Artikels 101 AEUV. Er regelt nicht Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 101 AEUV, sondern nur Störungen des Wettbewerbs struktureller oder verhaltensbedingter Natur, die Artikel 101 AEUV gerade nicht erfasst. § 32f fällt daher auch nicht unter Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 VO 1/2003.“³²

Diese Annahme überzeugt in dieser Allgemeinheit allerdings nicht. Koordiniertes Verhalten (§ 32f Abs. 5 S. 1 Nr. 3 GWB-RegE) oder Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen (§ 32f Abs. 5 S. 2 Nr. 5 GWB-RegE) können sehr wohl in den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV fallen. § 32f GWB-RegE verfolgt im Übrigen auch ein genuin wettbewerbspolitisches Ziel und ist daher nicht gem. Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003 von der Konfliktregelung des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 ausgenommen.

Dementsprechend heißt es in der Begründung des RegE dann auch: „Sollte im Rahmen einer Sektoruntersuchung nach § 32e oder einem Verfahren nach § 32f ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV festgestellt werden, ist eine Anwendung von § 32f insoweit ausgeschlossen. Dies entspricht der Anwendung des vergleichbaren Marktuntersuchungsinstrumentes im britischen Wettbewerbsrecht, welches von 2002 bis zum EU-Austritt Großbritanniens ebenfalls parallel zum europäischen Recht existierte.“³³

Tatsächlich hat das OFT (mittlerweile Teil der CMA) ausweislich der “Market Investigation References Guidance”³⁴ vor jeder „market investigation reference“ an die CC (heute ebenso Teil der CMA) die Möglichkeit eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV überprüft und, wenn ein Verstoß in Betracht kam, eine „reference“ in der Regel unterlassen.³⁵ Die in der Guidance ausgeführten Beschränkungen der „market investigation references“ haben Verstöße gegen Art. 3

³² BT-Drs. 20/6824, S. 26.

³³ BT-Drs. 20/6824, S. 26.

³⁴ Office of Fair Trading, Market investigation references - Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act, 2006.

³⁵ Office of Fair Trading, Market investigation references - Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act, 2006, Rn. 2.13 f.

Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 in der Praxis überwiegend verhindert.³⁶ Im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV führt Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 damit im Ergebnis aber zugleich zu einer „harten“ Subsidiaritätsklausel.

Das Konfliktpotenzial – und zugleich das „Störpotenzial“ einer „harten“ Subsidiaritätsklausel – würden durch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der „erweiterten Sektoruntersuchung“ auf Fälle der „tacit collusion“ und ggfs. des individuell rationalen, jedoch kollektiv wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhaltens im engen Oligopol sowie auf Fälle der Anordnung „systemischer“ Abhilfen beseitigt. Nach h.A. greift die Sperrwirkung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 nicht, wenn keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt.³⁷

III. Detailanalyse

Die Überarbeitung des § 32e GWB ist in Teilen zu begrüßen. Fragen werfen vor allem die § 32f Abs. 3 bis Abs. 5 GWB-RegE auf.

1. Beschleunigung von Sektoruntersuchungen – Änderung von § 32e GWB

Uneingeschränkt zu begrüßen ist zunächst die Einführung eines neuen § 32e Abs. 3 GWB, dem zufolge Sektoruntersuchungen vom Bundeskartellamt innerhalb von 18 Monaten ab Einleitung abgeschlossen werden sollen (§ 32e Abs. 3 GWB-RegE). Für komplexe Sektoruntersuchungen sind 18 Monate knapp bemessen. § 32e Abs. 3 GWB-RegE ist daher zu Recht als bloße „Soll“-Vorschrift gefasst, an deren Verletzung keine Rechtsfolgen anknüpfen. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass § 32e Abs. 3 GWB-RegE als Leitbild wirken wird und Überziehungen dieses Zeitraums intern wie extern rechtfertigungsbedürftig sind.

Auch die Verpflichtung des Bundeskartellamts zur Veröffentlichung eines Berichts (§ 32e Abs. 4 S. 1 GWB-RegE) – bisher eine bloße „Kann“-Vorschrift (siehe § 32e Abs. 3 GWB) – ist zu begrüßen, ebenso die ausdrückliche Ermächtigung des Bundeskartellamts, auf der Grundlage der Ergebnisse einer Sektoruntersuchung wettbewerbspolitische Empfehlungen auszusprechen und an die Bundesregierung weiterzuleiten (§ 32e Abs. 4 S. 3 GWB-RegE).

