



Ausschussdrucksache 20(9)268

13. Juni 2023

Prof. Dr. Rupprecht Podszun
Direktor des Instituts für Kartellrecht (IKartR)
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches
Wettbewerbsrecht
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
40204 Düsseldorf

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

Prof. Dr. Rupprecht Podszun/Dr. Tristan Rohner

Neue Befugnisse für das Bundeskartellamt – Die 11. GWB-Novelle

Stellungnahme für den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags

12. Juni 2023

Diese Stellungnahme bezieht sich auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 16.5.2023, Drucksache 20/6824, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze“

Prof. Dr. Rupprecht Podszun ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und dort Direktor des Instituts für Kartellrecht. Er ist Vizepräsident von ASCOLA, der Academic Society for Competition Law. Seit 2022 ist er Ersatzmitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich.

Dr. Tristan Rohner ist Postdoc an diesem Lehrstuhl. Er ist – mit Alexander Kirk und Philipp Offergeld – Mitherausgeber des Buches „Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle“ (Nomos 2023).

E-Mail: ls.podszun [at] hhu.de

Web: <https://www.jura.hhu.de/dozenten/podszun>

Twitter: @ruppe_p | @trrohn

Blog: www.d-kart.de

Podcast: Bei Anruf Wettbewerb (Rupprecht Podszun & Justus Haucap)

Wesentliche Ergebnisse

1. Die Maßnahmen nach Sektoruntersuchungen gem. § 32f GWB-E schließen Lücken im Wettbewerbschutz und können Konstellationen struktureller Wettbewerbsarmut beseitigen. Die Voraussetzungen und Folgen sind grundsätzlich so austariert, dass keine überbordende Belastung für Unternehmen droht. Vielmehr ergeben sich Chancen, indem Wettbewerb ermöglicht oder belebt wird.
2. § 32f GWB-E in der Form des Regierungsentwurfs ist mit Unions- und Verfassungsrecht vereinbar.
3. Eine Störung des Wettbewerbs liegt vor, wenn die Koordination der Entscheidungen der Marktteilnehmer nicht ungehindert erfolgt, weil strukturelle oder strukturell verhaltensbedingte Hindernisse den Prozess des Zusammenfindens von Angebot und Nachfrage beeinträchtigen.
4. Die Subsidiaritätsklausel in § 32f Abs. 3 GWB-E sollte gestrichen werden. Sie erfüllt keinen materiellen Zweck, sondern führt nur zu unnötigen Kosten und Verzögerungen in der Rechtsdurchsetzung.
5. Die Bezugnahme auf § 32 Abs. 2 GWB in § 32f Abs. 3 GWB-E sollte gestrichen werden, da die neue Befugnis auf strukturelle Marktverzerrungen ausgerichtet ist, für deren Beseitigung gerade auch Maßnahmen struktureller Art erforderlich sein können.
6. Der Rechtsschutz gegen die Feststellung einer Wettbewerbsstörung sollte sich nicht auf die Adressatenstellung der Unternehmen beziehen.
7. Die Entflechtungsvorschrift, die ohnehin kaum zur Anwendung kommen wird, ist als ultima ratio begrüßenswert und in der Ausgestaltung gelungen.
8. Entscheidungen nach § 32f GWB-E sollten nicht allein durch eine Beschlussabteilung im Bundeskartellamt getroffen werden, sondern der Gegenprüfung durch eine weitere Beschlussabteilung unterliegen.
9. Nach der Feststellung einer Wettbewerbsstörung gem. § 32f Abs. 3 GWB-E sollte ein Runder Tisch mit allen Interessierten einberufen werden, um mögliche Abhilfemaßnahmen zu diskutieren.
10. Im Zuge einer Sektoruntersuchung sollte nach spätestens 12 Monaten ein Signal gegeben werden, ob mit Maßnahmen nach § 32f GWB zu rechnen ist.
11. Die Neuregelung der Vorteilsabschöpfung ist nötig. Die gewählten Vermutungen sind der richtige Weg, um die Anwendung der Vorteilsabschöpfung zu ermöglichen. Das Verschuldenserfordernis sollte allerdings wieder gestrichen werden. Demnächst sollte eine „große Lösung“ unter Einbeziehung von Bußgeld und Schadensersatz angestrebt werden.
12. Es ist uneingeschränkt zu begrüßen, wenn die Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA) durch das Bundeskartellamt unterstützt wird. Die Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung des DMA in Deutschland ist ein herausragender Schritt. Für die Rechtsvereinheitlichung wäre der Aufbau einer Sammlung mit allen DMA-Entscheidungen hilfreich.

INHALTSVERZEICHNIS

VORBEMERKUNG	5
A. NEUE BEFUGNISSE NACH SEKTORUNTERSUCHUNGEN	6
I. DAS NEUE REGELUNGSMODELL IM ÜBERBLICK	6
1. <i>Änderung am bestehenden Modell der Sektoruntersuchung (§ 32e GWB-E)</i>	6
2. <i>Neue Eingriffsbefugnisse (§ 32f GWB-E)</i>	6
3. <i>Das Market Investigation Tool (UK) und das New Competition Tool (EU)</i>	7
II. GRUNDLEGENDE ERWÄGUNGEN	8
1. <i>Regelungsbedarf und wirtschaftspolitische Begründung</i>	8
2. <i>Praktische Anwendungsfälle</i>	11
3. <i>Marktdesign durch das BKartA?</i>	12
4. <i>Vereinbarkeit mit Unionsrecht</i>	13
5. <i>Verfassungsrecht</i>	14
III. DIE AUSGESTALTUNG DES § 32F GWB-E	15
1. <i>Ausweitung der Fusionskontrolle</i>	15
2. <i>Feststellung der Wettbewerbsstörung</i>	16
3. <i>Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3</i>	19
4. <i>Entflechtung nach Abs. 4</i>	20
5. <i>Verfahren</i>	21
B. VORTEILSABSCHÖPFUNG	24
I. DEFIZITE BEI DER ABSCHÖPFUNG	24
II. KEINE ABSCHÖPFUNG NACH § 34 GWB.....	25
III. NEUREGELUNG MIT VERMUTUNGEN	26
IV. DER WIRTSCHAFTLICHE VORTEIL UND DESSEN HÖHE	26
V. EINGESCHRÄNKTE WIDERLEGBARKEIT.....	27
C. DURCHSETZUNG DES DIGITAL MARKETS ACT	29
I. BEHÖRDLICHE DURCHSETZUNG DES DMA	29
II. PRIVATE DURCHSETZUNG DES DMA.....	30
III. WEITERER DIGITALER REGELUNGSBEDARF?	31
D. NACH DER NOVELLE IST VOR DER NOVELLE	32
I. NACHHALTIGKEIT	32
II. BEHÖRDLICHER VERBRAUCHERSCHUTZ	33
III. SCHADENSERSATZRECHT	33
IV. WETTBEWERBSFÄHIGKEIT	33
V. REGULATORISCHE ATEMPAUSE	33

Vorbemerkung

Ein Kartellrecht mit „Klauen und Zähnen“ versprach der Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz, *Robert Habeck*, vor einem Jahr als Reaktion auf die Vermutung, dass der sog. Tankrabatt an den Tankstellen nicht voll weitergegeben wird.¹ Im September 2022 wurde der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle – betitelt als „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“ – vorgelegt.² Der Referentenentwurf stieß auf eine gespaltene Resonanz in Politik, Wirtschaft und Wissenschaft.³ Die Bundesregierung hat im Regierungsentwurf vom April diesen Jahres, der Gegenstand der hier vorbereiteten Anhörung ist, einige der Kritikpunkte aufgegriffen.⁴

Inhaltlich geht es um drei Vorhaben:

- Neue Befugnisse des Bundeskartellamts (BKartA) nach Sektoruntersuchungen (§ 32e und § 32f GWB-E),
- erleichterte Abschöpfung kartellrechtswidrig erzielter Vorteile (§ 34 GWB-E),
- Unterstützung der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA) durch das BKartA (§ 32g GWB-E) und Erleichterung der privaten Durchsetzung des DMA (§§ 33 ff. u.a. GWB-E).

In dieser Stellungnahme erörtern wir, welchen Bedarf es für die in der 11. GWB-Novelle vorgesehenen Neuregelungen gibt und ob dieser Bedarf durch die Vorschläge im Regierungsentwurf in rechtskonformer und zweckmäßiger Weise adressiert wird. Wir begrüßen die Vorschläge im Großen und Ganzen, da sie Situationen struktureller Wettbewerbsarmut, die bislang nicht erfasst werden können, konsequent angehen.

Zur Debatte sei bemerkt: Wir erkennen an, dass es andere Auffassungen als unsere zur Grundkonzeption und zu Details geben kann. Die zum Teil sehr harsche Kritik einiger Verbände scheint uns gleichwohl in Tonfall und in der Sache auf irritierende Weise überzogen. Die kartellrechtliche Fachdebatte wird durch Polemik nicht erleichtert.

¹ Siehe Deutschlandfunk-Interview am 13.6.2022, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/bundeswirtschaftsminister-habeck-kartellrecht-tankrabatt-mineraloelkonzerne-100.html> (alle Verweise zuletzt geprüft am 12.6.2022). Zur tatsächlichen Weitergabe des Tankrabatts siehe BKartA, Zwischenbericht zur ad-hoc-Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoff-großhandel, November 2022, S. 5, 78 ff., abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemittelungen/2022/28_11_2022_SU_Raffinerien.pdf.

² Zu diesem Entwurf Käseberg, NZKart 2022, 539.

³ Vgl. im Überblick Lübbig, WuW 2023, 193, 195 ff.

⁴ Käseberg, NZKart 2023, 245.

A. Neue Befugnisse nach Sektoruntersuchungen

Der erste Schwerpunkt der Novelle sind die neuen Maßnahmen nach § 32f GWB-E, die das BKartA nach einer Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) ergreifen kann. Gerade diese neuen Befugnisse des BKartA werden immer wieder als Paradigmenwechsel bezeichnet.⁵

I. Das neue Regelungsmodell im Überblick

Mit dem neuen Regelungsmodell werden Änderungen an den Voraussetzungen und dem Ablauf der Sektoruntersuchungen vorgenommen (§ 32e GWB-E). Dem können sich die neuen Eingriffsbefugnisse nach § 32f GWB-E anschließen.

1. Änderung am bestehenden Modell der Sektoruntersuchung (§ 32e GWB-E)

Der Gesetzesvorschlag passt zunächst – moderat – das bereits etablierte Modell der Sektoruntersuchung an. Sektoruntersuchungen sollen nunmehr innerhalb von 18 Monaten abgeschlossen werden (§ 32e Abs. 3 GWB-E, bislang keine zeitliche Vorgabe), das BKartA ist gehalten, einen Bericht zu veröffentlichen (§ 32e Abs. 4 S. 1 GWB-E, bislang bloße kann-Vorschrift), ausdrücklich wird die Möglichkeit benannt, wettbewerbspolitische Empfehlungen zur Vorlage bei der Bundesregierung einzureichen (§ 32e Abs. 4 S. 3 GWB-E, bislang keine derartige Regelung). Die Monopolkommission soll das Recht erhalten, eine Sektoruntersuchung anzuregen, wobei das BKartA dazu jedenfalls Stellung nehmen muss (§ 44 Abs. 5 GWB-E, neu).

Die Änderungen an § 32e GWB-E sind positiv zu bewerten:

Schon in früheren Stellungnahmen haben wir darauf hingewiesen, dass die Verfahren des BKartA beschleunigt werden müssen.⁶ Die zeitliche Begrenzung auf 18 Monate ist ein Schritt in diese Richtung. Weiterhin bleibt das BKartA dazu aufgerufen, die internen Mechanismen so auszurichten, dass zügig entschieden werden kann.

Die ausdrückliche Erwähnung der Möglichkeit, gegenüber der Bundesregierung wettbewerbspolitische Empfehlungen auszusprechen, stärkt die Rolle des BKartA bei der „Competition Advocacy“, also dem Werben für wettbewerbliche Lösungen in der Wirtschaftspolitik. Oft sind es gerade staatliche Regularien, die Markteintritte erschweren, zu strukturellen Fehlstellungen führen oder schlicht überkommen sind. Es sollte eine Selbstverständlichkeit sein und eine Frage des Respekts vor der Arbeit nachgeordneter Behörden, dass die Bundesregierung zu den wettbewerbspolitischen Empfehlungen begründet Stellung bezieht und ggf. auch den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags informiert.

2. Neue Eingriffsbefugnisse (§ 32f GWB-E)

Nach einer Sektoruntersuchung sollen gem. § 32f GWB-E dem BKartA weitergehende Möglichkeiten eröffnet werden, die wiederum innerhalb von 18 Monaten ergehen sollen (Abs. 7):

- Gemäß § 32f Abs. 2 GWB-E kann das BKartA einem Unternehmen eine engmaschigere Fusionskontrolle auferlegen. Diese Regel tritt an die Stelle von § 39a GWB.

⁵ Zuerst wohl von Rohner, Kartellrecht mit Klauen, Verfassungsblog vom 4.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/kartellrecht-mit-klauen/>.

⁶ Podszun, Die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie, 2020, Ausschussdrucks. 19(9)887, S. 22.

- Gem. Abs. 3 soll das BKartA bei Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs (definiert in Abs. 5) Abhilfemaßnahmen ergreifen können. Mögliche Abhilfemaßnahmen werden beispielhaft in § 32f Abs. 3 GWB-E genannt.
- Das BKartA kann unter weiter verschärften Voraussetzungen auch Entflechtungen vorsehen (Abs. 4).

Für Maßnahmen auf regulierten Märkten ist das Einvernehmen der Bundesnetzagentur einzuholen (Abs. 8).

