

## Deutscher Kartellrechtstag

**2023**

Handelsblatt Jahrestagung

21.9.2023



## 11. GWB-Novelle

Das GWB auf dem Weg vom  
freien zum verwalteten Wettbewerb?

# 11. GWB-Novelle 2023 – ein großer Wurf?

---

***“Größte Reform des Wettbewerbsrechts seit Ludwig Erhard”?***

(Robert Habeck)

***“Maßvolle Erweiterung des kartellbehördlichen Instrumentariums”?***

(Andreas Mundt)

***“Aufbruch zum kartellbehördlichen Marktdesign”?***

(Thomas Ackermann)

# Das GWB (1958) und seine Novellen

- 1. Novelle 1965: Erleichterungen für KMU
- **2. Novelle 1973: Präventive Fusionskontrolle, Abschaffung der Markenpreisbindung**
- 3. Novelle 1976: Verschärfung der Pressefusionskontrolle
- 4. Novelle 1980: Verschärfung von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht
- 5. Novelle 1989: Verbesserung von Fusions- und Missbrauchsaufsicht, insbes. Handel
- **6. Novelle 1998: grundlegende Überarbeitung und Europäisierung, Vergaberecht**
- **7. Novelle 2005: Euopäisierung des Kartellverbots, private Rechtsdurchsetzung**
- **8. Novelle 2013: SIEC-Test, Neuregelung der Missbrauchsaufsicht, Verbandsklagen**
- **9. Novelle 2017: Umsetzung EU-Schadensersatz-RI, Bußgeldrecht, Digitalisierung**
- **10. Novelle 2021: Umsetzung EU-ECN+-RI, weitere Digitalisierung (insb. § 19a GWB)**
- 11. Novelle 2023: Flankierung des DMA, Erweiterung des § 34, neuer § 32f
- 12. Novelle 2024?: BKartA als Verbraucherschutzbehörde, Nachhaltigkeit

# Ausgangspunkt: Tankrabatt

## BMWK (11.6.22)

„Der Tankrabatt wird offenbar nicht voll weitergegeben“

## Bild (13.6.22)

„Tankrabatt floppt“



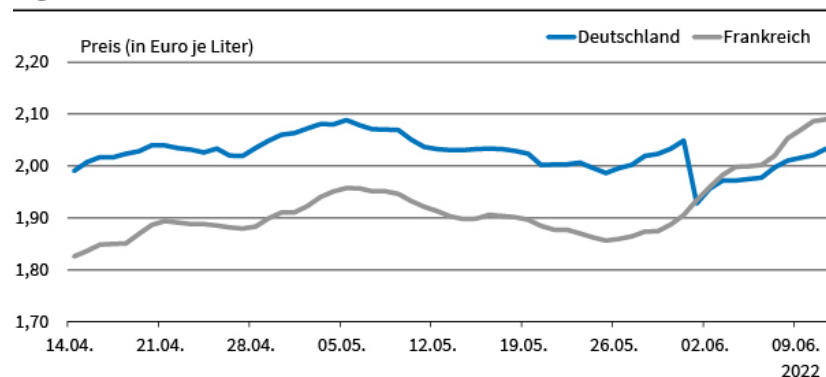
## ifo-Institut (14.6.22)

„Ölkonzerne geben Tankrabatt zu 85 bis 100 Prozent weiter“

## BKartA (28.11.22)

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

Dieselpreise in Deutschland und Frankreich  
Tagesdurchschnittswerte



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

© ifo Institut

# 11. GWB-Novelle

## ~~“Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”~~

---

# 11. GWB-Novelle

## ~~“Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”~~

---

### I. Flankierung des DMA (VO 2022/1925)

- **§ 32g:** Untersuchung von Verstößen gegen den DMA durch das BKartA
- **§§ 33 ff.:** private Durchsetzung der Art. 5 bis 7 DMA

# 11. GWB-Novelle

## ~~“Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz”~~

### I. Flankierung des DMA (VO 2022/1925)

- § 32g: Untersuchung von Verstößen gegen den DMA durch das BKartA
- §§ 33 ff.: private Durchsetzung der Art. 5 bis 7 DMA

### II. Leichtere Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen

- ~~§ 34 I: Streichung des Verschuldenserfordernisses (RefE)~~
- § 34 IV 1: Vermutung eines wirtschaftlichen Vorteils aus Kartellrechtsverstößen
- § 34 IV 4: Vermutung eines Mindestvorteils von 1 % des Inlandsumsatzes mit dem betreffenden Produkt (theoretisch widerlegbar nach S. 6 und 7)
- § 34 IV 9: begrenzt auf 10 % des Konzernvorjahresumsatzes

=> Ein „totes Pferd“ wird frisch gesattelt.