2. § 32f Abs. 2 GWB-RegE

Auch die Ausweitung der bisher in § 39a GWB festgeschriebenen Ermächtigung des Bundeskartellamtes, eine erweiterte Anmeldepflicht für Zusammenschlüsse anzuordnen, wenn in einem bestimmten Wirtschaftszweig Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung durch künftige Zusammenschlüsse bestehen, trifft nicht auf Bedenken. § 32f Abs. 2 GWB-RegE ist eine sinnvolle Anpassung des bestehenden Systems.

³⁶ Wagner-von Papp, NZKart 2022, 605, 607. Siehe aber auch Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 644 m.w.N.

³⁷ Siehe z.B. Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 647; für eine noch eingeschränktere Sperrwirkung Reh binder, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 38. A.A.: Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, Art. 3 VO (EG) 1/2003, Rn. 19; Thomas, ZWeR 2022, 333, 351; so wohl auch Schütz, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht Band 4, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 15.

3. § 32f Abs. 3 bis Abs. 5 GWB-RegE

Problematisch ist die weite und diskretionäre Interventionsbefugnis, die mit § 32f Abs. 3 bis Abs. 5 GWB-RegE geschaffen werden soll.

Der Begriff der „Wettbewerbsstörung“ ist sehr weit und vage (a)). Auch die Erheblichkeitsschwelle bleibt unscharf (b)). Die Subsidiaritätsklausel des § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE schafft falsche Anreize (c)). Der Versuch, die potenziellen Adressaten von Abhilfemaßnahmen einzuzugrenzen, schlägt fehl (d)). Im Übrigen ermöglicht § 32f Abs. 3 GWB-RegE auch die Verhängung von sehr eingriffsintensiven Abhilfen wie etwa Zugangsverpflichtungen – und verschärft damit potenziell die Anreize, die in den allgemeinen Wettbewerbsregeln angelegten Anforderungen zu unterlaufen. Das mit solchen Abhilfen verbundene Problem, dass das Kartellrecht damit ins Regulierungsrecht überschwenkt, bleibt gleichwohl bestehen (e)).

a) Begriff der Wettbewerbsstörung

Das in § 32f GWB-RegE angelegte Regime fügt den bestehenden Interventionsgründen – nämlich den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und missbräuchlichen unilateralen Verhaltensweisen – einen sehr weit und vage gefassten neuen, primär marktstrukturell angelegten Interventionsgrund hinzu, nämlich die erhebliche und fortwährende Wettbewerbsstörung. Ausweislich der Begründung sollen mit diesem Begriff Störungen erfasst werden, die auf strukturellen Merkmalen von Märkten oder „auf nicht zwingend von §§ 1, 19, 19a oder 20 erfassten Verhaltensweisen beruhen“.³⁸ Der Begriff wird in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-RegE ferner nunmehr durch Regelbeispiele konkretisiert. § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-RegE nennt überdies relevante Faktoren. Gleichwohl bleibt der Begriff weit und vage. Auf die vielfältigen potenziellen Überschneidungen mit den Anwendungsbereichen von § 1 GWB / Art. 101 AEUV und v.a. mit §§ 19, 19a, 20 GWB und Art. 102 AEUV wurde bereits hingewiesen (s.o., II.2.c)).

Tritt die 11. GWB-Novelle in der vorliegenden Form in Kraft, so wird der Begriff der Wettbewerbsstörung als Rechtsbegriff der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Aufgrund seiner Weite statet er das Bundeskartellamt gleichwohl mit einem weiten Ermessen aus, quasi-regulatorisch in Märkte zu intervenieren. Umso bedeutsamer ist eine eindeutige Bestimmung, welchem Ziel die „erweiterte Sektoruntersuchung“ dienen soll, und welches Ziel damit zugleich auch der Bezugspunkt der „Wettbewerbsstörung“ ist (für Kritik an der fehlenden Zielbestimmung siehe bereits oben, II.2.b)). Wünschenswert wäre eine ausdrückliche Nennung des in st. Rspr. als zentrales Ziel des GWB hervorgehobenen Ziels der „Freiheit des Wettbewerbs“. Einer Politisierung des § 32f-Verfahrens würde damit vorgebeugt und der Fokus auf den Schutz dynamischen Wettbewerbs gelegt.

b) Erheblichkeitsschwelle

Voraussetzung für Anordnung von Abhilfemaßnahmen ist eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“ (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE).

