



Die 11. GWB-Novelle zwischen Wettbewerbsstärkung und Erosion des Kartellrechts

I. Ausgangspunkt: ein falscher Verdacht

BMWK (11.6.22)

„Der Tankrabbatt wird offenbar nicht voll weitergegeben“

Bild (13.6.22)

„Tankrabbatt floppt“



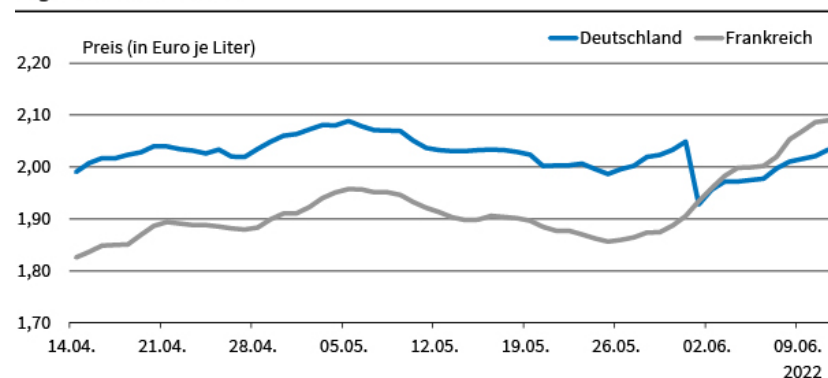
ifo-Institut (14.6.22)

„Ölkonzerne geben Tankrabbatt zu 85 bis 100 Prozent weiter“

BKartA (28.11.22)

Zwischenbericht der Untersuchung zu Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel: „weitgehende Weitergabe des Tankrabbatts“

Dieselpreise in Deutschland und Frankreich
Tagesdurchschnittswerte



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Tankerkönig und Le prix des carburants.

© ifo Institut

II. “Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (**Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz**) vom 15.9.2022 (RefE):

1. Flankierung des DMA (VO 2022/1925)

- § 32g: Untersuchung von Verstößen durch das BKartA
- §§ 33 ff.: Private Durchsetzung der Art. 5 bis 7 DMA (die wohl im DMA angelegt ist, aber mehr Schaden als Nutzen stiften wird)

2. Leichtere Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen

- § 34 I: Streichung des Verschuldenserfordernisses
- § 34 IV 1: Vermutung eines wirtschaftlichen Vorteils
- § 34 IV 4: Vermutung eines Mindestvorteils von 1 % des Inlandsumsatzes mit dem betreffenden Produkt (theoretisch widerlegbar nach S. 6 und 7)
- § 34 IV 8: begrenzt auf 10 % des Konzernvorjahresumsatzes

II. “Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”

Monopolkommission XXIV. Hauptgutachten (2022), Tz. 397:

*„Aus der Sicht der Monopolkommission ist die **Notwendigkeit einer Verschärfung der Vorschriften zur Vorteilsabschöpfung derzeit nicht gegeben**. Zu bedenken ist, dass die Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteil aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten **schon heute ohne Schwierigkeiten** der Bemessung eines abzuschöpfenden Vorteils neutralisieren können“.*

a) Kompensation der Kartellgeschädigten

- **§§ 33 ff. GWB** (Schadensersatz)
- **§ 32 IIa GWB** (Rückerstattungsanordnung, insb. bei Streuschäden)

b) Sanktionierung zugunsten des Staatshaushalts


- **§§ 81 ff. GWB** (Bußgeld, s.a. § 17 IV OWiG: Abschöpfung des Verletzervorteils)
- **§ 29a OWiG** (Einziehung der Taterträge)
- **§ 34** (Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden)
- **§ 34a** (Vorteilsabschöpfung durch Verbandsklagen)