Die Befugnisse des BKartA werden mit dieser Neuerung ausgebaut. Der Paradigmenwechsel liegt darin, dass Wettbewerbsschutz im Kartellrecht nicht mehr nur an rechtswidriges Verhalten angeknüpft wird, sondern auch dann kartellbehördliche Eingriffe vorgesehen werden, wenn Unternehmen nicht gegen Rechtsnormen verstoßen haben.⁷ Allerdings ist dieser Wechsel weniger „revolutionär“ als es zunächst den Anschein hat: Zum einen wird auch in der präventiven Fusionskontrolle eingegriffen, ohne dass sich Unternehmen rechtsverletzend verhalten haben. Zum anderen ist Kartellrecht in gewisser Weise ins Recht gegossene Wettbewerbsökonomie. Wettbewerbsökonomien definieren Wettbewerbsstörungen ohne Rücksicht auf das GWB oder die Rechtswidrigkeit.⁸ Ob dann hoheitlich korrigierend eingegriffen werden sollte, ist eine berechnete Frage (da es natürlich auch Regulierungsversagen geben kann). Die Grundannahme, dass es Wettbewerbsstörungen geben kann, die bislang nicht erfasst werden oder bei denen die bisherigen Instrumente nicht recht greifen (vgl. die Erfahrungen mit der Digitalwirtschaft), dürfte jedoch tragen.⁹

Ob ein Ausbau von Befugnissen erforderlich ist – und sei es nur für den Fall des Falles in Zukunft –, ist in erster Linie eine Frage der politischen Einschätzung. Es ist dann aber auf die Ausgestaltung zu achten: Mehr Befugnisse bedeuten mehr Macht. Macht ist anfällig für Missbrauch – wer wüsste das besser als Kartellrechtler:innen?¹⁰ Missbräuche sind durch ein klar abgestecktes Regelwerk möglichst zu verhindern. Wir machen dazu weitere Vorschläge (unten A.III.5).

3. Das Market Investigation Tool (UK) und das New Competition Tool (EU)

Die neue Regelung ist international kein Novum. Mit dem Market Investigation Tool hat das Vereinigte Königreich ein sehr ähnliches Instrument. Vergleichbare Regelungen finden sich auch in Griechenland, Island, Mexiko, Südafrika und Rumänien.¹¹ Das Market Investigation Tool im Vereinigten Königreich dient laut Gesetzesbegründung als Vorbild für die Maßnahmen nach § 32f GWB-E.¹² Dieses Tool gibt es seit 2002, es wurde bei der Entflechtung von Flughäfen sowie im Zementbereich erfolgreich eingesetzt.¹³ Die Erfahrungen mit dem Market Investigation Tool in einer als besonders wirtschaftsfreundlich geltenden Jurisdiktion zeigen erstens, dass das Tool

⁷ Rohner, Kartellrecht mit Klauen, Verfassungsblog vom 4.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/kartellrecht-mit-klauen/>, so bspw. auch Körber, NZKart 2023, 193.

⁸ Beispielhaft Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 163 ff.; Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 61 ff.

⁹ Kritisch Thomas, ZWeR 2022, 333, 333 ff.

¹⁰ Vgl. Podszun, NJW, Editorial 4.5.2023, abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/kartellrecht-mit-klauen?bifo=port>.

¹¹ Whish, New competition tool: legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool, 2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf.

¹² Regierungsentwurf S. 19; Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 643 ff.

¹³ Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 254.

nur in seltenen Fällen zum Einsatz kommt, zweitens wettbewerblich positive Ergebnisse erzielt wurden, und drittens in der Handhabung keine interventionistisch abkippende Superregulierung einsetzen muss.

Auf europäischer Ebene wurde das New Competition Tool erwogen, aber nicht umgesetzt.¹⁴ Stattdessen wurde mit dem Digital Markets Act eine tiefgreifende Regulierung eines Teilbereichs der Wirtschaft vorgenommen. In gewisser Weise belegt dieser Umstieg vom New Competition Tool (mit einzelnen potentiellen Maßnahmen der Behörde) auf den Digital Markets Act (mit detaillierten gesetzgeberischen Vorgaben), dass die Alternative zur Schaffung neuer Befugnisse für die Behörde nicht automatisch ein laissez-faire ist. Vielmehr kann das Pendel auch in die Gegenrichtung ausschlagen und jedenfalls in Teilbereichen erheblich intensivere Eingriffe zur Folge haben, die politisch gesteuert sind (und nicht ausschließlich einer Wettbewerbslogik folgen). *Justus Haucap* hat daher darauf hingewiesen, dass tagespolitische, möglicherweise populistische Eingriffe in Branchen durch § 32f GWB-E abgewendet werden können, weil auf das Instrumentarium und die Expertise des BKartA verwiesen werden kann.¹⁵

II. Grundlegende Erwägungen

Die neuen Maßnahmen sind zu begrüßen, da sie Lücken im Wettbewerbsschutz des GWB schließen und dazu führen können, dass wettbewerbliche Probleme auf konzentrierten Märkten beseitigt werden. Die Regelungen sind unions- und verfassungsrechtskonform.

1. Regelungsbedarf und wirtschaftspolitische Begründung

Kartellrecht ist das Instrument, um marktmachtbedingte Wettbewerbsstörungen abzustellen.¹⁶ Die im GWB festgelegten Rechtsverletzungen wurden in den 1950er Jahren bzw. 1973 (Fusionskontrolle) im deutschen Recht verankert. Es ist nicht verwunderlich, dass es inzwischen weitere Erkenntnisse zu marktbedingten Wettbewerbsstörungen gibt. Diese können in den einst gesteckten Grenzen nicht immer erfasst werden.

a) Lücken im Wettbewerbsschutz?

Wettbewerbsschutz muss wirksam sein – sonst setzen sich ungehindert die Stärksten, nicht die Besten durch. Der starke Handlungsrahmen, der in Deutschland auf Basis der ordoliberalen Grundüberzeugungen gesetzt wurde,¹⁷ hat die Kartellrechtsdurchsetzung zu einem Erfolgsmodell werden lassen. Das BKartA hat seine hervorragende Stellung auch in Zeiten behauptet, in denen es – etwa in den USA – zu einem gefährlichen Rückbau des *antitrust enforcement* gekommen ist. Um das Erfolgsmodell aufrechtzuerhalten, muss die Wettbewerbspolitik mit der Zeit gehen und im besten Fall proaktiv auf neue Herausforderungen reagieren. Auch in Deutschland gibt es in einzelnen Märkten problematische Machtkonzentrationen und Konzentrationstendenzen.¹⁸ Diese treten zwar nicht flächendeckend auf und mögen nicht vergleichbar sein mit den

¹⁴ Positiv bewertet etwa von Motta/Peitz, *Intervention triggers and underlying theories of harm*, 2020, abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/kd0420575enn.pdf>.

¹⁵ Haucap, Podcast „Bei Anruf Wettbewerb“, Folge vom 6.4.2023 – „Der Regierungsentwurf!“.

¹⁶ Für andere Wettbewerbsstörungen, etwa solche, die auf Informationsasymmetrien beruhen, gibt es andere wirtschaftsrechtliche Instrumente, z.B. verbraucherrechtliche Informationsansprüche.

¹⁷ Vgl. die exzellente Analyse unter Bezugnahme auf die ordoliberale Schule: Wagner-von Papp in: Kirk/Offergeld/Rohner, *Kartellrecht in der Zeitenwende*, 2022, S. 33, 35 ff.

¹⁸ Monopolkommission, 24. Hauptgutachten: Wettbewerb 2022, Rn. 108 ff., 160; siehe auch Buchwald/Hotten/Rothbauer/Weche in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, vol. 241, no. 5-6, 2021, S. 787-800.

vor allem in den USA beobachteten Entwicklungen, sollten aber dennoch als Risiko für den freien Wettbewerb verstanden werden.

Im 21. Jahrhundert benötigt das Kartellrecht einen Impuls, um diesen Ansprüchen weiter zu genügen. In den kritischen Stellungnahmen zur 11. GWB-Novelle wird häufig unterschlagen, dass Markteingriffe durch das BKartA in der Regel wettbewerbseröffnende Wirkung haben: Das BKartA greift ein, um anderen Unternehmen Marktchancen zu eröffnen und die Verbraucherwohlfahrt zu erhöhen. Das ist das Ziel der neuen Maßnahmen. Dass dagegen von Unternehmensverbänden, die doch ein Interesse an offenen Märkten haben, derart opponiert wird, ist überraschend.

Diskutiert werden muss also zunächst, ob das bisherige Level an Wettbewerbsdurchsetzung zu gering ist. Dies ist eine politische Einschätzung, die keine rechtswissenschaftliche Analyse voraussetzt. Deshalb sollen hier nur drei Schlaglichter geworfen werden:

Erstens: Dass es erhebliche Abhängigkeiten von einzelnen Unternehmen gibt, wurde in den Krisen der letzten Jahre überdeutlich (erinnert sei nur an Energie, Mineralöl, Pharma).

Zweitens: Die Rechtsdurchsetzung ist im Kartellrecht äußerst schwierig geworden. Verfahren sind aufwändig und lang andauernd geworden. Kreative Umgehungen von Verfügungen (etwa durch Ausnutzung der „Wurstlücke“ oder, wie jüngst berichtet,¹⁹ im Fall der Ticketing-Plattform Eventim gegen ein Fusionsverbot) erschüttern das Vertrauen in unternehmerische Compliance.

Drittens: Der häufig gehörte Lehrsatz „Nur der Missbrauch von Marktmacht ist verboten, nicht Marktmacht selbst“ ist zum Mantra geworden, das ignoriert, dass wettbewerbsökonomisch seit *Adam Smith* die Abwesenheit von Marktmacht (und nicht die Abwesenheit des Missbrauchs von Marktmacht) als Marktversagenstatbestand gilt. Wenn es als Systembruch wahrgenommen wird, dass das BKartA gegen Verhaltensweisen vorgehen kann, die keinen Kartellrechtsverstoß begründen,²⁰ offenbart dies, dass das formale Verständnis des geltenden Rechts höher gewichtet wird als das ökonomische Verständnis von Wettbewerbsschutz. Das ist für eine rechtspolitische Debatte, bei der es gerade um Änderungen des Rechts geht, nicht hilfreich.

Die neuen Eingriffsmöglichkeiten sind als Komplettierung des Wettbewerbsschutzes gedacht.²¹ Der Gesetzentwurf benennt konkret zwei Lücken, die im Folgenden kurz betrachtet werden.

b) Konzentration als Problem?

Die neuen Maßnahmen werden als Mittel gegen Konzentrationstendenzen in Märkten angesehen. Dies betrifft Sachverhalte, in denen die Entstehung von Marktmacht nicht der Fusionskontrolle unterworfen ist. Denkbar ist dies als Folge von internem Wachstum, dem Ausscheiden von Wettbewerbern und Marktentwicklungen nach einer Fusion, die im Rahmen der Fusionskontrolle wegen des eingeschränkten Prognosezeitraums nicht berücksichtigt werden können oder unvorhersehbar waren.²² Die so entstandene Machtstellung konnte nicht verhindert werden. Sie kann auf Grundlage der bisherigen kartellrechtlichen Eingriffsbefugnisse nicht beseitigt werden.

¹⁹ Khamis/Wipfler auf tagesschau.de, „Expansion am Kartellamt vorbei“, 3.6.2023, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/br-recherche/eventim-musikindustrie-100.html>.

²⁰ So bspw. Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2022, Rn. 9; Körber, NZKart 2023, 193; Stappert/Altdorf, EnK-Aktuell 2022, 01099.

²¹ So auch Mundt, NZKart 2023, 1, 1 ff.

²² Vgl. Wagner-von Papp in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2022, S. 33, 48 ff.

Das ist nach Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB nur bei einem Missbrauch möglich. Dennoch resultieren aus der Machtstellung wettbewerbliche Probleme. Gerade in Extremfällen einer verfestigten Marktposition und anhaltend fehlendem Wettbewerb kann es deswegen angebracht sein, den Markt zu öffnen.²³ Die Monopolkommission hat festgestellt, dass es in einzelnen Branchen auch in Deutschland eine erhebliche Konzentration gibt.²⁴

Die Vermachtung der Märkte kann strategisch immer stärker abgesichert werden, etwa durch künstliche Markteintrittshürden, Lock-in-Effekte, die Ausnutzung der Wechsel-Trägheit von Kunden, die Personalisierung oder Granularisierung von Services. In manchen Märkten ist es auch schlicht zu einem Status quo gekommen, der – aus welchen Gründen auch immer – von außen nicht mehr angegriffen wird, in dem sich innen die Akteure in ihrer jeweiligen Position eingerichtet haben.

c) Gleichförmiges Verhalten als Problem?

Strukturelle Wettbewerbsarmut ist auch der Nährboden für unabgestimmte Verhaltensweisen. Sie betreffen vor allem Oligopolsachverhalte. Aufgrund der Marktstruktur oder des unterstützenden Verhaltens der Oligopolisten ist keine Kommunikation nötig, um sich gleichförmig zu verhalten. Dies führt zu dem gleichen Marktergebnis wie bei kollusivem Verhalten. Beispiele für strukturelle Ursachen sind homogene Produkte und eine hohe Markttransparenz. Ein Informationsaustausch oder die einseitige Offenlegung von Informationen sind Beispiele für unterstützende Verhaltensweisen. Es wäre zwar denkbar, dass auch Einzelfälle der unabgestimmten Verhaltensweisen mit einer weiten Auslegung des Kartellverbots in Art. 101 AEUV und § 1 GWB erfasst werden könnten.²⁵ Eine solche Ausweitung birgt aber Gefahren und ist bisher von den Gerichten nicht anerkannt.²⁶

d) Alternative: Neue Tatbestände?

Denkbar wäre es, neue Tatbestände zu normieren, die bestimmte Verhaltensweisen als rechtswidrig einstufen.²⁷ Allerdings ist dieses Modell in gewisser Weise an Endpunkte geraten:²⁸

- Erstens sind die Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge so komplex geworden, dass das Identifizieren einzelner rechtsverletzender Verhaltensweisen immer schwieriger wird. Das Herausgreifen einzelner unternehmerischer Handlungen, wie es im Missbrauchstatbestand bislang angelegt ist, trifft im Zweifel nicht den Kern des Problems und beschneidet in einer Art Mikromanagement unternehmerische Entscheidungen. Derartige Eingriffe sind nicht automatisch weniger invasiv als strukturelle Maßnahmen.
- Zweitens wird Kartellrecht unter dem Einfluss der Ökonomie heute weniger von Verhaltensweisen aus gedacht, sondern auswirkungsbasiert. Das problematische Marktergebnis steht im Fokus der wettbewerbsökonomischen Analyse.