³⁸ BT-Drs. 20/6824, S. 15.

Was unter einer „fortwährenden“ Wettbewerbsstörung zu verstehen ist, ist in § 32f Abs. 5 S. 3 GWB-RegE hinreichend präzise definiert.

„Erheblich“ soll eine Wettbewerbsstörung sein, sofern sie „mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend hat.“³⁹ Der Begründung zufolge handelt es sich um eine reine „de minimis“-Schwelle.⁴⁰ Allerdings kann nach dem RegE eine Störung auf einem einzelnen lokalen oder regionalen Markt die Anordnung von Abhilfen nach § 32f GWB-RegE nicht mehr rechtfertigen.⁴¹

c) Subsidiaritätsklausel

Gem. § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE darf das BKartA eine erhebliche und fortwährende Wettbewerbsstörung nur feststellen, „soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse“ nach Teil 1 des GWB „nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken“. Eine solche Subsidiaritätsklausel war im RefE noch nicht enthalten. Sie ist erst mit dem RegE in den Text des § 32f gelangt. Mit ihr soll einerseits sichergestellt werden, dass das Bundeskartellamt nur in Ausnahmefällen auf § 32f GWB-RegE zurückgreift und das neue Instrument nicht systematisch nutzt, um die Interventionsschwellen der herkömmlichen Wettbewerbsvorschriften zu unterlaufen. Andererseits soll dem Bundeskartellamt ein hinreichender Einschätzungsspielraum verbleiben, so dass es das neue Verfahren flexibel nutzen kann.

Allerdings ist die Subsidiaritätsklausel in ihrer vorliegenden Fassung kaum geeignet, dieses doppelte Ziel abzusichern. Stattdessen schafft sie erhebliche Rechtsunsicherheit. Zwar wird in der Begründung des Regierungsentwurfs betont, dass eine kursorische Prüfung genüge und dass das Bundeskartellamt seine Prognose auf die zum Zeitpunkt der Feststellung vorliegenden Erkenntnisse stützen könne und keine weiteren Ermittlungen anstellen müsse.⁴² Wie strikt das OLG Düsseldorf und der BGH die Einhaltung der Subsidiaritätsklausel überprüfen, bleibt vorerst aber eine offene Frage.

Viel zielführender als eine notwendig vage Subsidiaritätsklausel wäre daher eine klarere gesetzliche Eingrenzung des Anwendungsbereichs der „erweiterten Sektoruntersuchung“, wie oben vorgeschlagen (s.o., II.3.).

d) Adressaten von Abhilfemaßnahmen

Gem. § 32f Abs. 3 S. 3 GWB-RegE können Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-RegE nur an Unternehmen adressiert werden, „die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen.“ In der Begründung des RegE⁴³ wird diese Spezifizierung, die im RefE noch nicht enthalten war, allerdings wieder eingeschränkt: Ein wesentlicher Beitrag soll da-

³⁹ BT-Drs. 20/6824, S. 27.

⁴⁰ Kritisch dazu auch Schreitter/Sura, DB 2023, 1268, 1269.

⁴¹ Siehe Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 253; Schreitter/Sura, DB 2023, 1268, 1270.

⁴² BT-Drs. 20/6824, S. 28.

⁴³ BT-Drs. 20/6824, S. 28.

nach bereits „in jedem am Markt spürbaren Verhalten“ liegen. Das Kriterium der Wesentlichkeit solle dazu dienen, „solche Unternehmen aus dem Kreis der möglichen Adressaten einer Verfügung nach Satz 6 herauszunehmen, die offensichtlich keinen oder nur einen ganz entfernten oder geringfügigen Beitrag zu der Wettbewerbsstörung geleistet haben.“ Die Anforderungen an einen „wesentlichen Beitrag“ sind danach minimal.

