

Nachhaltiges Kartellrecht?

Herausforderungen für
kommunale Unternehmen
durch die 11. und 12. GWB-
Novelle

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

Institut für Energiewirtschaftsrecht (EWIR)
der Universität zu Köln

20.9.2023



13. NRW-STADTWERKE-JURISTENTAG

20. und 21. September 2023 in Dortmund

Vorstellung des EWIR (info@ewir-koeln.de)



Universität zu Köln

Suchen mit Google



Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Energiewirtschaftsrecht



[Startseite](#) [Institut](#) [Direktor](#) [Team](#) [Beirat](#) [Förderverein](#) [Publikationen](#) [Weblinks](#) [Promotion](#) [Praxisbörse](#) [Bibliothek](#) [Lehrstuhl](#) [Kontakt](#)

EWIR - Institut für Energiewirtschaftsrecht



Das Institut für Energiewirtschaftsrecht (EWIR) ist ein Institut der Universität zu Köln. Es dient der unabhängigen, interdisziplinär ausgerichteten Forschung und Lehre. Es hat seinen Sitz im Studierenden Service Center (SSC) neben dem Universitäts-Hauptgebäude.

- [EWIR-Infolyer](#)
- [EWIR-Newsletter](#)
- [Energierrechtliche Jahrestagungen](#)
- [Energierrechtstag in NRW](#)
- [EWIR-Workshops](#)
- [Doktorandennetzwerk](#)

Direktor

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

Veranstaltungen und Aktuelles

- [2. FCEEL - A Dutch-German Hydrogen Valley](#)
- [Referentenentwurf \(3.4.2023\)](#) und [Regierungsentwurf \(19.4.2023\)](#) zum Gebäudeenergiegesetz (GEG) - [Vergleich RefE - RegE - Kritik von Prof. Körber](#)
- Rückblick: [2. Energierrechtstag in Bochum - Slides hier](#)
- Rückblick: [9. EWIR Workshop Netzbetrieb, Handelsrecht, Regulierung](#)
- Rückblick: [1. Energierrechtstag in NRW / 50. Energierrechtliche Jahrestagung](#)

Publikationen

- Kissling, [Die Privilegierung von Agri-PV-Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB](#), Enk-Aktuell 2023, 010170
- Körber, [Kartellrechtliche Grenzen von Überbau und Überbauverzicht](#), NZKart 2023, 335
- Körber, [Der aktuelle Referentenentwurf zum Gebäudeenergiegesetz – eine Glosse](#), EnK-Aktuell 2023, 01097
- Kissling/Yang, [Recent developments in China's coal strategy: European and Chinese perspectives](#) Enk-Aktuell 2023, 01084

Erstellt am: 22. August 2017, zuletzt geändert am: 7. September 2023 von Torsten Körber

Kartellrecht

1. Gegenstand und Ziel

- **Kartellrecht** (GWB, EU-Recht) schützt die Freiheit des Wettbewerbs und die Offenheit der Märkte für Wettbewerb.
- **Lauterkeitsrecht** (UWG) schützt die „Fairness“ im Wettbewerb.
- **Regulierungsrecht** (z.B. EnWG) schützt Wettbewerb und andere Allgemeinwohlinteressen.

2. Arten von Wettbewerbsbeschränkungen

- **Kartelle** und sonstige Verhaltensabstimmungen (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV)
- **Machtmissbrauch** (§§ 19, 19a, 20 GWB, Art. 102 AEUV)
- ggf. **Zusammenschlüsse** (§§ 35 ff. GWB, EU-FKVO)

Kartellrecht

3. Kommunale Unternehmen als Adressaten

- **Funktionaler Unternehmensbegriff:** Jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit ohne Rücksicht auf Rechtsform und die Art ihrer Finanzierung.
- auch **Unternehmen der öffentlichen Hand** (§ 185 I 1 GWB)
- **Ausnahmen:**
 - (1) §§ 19, 20, 31b GWB nicht anwendbar auf Beiträge und Gebühren
 - (2) §§ 19, 20, 29 GWB ggf. von EnWG verdrängt (§ 111 EnWG)

⇒ Kartellrechtscompliance beachten!