²³ Wagner-von Papp in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2022, S. 33, 49.

²⁴ Monopolkommission, 24. Hauptgutachten: Wettbewerb 2022, Rn. 108 ff., 160; siehe auch Buchwald/Hotten/Rothbauer/Weche in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, vol. 241, no. 5-6, 2021, S. 787-800.

²⁵ Thomas, ZWeR 2022, 333, 340 f.

²⁶ Wagner-von Papp in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2022, S. 33, 45 f.

²⁷ Dafür wohl BDI, Stellungnahme zur 11. GWB-Novelle, S. 25, abrufbar unter: <https://bdi.eu/publikation/news/11-gwb-novelle>; Ackermann, GRUR 2022, 1705, 1706.

²⁸ So auch Haucap, Lebensmittel Zeitung vom 04.11.2022, S. 27.

- Drittens hat sich das bisherige Modell der Kartellrechtsdurchsetzung durch überhöhte Beweisanforderungen, Überkomplexität, Umgehungen und nur geringe Marktwirkungen so entwickelt, dass die Gefahr eines strukturellen *under-enforcements* diagnostiziert werden kann.

e) **Zwischenfazit: Strukturprobleme des Wettbewerbs**

§ 32f GWB-E soll der Bekämpfung von Wettbewerbsstörungen dienen. Wir sehen Ansatzpunkte dafür vor allem dort, wo es aufgrund struktureller Gegebenheiten oder langjähriger Wettbewerbsarmut nicht mehr zu wettbewerblichen Impulsen kommt. Eine Aufhebung solcher Zustände ist essentiell: Wo Wettbewerb versagt, werden Ressourcen falsch eingesetzt. Es kommt zu Wohlfahrtsverlusten. Preise sind höher als sie sein müssten, es kommt zu weniger Innovationen. Verbrauchervertrauen in marktwirtschaftliche Prozesse wird enttäuscht.

Im Regierungsentwurf werden beispielhaft für nicht erfasste Wettbewerbsstörungen bestimmte Konzentrationstendenzen und gleichförmiges Verhalten gewertet. Allgemeiner lässt sich sagen, dass es Märkte gibt, in denen sich Strukturen so verfestigt haben oder in denen einzelne Unternehmen derart stark geworden sind, dass es nicht mehr ein einzelnes Missbrauchsverfahren ist, das die Wettbewerbsstörungen auflösen kann. Hinzukommt, dass die kartellbehördliche Rechtsdurchsetzung in den vergangenen Jahren komplizierter geworden ist. Insgesamt sehen wir daher den Bedarf für einen neuen instrumentellen Impuls.

2. **Praktische Anwendungsfälle**

Bundesregierung und BKartA haben in den Debatten keine Anwendungsfälle für § 32f GWB-E genannt. Das ist politisch nachvollziehbar. Es hat aber auch einen ökonomisch-wissenschaftlichen Grund: Ob eine fortwährende und erhebliche Wettbewerbsstörung vorliegt, kann erst durch aufwändige Ermittlungen festgestellt werden. Es gibt bislang keinen „Wettbewerbsmonitor“, keine einfach zugänglichen, rasch ablesbaren Indikatoren für Wettbewerbsstörungen. Wenn schon bekannt ist, was wo zu tun ist (so ist etwa bekannt, dass eine Trennung von Netz und Schiene bei der Deutschen Bahn sinnvoll wäre), braucht es die Sektoruntersuchung nicht.

Will man wissen, um welche Märkte es gehen könnte, hilft ein Blick auf die Branchen, in denen das BKartA in der Vergangenheit jedenfalls Untersuchungsbedarf gesehen hat. Sektoruntersuchungen wurden ausweislich der Website des BKartA in den folgenden Bereichen durchgeführt:²⁹

- Ad-hoc Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel
- Online-Werbung
- Erfassung von Haushaltabfällen
- Krankenhäuser
- Ladesäulen
- Zement und Transportbeton
- Submetering
- Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel

²⁹ Die Liste der Sektoruntersuchungen kann abgerufen werden unter: https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publicationen/Sektoruntersuchungen/sektoruntersuchungen_node.html.

- Duale Systeme
- Walzasphalt
- Fernwärme
- Erdgas
- Milch
- Kraftstoffe
- Stromerzeugung, Stromgroßhandel
- Heizstrom
- Außenwerbung

In den folgenden Berichten der letzten 10 Jahre liefern die Ergebnisse der Sektoruntersuchung Hinweise auf wettbewerbliche Probleme, die auch auf eine starke Konzentration zurückgeführt werden können:

- Raffinerien³⁰
- Online-Werbung³¹
- Haushaltsabfälle³²
- Zement und Transportbeton³³
- Submetering³⁴
- Lebensmitteleinzelhandel³⁵

Für die meisten dieser Branchen werden auch bei Anwendung von § 187 Abs. 11 GWB-E Maßnahmen nach § 32f GWB-E unmittelbar nicht mehr in Betracht kommen. Das Spektrum wird jedoch deutlich. Wir vermuten, dass es eher regionale Märkte mit hoher Konzentration und hohen Marktzutrittsschranken sein werden, in denen das BKartA zunächst Handlungsbedarf sieht.³⁶ Nur am Rande sei bemerkt, dass in mehreren der betroffenen Branchen staatliche Akteure eine Rolle spielen oder früher gespielt haben.

Das Bundeskartellamt hat seit 2005 16 Sektoruntersuchungen abgeschlossen, also nicht einmal eine pro Jahr. Angesichts der höheren materiellen und prozeduralen Voraussetzungen und des höheren Risikos von gerichtlicher Überprüfung werden Sektoruntersuchungen nach § 32f GWB-E eher seltener sein und auf Sektoren beschränkt bleiben, in denen offensichtlicher Handlungsbedarf gesehen wird. Dies verdeutlicht, dass ein Überinterventionismus nicht zu befürchten ist, sondern dass es sich bei § 32f GWB-E um eine sinnvolle Ergänzung des Instrumentariums für Extremfälle handelt.

3. Marktdesign durch das BKartA?

Neben der Kritik an der Notwendigkeit des Tools richtet sich ein weiterer Vorwurf dagegen, dass das BKartA nun „Marktdesign“ vornehmen könne und – so wird der Eindruck erweckt – Märkte

³⁰ BKartA, Sektoruntersuchung Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel Zwischenbericht, 2022, S. 32 ff., 101 ff.

³¹ BKartA, Sektoruntersuchung Online-Werbung Abschlussbericht, 2023, S. 16 ff.

³² BKartA, Sektoruntersuchung Erfassung von Haushaltsabfällen Abschlussbericht, 2021, S. 34 ff., 39.

³³ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton Abschlussbericht, 2017, S. 45 ff., 70 f., 94.

³⁴ BKartA, Sektoruntersuchung Submetering Abschlussbericht, 2017, S. 1 ff., 65.

³⁵ BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel Abschlussbericht, 2014, S. 9, 69 ff., 92 f.

³⁶ Für eine vertikale Entflechtung von Plattformen Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 651 ff.

nach seinen Vorstellungen neugestalten kann.³⁷ Dieser Vorwurf ist unbegründet.³⁸ Das Kartellamt hat zwar einen großen Spielraum bei den nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E zu ergreifenden Abhilfemaßnahmen. Das ist aber im übrigen Kartellrecht nach § 32 Abs. 2 GWB nicht anders. Es wird – auch mit Blick auf die soeben referierten Zahlen – bei punktuellen Eingriffen bleiben, die sich qualitativ von den bekannten Maßnahmen nicht unterscheiden.

4. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Vorgebracht wird, dass die neue Regelung gegen Unions- und Verfassungsrecht verstoßen könnte und sich nicht in das bestehende System des Wettbewerbsschutzes einfügt.³⁹ Diese Bedenken können nicht überzeugen.

Ausgangspunkt für die unionsrechtliche Perspektive ist Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV nach dem die Union für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ die ausschließliche Zuständigkeit hat. Konkretisiert wird dies durch Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003. Mitgliedsstaaten dürfen demnach für Vereinbarungen und andere von Art. 101 AEUV erfasste Verhaltensweisen keine strengeren Regeln vorsehen. Für einseitige Handlungen dürfen wiederum strengere Regeln erlassen werden.

Die Reichweite der Sperrwirkung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV ist umstritten.⁴⁰ Es ist allerdings anzuzweifeln, dass die Sperrwirkung sich auch auf nationales materielles Kartellrecht (mit zwischenstaatlichem Bezug) außerhalb der Art. 101 ff. AEUV bezieht. Hierfür spricht zunächst die Rechtsprechung des EuGH.⁴¹ Die Europäische Kommission scheint diese Auffassung ebenfalls zu vertreten, da sie zu keinem Zeitpunkt gegen das ähnliche Market Investigation Regime aus dem Vereinigten Königreich vorgegangen ist.⁴²

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 ist in Einzelfällen zwar dennoch denkbar, diese betreffen aber nicht den Regelungskern der neuen Maßnahmen. Solche Einzelfälle lassen sich in der Rechtsanwendung vermeiden und bedürfen nicht zwingend einer generell-abstrakten Anpassung der Regelung.⁴³ Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 liegt dann nicht vor, wenn die neuen Maßnahmen genutzt werden, um Verhaltensweisen zu erfassen, die bisher nicht unter das Kartellverbot subsumiert werden können.⁴⁴ Bei diesen handelt es sich gerade nicht um Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne der Vorschrift. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 lässt dem nationalen Gesetzgeber einen weiteren Spielraum, da strengere Vorgaben bei einseitigen Verhaltensweisen möglich sind. Schon deswegen ist ein Verstoß nicht anzunehmen.

³⁷ So bspw. BDI, Stellungnahme zur 11. GWB-Novelle (Referentenentwurf), S. 14, abrufbar unter: <https://bdi.eu/publikation/news/11-gwb-novelle>; Körber, EnK-Aktuell 2023, 010109.

³⁸ So auch Mundt NZKart 2023, 1, 3.

³⁹ So etwa zum Referentenentwurf Thomas, ZWeR 2022, 333, 351.

⁴⁰ Paal/Kieß, NZKart 2022, 678, 682 f.

⁴¹ Vgl. Häde in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 3 AEUV Rn. 6, mit Verweis auf: EuGH, Urt. v. 13. 2. 1969, Rs. 14/68, ECLI:EU:C:1969:4, Rn. 2 ff. - Wilhelm/BKartA; Urt. v. 10. 7. 1980, verb. Rs. 253/78 u. 1 bis 3/79, ECLI:EU:C:1980:188, Rn. 15 f. - Procureur de la République/Giry und Guerlain; Urt. v. 17. 2. 2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 21 - Konkurrentenverket/TeliaSonera Sverige AB.

⁴² Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 647.

⁴³ Regierungsentwurf, S. 30.

⁴⁴ So aber zum Referentenentwurf Thomas, ZWeR 2022, 333, 351.

Hinsichtlich der Entflechtung nach § 32 Abs. 4 GWB-E stellt sich noch die Frage des Verhältnisses zur FKVO. Theoretisch können Unternehmen entflochten werden, die zuvor eine fusionskontrollrechtliche Freigabe der Europäischen Kommission erhalten haben, die somit unterlaufen wird. Außerdem könnte eine Untersagung eines Rückerwerbs nach § 32f Abs. 4 S. 11 GWB-E dazu führen, dass das BKartA Zusammenschlüsse präventiv untersagt, die von der Europäischen Kommission hätten freigegeben werden können.⁴⁵ Die hierzu vereinzelt vorgebrachten Bedenken können nicht durchgreifen und sind ohnehin eher theoretischer Natur.

Nach § 32f Abs. 4 S. 9 GWB-E ist eine Entflechtung von Unternehmensteilen nicht möglich, wenn sie bis zu 10 Jahre zuvor Gegenstand einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe waren. Ein Verstoß ist bei dieser großzügigen Frist nur dann denkbar, wenn man die Bindungswirkung einer Freigabeentscheidung für zeitlich unbegrenzt hält.⁴⁶ Eine Freigabeentscheidung kann aber nur hinsichtlich ihres Inhaltes und zeitlich punktuell Bindungswirkung entfalten. Im Freigabeverfahren nach der FKVO wird aber regelmäßig nur ein Prognosezeitraum von wenigen Jahren zu Grunde gelegt. Eine weitergehende Bindung kann deswegen auch nicht angenommen werden.

Die Untersagung eines Rückerwerbs nach § 32f Abs. 4 S. 11 GWB-E kann die europarechtliche Fusionskontrolle ebenfalls nicht unterlaufen. Sollte es wirklich zu dem Fall kommen, dass die Europäische Kommission einen Zusammenschluss von Unternehmensteilen freigibt, die zuvor vom BKartA entflochten wurden, so gilt diese Freigabe vorrangig. Die Europäische Kommission ist selbstverständlich nicht an die Entscheidung des BKartA gebunden. Klarstellend könnte in § 32f Abs. 4 S. 11 GWB-E aufgenommen werden, dass ein Rückerwerb nach einer Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission möglich bleibt.

Der – vermeintliche – Konflikt mit dem europäischen Kartellrecht wird insgesamt auch dadurch entschärft, dass § 32f GWB-E gerade eine Strukturanalyse anstrebt, die weder im europäischen noch im deutschen Kartellrecht bislang so vorgesehen ist. Es handelt sich im Prinzip eher um Aspekte der allgemeinen Wirtschaftsordnung.

5. Verfassungsrecht

Ein Verstoß gegen Verfassungsrecht ist ebenfalls nicht naheliegend. Zwar können sich im Einzelfall komplexe Abwägungsfragen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit stellen, die aber bei der Anwendung der Norm im Einzelfall durch des BKartA zu berücksichtigen sind und nicht zur Verfassungswidrigkeit der Regelung selbst führen.

Die noch im Rahmen des Referentenentwurfs angeführten Bedenken⁴⁷ hinsichtlich Wesentlichkeits-, Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot verlieren mit den Konkretisierungen im Regierungsentwurf weiter an Bedeutung.⁴⁸ Der Begriff „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ ist durch Regelbeispiele in § 32f Abs. 5 GWB-E und eine Legaldefinition des Merkmals „fortwährend“ ergänzt.