§ 32f Abs. 3 S. 3 GWB-RegE weist die Anordnung von Abhilfemaßnahmen als Folge einer Art Handlungsstörschaft aus. Das Bundeskartellamt muss die Kausalität des Verhaltens für die Wettbewerbsstörung nachweisen. In den nach der hier vertretenen Ansicht gerechtfertigten Fällen einer erweiterten Befugnis des Bundeskartellamts zur Anordnung von Abhilfemaßnahmen – den Fällen der „tacit collusion“, des individuell rationalen, aber kollektiv wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhaltens im engen Oligopol und in denjenigen Fällen, in denen vorherige Verstöße gegen das Missbrauchsverbot die Notwendigkeit systemischer Abhilfen belegen – ist die Anforderung eines „wesentlichen Beitrags“ stets erfüllt. Einer Spezifizierung im Gesetzestext hätte es nicht bedurft. In dem dem RegE zugrunde liegenden Ansatz ist die Anforderung hingegen ein Fremdkörper; denn diesem zufolge ist das Bundeskartellamt ermächtigt, für problematisch erachtete Marktstrukturen zu bekämpfen. Die Voraussetzung eines Verhaltensbeitrags und die weitergehende Verpflichtung des Bundeskartellamts, bei der „Auswahl der Adressaten und der Abhilfemaßnahmen [...] insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen“, folgen in der Sache aber gleichwohl bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

e) Arten von Abhilfen, § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-RegE

§ 32f Abs. 3 S. 7 GWB-RegE listet beispielhaft Abhilfemaßnahmen auf, die das Bundeskartellamt im Falle einer festgestellten Wettbewerbsstörung anordnen kann.

Zur Bewältigung von Wettbewerbsstörungen infolge einer „tacit collusion“ besonders naheliegend ist die Möglichkeit, die einseitige Offenlegung von Informationen zu verbieten, die ein Parallelverhalten begünstigen (§ 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 5 GWB-RegE). Bei der einseitigen Informationsoffenlegung handelt es sich um das Paradebeispiel eines die „tacit collusion“ erleichternden Verhaltens (sog. „facilitating practice“), das aufgrund seiner Einseitigkeit von § 1 GWB / Art. 101 AEUV gleichwohl nicht notwendig erfasst wird.⁴⁴

Abhilfemaßnahmen wie die Anordnung der Gewährung von Zugang zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen (§ 32f Abs. 3 S. 7 Nr. 1 GWB-RegE) sind deutlich eingriffsintensiver. Für das Bundeskartellamt wären sie mit sehr viel höherem und, angesichts der quasi-regulatorischen Natur dieser Abhilfen, im Regelfall längerfristigen Belastungen verbunden: Derartige Abhilfen erfordern im Zweifel eine dauerhafte Überwachung und regelmäßige Anpassungen der Konditionen.

Aufgrund ihrer Eingriffsintensität und ihrer ambivalenten Anreizeffekte sind die Voraussetzungen für die Anordnung derartiger Zugangsauflagen nach § 19 GWB / Art. 102 AEUV aus gutem Grund besonders hoch. Auch nach Maßgabe eines künftigen § 32f Abs. 3 GWB-RegE ist davon auszugehen, dass derartige Anordnungen nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen: Neben der Feststellung einer Wettbewerbsstörung bedarf es des Nachweises, dass die Anordnung zu

⁴⁴ Siehe dazu auch Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 648.

deren Beseitigung oder Verringerung erforderlich und verhältnismäßig ist. Kommt die Anordnung von Zugangsabhilfen jedoch nur ausnahmsweise in Betracht, so ist fraglich, ob sie nicht auch in Zukunft der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleiben sollte – der dann ein geeignetes Regime des Monitoring und der effektiven Durchsetzung sicherzustellen hätte.

