

56. FIW Symposium Innsbruck
22. – 24. Februar 2023

Wettbewerbsstörung als neuer Parameter für strukturelle Eingriffe durch die Wettbewerbsaufsicht?

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Universität zu Köln

I. “Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”

Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen (§§ 32e und § 32f GWB-E):

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

II. 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)**
 - (P) stillschweigende Kollusion, common ownership, Erfassung einseitiger Verhaltensweisen
 - EU: DMA (+), NCT (-)
 - In D erst recht kein Bedarf für NCT, da Instrumente in FuKo und Verhaltenskontrolle bereits heute deutlich weiter reichen als auf EU-Ebene (s. *Thomas ZWeR 2022, 333*)
- **Empirische Studien zeigten für die USA in zahlreichen Wirtschaftsbereichen eine Zunahme der Unternehmenskonzentration**
 - Märkte in D und EU weniger vermachtet
 - Verschärfungen des *deutschen* GWB setzen Studien zu *deutschen* Märkten voraus!

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

3

II. Schutzlücke?

2. Vergleich mit dem Ausland?

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

⇒ **UK-Ansatz weltweit die Ausnahme, nicht die Regel**

Vorbild UK (Entflechtung nach Sektoruntersuchung durch CMA)

- **1981 Roadside Advertising Services:** Effekte unklar.
- **1989 Beer Orders:** erhoffte Preiseffekte wurden verfehlt
- **2009 British Airport Authority (BAA):** Preiseffekte unklar, Verbesserung des Service i.V.m. 2012 novellierter Flughafenregulierung (vgl. CMA-Studie von 2016)
- **2014 Cement Order:** Entflechtung letztlich in EU-Freigabe Lafarge/Holcim (2015) integriert

⇒ **geringer praktischer Ertrag des UK-Ansatzes**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

4

II. Schutzlücke?

3. Geltendes Kartellrecht

- **Kompetenzen des BKartA** bei Verstößen gegen §§ 1, 19, 19a, 20 GWB sind schon heute weitreichend, bis zur Entflechtung als ultima ratio.
 - **Kontrolle externen Wachstums** nach §§ 35 ff. GWB und FKVO
 - **EU-Kartellrecht, DMA und sektorspezifisches Regulierungsrecht**
- **Sektoruntersuchungen** nach § 32e GWB schon de lege lata **nicht „zahnlos“!**
 - z.B. **Transportbeton (2017)**:
während der Sektoruntersuchung (24) und nach der Sektoruntersuchung (55) **Entflechtungen** von 79 kartellrechtswidrigen GU (B1-216/17)
- **Internes Wachstum unterliegt de lege lata bewusst und zu Recht keiner Kontrolle**, solange es nicht auf Kartellrechtsverstößen, sondern auf Erfolg im Leistungswettbewerb basiert.

III. 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 Monopolkomm. 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“.

- ⇒ **keine Schutzlücke**
- ⇒ **keine Eile - 12. GWB-Novelle kommt schon 2024!**

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

§ 32f GWB geht deutlich über alle bisherigen Ansätze hinaus!

§ 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

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

7

V. “Wettbewerbsverwaltungs-gesetz”

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

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

8

VI. 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!

- ⇒ Ohne Schutzlücke, ohne Eilbedürftigkeit und ohne klare Konturen.
- ⇒ Mit potentiellen Konflikten zum EU-Recht (Art. 101 AEUV, FKVO) und Verfassungsrecht (Art. 14, 20 GG), Kosten für BKartA und Unternehmen und volkswirtschaftlichen Risiken.
- ⇒ **§ 32f sollte daher gestrichen, jedenfalls aber nochmal gründlich durchdacht werden.**

Dazu auch Körber, Die 11. GWB-Novelle zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb, ZRP 2023, 5 ff.

VII. Mögliche Modifikationen im RegE (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 irgendwie 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.**

VIII. Eigene Reformvorschläge

1. Präzisierung des Störungsbegriffs im Gesetz

vgl. 3-Kriterien-Test des TK-Rechts und § 41a GWB-E 2009

„Eine Störung des Wettbewerbs liegt vor, wenn ein Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung

1. durch beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist,
2. auf absehbare Zeit nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert, obwohl Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist und
3. die Anwendung anderer Vorschriften dieses Gesetzes nicht ausreicht, um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken“.

2. Befristung / Rechtsschutz gegen Feststellung einer Störung

wie bei § 19a Abs. 1 GWB

- Befristung auf 5 Jahre nach Eintritt der Bestandskraft (vgl. § 19a I 2 GWB)
- Rechtsmittel gegen Feststellung (ohne aufschiebende Wirkung, wie bei § 19a I GWB)
- denn Feststellung begründet erhebliche Eingriffskompetenzen des BKartA

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

11

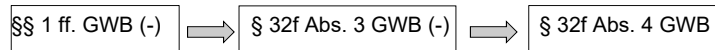
VIII. Eigene Reformvorschläge

3. § 32f Abs. 3 und 4 nur gegenüber Marktbeherrschern und nur subsidiär

vgl. § 41a GWB-E 2009

(3) Wenn eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt, kann das Bundeskartellamt marktbeherrschenden Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind, wenn die Wettbewerbsstörung nicht durch Anwendung anderer Vorschriften dieses Gesetzes beseitigt oder verringert werden kann. [...]

(4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 Satz 1 und 3 marktbeherrschende Unternehmen, bei denen das Fortbestehen der marktbeherrschenden Stellung auf absehbare Zeit zu erwarten ist, durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. [...]



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

12

VIII. Eigene Reformvorschläge

4. Entflechtung nur nach Aufhebung von FKVO-Freigabe / Ministererlaubnis

- Vermeidung von Konflikten mit dem EU-Recht (FKVO 139/2004)
- Vermeidung des Unterlaufens allgemeiner politischer Zielsetzungen i.S.d. § 42 GWB

5. Gesetzliche Entschädigungspflicht bei Entflechtung nach § 32f Abs. 4

- Vermeidung von Konflikten mit Art. 14 GG bei Anwendung der Norm
- und des Verlusts von Investitions- und Innovationsanreizen durch Existenz der Norm

6. Aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Maßnahmen

- Aufnahme des § 32f Abs. 3 und 4 in den Katalog des § 66 Abs. 1 Nr. 1 GWB
- denn Verfügungen richten sich gegen rechtskonform agierende Unternehmen, die kein Gesetz gebrochen haben und im Allgemeininteresse in die Pflicht genommen werden.

VIII. Eigene Reformvorschläge

7. Einfügung einer Ministerdispens-Regelung

vgl. § 42a GWB-E 2009 und Ministererlaubnis nach § 42 in der Fusionskontrolle

„Der Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz entscheidet in den Fällen des § 32f Absatz 4 auf Antrag, dass eine vom Bundeskartellamt angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen nicht erfolgen muss, wenn die bestehenden Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 bis 6 gelten entsprechend“.

- Transparenz (wie bei Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle)
- Berücksichtigung außerwettbewerblicher Allgemeininteressen und
- internationaler Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen (§ 32e: Störung „im Inland“)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

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

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de