⁴⁵ Thomas, ZWeR 2022, 333, 351.

⁴⁶ Thomas, ZWeR 2022, 333, 351.

⁴⁷ Vgl. Brenner, WuW 2023, 74, 76 ff.; BDI, Stellungnahme zur 11. GWB-Novelle, S. 23, abrufbar unter: <https://bdi.eu/publikation/news/11-gwb-novelle>.

⁴⁸ So auch Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 252.

Im Rahmen der betroffenen Grundrechte ist weiterhin auf eine verhältnismäßige Ausgestaltung und Anwendung der neuen Regelung zu achten.⁴⁹ Auch hier wurde nachgebessert und die Anforderungen an die Maßnahmen wurden erhöht und weitere Rechtsschutzmöglichkeiten eingeführt, die die Bedenken ausräumen können. Insbesondere enthält der Regierungsentwurf für die Entflechtung in § 32f Abs. 4 S. 6 GWB-E eine Mindestlösklausel und eine Entschädigungsregelung.⁵⁰ Außerdem können mögliche Adressaten der Maßnahmen schon gegen die nun auch an sie zu adressierende Feststellung der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs gerichtlich vorgehen, § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E.⁵¹

Vorgetragen wird schließlich, das Demokratieprinzip verlange, dass wesentliche Entscheidungen vom Parlament getroffen würden statt über eine Generalklausel durch eine unabhängige Behörde. Dieses Argument verkennt den Charakter der Maßnahmen nach § 32f GWB-E, die an bestimmte Unternehmen gerichtet sind und letztlich doch eher kleinteilig sind. Es scheint schwer vorstellbar, dass der Deutsche Bundestag etwa Vertragsvorgaben für einzelne Unternehmen macht und dies verfassungsrechtlich gefordert wäre.

III. Die Ausgestaltung des § 32f GWB-E

Akzeptiert man die politische Entscheidung für einen neuen § 32f GWB-E, rückt die konkrete Ausgestaltung in den Fokus. Voraussetzung aller neuer Maßnahmen ist, dass das BKartA eine Sektoruntersuchung mit einem Bericht nach § 32e Abs. 4 GWB-E abgeschlossen hat.

Wir halten die Ausgestaltung für weitgehend gelungen, auch aufgrund der weiteren Konkretisierungen im Rahmen des Regierungsentwurfs. Allerdings kam es durch den Regierungsentwurf nicht nur zu Verbesserungen. Insbesondere die neu eingeführte Subsidiaritätsklausel kann nicht überzeugen. Außerdem sollten weitere verfahrensmäßige Sicherungsmechanismen erwogen werden.

1. Ausweitung der Fusionskontrolle

Bei objektiven Anhaltspunkten für eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf einem der untersuchten Märkte kann das BKartA nach § 32f Abs. 2 GWB-E Unternehmen zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses verpflichten. Diese Regelung ersetzt den bisher geltenden § 39a GWB, erweitert die Möglichkeiten aber: So werden die Umsatzzschwellen abgesenkt (von 500 Mio. Euro auf 50 Mio. Euro für den Erwerber und von 2 Mio. Euro auf 500.000 Euro für das Zielunternehmen). Zudem entfällt das unglückliche Kriterium des 15-Prozent-Anteils am Wirtschaftszweig (§ 39a Abs. 1 Nr. 3 GWB). Die Bagatellmarktschwelle in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB wird ausdrücklich abbedungen.

Positiv ist die Streichung des Wirtschaftszweig-Kriteriums, das wir schon bei der Einführung von § 39a GWB kritisiert hatten.⁵²

⁴⁹ Vgl. Thomas, ZWeR 2022, 333, 352 f.

⁵⁰ Mit dieser Forderung zum Referentenentwurf schon Grzeszick, NZKart 2023, 55, 59 ff.

⁵¹ Mit dieser Forderung zum Referentenentwurf schon Paal/Kieß, NZKart 2022, 678, 682.

⁵² Podszun, Die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie, 2020, Ausschussdrucks. 19(9)887, S. 27.

Die im Rahmen der Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle geäußerte allgemeine Kritik an der Flexibilisierung von Aufgreifschwelen in der Fusionskontrolle bleibt bestehen. Hier gibt es inzwischen allerdings wesentlich problematischere Entwicklungen, insbesondere die neue Lesart der Europäischen Kommission zu Art. 22 FKVO und die Einführung einer Fusionskontrolle in der Foreign Subsidies Regulation.⁵³

Richtig ist, dass Fusionskontrolle das elementare Mittel ist, um strukturelle Machtballungen von Anfang an zu verhindern. Im Kontext der Neuregelung im GWB, die dezidiert eine Marktstruktur-Betrachtung anstellt, hat die Vorschrift an Plausibilität gewonnen und wirkt nicht mehr wie eine auf ein Unternehmen zugeschnittene Sonderregel („Remondis-Klausel“). Das BKartA hat von § 39a GWB bislang nicht Gebrauch gemacht.⁵⁴ Auch für § 32f Abs. 2 GWB-E wird der praktische Anwendungsbereich überschaubar bleiben.

2. Feststellung der Wettbewerbsstörung

Die entscheidende Weichenstellung für weitere Maßnahmen ist eine Verfügung, in der das BKartA feststellt, „dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt, soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim BKartA vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.“ Die Konkretisierungen der Wettbewerbsstörung und die Aufnahme von konkreten Normadressaten sind positiv zu bewerten. Die Subsidiaritätsklausel hingegen ist überflüssig und sollte gestrichen werden.

a) Erhebliche und fortwährende Wettbewerbsstörung

Zur Konkretisierung der Wettbewerbsstörung finden sich in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-E Regelbeispiele und in S. 2 Prüfkriterien. § 32f Abs. 5 S. 3 GWB-E enthält die Legaldefinition des Merkmals „fortwährend“. Erheblich soll die Störung nach dem Regierungsentwurf sein, sofern diese mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb hat.⁵⁵

Es fehlt aber bisher eine Definition des Begriffes der Wettbewerbsstörung.⁵⁶ Der Regierungsentwurf verweist zur Konkretisierung auf die Regelbeispiele, die sich an den Leitlinien der CMA und einem „wissenschaftlichen Konsens“ zu möglichen Störungslagen orientieren.⁵⁷

Die Auslegung der Regelbeispiele und Indikatoren in § 32f Abs. 5 GWB-E ermöglicht einen abstrahierenden Schluss auf eine allgemeine Definition der Wettbewerbsstörung. Wir schlagen auf dieser Grundlage die folgende Definition vor:

⁵³ Vgl. Dästner, NZKart 2023, 146, 146 ff.

⁵⁴ Nach unserem Kenntnisstand ist eine zu Rethmann/Remondis im Januar 2022 eingeleitete Sektoruntersuchung bislang nicht abgeschlossen, vgl. Medienmitteilung des BKartA zur Einleitung der Prüfung vom 19.1.2022, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/19_01_2022_Remondis_39a.html.

⁵⁵ Regierungsentwurf, S. 31

⁵⁶ Vgl. Käseberg, Video des Beitrags auf der Arbeitstagung der Studienvereinigung Kartellrecht, abrufbar unter: https://www.youtube.com/watch?v=UYvSGdQ3Seg&ab_channel=StudienvereinigungKartellrecht; Ackermann, ZWeR 2023, 1, 21; Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 252 f.

⁵⁷ Regierungsentwurf, S. 18, 35.

Eine Störung des Wettbewerbs liegt vor, wenn die Koordination der Entscheidungen der Marktteilnehmer nicht ungehindert erfolgt, weil strukturelle oder strukturell verhaltensbedingte Hindernisse den Prozess des Zusammenfindens von Angebot und Nachfrage beeinträchtigen.

Dieser Definition liegt das Verständnis von Wettbewerb als einem dynamischen Prozess und von Wettbewerbsrecht im Sinne einer primär strukturellen Kontrolle zugrunde.

Der Regierungsentwurf stellt ebenfalls auf ein prozessuales Verständnis von Wettbewerb ab. Es geht nicht um eine reine Analyse der Marktergebnisse. In Abs. 5 wird in der Liste in Satz 1, die die Störungsfaktoren benennt (*Störfaktorenliste*), explizit nicht auf Wohlfahrtseffekte, sondern auf Verhaltensweisen oder Rahmenbedingungen für Verhaltensweisen abgestellt. Auch die Nutzung des Begriffs „fortwährend“ deutet darauf hin, dass nicht ein statisches Verständnis zugrunde gelegt wird, sondern ein dynamisches: Wettbewerb als fortwährender Prozess, der immer aufs Neue entwickelt wird. Erst in der *Indikatorenliste* in Abs. 5 Satz 2 werden als Indikatoren für die Störung (aber nicht als Grund der Störung) auch Marktergebnisse erwähnt (z.B. Nr. 3: Preise und Nr. 7: Effizienzen). Es ist unbestritten, dass diese Hinweise auf die Störung des Wettbewerbsprozesses geben können. Allerdings sollten diese nicht als einzige und letztgültige Indikatoren herangezogen werden. Die Indikatorenliste bildet dies ab, indem sie den klaren Schwerpunkt auf prozessbezogene und strukturelle Elemente legt. Die Marktverhältnisse/Konzentration (Nr. 1), Verflechtungen (Nr. 2), Markttransparenz/Produktthomogenität (Nr. 4), Vereinbarungen/Verträge zwischen den Akteuren (Nr. 5) und die Marktdynamik (Nr. 5) sind jeweils Indikatoren, die nicht die Marktergebnisse in den Blick nehmen, sondern den Wettbewerbsprozess und die Marktstruktur.

Der Blick auf die Marktstruktur ist entscheidend für die Auslegung von § 32f GWB-E. Es wird damit wieder deutlich stärker an Ideen wie den Marktstrukturmissbrauch angeknüpft.⁵⁸ Damit wird auch das freie Entdeckungselement des Wettbewerbs gestärkt, wie es sich in *Friedrich von Hayeks* berühmter Definition von „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ niedergeschlagen hat. Damit liegt eine geradezu spannende Konstellation vor: Das BKartA soll Marktstrukturen und Störungen des Wettbewerbsprozesses untersuchen, was eine Abkehr von einer eher ergebnisorientierten Wettbewerbspolitik impliziert. Hier weist der Gesetzentwurf zurück zur Ordnungspolitik in der Prägung der Freiburger Schule und ihrer Nachfolger. Zur Abhilfe soll das BKartA aber stärker in Märkte eingreifen, sodass der Katalog der eingesetzten Abhilfemaßnahmen (§ 32f Abs. 3 GWB-E) an neueren wettbewerbstheoretischen Ansätzen anknüpft (etwa der Marktdesign-Theorie). Wir halten diesen dualen Ansatz für zielführend.

b) Subsidiaritätsklausel

Die im Regierungsentwurf neu vorgesehene Subsidiaritätsklausel in § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB-E am Ende, nach der die Feststellung nur möglich sein soll, wenn die herkömmlichen kartellrechtlichen Befugnisse nach derzeitigem Kenntnisstand der Störung nicht angemessen entgegenwirken können, sollte gestrichen werden. Diese Voraussetzung führt formal zu keiner Begrenzung der Eingriffsbefugnisse des BKartA, sondern kann paradoxerweise zu stärkeren Eingriffen für die betroffenen Unternehmen führen. Die Vorschrift erhöht – ohne inhaltlichen Mehrwert – den

⁵⁸ Dazu Gasser, *Der Marktstrukturmissbrauch in der Plattformökonomie*, 2021; vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22 - *Continental Can*; GA'in Kokott, 13.10.2022, Rs. C-449/21, ECLI:EU:C:2022:777, Rn. 48 – *Towercast*.

Ermittlungsaufwand für das BKartA. Das BKartA wird bei Ausübung des Aufgreifermessens ohnehin berücksichtigen, welche Maßnahmen zweckmäßigerweise zu ergreifen sind.

Die Subsidiaritätsprüfung soll wohl dazu führen, dass das BKartA vorrangig zu den bereits etablierten Maßnahmen greift. Davon ist aber ohnehin auszugehen: Kann das BKartA ohne „Sektoruntersuchung plus“ wettbewerbliche Missstände beseitigen, wird dies der einfachere Weg sein. Die Eingriffsbefugnisse des BKartA werden mit dieser Klausel aber auch formal nicht begrenzt: Entweder greifen die Eingriffsbefugnisse aus dem ersten Teil des GWB oder die neuen Maßnahmen nach § 32f GWB-E. Die Subsidiaritätsklausel fußt aus unserer Sicht auf einem Missverständnis. Die Regeln in § 32f GWB-E stellen kein „mehr“ im Verhältnis zu den bisherigen Regeln dar, sondern adressieren etwas anderes. Wo nach § 1 GWB oder §§ 19, 20 GWB Verstöße vorliegen, verhalten sich einzelne Unternehmen rechtswidrig. § 32f GWB-E setzt bei strukturellen Störungen des Wettbewerbs an, die gerade nicht durch punktuell Fehlverhalten ausgelöst werden. Ein Stufenverhältnis ist insofern nicht gegeben.

Das zeigt sich auch an den Rechtsfolgen: § 32 Abs. 2 GWB enthält bereits die Ermächtigung für weitreichende (und wenig konturierte) Maßnahmen zur Beseitigung eines Kartellrechtsverstosses. Nach § 32f Abs. 3 GWB-E gilt das gleiche (unter Verweis auf § 32 Abs. 2 GWB) hinsichtlich der Beseitigung der Störung. Einziger Unterschied ist, dass das BKartA bei einem Vorgehen nach dem herkömmlichen Kartellrecht auch Bußgelder verhängen kann.