f) Eigentumsentflechtung, § 32f Abs. 4 GWB-RegE

Die Ermächtigung des Bundeskartellamts, bei festgestellter Wettbewerbsstörung als ultima ratio missbrauchsunabhängig auch eine Eigentumsentflechtung anzuordnen, ist besonders intensiv erörtert worden.⁴⁵ Im RegE sind nunmehr verschiedene Beschränkungen vorgesehen. So ist eine Entflechtungsanordnung nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a GWB möglich (§ 32f Abs. 4 S. 1 GWB-RegE); ein Vermögensteil muss ferner nur veräußert werden, wenn der Erlös mindestens 50 % des Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt beauftragter Wirtschaftsprüfer vorab festgestellt hat (§ 32f Abs. 4 S. 8 GWB-RegE). Zudem ist für den Fall einer Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös ein anteiliger Kompensationsanspruch vorgesehen (§ 32f Abs. 4 S. 9 GWB-RegE).⁴⁶ Für Vermögensteile, die innerhalb der letzten 10 Jahre Gegenstand einer fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung waren, wird eine Sperrfrist normiert (§ 32f Abs. 4 S. 10 GWB-RegE).

Die Vorgaben sind geeignet, die Verfassungsmäßigkeit der Regelung abzusichern.⁴⁷ Die 50 %-Regel kann eine Entflechtungsanordnung zugleich mit erheblicher Unsicherheit belasten. Generell werden Entflechtungsanordnungen nach der Regelung des § 32f Abs. 4 GWB-RegE mit erheblichen Hürden versehen. Dies ist nicht notwendig ein Fehler der Regelung: Die Fallbeispiele, in denen strukturelle Wettbewerbsprobleme mithilfe von Entflechtungsanordnungen erfolgreich bewältigt wurden, sind nicht sehr zahlreich. Generell wird die Möglichkeit einer Entflechtungsanordnung daher eher als Druckmittel in Verhandlungen über Verpflichtungszusagen nach § 32f Abs. 6 GWB-RegE i.V.m. § 32b GWB dienen.

g) Verfahren

Bezüglich der Strukturierung des Verfahrens hat der RegE im Verhältnis zum RefE an wesentlichen Stellen nachgebessert. Die Soll-Dauer von 18 Monaten für Verfahren nach § 32f Abs. 7 GWB-RegE erscheint angemessen. Zu begrüßen ist auch die Pflicht des Bundeskartellamts, zu Beginn eines Verfahrens nach § 32f GWB-RegE die „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ durch eine anfechtbare Verfügung festzustellen, ebenso die verbindlich vorgeschriebene mündliche Verhandlung zu Beginn des Verfahrens nach § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB-RegE (§ 56 Abs. 7 GWB-RegE).

⁴⁵ Zu Zweifeln an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der im RefE vorgesehenen Regelung, die durch den RegE allerdings maßgeblich modifiziert worden ist, siehe etwa Ackermann, ZWeR 2023, 1, 18; Grzeszick, NZKart 2023, 55; Körber, ZRP 2023, 5, 8; Thomas, ZWeR 2022, 333, 353; Monopolkommission, Hauptgutachten 2022, Rn. 379.

⁴⁶ Eine Ausgleichspflicht hatten vorab u.a. gefordert: Ackermann, ZWeR 2023, 1, 18; Grzeszick, NZKart 2023, 55, 59.

⁴⁷ Siehe auch Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 256. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Entflechtungsanordnungen allgemein: Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungsstatbestands im Kartellgesetz, 2008.

h) Fehlen einer Evaluierungsklausel

Demgegenüber fehlt im RegE gegenwärtig eine Evaluierungsklausel.⁴⁸ Bei einer so grundlegenden Änderung des GWB wie der Einführung einer „erweiterten Sektoruntersuchung“ ist eine solche Evaluierung jedoch zentral. Extern evaluiert werden sollten sowohl einzelne Verfahren nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-RegE – jeweils nach Ablauf einer angemessenen Frist (etwa 5 Jahre). Evaluiert werden sollte aber auch das Instrument der „erweiterten Sektoruntersuchung“ an sich. Eine solche Evaluation sollte die Zahl und den Gegenstand der Verfahren erfassen und prüfen, welche Gründe jeweils für eine „erweiterte Sektoruntersuchung“ sprachen („gap cases“ – insb. „tacit collusion“?; zu hohe Interventionsschwellen oder Nachweisschwierigkeiten in § 1 GWB / Art. 101 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB / Art. 102 AEUV-Verfahren?; Schwierigkeiten in der Auferlegung hinreichend effektiver und zukunftsweisender Abhilfemaßnahmen?); sie sollte etwaige Auswirkungen auf die Fallzahlen zu § 1 GWB / Art. 101 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV ermitteln; und sie sollte prüfen, ob es mit dem Instrument des § 32f GWB gelungen ist, die Wettbewerbsstörung zu beseitigen oder nachhaltig zu verringern. Eine solche Evaluation sollte spätestens 8-10 Jahre nach Einführung des neuen Instruments stattfinden.

