



11. GWB-Novelle („Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“) in Kraft getreten

Führt das neue Gesetz zu einem „Kartellrecht mit Klauen und Zähnen“?

I. Einführung

Mit dem Inkrafttreten der 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) am 7. November 2023 sind für das deutsche Kartellrecht einige weitreichende Änderungen verbunden. Zwei Jahre nachdem das Bundeskartellamt (BKartA) durch das GWB-Digitalisierungsgesetz (d.h. die 10. GWB-Novelle) nie zuvor dagewesene Ermittlungsbefugnisse erhalten hatte, soll mit der 11. GWB-Novelle die deutsche Wettbewerbsaufsicht erneut gestärkt werden. Die nun beschlossenen Änderungen wurden von Vizekanzler und Bundeswirtschaftsminister Dr. Robert Habeck als Kartellrecht mit „*Klauen und Zähnen*“ angekündigt und von Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann als notwendige Schaffung einer „*Wettbewerbsbehörde mit Biss*“ begrüßt. Auch wenn die Novelle das GWB auf eine vierte Säule in Form der Sektoruntersuchungen und anschließender Abhilfemaßnahmen stellt und das BKartA mit weitgehenden Eingriffsinstrumenten zur Bekämpfung von Wettbewerbsstörungen ausstattet, ist es verwunderlich, dass bei all der Rhetorik der Eindruck erweckt wird, dass die Kartellaufsicht in Deutschland bislang

zahnlos und ein Vorgehen auf Samtpfoten gewesen sei. Die bislang bedeutungslose Vorteilsabschöpfung erhält durch die Einführung zweier Vermutungsregelungen zur Existenz und Minimalhöhe von wirtschaftlichen Vorteilen eine zweite Chance. Zudem schafft die Novelle die rechtlichen Grundlagen zur flankierenden Begleitung der EU-Kommission durch das BKartA bei der Durchsetzung des EU Digital Markets Act (DMA). Sieht man von den neuen Regeln zur DMA-Umsetzung ab, so erweckt die 11. GWB-Novelle den Eindruck, dass nach jahrelanger Fokussierung auf digitale Märkte nun durchaus auch wieder Märkte der analogen Wirtschaft im Interesse des Kartellamtes stehen können.

Dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) keine Zeit verlieren will, seine wettbewerbspolitische Agenda in der zweiten Hälfte der Legislaturperiode zielgerichtet fortzuentwickeln, zeigt die Tatsache, dass der Konsultationsprozess zur 12. GWB-Novelle getreu nach dem Motto „Nach der Novelle ist vor der Novelle“ bereits am Tag der Verkündung der 11. GWB-Novelle gestartet ist und mit recht kurzer Frist am 4. Dezember 2023 endet.

Entstehungsgeschichte

Im September 2022 hat das BMWK den „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, GWB-E)“ vorgestellt. Dem Referentenentwurf hatte die Bundesregierung nach Vorstellung durch Robert Habeck und Marco Buschmann am 5. April 2023 zugestimmt. Nach einigen Änderungen an dem Regierungsentwurf durch den Wirtschaftsausschuss hat der Deutsche Bundestag am 6. Juli 2023 auf Grundlage der Beschlussempfehlung die 11. GWB-Novelle verabschiedet. Die Befassung des Bundesrates und die anschließende Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt sind erst nach der Sommerpause erfolgt. Am 7. November 2023 ist das Gesetz in Kraft getreten.

Hintergrund

In der politischen Kommunikation wird die Initiative für das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz vor allem mit der Preisentwicklung auf den Energiemärkten infolge des völkerrechtswidrigen Angriffs Russlands auf die Ukraine in Verbindung gebracht. Im Mittelpunkt stand damals die Diskussion um die Weitergabe des sog. Tankrabattes im Mineralölsektor. Laut Staatssekretär (BMWK) Sven Giegold hatten diese Änderungen zu einem „Unwohlsein der Menschen“ geführt, wobei er existierende „Lücken im bestehenden Kartellrecht“ anmerkt: die „Krise [habe] lediglich wie ein Brennglas“ gewirkt. In dem Zwischenbericht zur Ad-hoc Sektoruntersuchung „Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel“ stellte das BKartA im November 2022 fest, dass der Tankrabatt weitestgehend weitergegeben worden sei. Damit ist weiterhin unklar, welche konkret zu bekämpfenden Missstände im Wettbewerb eine so weitgehende Reform des Wettbewerbsrechts legitimieren sollen. Die Vertreter der federführenden wettbewerbspolitischen Stellen haben im Gesetzgebungsverfahren zwar regelmäßig bestätigt, dass es in der deutschen Wirtschaft in einzelnen Bereichen sehr ungünstige Wettbewerbsstrukturen gebe, konkrete Sektoren oder Beispielsfälle wurden allerdings nicht benannt.

Inwiefern es dem Gesetzgeber gelungen ist, die Wettbewerbsbehörde mit schärferen Instrumenten auszustatten und ob dies überhaupt erforderlich war, wird nachfolgend behandelt.