So bleibt von der Subsidiaritätsklausel letztlich vor allem ein Mehraufwand in der Ermittlung und Verfahrensführung übrig. Das BKartA muss in jedem Verfahren nach § 32f Abs. 3 GWB-E zusätzlich inzident eine Prüfung der übrigen kartellrechtlichen Instrumente durchführen. Diese kann wiederum von den Gerichten überprüft werden. Das kann zu absurden Verfahrenskonstellationen führen. So könnte bspw. das BKartA ein Vorgehen nach § 1 GWB für aussichtslos halten und ein Verfahren nach § 32f Abs. 2 GWB-E führen und die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs feststellen. Auf Klage der betroffenen Unternehmen hin könnte das Gericht die Feststellung treffen, dass es auch ein Vorgehen nach § 1 GWB für aussichtsreich gehalten hätte. Das BKartA würde sodann neu ermitteln, ähnliche Maßnahmen verfügen und könnte noch zusätzlich ein Bußgeld verhängen. Ob dieser Mehraufwand und die damit verbundene zeitliche Verzögerung gewünscht sind, ist fraglich.

c) Adressatenstellung

Die Entscheidung über die Feststellung ergeht gegenüber den Unternehmen, die auch Adressaten der Abhilfemaßnahmen sein können (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E). Diese müssen nach aktuellem Stand zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen.

Die Aufnahme der Adressatenstellung ist zu begrüßen, da Rechtsschutz gegen die Feststellung möglich sein wird.⁵⁹ Die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen die Feststellung ist als strukturierender Zwischenschritt und zur Kontrolle der Kartellbehörde sinnvoll. Verhandlungslösungen und Kooperationen werden dadurch auch für das BKartA reizvoller. Gleichzeitig dürfen die Anforderungen an die Feststellung nicht zu hoch sein. Im Grundsatz sollte jedes Unternehmen auch Adressat von Maßnahmen sein können, soweit es zur Störung beiträgt. Die Verhältnismäßigkeit

⁵⁹ So auch Wagner-von Papp, WuW 2023, 301, 301 f.

zwischen Beitrag und Maßnahme muss selbstverständlich gewahrt bleiben. Verfehlt ist eine Diskussion über ein Verschuldenserfordernis in der Form, dass das adressierte Unternehmen die Störung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat. Eine Störung besteht unabhängig davon, ob sie von einem Unternehmen zu verschulden ist. Die bisherigen Abhilfemaßnahmen nach § 32 Abs. 2 GWB setzen ebenfalls kein Verschulden voraus.

Ein Problem des aus der Adressatenstellung resultierenden Rechtsschutzes gegen die Feststellung können Verfahrensverzögerungen sein. Diese können auftreten, auch wenn die Klage gegen die Feststellung keine aufschiebende Wirkung hat. Das weitere kartellbehördliche Verfahren muss unter Unsicherheit weitergeführt werden. Gerade bei längeren gerichtlichen Auseinandersetzungen könnte dies einen faktisch hemmenden Effekt haben. Das gerichtliche Verfahren sollte daher schlank und zügig geführt werden. Es sollte sich alleine auf die Feststellung der Störung beschränken und nicht die Voraussetzungen der Adressatenstellung umfassen. Diese sind zweckmäßigerweise erst in einem Verfahren gegen konkrete Maßnahmen zu überprüfen, da es keinesfalls zwingend ist, dass die Adressaten der Feststellung auch Adressaten von Maßnahmen werden. Außerdem ermöglicht dies eine leichtere Bündelung der Verfahren mehrerer Kläger, da für alle nur die einheitliche Frage nach dem Vorliegen der Wettbewerbsstörung beantwortet werden muss und nicht die individuelle Frage nach dem Beitrag zu dieser. Um einen Ausgleich zwischen den Rechtsschutzinteressen und der Verfahrensökonomie herzustellen, könnte außerdem erwogen werden, die gerichtliche Kontrolle der Feststellung auf eine Instanz (OLG Düsseldorf) zu beschränken.

3. Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3

Die Formulierung des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-E lehnt sich an § 32 Abs. 2 S. 1 GWB an und ermöglicht dem BKartA, Maßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art zu ergreifen, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind. Eine abschließende Aufzählung erscheint aufgrund der Vielgestaltigkeit potentieller Störungen nicht möglich. Die Aufzählung in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-E enthält viele Maßnahmen, die schon aus der bisherigen Kartellrechtsanwendung bekannt sind. Am weitestgehenden dürften die Regelbeispiele nach Nr. 2 und 4 sein. Diese ermöglichen Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen und Vertragsinhalten der Unternehmen. Allerdings sind auch solche Maßnahmen bspw. im Missbrauchsrecht nicht unbekannt. Bei Konditionenmissbräuchen kann schon nach bisherigem Recht in die Vertragsbeziehungen eingegriffen werden.⁶⁰ Ein echtes Marktdesign liegt in derartigen Vorgaben nicht. In der Praxis ist damit zu rechnen, dass die Zahl der Anwendungsfälle gering bleibt und in der Regel Verhandlungslösungen mit den Unternehmen gefunden werden.

Durch die explizite Anlehnung an § 32 Abs. 2 GWB wird der dort in Satz 2 normierte Vorrang der Verhaltensaufgabe vor der strukturellen Abhilfemaßnahme einbezogen. Das ist für § 32f GWB-E eine unpassende Hürde – hier soll es im Schwerpunkt um strukturelle Wettbewerbsstörungen gehen. Diesen wird mit verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen nicht immer sinnvoll begegnet werden können, im Gegenteil. Die Einschätzung, verhaltensorientierte Maßnahmen seien automatisch weniger interventionistisch als strukturelle Maßnahmen, ist zudem falsch. Verhaltensvorgaben bedeuten ein behördliches Mikromanagement, das ggf. über Jahre überwacht wird. Eine strukturelle Maßnahme kann hingegen einen schnellen Schnitt bedeuten, der dem

⁶⁰ Vgl. Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 1, Art. 102 AEUV, Rn. 174 ff.

Unternehmen sodann wieder komplette Handlungsfreiheit ohne Monitoring ermöglicht. Das drückt zwar § 32 Abs. 2 S. 3 GWB auch aus, gleichwohl kommt es aber zu einer Privilegierung verhaltensbezogener Maßnahmen. Die Bezugnahme sollte daher gestrichen werden.

4. Entflechtung nach Abs. 4

Gesonderte Betrachtung verdient die Entflechtungsregelung in § 34f Abs. 4 GWB-E, auch wenn die öffentliche Diskussion darüber in keinem Verhältnis zu den zu erwartenden Anwendungsfällen steht. Es ist nicht damit zu rechnen, dass das BKartA reihenweise Unternehmen „zerschlägt“. Die martialische Begrifflichkeit ist schon irreführend, immerhin wird es – wenn überhaupt – um die Veräußerung von Unternehmensteilen gehen, was auch kleine Einheiten oder einzelne Produktionsanlagen sein können. In der Fusionskontrolle sind derartige Maßnahmen als Zusagen gegenüber Kartellbehörden gang und gebe und völlig akzeptiert. In der Unternehmenspraxis kommt es permanent zu Veräußerungen, Restrukturierungen oder Teilverkäufen. Selbstverständlich ist es ein Unterschied, ob solche Deals auf Druck einer Behörde zum Schutz des Wettbewerbs durchgeführt werden oder aus anderen Antrieben. Es ist aber auch nicht so, als handle es sich um unerhörte Vorgänge, die der Geschäftswelt fremd sind.

Liegt in einem Markt ein Extremfall vor, in dem eine wettbewerbsschädigende Konzentration zu struktureller Wettbewerbsarmut führt, kann die Aufspaltung als *ultima ratio* geboten sein, um freien Wettbewerb und faire Chancen für alle Marktteilnehmer wieder zu ermöglichen.⁶¹

Die Entflechtung, d.h. die Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen, kann unter zusätzlichen Voraussetzungen erfolgen. Gegenüber dem Referentenentwurf wurden die Voraussetzungen angehoben, da nun nur noch marktbeherrschende Unternehmen und Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB Adressaten der Entflechtung sein können. Wie im Referentenentwurf findet sich in § 34f Abs. 4 S. 2 GWB-E ein ausdrücklicher Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und in S. 3 die Anhörung der Monopolkommission und der nach § 48 GWB zuständigen Landesbehörden. Neu eingefügt ist eine Mindesterloßklausel in S. 6. Nach dieser muss nur veräußert werden, wenn der Erlös mindestens 50% des Wertes beträgt, „den ein vom Bundeskartellamt zu beauftragender Wirtschaftsprüfer festgestellt hat.“ Nach S. 7 erfolgt dann in Fällen, in denen der Erlös zwar mindestens 50% aber dennoch weniger als den festgestellten Wert beträgt, eine Ausgleichszahlung in Höhe der Hälfte der Differenz. Die Monopolkommission hatte diese Ausgestaltung der Klausel schon 2010 vorgeschlagen.⁶² Demnach ist es im ungünstigsten Fall denkbar, dass ein Unternehmen lediglich 75% des festgestellten Wertes erhält (50 Prozent aus dem Verkaufserlös, 25 Prozent aus der Ausgleichszahlung). Die mögliche Differenz ergibt sich daraus, dass der Wert ohnehin aufgrund der Wettbewerbsstörung verfälscht sein dürfte. Die pauschalisierende Regelung sieht von einer kaum handhabbaren hypothetischen Ermittlung des Wertes bei beseitigter Störung des Wettbewerbs ab.

⁶¹ So auch Voges in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 59, 67.

⁶² Monopolkommission, Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, Rn. 59 ff.; vgl. auch Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250, 254 f.

Der Vergleich mit dem Referentenentwurf zeigt, dass Entflechtungen noch schwerer geworden sind. Ohnehin war nicht zu befürchten, dass die Entflechtung regelmäßig das einzige und mildeste Mittel zur Beseitigung einer Wettbewerbsstörung ist.⁶³ Mit der Beschränkung auf marktbeherrschende Unternehmen und Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung i.S.v. § 19a GWB sowie der Mindestlösklausel sind weitere Voraussetzungen geschaffen worden, die sicherstellen, dass die Entflechtung nur in absoluten Ausnahmefällen angeordnet werden kann.

Angesichts dieser hohen Voraussetzungen und der gerichtlichen Überprüfbarkeit hat die Androhung einer Entflechtung auch nicht das Potential, Unternehmen in Verhandlungen mit dem BKartA zu Zusagen nach § 32f Abs. 3 GWB-E zu treiben.

5. Verfahren

Die Ausübung neuartiger und erweiterter Befugnisse durch das BKartA hängt nicht nur an den Begrifflichkeiten, die als materielle Voraussetzungen genannt werden. Für die Eingriffsintensität und -häufigkeit sind verfahrensrechtliche Absicherungen vermutlich noch bedeutsamer. Gerade weil es sich – aus unserer Sicht – um einen „Paradigmenwechsel“ handelt, schlagen wir vor, diese Absicherungen zu vertiefen.

a) Prinzip der Gegenprüfung im BKartA

Die Feststellung einer Wettbewerbsstörung und die Abhilfemaßnahmen nach § 32f GWB-E fallen nach bisheriger Lösung in die Zuständigkeit der jeweiligen Beschlussabteilung im BKartA (§ 51 Abs. 2 GWB). In den Beschlussabteilungen entscheiden jeweils der/die Vorsitzende, ein/e Berichterstatter/in und ein/e Beisitzer/in über einen Fall. Es handelt sich also um ein Dreier-Gremium, in dem mit Mehrheit entschieden wird. Diese Aufstellung erinnert an die Kammer eines Gerichts. Faktisch bearbeitet vor allem der/die Berichterstatter/in weitgehend allein (ggf. unterstützt durch Referentinnen und Referenten und Sachbearbeiter/innen) einen Fall. Größere Case Teams sind im BKartA nach unserem Wissen nicht üblich, sie sind jedenfalls nicht entscheidungsbefugt. Damit sind die weitreichenden, neuartigen Entscheidungen nach § 32f GWB-E einer dreiköpfigen Kammer überantwortet und faktisch stark von einer Person (Berichterstatter/in) abhängig. Dieses Entscheidungssystem hat sich grundsätzlich bewährt. Die Entscheidungen nach § 32f GWB-E sollten jedoch, zumindest in einer ersten Phase, auf eine breitere Basis gestellt werden. Da wir nicht erwarten, dass es viele Fälle nach § 32f GWB-E geben wird, ist es auch für die Herausbildung einer im BKartA konsentierten Rechtsauffassung hilfreich, wenn die Entscheidung nicht nur von einem genannten Dreier-Gremium getroffen würde.

Hinzukommt ein weiterer Aspekt: Wer Fälle bearbeitet, mag sich auch einmal „verrennen“ und bei längerer Befassung Fehlannahmen unterliegen, die nur noch schwer korrigierbar sind. Zudem besteht für Berichterstatter möglicherweise ein Anreiz, zum Ende einer aufwändigen Sektoruntersuchung greifbare Ergebnisse zu produzieren, die den Aufwand retrospektiv rechtfertigen. Durch solche kognitiven Verzerrungen („biases“) kann die Ermittlungs- und Entscheidungsarbeit beeinflusst werden.⁶⁴ In Gerichtsprozessen spricht man gelegentlich vom „Belastungseifer“, der

⁶³ So auch Ackermann, GRUR 2022, 1705.

⁶⁴ Vgl. Kemme/Ehmcke, Rechtspsychologie 2021, S. 50; Lidén, Confirmation Bias in Criminal Cases, 2023.

– sei es aus psychologischen Gründen, sei es aus rationalem Antrieb – Zeugenaussagen kennzeichnet. Es ist jedenfalls nicht undenkbar, dass ein Berichterstatter und seine Vorsitzende sich auf eine Branche „einschießen“ und dabei ihre Neutralität verlieren – möglicherweise ohne es zu merken. Ob Gerichte die so entstehenden Verzerrungen noch entdecken können, sei dahingestellt.

Sowohl zur Herausbildung einer Amtslinie als auch zur Verhinderung von Verzerrungen ist es aus unserer Sicht empfehlenswert, Entscheidungen nach § 32f GWB-E schon im BKartA breiter abzustützen. Wir schlagen deshalb vor, dass eine Gegenprüfung durch eine andere Beschlussabteilung erfolgen muss („fresh pairs of eyes“). Diese sollte sowohl zur Feststellung der Wettbewerbsstörung als auch bei Festlegung der Abhilfemaßnahmen eingebunden werden, aber unabhängig von der anderen und allein entscheiden. Dabei sollte in beiden Beschlussabteilungen eine eigene Mehrheit hergestellt werden. Damit bleibt die Unabhängigkeit der Beschlussabteilungen gewahrt, da kein außenstehendes Gremium involviert ist. Die § 32f-Entscheidung würde eine deutlich höhere Legitimität erhalten.