IV. Empfehlungen an den Gesetzgeber

Die vorstehenden Überlegungen legen die folgenden Empfehlungen an den Gesetzgeber nahe:

1. In der Begründung des Regierungsentwurfs fehlt es an einer empirisch unterfütterten Darlegung, warum die Einführung einer „erweiterten Sektoruntersuchung“ erforderlich ist. Eine solche Begründung sollte nachgereicht werden. Andernfalls ist die Einführung einer „erweiterten Sektoruntersuchung“ erneut zu überdenken.
2. In ihrer bisherigen Ausgestaltung haben § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB-RegE einen potentiell weiten Anwendungsbereich. Es besteht die Gefahr, dass das neue Instrument dazu genutzt wird, insb. die in § 19 GWB / Art. 102 AEUV bewusst angelegten Interventionsschwellen zu unterlaufen. Dies lässt sich vermeiden, wenn die „erweiterte Sektoruntersuchung“ klarer auf die Schließung nachgewiesener Lücken im gegenwärtigen System des Wettbewerbsschutzes und auf die Adressierung nachgewiesener Schwächen zugeschnitten wird. Konkret würde dies zu einer Beschränkung der „erweiterten Sektoruntersuchung“ auf die folgenden Anwendungsbereiche führen:
 - Adressierung von „tacit collusion“ und/oder eines individuell rationalen Parallelverhaltens im engen Oligopol mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen
 - Anordnung „systemischer“ Abhilfen bei nachgewiesenem mehrfachen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder marktübergreifender Macht in ähnlichen Fallkonstellationen.

Bei Rückgriff auf das Instrument der erweiterten Sektoruntersuchung sollte das Bundeskartellamt verpflichtet werden, den Einsatz dieses Instruments mit Blick auf eine der genannten Fallgruppen zu begründen.

⁴⁸ Siehe dazu BT-Drs. 20/6824, S. 24: Die allgemeine Berichtspflicht des Bundeskartellamts nach § 53 GWB genüge.

3. In § 32f Abs. 5 GWB n.F. ist festzuschreiben, dass der Begriff der Wettbewerbsstörung mit Blick auf das Ziel des GWB auszulegen ist, die Freiheit des Wettbewerbs zu schützen
4. § 32f GWB-RegE sollte um eine Evaluationsklausel ergänzt werden.

C. § 34 Abs. 4 GWB-RegE: Modifikation der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde

Die Vorteilsabschöpfung bei schuldhaften Kartellverstößen soll künftig durch eine zweifache Vermutung erleichtert werden. Erstens soll vermutet werden, dass der Verstoß einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat (Vermutung des „Ob“ eines wirtschaftlichen Vorteils). Diese Vermutung soll mit einer de facto unwiderleglichen Vermutung einer Mindesthöhe des wirtschaftlichen Vorteils verbunden werden, wobei diese Mindesthöhe auf 1 % der Umsätze festgelegt wird, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen erzielt wurden, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen. Die Vermutungen zum „Ob“ eines Vorteils und zu dessen Mindesthöhe sind als grundsätzlich unwiderlegliche Vermutungen ausgestaltet (§ 34 Abs. 4 S. 6 GWB-RegE). Die Vermutungen können nur „widerlegt“ werden, wenn das betroffene Unternehmen nachweist, „dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person oder Personenvereinigung noch das Unternehmen im Abschöpfungszeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat“ (§ 34 Abs. 4 S. 7 GWB-RegE) – de facto handelt es sich hierbei nicht um eine „Widerlegung“ eines wirtschaftlichen Vorteils, sondern um einen spezifischen Anwendungsfall der Härtefallklausel, wie sie im Übrigen in § 34 Abs. 3 GWB normiert ist.⁴⁹ Im Übrigen greifen die Vermutungen nicht, wenn die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist (§ 34 Abs. 4 S. 9 GWB-RegE).