# 11. GWB-Novelle

---

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- Einführung umfassender Eingriffsmöglichkeiten des BKartA nach Feststellung von Wettbewerbsstörungen, inkl. „objektiver Entflechtung“
- „grundsätzliche politische Richtungsentscheidung“ (Monopolkommission)
- Das GWB auf dem Weg zum „more administrative approach“?

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- Einführung umfassender Eingriffsmöglichkeiten des BKartA nach Feststellung von Wettbewerbsstörungen, inkl. „objektiver Entflechtung“
- „grundsätzliche politische Richtungsentscheidung“ (Monopolkommission)
- Das GWB auf dem Weg zum „more administrative approach“?
- **RegBegr:** *„Lücken, hinsichtlich solcher Wettbewerbsstörungen, die nicht unbedingt an eine kartellrechtliche Verhaltensweise anknüpfen, sondern zu weiten Teilen auf strukturellen Ursachen ... beruhen“.*
- **Vorbild:** Wettbewerbsrecht des UK (vgl. Griechenland, Mexiko, Südafrika und Island)
- De lege lata „zahnloser“ § 32e GWB?
- Lücken im GWB – trotz über EU-Recht hinausreichender §§ 19a, 20 GWB?

# 11. GWB-Novelle

---

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



# 11. GWB-Novelle

---

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
- **§ 32f III: Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art bei erheblicher und fortwährender Störung des Wettbewerbs** (s. § 32f V)

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
- **§ 32f III: Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art** bei erheblicher und fortwährender **Störung des Wettbewerbs** (s. § 32f V)
- **§ 32f IV:** objektive, eigentumsrechtlichen **Entflechtung** als *ultima ratio*

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
- **§ 32f III: Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art** bei erheblicher und fortwährender **Störung des Wettbewerbs** (s. § 32f V)
- **§ 32f IV:** objektive, eigentumsrechtlichen **Entflechtung** als *ultima ratio*
- **§ 32f VI: Verpflichtungszusagen** i.S.v. § 32b möglich

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
- **§ 32f III: Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art** bei erheblicher und fortwährender **Störung des Wettbewerbs** (s. § 32f V)
- **§ 32f IV:** objektive, eigentumsrechtlichen **Entflechtung** als *ultima ratio*
- **§ 32f VI: Verpflichtungszusagen** i.S.v. § 32b möglich
- **§ 32f VII:** Maßnahmen 18 Monate nach Bericht zur Sektoruntersuchung

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
- **§ 32f III: Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art** bei erheblicher und fortwährender **Störung des Wettbewerbs** (s. § 32f V)
- **§ 32f IV:** objektive, eigentumsrechtlichen **Entflechtung** als *ultima ratio*
- **§ 32f VI: Verpflichtungszusagen** i.S.v. § 32b möglich
- **§ 32f VII:** Maßnahmen 18 Monate nach Bericht zur Sektoruntersuchung
- **§ 32f VIII:** Einvernehmen mit BNetzA

# 11. GWB-Novelle

## III. Sektoruntersuchungen (§ 32e und §32f)

- **§ 32e III:** Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (soll 18 Monate nicht überschreiten)



- **§ 32f II:** gegenüber § 39a erweiterte Anmeldepflichten für **Zusammenschlüsse**
- **§ 32f III: Eingriffsmöglichkeiten verhaltensbasierter oder struktureller Art** bei erheblicher und fortwährender **Störung des Wettbewerbs** (s. § 32f V)
- **§ 32f IV:** objektive, eigentumsrechtlichen **Entflechtung** als *ultima ratio*
- **§ 32f VI: Verpflichtungszusagen** i.S.v. § 32b möglich
- **§ 32f VII:** Maßnahmen 18 Monate nach Bericht zur Sektoruntersuchung
- **§ 32f VIII:** Einvernehmen mit BNetzA
- **§ 32f IX:** Erfahrungsbericht nach 10 Jahren

# § 41a (2009) vs. § 32f-RefE (2022)

§ 41a GWB-E (2009)	§ 32f GWB (RefE, 2022)
<b>Markt:</b> auf absehbare Zeit <b>beherrschter Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung</b> , auf dem Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist	<b>jeder Markt</b> , auf dem der Wettbewerb erheblich und andauernd oder wiederholt gestört ist,
<b>Adressat:</b> <b>Marktbeherrscher</b> auf dem betroffenen Markt	<b>jedes Unternehmen</b>
<b>Maßnahme:</b> entschädigungslose objektive Entflechtung	entschädigungslose objektive Entflechtung (Abs. 4) + <b>umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten im Vorfeld (Abs. 3)</b> => weites Ermessen des BKartA
<b>Ministerdispens:</b> nach § 42a GWB-E <b>möglich</b> , wenn gesamtwirtschaftliche Vorteile bzw. Allgemeininteresse die gegebene Struktur rechtfertigen	<b>nicht vorgesehen</b> , BKartA entscheidet (unbeschadet gerichtlicher Überprüfung) abschließend