Im Gesetz könnte dies wie folgt berücksichtigt werden:

„Alle Entscheidungen nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E trifft die zuständige Beschlussabteilung im Einvernehmen mit einer weiteren Beschlussabteilung.“

Eine Ausdehnung auf § 32f Abs. 2 GWB-E scheint uns nicht in gleichem Maße geboten. Alternativ zum Modell der Gegenprüfung durch eine andere Beschlussabteilung könnte auch eine Entscheidung aller Leiter von Beschlussabteilungen unter Vorsitz des Präsidenten des BKartA herbeigeführt werden. Das Verfahren im Einzelnen wäre kartellamtsintern näher zu regeln.

Man könnte sich zur Einführung einer Gegenprüfung auf interne Regeln des Amtes verlassen. Da aber hier ein Bruch mit der bisherigen, auch von uns hochgeschätzten Entscheidungsautonomie der Beschlussabteilungen zu erfolgen hat, ist eine gesetzgeberische Lösung vorzugswürdig.

b) Öffentliche mündliche Verhandlung und Beteiligtenrechte

Wir begrüßen, dass mit § 56 Abs. 7 GWB-E eine öffentliche mündliche Verhandlung angestrebt wird, bei der auch die Monopolkommission angehört wird. Dass die öffentliche Anhörung nur bei Trennungs- und Veräußerungsmaßnahmen verpflichtend ist, halten wir für verkürzt. Besonders wichtig wäre eine öffentliche Verhandlung nach Feststellung der Wettbewerbsstörung. Hier könnten „am Runden Tisch“ Wege gesucht werden, um einvernehmliche Lösungen für die Branche zu entwickeln, ohne dass es in der Folge zu Verfügungen des Amtes kommen muss.⁶⁵

Wir schlagen daher vor, eine solche mündliche Verhandlung nach Feststellung der Wettbewerbsstörung verpflichtend zu machen mit dem Ziel, Abhilfemaßnahmen konsensual zu entwickeln.

Dabei sollte nicht am engen „Beteiligten“-Begriff des Kartellverfahrensrechts gehaftet werden, wie es derzeit in § 56 Abs. 7 GWB-E vorgesehen ist. Für eine konsensuale Lösung sollten alle interessierten Kreise (darunter Wettbewerber, Zulieferer, Abnehmer, Marktgegenseite, Verbraucher, Regulatoren, usw.) involviert werden.

⁶⁵ So schon Voges in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 59, 69 ff.

Wir schlagen daher vor, dass in § 56 Abs. 7 GWB-E klargestellt wird, dass alle interessierten Kreise angehört werden können, auch wenn sie nicht formal Beteiligte des Verfahrens sind.

c) Vorentscheidung im Rahmen der Sektoruntersuchung

Durch die mögliche Anknüpfung von weitergehenden Maßnahmen an eine Sektoruntersuchung steigen für Unternehmen bei solchen Untersuchungen die Chancen und Risiken. Es ist nicht auszuschließen, dass dies ihre Kooperationsbereitschaft und Auskunftsfreude mindert. Dieses Problem könnte abgemildert werden, wenn während der Sektoruntersuchung klargestellt wird, ob mit Maßnahmen nach § 32f GWB-E zu rechnen ist. Es mag auch in Zukunft Sektoruntersuchungen geben, bei denen Abhilfemaßnahmen nicht in Betracht kommen. Um den Unternehmen größere Sicherheit zu geben und um das Instrument der „einfachen“ Sektoruntersuchung nicht zu belasten, schlagen wir vor, während der Sektoruntersuchung klarzustellen, in welche Richtung es geht. Eine entsprechende Festlegung wäre für die Kartellbehörde bindend.

Vorzusehen wäre, dass spätestens nach Ablauf von 12 Monaten erklärt werden muss, ob auf Maßnahmen nach § 32f GWB-E in der Folge verzichtet wird. Erfolgt dieser Verzicht, ist die Kartellbehörde gebunden. Erfolgt dieser Verzicht nicht, hält sich das BKartA die Option für weitergehende Maßnahmen offen.

B. Vorteilsabschöpfung

Mit der Neuregelung des § 34 GWB wird ein erhebliches Defizit der geltenden Rechtslage beseitigt. Sie ist zu begrüßen, da die eingeführten Vermutungen ermöglichen, dass erstmals flächendeckend rechtswidrig erlangte Vorteile abgeschöpft werden.

I. Defizite bei der Abschöpfung

Wenn eine Rechtsverletzung geschieht, die dem Rechtsverletzer finanzielle Vorteile erbringt, ist es ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, dem Täter die Vorteile, die er aus der Rechtsverletzung erlangt hat, zu entziehen.

Der Deutsche Bundestag hat in der Gesetzesbegründung formuliert:

„Dürften Straftäter deliktisch erlangte Vermögenswerte dauerhaft behalten, würde nicht nur das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung nachhaltig Schaden nehmen. Eine Duldung strafrechtswidriger Vermögenslagen durch den Staat würde zudem einen Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten setzen und zugleich die Reinvestition von Verbrechensgewinnen in kriminelle Unternehmungen befördern. Der Staat hat deshalb alles rechtsstaatlich Mögliche zu unternehmen, um die Nutznießung von Verbrechensgewinnen zu unterbinden (...).“⁶⁶

Das lässt sich ohne weiteres auf Kartelltäter anwenden.

Die Entziehung des Vorteils findet – zumindest im Ausgangspunkt – nicht über das Bußgeld oder die Strafe statt.⁶⁷ Geldbuße und Strafe ahnden vielmehr den Rechtsverstoß, drücken also aus, dass die Tat von der Rechtsgemeinschaft missbilligt wird. Die Tatfolgen werden durch den Ersatz der Schäden der Opfer beseitigt oder, falls das nicht möglich ist, durch eine Abschöpfung der Unrechtsgewinne beim Täter.

Im Kartellrecht ist dieses Grundmodell derzeit dysfunktional: Der Ausgleich von Schäden funktioniert nur im Ausnahmefall. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen sind in Deutschland weiterhin so schwierig, dass an der vom Europäischen Gerichtshof angemahnten wirksamen Durchsetzung (*effet utile*) gezweifelt werden kann.⁶⁸ Sind Schadensersatzklagen erfolgreich, werden nicht immer die eigentlichen Opfer (Verbraucher:innen) entschädigt. Eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB findet bisher nicht statt. Wo weder Schadensersatz noch Vorteilsabschöpfung stattfinden, verbleiben die Unrechtsgewinne bei den Tätern.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/9525, S. 45.

⁶⁷ In § 81d Abs. 3 S. 1 GWB ist allerdings festgelegt, dass im Rahmen der Geldbuße auch abgeschöpft werden kann.

⁶⁸ Jüngst hat das LG Dortmund dem EuGH in diesem Kontext Fragen dazu vorgelegt, ob die Bündelung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen durch Rechtsdienstleister möglich sein muss, „wenn andere gleichwertige gesetzliche oder vertragliche Möglichkeiten der Bündelung von Schadensersatzforderungen nicht bestehen, insbesondere weil sie nicht zu Leistungsurteilen führen oder aus sonstigen prozessualen Gründen nicht praktikabel bzw. aus wirtschaftlichen Gründen objektiv nicht zumutbar sind, und somit insbesondere die Verfolgung geringfügiger Schäden praktisch unmöglich oder jedenfalls übermäßig erschwert würde“, siehe LG Dortmund, Urt. v. 13.3.2023, Az. 8 O 7/20 (Kart), WuW 2023, 229; zu den Erfolgsaussichten kartellrechtlicher Schadensersatzklagen siehe Loy, Kartellschadensersatzverfahren am Justizstandort Deutschland, 2022.

Das BKartA geht davon aus, dass die verhängten Geldbußen allein ahndenden Charakter haben, aber nicht der Abschöpfung dienen.⁶⁹ Diese Auffassung des BKartA ist umstritten.⁷⁰ Nimmt man sie ernst, liegt ein veritabler Skandal vor: Sehenden Auges beließe die Behörde dann den Tätern die Vorteile aus ihren rechtswidrigen Taten – zumindest in den vielen Fällen, in denen kein Schadensersatz geleistet wird. Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile ist aber ein „Gebot der materiellen Gerechtigkeit“⁷¹. Die einbehaltenen Vorteile können außerdem zu einer weiteren Verzerrung des Wettbewerbs führen, wenn sie dem Unternehmen zugutekommen. Der Bundesrechnungshof hat die fehlende Abschöpfung ebenfalls gerügt.⁷²

Aus dogmatischer Sicht sind die kartellrechtlichen Geldbußen überhöht. Ihre (aus ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sicht) astronomische Höhe⁷³ lässt sich nur so erklären, dass sie faktisch das Defizit aufwiegen, dass es in vielen Fällen weder zum Schadensersatz noch zu einer sonstigen Abschöpfung der Unrechtsgewinne kommt. Würde man das Modell neu austarieren, käme man zu einer Absenkung der Geldbußen, die mit einem effizienten Schadensersatzmechanismus verbunden würde und – bei dessen Scheitern – mit einer subsidiären Vorteilsabschöpfung.

II. Keine Abschöpfung nach § 34 GWB

§ 34 Abs. 1 GWB ermöglicht nach geltendem Recht die Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen, die auf einem schuldhaften Verstoß gegen Vorschriften des ersten Teils des GWB oder gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV beruhen. Der wirtschaftliche Vorteil beinhaltet dabei nicht nur die zusätzlich erzielten Gewinne, sondern auch mittelbare Vorteile wie eine verbesserte Marktposition.⁷⁴ Die abschöpfende Kartellbehörde muss die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils quantifizieren, darf sie aber schon jetzt schätzen. Hierfür muss sie aber auf überprüfbare Anknüpfungstatsachen zurückgreifen. Eine Schätzung „ins Blaue hinein“ ist nicht möglich.⁷⁵ Bislang wird eine Betrachtung der kontrafaktischen Situation nötig, die immer mit Unsicherheiten behaftet ist und die ebenfalls auf belastbare Anknüpfungstatsachen gestützt werden muss.⁷⁶ Zwar könnte das Vergleichsmarktkonzept angewendet werden. Dieses stößt aber in vielen Branchen an Grenzen, da es schlicht keine passenden Vergleichsmärkte gibt oder die Analyse gleichermaßen mit enormen Schwierigkeiten verbunden ist. In dem einzigen uns bekannten Fall, in dem § 34 GWB angewendet wurde, ermittelte die hessische Landeskartellbehörde 14 Vergleichsunternehmen, um überhöhte Wasserpreise abschöpfen.⁷⁷ Dies ist in anderen Märkten kaum möglich. Bisher werden ressourcenintensive ökonomische Analysen wie die Regressionsanalyse oder

⁶⁹ Vgl. Kersting in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 79, 80; Kersting, NZKart 2022, 309, 313; Bien, NZKart 2013, 12, 16.

⁷⁰ Der Autor Podszun vertritt in einem Privatgutachten für ein Unternehmen die Ansicht, dass de facto sehr wohl eine Abschöpfung stattfindet. Diese Auffassung ist in der Wissenschaft die herrschende Meinung, vgl. Wienke, Die Abschöpfung durch die Kartellgeldbuße, 2022, S. 94; Klusmann in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 57 Rn. 147 a.E.; Spilker in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 260. Aktualisierung 2015, § 4 Rn. N 25; Achenbach/Wegener, ZWeR 2006, 49, 57 ff.; Drüen/Kersting, Steuerrechtliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen des Bundeskartellamtes, 2016, S. 72ff.

⁷¹ Kühnen, WuW 2010, 16, 25.

⁷² Bundesrechnungshof, Abschließende Mitteilung an das Bundeswirtschaftsministerium über die Prüfung der Vorteilsausgleichung durch das BKartA (§ 34) vom 14.04.2015, Kap. 0917, Titel 112 01.

⁷³ Gemäß § 17 OWiG beträgt die Höhe einer Geldbuße grundsätzlich nicht mehr als 1.000 Euro.

⁷⁴ Funke in: LMRKM, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 34 GWB Rn. 3.

⁷⁵ Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 6. Aufl. 2020, § 34 Rn. 23.

⁷⁶ Lübbig in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 34 GWB Rn. 14, 18; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 6. Aufl. 2020, § 34 Rn. 13, 23.

⁷⁷ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 17.3.2020, Az. 11 W 5/16 (Kart), WuW 2022, 512, 513.

Marktsimulationsmodelle als notwendig angesehen, um den Vorteil und dessen Höhe nachzuweisen.⁷⁸ Davor schrecken Kartellbehörden in aller Regel aufgrund des erheblichen Aufwands und der Angreifbarkeit der Analysen zurück.

Es kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu: In Fällen des Missbrauchs von Marktmacht verhängt das BKartA typischerweise keine Geldbußen. Das steht in krassem Kontrast zur Praxis der Europäischen Kommission, wo beispielsweise die Geldbußen gegen Google und Intel wegen Markt-machtmissbrauchs zu den höchsten je verhängten Bußgeldern zählen. In deutschen Verfahren wegen der Verletzung von Art. 102 AEUV oder §§ 19, 20 GWB belässt es das BKartA typischerweise bei einer Abstellungsverfügung. Es gibt damit für den missbräuchlich handelnden Marktbeherrscher keine finanziell spürbare Sanktion – weder in Form eines Bußgelds, noch durch Abschöpfung. Schadensersatzfälle sind in diesem Bereich noch seltener als bei Kartellabsprachen.⁷⁹

Nach unserer Auffassung liegt auf der Hand, dass eine bessere Abschöpfung des rechtswidrig erlangten Vorteils stattfinden muss. Regelungsbedarf ist also gegeben. Im Regierungsentwurf wird das hier skizzierte Problem angegangen, indem die Vorteilsabschöpfung durch eine Vermutungsregelung erleichtert wird. Es wäre allerdings vorzugswürdig, wenn dabei nicht isoliert § 34 GWB reformiert würde, sondern in einer „großen Lösung“ eine Abstimmung mit Schadensersatzrecht und Bußgeldrecht vorgenommen würde.