II. “Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”

- **EU-Kartellrecht und die Kartellrechtsordnungen anderer Staaten** kommen ohne solche Regelungen aus.
 - § 34 GWB dient nicht dem „Bereicherungsausgleich“, sondern der Sanktionierung, ist also eher eine Art „**Nebenbußgeld**“.
 - **Amtsermittlungsgrundsatz und Verschuldenserfordernis** dienen dem Schutz der unternehmerischen Grundrechte und des Rechtsstaatsprinzips.
 - Den daraus resultierenden Grenzen kann man § 34 **nicht** dadurch entziehen, dass man die Norm zum „**verwaltungsrechtlichen Instrument**“ umetikettiert (so aber RefE, S. 33).
- ⇒ §§ 34, 34a GWB waren und sind **obsolet** und *deshalb* praktisch irrelevant.
- ⇒ Die beste Novellierung dieser Normen wäre ihre **ersatzlose Streichung**.

II. “Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”

3. Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen

- § 32e: Weiter formulierte Voraussetzungen und Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (Dauer grds. 18 Monate)
- 
- § 32f II: gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
 - § 32f III: **Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art** bei erheblicher, andauernder oder wiederholter **Störung des Wettbewerbs** (s. Abs. 5)
 - § 32f IV: objektive eigentumsrechtlichen **Entflechtung** als *ultima ratio*
 - § 32f VI: **Verpflichtungszusagen** i.S.v. § 32b möglich
 - § 32f VII: Maßnahmen spätestens 18 Monate nach Bericht zur Sektoruntersuchung

III. § 32f: Schutzlücke?

Lt. RefE (S. 12 f.) „existieren im Kartellrecht **Lücken hinsichtlich solcher Wettbewerbsstörungen, die nicht unbedingt an eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise anknüpfen, sondern zu weiten Teilen auf strukturellen Ursachen [...] beruhen** oder hierdurch jedenfalls stark begünstigt werden. Solche Wettbewerbsstörungen können derzeit nicht ausreichend durch die Wettbewerbsbehörden aufgegriffen und behoben werden“.

1. Studien

- Gutachten *Motta/Peitz* zur Vorbereitung eines „New Competition Tool“ (NCT)
 - EU entschied sich für DMA, NCT wurde verworfen
 - In D erst recht kein Bedarf für NCT, da Instrumente in FuKo und Verhaltenskontrolle bereits heute deutlich weiter reichen als auch EU-Ebene (s. *Thomas, ZWeR 2022, 333*)
- Empirische Studien zeigten *für die USA*, dass dort in zahlreichen Wirtschaftsbereichen die Unternehmenskonzentration zunehme
 - Märkte in D und EU weniger vermachtet
 - Verschärfungen des *deutschen* GWB setzen Studien zu *deutschen* Märkten voraus!

III. § 32f: Schutzlücke?

2. Vergleich mit dem Ausland?

RefE S. 16: Vereinigtes Königreich, Griechenland, Mexiko, Südafrika und Island haben solche Instrumente

insbesondere **Vorbild UK (Entflechtung nach Sektoruntersuchung durch CMA)**

- **1989 Beer Orders:** erhoffte Preiseffekte wurden verfehlt
- **2009 British Airport Authority (BAA):** vgl. CMA-Studie von 2016
- **2014 Cement Order:** letztlich in Freigabe Lafarge/Holcim (EU) integriert (2015)
- **Exkurs: USA:** soweit ersichtlich, abgesehen vom Sonderfall AT&T (1949-1982), seit den 1950er Jahren keine nennenswerten Entflechtungserfolge mehr.