# § 32f GWB

Referentenentwurf	Finalfassung
<p>keine Definition von „Störung“ (in Abs. 5 nur vage umrissen)</p> <p>⇒ weites Ermessen des BKartA</p>	<p>weiter keine Definition von „Störung“, lediglich erweiterter Katalog von Indizien / Faktoren</p> <p>⇒ weites Ermessen des BKartA</p> <p>immerhin ist „fortwährend“ klar definiert</p>

# § 32f GWB

Referentenentwurf	Finalfassung
<p>keine Definition von „Störung“ (in Abs. 5 nur vage umrissen)</p> <p>⇒ weites Ermessen des BKartA</p>	<p>weiter keine Definition von „Störung“, lediglich erweiterter Katalog von Indizien / Faktoren</p> <p>⇒ weites Ermessen des BKartA</p> <p>immerhin ist „fortwährend“ klar definiert</p>
<p>jeder Markt</p>	<p>bundesweiter Markt, mehrere Märkte, marktübergreifend,</p> <p>aber weiter keine Beschränkung auf Märkte mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung</p>

# § 32f GWB

Referentenentwurf	Finalfassung
<p>keine Definition von „Störung“ (in Abs. 5 nur vage umrissen)</p> <p>⇒ weites Ermessen des BKartA</p>	<p>weiter keine Definition von „Störung“, lediglich erweiterter Katalog von Indizien / Faktoren</p> <p>⇒ weites Ermessen des BKartA</p> <p>immerhin ist „fortwährend“ klar definiert</p>
<p>jeder Markt</p>	<p>bundesweiter Markt, mehrere Märkte, marktübergreifend,</p> <p>aber weiter keine Beschränkung auf Märkte mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung</p>
<p>jedes Unternehmen auf diesem Markt</p>	<p>Unternehmen, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung wesentlich beitragen,</p> <p>aber weiter kein (Kartell-)Rechtsverstoß erforderlich</p>

# § 32f GWB

Referentenentwurf	Finalfassung
<p>umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten (Abs. 3) bis hin zur Entflechtung (Abs. 4) nach Ermessen des BKartA</p>	<p>weiter umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten (Abs. 3) bis hin zur Entflechtung (Abs. 4) nach Ermessen des BKartA aber nur, wenn die Anwendung der §§ 1 ff. GWB voraussichtlich nicht ausreicht, um die Störung wirksam und dauerhaft zu beseitigen („milde Subsidiarität“)</p>

# § 32f GWB

Referentenentwurf	Finalfassung
umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten (Abs. 3) bis hin zur Entflechtung (Abs. 4) nach Ermessen des BKartA	weiter umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten (Abs. 3) bis hin zur Entflechtung (Abs. 4) nach Ermessen des BKartA aber nur, wenn die Anwendung der §§ 1 ff. GWB voraussichtlich nicht ausreicht, um die Störung wirksam und dauerhaft zu beseitigen („milde Subsidiarität“)
keine Abstimmung mit Regulierungsrecht	Einvernehmen mit BNetzA in Bezug auf regulierte Märkte (Abs. 8)

# § 32f GWB

Referentenentwurf	Finalfassung
umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten (Abs. 3) bis hin zur Entflechtung (Abs. 4) nach Ermessen des BKartA	weiter umfangreiche Eingriffsmöglichkeiten (Abs. 3) bis hin zur Entflechtung (Abs. 4) nach Ermessen des BKartA aber nur, wenn die Anwendung der §§ 1 ff. GWB voraussichtlich nicht ausreicht, um die Störung wirksam und dauerhaft zu beseitigen („milde Subsidiarität“)
keine Abstimmung mit Regulierungsrecht	Einvernehmen mit BNetzA in Bezug auf regulierte Märkte (Abs. 8)
entschädigungslose objektive Entflechtung als ultima ratio (Abs. 4)	objektive Entflechtung als ultima ratio (Abs. 4), aber immerhin Adressatenkreis beschränkt auf MB/ÜMB sowie Teilentschädigung aus Bundeshaushalt



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

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

Email: [Koerber@LS-Koerber.de](mailto:Koerber@LS-Koerber.de)

[www.LS-Koerber.de](http://www.LS-Koerber.de)