Kartellrecht

4. Durchsetzung des Kartellrechts

- **Behördlich durch Verfügungen und Geldbußen** (EU-Kommission, Bundeskartellamt, Landeskartellbehörden)
- **Zivilgerichtlich durch Klagen auf Unterlassung und/oder Schadensersatz** (§§ 33 ff. GWB)

⇒ Als Opfer von Kartellen sollten kommunale Unternehmen sorgfältig Nutzen und Risiken abwägen, insbesondere ob der erwartete Kartellschadensersatz das hohe Kostenrisiko wert sind.

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: Europäisierung 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

⇒ Nachhaltiges Kartellrecht vs. gesetzgeberischer Aktionismus (in jüngerer Zeit)

Ausgangspunkt der 11. Novelle: Tankrabatt

BMWK (11.6.22)

„Der Tankrabatt wird offenbar nicht voll weitergegeben“

Bild (13.6.22)

„Tankrabatt floppt“



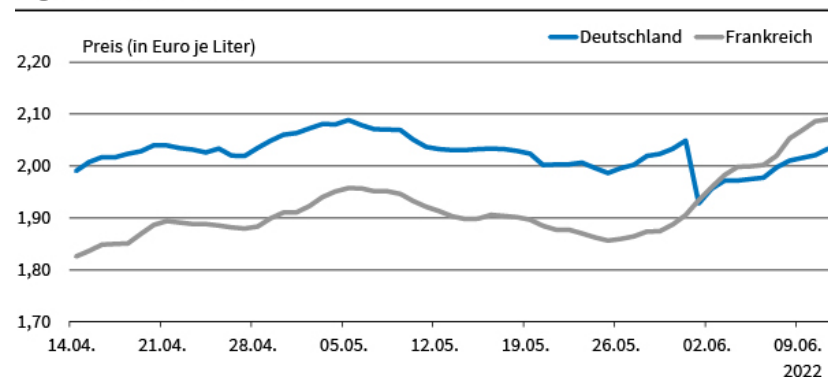
ifo-Institut (14.6.22)

„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 2023

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

Seltener Anwendungsfall des § 34 GWB a.F.: vgl. BGH 14.2.23, KVZ 38/20, NZKart 2023, 369

- ~~§ 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 2023

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

- **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 2023

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

§ 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
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

12. GWB-Novelle 2024?

I. Bundeskartellamt (auch) als Verbraucherschutzbehörde

- Durchsetzung des UWG und von Verbraucherschutznormen (vgl. UKlaG) durch Verwaltungsakte
- neben der privaten Durchsetzung

II. Legitimation von Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachhaltigkeitsziele (insbesondere Dekarbonierung)?

- traditionelle Ausrichtung des Kartellrechts **allein auf den Schutz des Wettbewerbs** => Unabhängigkeit des BKartA, Schutz vor Politisierung
- **Ministererlaubnis** in der Fusionskontrolle (bis 2005 auch bei Kartellen) zur Abwägung mit allgemeinerpolitischen Zielen
- sondergesetzliche Regelungen im **Regulierungsrecht**

Gehört Nachhaltigkeit ins GWB?

I. § 2 Abs. 1 S. 2 Österreichisches KartellG (2021)

„Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt“.

II. Niederländische ACM: Leitlinienentwurf (2021)

III. EU-Kommission: Horizontal-Leitlinien (E 2002, final 1.6.2023)

IV. Studie “Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU” (2023, für BMWK)

Was ist Nachhaltigkeit?



Nachhaltigkeit als Wettbewerbsfaktor

▪ Nachhaltigkeit durch Wettbewerb

- Wettbewerb fördert Effizienz und Innovation.
- Nachhaltigkeit ist ein positiver Imagefaktor.
- (zusätzliche) nachhaltige Produkte erweitern das Angebot.