⇒ **Auslandserfahrungen sprechen eher gegen den Mehrwert einer objektiven Entflechtungsregelung.**

III. § 32f: Schutzlücke?

- **Kompetenzen des BKartA** bei Verstößen gegen §§ 1, 19, 19a, 20 GWB schon heute weitreichend, bis zur Entflechtung als ultima ratio.
- **EU-Kartellrecht, DMA und sektorspezifisches Regulierungsrecht**
- **Kontrolle externen Wachstums** nach §§ 35 ff. GWB und FKVO
- **Sektoruntersuchungen** nach § 32e GWB schon de lege lata **nicht „zahnlos“!**
 - z.B. **Transportbeton** (2017), während (24) und nach (55) der Sektoruntersuchung **Entflechtung** von 79 kartellrechtswidrigen GU (B1-216/17)
- **Internes Wachstum unterliegt de lege lata keiner Kontrolle**, solange es nicht auf Kartellrechtsverstößen basiert.
 - Das ist korrekt, denn internes Wachstum ist ein Resultat des Erfolgs im Leistungswettbewerb, den Kartellrecht anreizen und nicht bestrafen soll.

IV. § 32f: Eilbedürftigkeit?

Einführung einer objektiven Entflechtung wurde schon mehrfach diskutiert

- 1949/1958 (Ur-GWB): *Josten*-Entwurf
- 1979/80 (4. Novelle): *Möschel*-Entwurf
- 2009/10 (8. Novelle): *Brüderle*-Entwurf „Entflechtungsgesetz“ (dazu Monopolkom. SG 58)

... aber **bisher stets (zu Recht) verworfen.**

Monopolkommission (XXIV. Hauptgutachten 2022, Tz. 375) betont, dass es sich insbesondere bei der Einführung einer Entflechtungsregelung „um eine **grundsätzliche politische Richtungsentscheidung** handelt. Der Gesetzgeber sollte das Instrument **nur auf Basis einer sorgfältigen Abwägung und Diskussion** aller relevanten Aspekte einführen“.

⇒ **Weder eine Schutzlücke noch ein Grund zur Eile ersichtlich!**

⇒ **12. GWB-Novelle kommt schon 2024.**

V. Vergleich § 41a (2009) und § 32f (2023)

§ 41a GWB-E (2009)	§ 32f GWB-E (2023)
Markt: auf absehbare Zeit beherrschter Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung , auf dem Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist	jeder Markt , auf dem der Wettbewerb erheblich und fortwährend gestört ist, „ Störung “ in Abs. 5 nur vage umrissen => weites Ermessen des BKartA
Adressat: Marktbeherrscher auf dem betroffenen Markt	jedes Unternehmen auf jedem Markt
Maßnahme: nur objektive Entflechtung	objektive Entflechtung (Abs. 4) + umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten im Vorfeld (Abs. 3) => weites Ermessen des BKartA
Ministerdispens: nach § 42a GWB-E möglich , wenn gesamtwirtschaftliche Vorteile bzw. Allgemeininteresse die gegebene Struktur rechtfertigen	nicht vorgesehen , BKartA entscheidet (unbeschadet gerichtlicher Überprüfung) abschließend

=> § 32f GWB-E geht deutlich über alle bisherigen Ansätze hinaus!

VI. § 32f als “Carte Blanche” für das BKartA

§ 32f GWB kombiniert

1. sehr vage **Voraussetzungen** für eine „Störung“ mit
2. sehr weitreichenden **Eingriffskompetenzen** gegenüber rechtskonform agierenden Unternehmen und stellt
3. beides weitgehend ins **Ermessen des BKartA**.

⇒ „*Nomen est omen*“: Das „**Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz**“ entwickelt den – schon mit der 10. GWB-Novelle in § 19a GWB angelegten – Trend zu einem **verwalteten Wettbewerb** unter verschärfter Aufsicht des Staates fort.

- § 32f ist in Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Rechtsfolgen viel weiter und unbestimmter als § 19a GWB.

⇒ *bitcom*: § 32f GWB läuft auf eine „**Carte Blanche für das Bundeskartellamt hinaus, nach eigenem Ermessen neue Regulierungssysteme für ganze Wirtschaftszweige zu schaffen**“.