Mit der Einführung der zweifachen Vermutung will der Gesetzgeber auf den Umstand reagieren, dass die konkrete Bezifferung und der Nachweis des durch einen schuldhaften Kartellverstoß generierten wirtschaftlichen Vorteils häufig schwerfällt.⁵⁰ Das Bundeskartellamt hat von der Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB daher bislang keinen Gebrauch gemacht.⁵¹ Mit der Reform soll dem Bundeskartellamt nunmehr auch für diese Fälle ein effektives Instrument zur Verfügung gestellt werden. Eine Vorteilsabschöpfung soll dem Bundeskartellamt insbesondere in solchen Fällen möglich sein, in denen kein Bußgeld verhängt wird, aber gleichwohl davon ausgegangen werden kann, dass der Wettbewerbsverstoß mit einem wirtschaftlichen Vorteil verbunden war.⁵² Die faktische Unwiderleglichkeit der beiden Vermutungen soll gewährleisten, dass die Nachweisprobleme hinsichtlich des „Ob“ und der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils nicht auf einen Streit über die Widerlegung ausgelagert werden.⁵³

⁴⁹ Siehe auch die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen, 28.10.2022, Rn. 61, abrufbar unter „https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/2022-11/20221028_Stellungnahme_Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz.PDF“.

⁵⁰ BT-Drs. 20/6824, S. 37 f.; Emmerich/Lange, Kartellrecht, 2019, § 39, Rn. 23.

⁵¹ Siehe dazu den Überblick von Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 34 GWB, Rn. 1 – 7.

⁵² Siehe BT-Drs. 20/6824, S. 37 f.

⁵³ BT-Drs. 20/6824, S. 40.

Die Abschöpfung kartellrechtswidrig erwirtschafteter Gewinne kann einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass das Kartell- und Missbrauchsverbot eine optimale Abschreckungswirkung entfalten. Da das Bundeskartellamt in vielen Missbrauchsverfahren kein Bußgeld verhängt,⁵⁴ kann eine Vereinfachung der Vorteilsabschöpfung grundsätzlich sinnvoll sein.

Die Vermutung zur Mindesthöhe des wirtschaftlichen Vorteils ist allerdings sehr pauschal und lässt jegliche Differenzierung nach der Schwere des Verstoßes vermissen. Im Falle schwerer Verstöße – gerade auch gegen das Missbrauchsverbot – wird die Vermutung eines kartellrechtswidrig erlangten Vorteils in Höhe von 1 % des Umsatzes regelmäßig zu niedrig veranschlagt sein.⁵⁵ Hier müsste das Bundeskartellamt künftig mutiger von seiner Schätzungsbefugnis nach § 34 Abs. 3 S. 4 GWB-RegE i.V.m. § 287 ZPO Gebrauch machen, um mit der Vorteilsabschöpfung den rechtswidrigen Zustand wiederherzustellen und damit zugleich zu einer effektiven Abschreckung beizutragen.

In bestimmten Fällen vertikaler Beschränkung kann die Vermutung von 1 % des Umsatzes demgegenüber zu hoch sein. Dies gilt gerade bei fahrlässigen Verstößen in Graubereichen des Rechts. In solchen Fällen bleibt allerdings ein Rückgriff auf die Härtefallklausel des § 34 Abs. 3 GWB möglich.

In der Ausgestaltung des RegE ist der neue § 34 Abs. 4 GWB-RegE daher nach meiner Einschätzung weder wettbewerbspolitisch noch verfassungsrechtlich zu beanstanden. Die faktische Unwiderleglichkeit der Vermutungen ist für schwere und insbes. vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße gerechtfertigt. Es ist nicht ersichtlich, warum Unternehmen die mit einem Verstoß gegen Wettbewerbsregeln verbundenen Risiken eingehen sollten, wenn sie hierfür nicht mit einem wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von mindestens 1 % des Umsatzes belohnt werden (eine Sonderform des „no economic sense“-Tests).

⁵⁴ Kritisch dazu: Monopolkommission XXIV. Hauptgutachten, 2022, Rn. 397.

⁵⁵ Ähnlich mit Blick auf vorsätzliche und „hardcore“-Verstöße Kersting, NZKart 2022, 659, 662.