III. Neuregelung mit Vermutungen

Kern der Neuregelung ist die grundsätzliche Vermutung eines wirtschaftlichen Vorteils in § 34 Abs. 4 S. 1 GWB-E, gekoppelt mit der Bezifferung nach S. 4. Die Höhe des Vorteils kann im Übrigen weiterhin geschätzt werden (S. 2 und 3). Die Vermutungen nach S. 1 und 4 können nur dann widerlegt werden, wenn das Unternehmen nachweist, dass es einen Gewinn in entsprechender Höhe im relevanten Zeitraum nicht erzielt hat (S. 6 und 7). Der abgeschöpfte Betrag ist weiterhin zahlenmäßig zu bestimmen und ist auf 10 % des Gesamtumsatzes im Jahr vor der Abschöpfungsentscheidung gedeckelt (S. 9).

Im Ergebnis haben die Kartellbehörden also eine erhebliche Erleichterung dahingehend, dass sie sich auf eine von den Unternehmen kaum zu widerlegende Vermutung stützen können.

IV. Der wirtschaftliche Vorteil und dessen Höhe

Die Neuregelung stellt eine doppelte Vermutung auf – erstens, dass überhaupt ein Vorteil gezogen wurde, zweitens, dass dieser in der Höhe 1 Prozent beträgt. Die Widerlegbarkeit dieser Vermutungen ist stark eingeschränkt. Die neuen Vermutungen sollen dazu führen, dass die Norm leichter angewendet werden kann.⁸⁰ Vermutungen sind hierfür das richtige Mittel. Der Aufwand bei der Normanwendung wird reduziert. Allerdings bringen es Vermutungen stets mit sich, dass sie auch Fälle erfassen können, in denen die Vermutung die tatsächliche Situation ausnahmsweise nicht erfasst. Das führt dann zu Ungerechtigkeiten: Unternehmen, die keine Vorteile erzielt haben, müssten gleichwohl Zahlungen leisten.⁸¹

⁷⁸ Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 6. Aufl. 2020, § 34 Rn. 17.

⁷⁹ Vgl. Schulte, Schadensersatz bei Missbrauch von Marktmacht, 2021.

⁸⁰ Regierungsentwurf, S. 44 ff.

⁸¹ Rohner in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 97, 104 ff.

Eine Vermutung kann deshalb nur eingeführt werden, wenn es ausreichend Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Mehrwert der Vermutung deren negative Folgen deutlich übersteigt oder eine Widerlegungsmöglichkeit besteht. Dass Kartellrechtsverstöße in der Regel zu unrechtmäßigen wirtschaftlichen Vorteilen führen, darf als unstrittig angesehen werden (andernfalls machen die Verhaltensweisen der Unternehmen noch weniger Sinn). Die erste Vermutung – Kartellrechtsverletzung führt zu wirtschaftlichen Vorteilen – ist daher unproblematisch. Sie entspricht der Vermutung in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB. Die zweite Vermutung – Kartellrechtsverletzungen führen zu einem Vorteil in Höhe von mindestens 1 Prozent – ist weniger klar dokumentiert. Für Kartellabsprachen wird die Höhe des Vorteils nach zahlreichen Studien typischerweise mit 10-20 Prozent angegeben.⁸² Für missbräuchliche Verhaltensweisen und andere Absprachen als Kartelle fehlen Erfahrungswerte. Eine niedrige Vermutung von 1 Prozent, deren Anwendung ins Ermessen der Kartellbehörde gestellt ist, scheint daher vertretbar. Es bleibt eine Schwäche der Neuregelung, dass nicht zwischen verschiedenen Arten von Kartellrechtsverstößen differenziert wird.⁸³

Wir halten die Lösung trotz der jeder Vermutung inhärenten Gefahr der Unschärfe für rechtskonform. Im Regierungsentwurf wird eine Vielzahl von Beispielen aufgeführt, dass in der Rechtsordnung Vermutungsregeln, Pauschalierungen usw. möglich sind.⁸⁴ Eine vom Gesetzgeber vorgegebene Vermutung hat dabei eine höhere Legitimation als die Vermutungsregeln, die von der Rechtsprechung gesetzt werden.⁸⁵

Beweiserleichterungen sind erforderlich, um Asymmetrien auszugleichen, denn auch die unterbliebene Anwendung führt zu gesamtwirtschaftlichen Kosten. Der Nachweis konkreter Vorteilsfolgen ist angesichts der komplexen Wirkungszusammenhänge und des gesetzten ökonomischen Standards so schwierig, dass in der Praxis eine unüberwindbare Nachweisnot besteht. Sie wird beseitigt. Behörden und Justiz können nicht mit unvertretbarem Aufwand jeden einzelnen Fall bis ins letzte Detail ausermitteln. Dass bei den hier vorgenommenen Vermutungen die Unschärfen so groß werden, dass sie nicht mehr rechtskonform sind, steht nicht zu befürchten. Die Anwendung von § 34 GWB steht im Ermessen der Behörden, zudem bleibt die Härtefallklausel des § 34 Abs. 3 GWB erhalten. Sollte es zu abenteuerlichen Anwendungsfällen kommen, womit rein praktisch nicht zu rechnen ist, kann die Rechtsprechung über die Kontrolle der Ermessensausübung korrigierend eingreifen.

V. Eingeschränkte Widerlegbarkeit

Die Vermutung zum Bestehen und zur Höhe des Vorteils soll nach § 34 Abs. 4 S. 6 und 7 GWB-E nur sehr eingeschränkt widerlegbar sein, indem das Unternehmen nachweist, im gleichen Zeitraum keinen Gewinn in der entsprechenden Höhe erzielt zu haben. Es steht die Kritik im Raum, dass die eingeschränkte Widerlegbarkeit einer unwiderlegbaren Vermutung nahekommt.⁸⁶ Das

⁸² Vgl. United States, Sanctions in Antitrust Cases, OECD Global Forum on Competition, 2016, DAF/COMP/GF/WD(2016)72; Oxera, Quantifying Antitrust Damages, 2009; Connor, Research in Law and Economics 2005, S. 59.

⁸³ Rohner in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 97, 107 f.

⁸⁴ Regierungsentwurf, S. 45.

⁸⁵ So hat der BGH in Kartellschadensersatzfällen eine Kaskade von Beweiserleichterungen eingeführt.

⁸⁶ Vgl. Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen vom 28.10.2022, S. 19; von Schreitter/Sura, DB 2023, 2715, 2719.

ist in der Tat nicht ganz von der Hand zu weisen.⁸⁷ Dem sind aber wiederum die Vorteile gegenüberzustellen, die daraus resultieren, dass es überhaupt zur Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile kommen wird – erinnert sei an das „Gebot der materiellen Gerechtigkeit“, dass die Unrechtsgewinne nicht beim Täter verbleiben. Angesichts der Vorkehrungen – Ermessen, niedrige Prozentzahl, Härtefallregeln, gerichtliche Kontrolle, Kappung in § 34 Abs. 4 S. 8 GWB-E – halten wir das Vorgehen für vertretbar.⁸⁸

Die Möglichkeit einer vollständigen Widerlegbarkeit würde den Zweck der Vermutungen größtenteils unterlaufen. Widerlegliche Vermutungen vereinfachen die Anwendung der Norm nur in den Fällen, in denen kein Versuch der Widerlegung unternommen wird. Sonst führt die Vermutung nur dazu, dass die Informationskosten zwischen Wettbewerbsbehörde und Unternehmen neu verteilt werden.⁸⁹ Zwar muss die Kartellbehörde zunächst nicht selbst die ökonomischen Analysen vornehmen. Sobald aber entsprechende Analysen von den Unternehmen beigebracht werden, muss sich die Behörde im Verwaltungsverfahren und spätestens im Gerichtsverfahren in gleicher Tiefe mit diesen auseinandersetzen. Oft wird sie nicht umhinkommen, Analysen anzustellen oder in Auftrag zu geben, da die vorgelegten Gutachten im Interesse der Unternehmen erstellt wurden und insofern voreingenommen erstellt worden sein können. Im Ergebnis würde bei einer Widerlegbarkeit faktisch die bisherige Situation beibehalten. Deswegen erscheint die eingeschränkte Widerlegbarkeit zur Vereinfachung der Anwendung als folgerichtig.

Im Gegensatz zum Referentenentwurf bezieht sich die eingeschränkte Widerlegbarkeit auch auf die Vermutung nach § 34 Abs. 4 S. 1 GWB-E. Das ist zwingend, da man die mit der eingeschränkten Widerlegbarkeit bezweckte Vereinfachung sonst unterlaufen würde. Bezöge sich die eingeschränkte Widerlegbarkeit nicht auf S. 1 würden die entsprechenden ökonomischen Analysen dort angeführt, um das Bestehen eines wirtschaftlichen Vorteils in Zweifel zu ziehen.

Im Gegensatz zu den Plänen im Referentenentwurf soll es beim Verschuldenserfordernis aus § 34 Abs. 1 S. 1 GWB bleiben. Die Beibehaltung des Verschuldenserfordernisses ist jedoch systemwidrig. Eine Abschöpfung sollte auch bei unverschuldetem Verhalten erfolgen. Die Vorteile beruhen auf einem Rechtsverstoß und sollten nicht dem Unternehmen zugeordnet bleiben, das den Rechtsverstoß begangen hat.⁹⁰ Die Folgenbeseitigung sollte unabhängig vom Verschulden erfolgen.⁹¹ Unbillige Ergebnisse können weiterhin über die Härtefallklausel des § 34 Abs. 3 S. 1 GWB vermieden werden.⁹²

⁸⁷ Kersting in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 79, 89.

⁸⁸ Rohner in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 97, 109 f.

⁸⁹ Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, S. 305 ff.

⁹⁰ So noch der Referentenentwurf Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, S. 33 f.

⁹¹ Kersting in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 79, 84 ff.

⁹² Vgl. Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 6. Aufl. 2020, § 34 Rn. 17.

C. Durchsetzung des Digital Markets Act

Die Macht der Betreiber digitaler Plattformen hat den Bundestag mehrfach beschäftigt. Mit § 19a GWB und weiteren Regelungen in der 9. und 10. GWB-Novelle hat der Bundestag eine Vorreiterrolle bei der Ermöglichung von Wettbewerb im digitalen Bereich eingenommen.⁹³ Der europäische Digital Markets Act (DMA) ist ein regulatorischer Durchbruch, der auf diesen Vorarbeiten und auf den Verfahren des BKartA im Digitalbereich aufbaut. Insofern ist für den Deutschen Bundestag der DMA ein Erfolg.⁹⁴ Es hätte ihn ohne die Initiative für § 19a GWB womöglich nicht oder nicht so gegeben. Damit hat § 19a GWB in gewisser Weise auch – vorerst – seine Rolle erfüllt. Die eigenen Aktivitäten des BKartA auf dieser Basis sollten zugunsten einer europäischen Lösung zurückstehen, wenn die DMA-Verpflichtungen greifen.⁹⁵ § 19a GWB wird seine Wirkkraft insbesondere dann wieder entfalten, wenn der DMA an seine Grenzen stößt.⁹⁶

Für den Erfolg des DMA ist wesentlich, dass dessen Durchsetzung schlagkräftig wird. „Enforcement matters!“⁹⁷ Es steht zu befürchten, dass die Durchsetzung der über 20 Verpflichtungen im DMA (Art. 5, 6, 7, 14 und 15) gegenüber ca. 10 bis 20 digitalen Gatekeepern die Europäischen Kommission als Durchsetzungsbehörde überfordern wird. Immerhin steht sie hier einigen der mächtigsten und finanzstärksten Konzerne der Welt gegenüber. Es ist daher zu begrüßen, dass mit der 11. GWB-Novelle die Weichen dafür gestellt werden, dass das BKartA die Europäische Kommission tatkräftig unterstützt und die private Rechtsdurchsetzung erleichtert wird.

I. Behördliche Durchsetzung des DMA

Leider hat sich die Europäische Kommission das alleinige Recht der behördlichen Durchsetzung des DMA vorbehalten. Nationale Behörden können nur unterstützend tätig werden. Die Bundesregierung hat immer wieder zu verstehen gegeben, dass sie eine aktive Unterstützung durch das in Digitalfällen sehr erfahrene BKartA begrüßen würde. Mit den Anpassungen in den §§ 32g, 50, 50f werden dafür im Gesetz die notwendigen Voraussetzungen geschaffen. Das BKartA sollte von den Möglichkeiten intensiv Gebrauch machen und – wo nötig – der Kommission helfen, aber sie auch antreiben. Dabei kann die nationale Kartellbehörde gerade den Bezug zur mittelständischen Wirtschaft sehr gut herstellen.

Dass das BKartA seine Untersuchungsergebnisse gem. § 32g Abs. 3 S. 2 GWB-E veröffentlichen kann, ist eine Selbstverständlichkeit.⁹⁸ Das BKartA ist nach Art. 38 DMA keine Hilfsbehörde der Europäischen Kommission, sondern bleibt Behörde mit eigenen Möglichkeiten, die im DMA auch

⁹³ Zur Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft und Energie für die 10. GWB Novelle vgl. <https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a09/Anhoerungen/805562-805562> sowie zur 9. GWB Novelle vgl. https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse18/a09/anhoerungen/anhoerungen_archiv/inhalt-gwb-novelle-485698.

⁹⁴ Zur Anhörung im Wirtschaftsausschuss vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw17-pa-wirtschaft-digitale-maerkte-890202>.

⁹⁵ Vgl. de Stree et al, Enforcing the Digital Markets Act: Institutional Choices, Compliance, and Antitrust, 2022, S. 31 f.; Art. 1(6) DMA, dazu Käseberg/Gappa in: Podszun, DMA, 2023, Art. 1 Rn. 28.

⁹⁶ Instruktiv Bongartz, WuW 2022, 72.

⁹⁷ Vgl. Marsden/Podszun, Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement, 2020, S. 58 ff., abrufbar unter: <https://www.kas.de/en/single-title/-/content/restoring-balance-to-digital-competition-sensible-rules-effective-enforcement>.