VII. Paradigmenwechsel?

„**Ordoliberaler Grundansatz:** grundsätzliche Selbstregulierung, Staat soll grds. nur „Leitplanken“ für freien Wettbewerb setzen:

- **Internes Wachstum** mit legalen Mitteln ist **erlaubt**.
- Die Unternehmen bestimmen über **Produktdesign und Geschäftsmodelle**.
- Die **Marktstruktur** (Polypol, Oligopol, Monopol) wird nicht vom Staat festgelegt.
- Nur marktmächtige Unternehmen (iSv. §§ 18 - 20 GWB) tragen eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb. => **keine symmetrische Regulierung!**
- Auch marktmächtige Unternehmen unterliegen nur einem **Machtmissbrauchsverbot**, Marktmacht an sich ist erlaubt,
- denn **Erfolg** im Leistungswettbewerb auf der Basis von Effizienz und Innovation wird angereizt und **nicht „bestraft“** (keine „efficiency offense“).
- Das Vertrauen auf die Amortisation von **Investitionen** wird geschützt.
- **Sektorspezifische Regulierung** findet auf der Basis konkreter **gesetzlicher Vorgaben** (wie TKG, EnWG, EREG, PostG) statt.

VII. Paradigmenwechsel?

Mundt (NZKart 2023, 4): „Ein Paradigmenwechsel läge vielleicht dann vor, wenn mit dem neuen Instrument eine quasi-voraussetzungslose Befugnis der Kartellbehörde geschaffen würde, gewissermaßen „Marktdesign nach billigem Ermessen“ zu betreiben. Persönlich verstehe ich die Vorschrift aber anders [...]

„Behördliches Marktdesign“ ohne echte Eingriffsvoraussetzungen kann niemand wollen“.

Aber § 32f GWB ermöglicht genau das!

- Der bereits mit § 19a GWB eingeleitete Paradigmenwechsel hin zu einem **„stärker verwalteten Wettbewerb“** („more administrative approach“) wird damit deutlich ausgebaut und erweitert.
- Der **„ordoliberaler Markenkern“ des GWB** wird immer stärker durch einen „neo-Brandeisian“-Ansatz überlagert, der tendenziell „groß mit böse“ gleichsetzt.
- **Wettbewerb und Innovation gehen aber nicht nur von Start-Ups aus.** Je nach Markt kann dafür auch eine bestimmte Unternehmensgröße oder sogar Marktkonzentration besonderes effizient sein.

VIII. Weitere Probleme (Auswahl)

§ 32f als „deutscher Sonderweg“ im Binnenmarkt grds. zweifelhaft!

§ 32f III, insbes. Nrn. 3 – 5 (Vorgaben zu Lieferbeziehungen, Standardisierung und Vertragsformen): **Konflikt mit Art. 101 AEUV?**

§ 32f IV (objektive Entflechtung):

- ⇒ **Konflikt mit Art. 14 GG bei Anwendung der Norm: Entschädigung** nach Art. 14 III GG aus Bundeshaushalt (so auch Monopolkommission, SG 58)
- ⇒ **Volkswirtschaftliche Nachteile der bloßen Existenz der Norm;** u.a. **Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen** (Monopolkommission, SG 58)
- ⇒ **Konflikt mit dem Vertrauensschutz in der Fusionskontrolle:** (fünf Jahre „Schonfrist“ sind generell unzureichend ohne den Nachweis einer maßgeblichen Änderung der Wettbewerbsverhältnisse; Konflikt mit Ministererlaubnis nach § 42 GWB; Konflikt mit EU-FKVO: **Freigabe nach FKVO gilt unbefristet!**)
- ⇒ **Konflikt mit Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 GG):** Generalklauseln sind im Kartellrecht zwar üblich, aber **bei Anwendung gegen legal handelnde Adressaten sind erhöhte Anforderungen** an die Bestimmtheit zu stellen.