⇒ Förderung von Nachhaltigkeit durch **Wettbewerb ist die Regel**, Förderung von Nachhaltigkeit durch **Wettbewerbsbeschränkung ist die Ausnahme**.

▪ Wettbewerbsneutrale Nachhaltigkeitsvereinbarungen

- Keine Konflikte, wenn lediglich Gesetze umgesetzt werden
- idR auch keine Konflikt, wenn Vereinbarungen keine wichtigen Wettbewerbsfaktoren wie Preis, Menge, Qualität, Innovation, Produktauswahl oder Vertriebskanäle betreffen (KOMM. HorizontalLL Tz. 527 ff.)

Nachhaltigkeit vs. Wettbewerb?

- **Unternehmen streben typischer (und legitimer) Weise nach Gewinn, nicht Gemeinwohl**
 - Milton Friedman: „*The social responsibility of business is to increase its profits*“.

⇒ Altruismus oder nur „greenwashing“?
- **ACM: Fünf Kraftwerke-Fall „SER Energieakkord“ (2013)**
 - Vertrag über die Schließung von fünf älteren Kohlekraftwerken aus den 1980ern
 - ACM: Preiserhöhung ohne Klimaeffekt (wg. Emissionshandel) => keine Freistellung vom Kartellverbot

Nachhaltigkeit vs. Wettbewerb?

Horizontalleitlinien der EU-Kommission (1.6.2023)

1. **Nachhaltigkeitsvorteile** müssen **substantiiert** werden
(vgl. ACM-Fall, Gefahr des „greenwashing“), Tz. 557 ff.
2. Die **Wettbewerbsbeschränkung** muss **unerlässlich** dafür sein
was nicht der Fall ist, wenn Nachhaltigkeit zumutbar auch ohne Absprachen verfolgt werden kann, Tz. 560 ff.
3. Die **Verbraucher** (auf dem von der Vereinbarung betroffenen Markt!) müssen **angemessen** an den Vorteilen **beteiligt** werden, Tz. 569 ff.
4. Der **Wettbewerb** darf durch die Vereinbarung **nicht völlig ausgeschaltet** werden, Tz. 592 ff.

Nachhaltigkeit vs. Wettbewerb?

Deutsches Kartellverbot (§§ 1 – 3 GWB)

- Kartellverbot ist mit EU-Kartellverbot **harmonisiert** (Art. 3 VO 1/03).
 - Das GWB darf keine nach EU-Recht verbotenen Kartelle freistellen.
 - Auch bei rein nationalen Fällen deutsche Alleingänge in Ermangelung eines „deutschen Klimas“ fragwürdig.
- ⇒ Die 12. Novelle sollte sich an den EU-Ansätzen orientieren.
- ⇒ Kartellbehörden sollten keine politischen Entscheidungen treffen.
- ⇒ Ein Ministererlaubnisverfahren wäre sinnvoll. Die Re-Etablierung dieses Verfahrens für Kartelle erscheint aber wenig realistisch.

Fazit

- **Aufgabe der Unternehmen:** Gewinne machen und diese Gewinn verantwortlich (auch für Nachhaltigkeit) einsetzen.
- **Aufgabe der Kartellbehörden:** Wettbewerb schützen und dadurch Konsumentenwohlfahrt, Innovation und Nachhaltigkeit fördern.
- **Aufgabe des Gesetzgebers:** Nachhaltigkeit durch technologieoffene und die Unternehmen wie Bürger nicht übermäßig bevormundende oder belastende Gesetze fördern.
- Die Förderung der Nachhaltigkeit ist eine **Staatsaufgabe**, die ein verantwortlicher Gesetzgeber weder an Unternehmen (oder an die Gerichte) „outsourcen“ noch für ein „politisches greenwashing“ ohne Klimaeffekt nutzen sollte.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

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

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de