⁹⁸ A. A. Komminos im Videogespräch, siehe https://www.youtube.com/watch?v=i_XtOtR7G68 (Min. 55:00).

vorgesehen sind und über deren Ausübung das Amt der Öffentlichkeit Rechenschaft geben kann und muss.⁹⁹

II. Private Durchsetzung des DMA

Durch die Anpassung der §§ 33, 33b, 33g, 33h, 89b ff. wird eine privatrechtliche Durchsetzung des DMA in Deutschland erheblich erleichtert. Damit wird ein Vorschlag aufgegriffen, den wir in der Anhörung zum Digital Markets Act im Bundestag vorgetragen hatten.¹⁰⁰ Das ist zu begrüßen.

Die unmittelbare Durchsetzung von Rechten aus dem DMA vor Gericht durch die Betroffenen wird nach Art. 39 DMA und Erwägungsgrund 92 vorausgesetzt.¹⁰¹ Das dezentrale private Enforcement kann – wie schon im Kartellrecht – eine wichtige Rolle bei der flächendeckenden, effektiven Durchsetzung des DMA leisten. Befürchtungen vor einer Rechtszersplitterung sind nicht angebracht. Zwar kann es zu Beginn – wie in jedem Rechtsgebiet, das nicht durch eine einzige Instanz durchgesetzt wird – zu divergierenden Entscheidungen kommen.¹⁰² Hier wird der EuGH, wie gewohnt, als entscheidende Instanz letztlich das europäische Recht zusammenführen. Auch für die Rechtsdurchsetzung gilt: Wettbewerb ist eine Chance, ein Monopol der Europäischen Kommission wäre gefährlich. Die Kommission könnte rein faktisch überfordert sein, die Verpflichtungen durchzusetzen. Zudem könnte sie in einer Art „regulatory capture“ durch den engen Kontakt mit den Gatekeepern oder aufgrund politischer Weichenstellungen die Durchsetzung verschleppen. Dafür ist der gerichtliche Rechtsschutz sehr hilfreich.

Der Pluralismus an Entscheidungswegen führt dazu, dass mehr Fragen rasch geklärt werden können, dass unterschiedliche Auffassungen in Wettstreit miteinander treten können und Streitfälle schnell und effektiv geklärt werden können. Zudem sind die Gerichte das Forum für Follow-on-Schadensersatzklagen.¹⁰³

Besonders lobenswert ist die Konzentration der Zuständigkeit bei bestimmten Gerichten. Der Vorschlag von *Gerhard Klumpe*, die Kartellzivilkammern statt der Handelskammern zu betrauen, wurde im Regierungsentwurf mit der Anpassung von § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG aufgegriffen.¹⁰⁴ Die übrigen Anpassungen sind unproblematisch. Den Rest wird die Praxis erledigen.¹⁰⁵

Hilfreich wäre der Aufbau eines öffentlich zugänglichen Registers aller Gerichtsentscheidungen mit Bezug zum Digital Markets Act, idealerweise mit englischer Übersetzung. Leider veröffentlichen Gerichte nicht sämtliche Entscheidungen (und schon gar nicht mit englischer Übersetzung), obwohl dies in digitalen Zeiten erheblich leichter geworden ist. Für die Entwicklung des Rechtsgebiets der digitalen Regulierung wäre eine Abkehr von dieser intransparenten „Unkultur“ begrüßenswert.

⁹⁹ Vgl. Gappa/Käseberg in: Podszun, DMA, 2023, Art. 38 Rn. 27 f.

¹⁰⁰ Podszun, Wettbewerb in der digitalisierten Wirtschaft: Wie geht es nach dem Digital Markets Act weiter? Stellungnahme für den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, 2022, S. 11 ff., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/891312/be5cbf80edbc4e9d5bd1ede61cf091ee/ADrs-20-9-60_Stellungnahme-Podszun-data.pdf, siehe auch Podszun, EuCML 2022, 1, 5; Podszun, JECLAP 2021, 1, 1 ff.

¹⁰¹ Vgl. Richter/Gömman, NZKart 2023, 208, 209 f.

¹⁰² Durchaus skeptisch daher Klumpe in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 131 ff.; auch Körber, NZKart 2021, 436, 442 sowie Zimmer/Göhl, ZWeR 2021, 29, 52.

¹⁰³ Im Einzelnen Lahme/Ruster in: Podszun, DMA, 2023, Art. 39 Rn. 10 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Klumpe in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 131, 142.

¹⁰⁵ Vgl. zu weiteren Problemkreisen Becker, ZEuP, 2023, 403.

III. Weiterer digitaler Regelungsbedarf?

Der DMA ist ein erster Schritt, um Märkte bestreitbarer zu machen, die von digitalen Gatekeepern beherrscht werden, und um etwas mehr Fairness im Verhältnis der großen Internetakteure zu den gewerblichen Nutzern ihrer Plattformen herzustellen. Neben dem DMA werden auch der Digital Services Act, das weiterhin anwendbare Kartellrecht, der AI Act und der Data Act Wirkungen entfalten. Angesichts dieser Vielzahl halten wir es nicht für sinnvoll, jetzt unmittelbar weitere Regelungsakte zu beschließen. Jetzt kommt es auf eine zielgerichtete und effiziente Durchsetzung an.

Die digitale Ökonomie bleibt eine Herausforderung, nicht nur in wettbewerblicher Hinsicht. Es wirkt, als müssten viele europäische Unternehmen noch an ihren digitalen Strategien feilen. Die Verbände haben häufig noch keine klaren Positionen fassen können (was angesichts der Vielzahl der bei ihnen gebündelten Interessen auch immer diffiziler wird).

Politisch müssen aus unserer Sicht vor allem zwei Dinge geleistet werden:

Erstens muss der Ausbau der digitalen Infrastruktur vorangetrieben werden, Forschung und Ausbildung müssen gefördert und verändert werden.

Zweitens sollte stärker hinterfragt und aufgeklärt werden, wo Nutzen, wo Risiken der digitalen Gesellschaft liegen. Uns scheint die Informationssteuerung durch digitale Gatekeeper eine Bedrohung der Marktprozesse, aber auch der demokratischen Prozesse. Der kommerziell getriebene „Hype“ ums Digitale (oder zuletzt um Künstliche Intelligenz) muss einem reflektierten Umgang Platz machen, der die erheblichen Probleme und Ineffizienzen von digitalen Tools deutlich macht. Hier ist Politik – auch gegenüber der jungen Generation, die nach unseren Beobachtungen wider Erwarten noch keinen eigenen kritischen Umgang mit digitalen Hilfsmitteln gefunden hat – in der Pflicht.

D. Nach der Novelle ist vor der Novelle

Das BMWK hat noch für diese Legislaturperiode eine 12. GWB-Novelle angekündigt und mit der Wettbewerbspolitischen Agenda 2025 auch entsprechende Ziele gesetzt. Diese Agenda wurde von uns bereits intensiv begleitet.¹⁰⁶ Es ist bei kartellrechtlichen Vorhaben allerdings immer darauf zu achten, dass möglichst europäische Lösungen gesucht werden sollten.

I. Nachhaltigkeit

Wirtschaftspolitisch ist die Schlüsselfrage unserer Zeit, ob es gelingt, die Wirtschaft in eine sozial-ökologische Marktwirtschaft zu transformieren. Eine Wirtschaft, die sich ihrer eigenen Grundlagen beraubt, ist nicht nachhaltig – sie kann auch durch das Wettbewerbsrecht nicht geschützt werden. Wir haben mit Kolleginnen und Kollegen im Gutachten „Wettbewerb & Nachhaltigkeit in Deutschland und in der EU“ bereits ein umfangreiches Set von Optionen ausgearbeitet.¹⁰⁷

Zum einen wird es darum gehen, für Nachhaltigkeitskooperationen einen rechtssicheren Rahmen zu definieren. Nationale Ausnahmen sind hier aus unserer Sicht nicht zielführend. Wichtig wäre, auf eine weitgehende Anerkennung von *out-of-market-efficiencies* hinzuwirken und das Erfordernis der vollständigen Kompensation aufzugeben. Die Europäische Kommission hat sich in ihren Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV allerdings gegen eine solche Öffnung entschieden.¹⁰⁸ Kartellrechtliche Probleme könnten zudem überwunden werden, wenn Dekarbonisierungs- und andere Nachhaltigkeitsvereinbarungen unter Einschaltung eines neutralen Dritten ermöglicht werden. Wir halten es auch für denkbar, effektive Klimaschutzmaßnahmen (und nicht alle Nachhaltigkeitskooperationen) kartellrechtlich vorübergehend zu privilegieren.

Zum anderen muss das Kartellrecht bei Missbrauchs-, Fusionskontroll- und Verfahrensrecht stärker in den Blick nehmen, wie nicht-nachhaltige Maßnahmen die Existenz von Märkten bedrohen. Wir halten es deshalb für sinnvoll, die Idee eines „nachhaltigen Wettbewerbs“ auszubauen und konsequent im Kartellrecht umzusetzen.¹⁰⁹

Die Transformation der Wirtschaft wird für einige Unternehmen schmerzhaft. Aus volkswirtschaftlicher Sicht, aber auch aus Gründen der Fairness ist es nicht erforderlich, für jedes Unternehmen den Übergang in ein anderes ökonomisch-ökologisches Zeitalter finanziell abzuf puffern. Hier muss Politik auch Mut zum Strukturwandel zeigen – das Ausscheiden von Unternehmen ist normaler Vorgang des Wettbewerbs.¹¹⁰ Unternehmen, die über Jahrzehnte und in Kenntnis der Fakten, Gewinne auf Kosten der Umwelt gemacht haben, müssen die Konsequenzen selbst tragen.

¹⁰⁶ Siehe die Beiträge in Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023.

¹⁰⁷ Haucap/Podszun et al., Wettbewerb & Nachhaltigkeit in Deutschland und in der EU – Studie für das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, 2023, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/studie-wettbewerb-und-nachhaltigkeit.pdf?>; vgl. Haucap/Podszun/Rösner/Rohner/Offergeld, WuW 2023, 303, 303 ff.

¹⁰⁸ Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission, 2023 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht), Rn. 569.

¹⁰⁹ Haucap/Podszun et al., Wettbewerb & Nachhaltigkeit in Deutschland und in der EU – Studie für das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, 2023, S. 131 ff., 157 ff., 179 ff., abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/studie-wettbewerb-und-nachhaltigkeit.pdf>.

¹¹⁰ Vgl. Podszun, WuW 2023, 241, 241 f.

II. Behördlicher Verbraucherschutz

Wir haben mehrfach die Ergänzung des Verbraucherschutzsystems in Deutschland um eine behördliche Komponente gefordert.¹¹¹ Jüngst sind die Bundesländer auf diesem Weg vorangeschritten.¹¹² Hier ist eine Lösung, die die Vorzüge des starken privatrechtlichen Durchsetzungssystems mit passenden behördlichen Ergänzungen kombiniert, anzustreben.

III. Schadensersatzrecht

Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im Kartellrecht bleibt defizitär, obwohl sich einige Gerichte inzwischen nach Kräften mühen, den enormen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten beizukommen. In der Forschung wurden schon wesentliche Aspekte zur Reform des Schadensersatzrechts herausgearbeitet.¹¹³ Wir befürworten eine Neuordnung des kartellrechtlichen Sanktionenrechts, bei dem – wie oben dargestellt – Bußgeld, Vorteilsabschöpfung und Schadensersatz neu austariert werden. Aus unserer Sicht ist es denkbar, unmittelbar nach Abschluss eines Bußgeldverfahrens in einem Annexverfahren bei der Kartellbehörde (möglichweise unter Vorsitz von Richter:innen) die Grundzüge zu Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung festzulegen. Dadurch würde das Verfahren entzerrt, der aus dem Kartellamtsverfahren vorhandene Sachverstand würde direkt eingesetzt, es käme zu einer zügigen Schadensregulierung.

IV. Wettbewerbsfähigkeit

Die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft wird sich nicht durch Regelsetzung erzwingen lassen. Sie wird sich auch nicht am Kartellrecht entscheiden. Wir appellieren daher an die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses, Themen wie demographische Entwicklung, Infrastrukturausbau, Forschung und Ausbildung auf Spitzenniveau, nachhaltiger Strukturwandel und Innovations- und Gründerkultur weiterhin mit großer Energie anzugehen.

V. Regulatorische Atempause

Wir halten, wie beschrieben, den Ausbau der Befugnisse des BKartA für zielführend. Allerdings sollte im Blick behalten werden, dass in den letzten Jahren eine schier unüberschaubare Vielzahl von neuen Instrumenten und Regelungen ins Werk gesetzt wurden.¹¹⁴ Die hohe Regelungsdichte geht mit steigenden Bürokratiekosten einher. Unternehmen dürfen erwarten, dass es ein kohärentes Ordnungskonzept gibt und die Gesamtbelastung nicht überhand nimmt. Möglicherweise braucht es eine regulatorische Atempause, in der bestehende Regelungen systematisiert und überkommene Regelungen abgeschafft werden.

¹¹¹ Podszun, Die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie, 2020, Ausschussdrucks. 19(9)887, S. 24; umfassend Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2018, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf>.

¹¹² 17. Verbraucherschutzministerkonferenz 2021, Top 38 Beschluss 6.

¹¹³ Kersting in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2022, S. 173; Isikay, Schadensschätzung bei Kartellverstößen – Was kann das Kartellrecht vom Zivilrecht lernen?, 2020; Schulte, Schadensersatz bei Missbrauch von Marktmacht, 2021; Loy, Kartellschadensersatzverfahren am Justizstandort Deutschland, 2022.

¹¹⁴ Nur beispielhaft sei genannt, wie Unternehmenszusammenschlüsse zunehmend kontrollpflichtig werden: Transaktionsvolumenschwelle, § 39a GWB, § 32f Abs. 2 GWB-E, Neuinterpretation von Art. 22 FKVO durch die EU-Kommission, Meldepflicht gem. Art. 14 DMA, ex post-Analyse nach Art. 102 AEUV gem. Towercast-Entscheidung des EuGH, außenwirtschaftliche Kontrolle, Foreign Subsidies Regulation. Alle Maßnahmen führen zu erweiterter Fusionskontrolle. Jede Maßnahme hat für sich genommen eine gewisse Plausibilität. In der Gesamtschau aber kommt es zu einer erheblichen Erhöhung der Prüfungsdichte.