IX. Vermutliche Modifikationen im Regierungsentwurf (inoffiziell)

■ § 32f V: Definition des Begriffs „Störung“

„Eine Störung des Wettbewerbs liegt insbesondere vor, wenn eine oder mehrere **Eigenschaften** eines Marktes, Wirtschaftszweiges oder miteinander in Beziehung stehender Märkte oder das **Verhalten** eines oder mehrerer Akteure auf einem Markt oder marktübergreifend dazu führen, dass der Wettbewerbsdruck **auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager** verringert ist“.

≈ „Der Wettbewerb ist gestört, wenn er beschränkt ist“.

■ § 32f III und IV: ~~andauernde oder wiederholte~~ => **fortwährende**

■ § 32f VIII: **Einvernehmen mit BNetzA** bei Eingriffen in von dieser regulierte Märkten

■ § 56 VII: **öffentliche mündliche Anhörung vor Maßnahmen** nach § 32f III oder IV, es sei denn Beteiligte verzichten darauf

⇒ Schritte in die richtige Richtung, aber unzureichend.

X. Weitere Reformvorschläge

§ 32e GWB

- **Höhere Anforderungen an Sektoruntersuchungen** (ähnlich § 32e V):

„Lassen *konkrete* Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland *erheblich und fortwährend gestört* ist, ...“

- **Rechtsschutz gegenüber der Feststellung einer solchen Wettbewerbsstörung**

sollte in Parallele zum Rechtsschutz gegen die Feststellung einer ÜMB-Stellung nach § 19a I GWB ermöglicht werden, da beide Feststellungen erhebliche Eingriffskompetenzen des BKartA begründen.

X. Weitere Reformvorschläge

§ 32f GWB

- **Präzisierung des Störungsbegriffs:** Abs. 2 greift **SIEC-Test** („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“) auf => auch für Abs. 3 und 4 sollte SIEC-Test die „Untergrenze“ für Eingriffe markieren?
- **Streichung von Abs. 3** (Abs. 4 i.V.m. Abs. 6 – parallel zu FuKo – ausreichend)
 - **jedenfalls aber Subsidiarität gegenüber § 1 und §§ 19, 19a, 20 GWB** bei verhaltensbedingten Störungen und **Begrenzung auf Marktbeherrscher**
- **Subsidiarität gegenüber Art. 101, 102 AEUV und Regulierungsrecht**
- **keine Entflechtung von nach der FKVO freigegebenen oder nach § 42 GWB erlaubten Zusammenschlüssen**
- **gesetzlich geregelte Entschädigungspflicht** in Bezug auf entflechtungsbedingten Mindererlös (Art. 14 III 2 GG, vgl. u.a. Monopolkom. SG 58)
- **aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen nach § 32f GWB**, da diese rechtskonform agierende Unternehmen treffen

XI. Fazit

1. Eine **private Durchsetzung des DMA** ist nicht sinnvoll, aber wohl durch die EU gewollt.
2. **§ 34 GWB** sollte (wie auch § 34a) ersatzlos **gestrichen** werden.
3. Das GWB enthält **keine Lücke**, die eine behördliche „Wettbewerbsdurchsetzung“ im Sinne eines nach § 32f GWB **„stärker verwalteten Wettbewerbs“** legitimieren würde.
4. Es ist wahrscheinlicher, dass **§ 32f GWB Wettbewerb, Investitionen und Innovation** (schon durch seine bloße Existenz) **reduziert**, als dass seine Anwendung den Wettbewerb fördert.
5. Eine **sektorspezifische Regulierung** sollte – soweit ein Bedarf dafür nachgewiesen ist – **durch besondere Regulierungsgesetze** erfolgen und nicht ins Ermessen einer Behörde gestellt werden.
6. Es besteht **keine Eile** und damit auch kein Bedarf für eine mit heißer Nadel gestrickte „kleine 11. GWB-Novelle 2023“.

Vgl. auch *Körper*, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de