II. Sektoruntersuchungen und mögliche Folgemaßnahmen

Im Zentrum der 11. GWB-Novelle steht die Effektivierung des bereits existierenden kartellrechtlichen Instruments der Sektoruntersuchung. Die recht niedrigen Einleitungsvoraussetzungen des bereits mit der 7. GWB-Novelle im Jahre 2005 eingeführten Instruments der Sektoruntersuchung werden nur geringfügig verändert:

Lassen Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, können das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – sektorübergreifend – bestimmter Arten von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen durchführen (§ 32e Abs. 1 n.F.). Sektoruntersuchungen ermöglichen es Kartellbehörden, tiefere Einblicke in die Wettbewerbsverhältnisse einzelner Wirtschaftssektoren zu erhalten. Seit ihrer Einführung 2005 hat das BKartA bereits Berichte zu 20 Sektoruntersuchungen veröffentlicht, darunter u.a. die Sektoruntersuchung „Krankenhäuser“ im Jahr 2021 und die Sektoruntersuchung „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ im Jahr 2014.

Für die erweiterten Eingriffsmöglichkeiten hat sich der Gesetzgeber an dem Instrument zur Marktüberprüfung der britischen Competition and Markets Authority (CMA) sowie an dem geplanten, aber nicht realisierten sog. „New Competition Tool“ der Europäischen Kommission orientiert.

Beschleunigung des bestehenden Instruments der Sektoruntersuchung

In der Vergangenheit hat die Einleitung von Sektoruntersuchungen zu langwierigen Verfahren geführt. Um eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen, sollen Sektoruntersuchungen jetzt nach § 32e Abs. 3 GWB n.F. 18 Monate von der Einleitung der Untersuchung über Durchführung der Ermittlungen bis zum Erstellen eines Abschlussberichts andauern. Hierbei handelt es sich um eine Soll-Frist, deren Überschreitung keine unmittelbaren rechtlichen Folgen nach sich zieht. Der Präsident des BKartA, Andreas Mundt, nennt diese Frist „ambitioniert“; die Dauer der Abläufe solle nicht unterschätzt werden. Zu Ermittlungszwecken im Rahmen einer Sektoruntersuchung steht dem BKartA dabei eine Vielzahl an Maßnahmen zur Verfügung. Es kann Beweise erheben, die Erteilung von Auskünften verlangen, geschäftliche Unterlagen einsehen und prüfen, Durchsuchungen anordnen und – dies stellt eine Neuerung der 11. GWB-Novelle dar – auch Beschlagnahmen nach § 58 GWB durchführen. Die Rolle der Monopolkommission bei der Einleitung einer Sektoruntersuchung wird dadurch gestärkt, dass sie künftig nach § 44 Abs. 4 GWB n.F. in ihren Gutachten Empfehlungen für untersuchungswürdige Sektoren aussprechen kann. Folgt die Wettbewerbsbehörde einer solchen Empfehlung binnen zwölf Monaten nicht, leitet sie also keine Sektoruntersuchung binnen dieses Zeitraumes ein, ist eine Stellungnahme ihrerseits erforderlich. Wird eine Sektoruntersuchung durchgeführt, so ist aus Transparenzgründen der Abschlussbericht auf der Internetseite des BKartA zu veröffentlichen. Im Zuge der Beschlussfassung des Wirtschaftsausschusses wurde eine Berichtspflicht des BMWK gegenüber dem Bundestag und

Bundesrat über die Erfahrungen mit dem § 32f GWB n.F. nach Ablauf von zehn Jahren seit Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle eingeführt.

Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten nach Sektoruntersuchungen

Bislang endeten Sektoruntersuchungen mit einem Abschlussbericht des BKartA und ohne die Möglichkeit sektoruntersuchungsspezifischer Folgemaßnahmen. Bei Feststellung etwaiger Kartellverstöße bestand allerdings die Möglichkeit eines separaten Vorgehens gegen diejenigen Unternehmen, gegen die sich ein Verdacht des Verstoßes gegen kartellrechtliche Vorschriften ergeben hatte. Mit der 11. GWB-Novelle erlangt das BKartA nun die Befugnis, weitreichende Maßnahmen gegen Unternehmen anzuordnen, falls in einer Sektoruntersuchung eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs festgestellt wurde. Als Novum im GWB sind diese Maßnahmen nicht an kartellrechtswidrige Verhaltensweisen geknüpft, sondern an das bloße Bestehen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs. Nach Ansicht des Gesetzgebers müsse eine Störung des Wettbewerbs nicht zwangsläufig auf einem Kartellrechtsverstoß beruhen. Auch im Falle kartellrechtskonformen Verhaltens aller Unternehmen auf dem jeweiligen Markt könnten die Bedingungen auf dem Markt zu einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs führen. Dies könne zu höheren Preisen, schlechterer Qualität und geringerer Produktvielfalt führen und gleichzeitig Anreize zur Innovation beseitigen. Auf verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen nach § 32e Abs. 6 GWB n.F. finden die neuen Eingriffsmöglichkeiten gem. § 32f Abs. 1 S. 2 GWB n.F. explizit keine Anwendung.

Erweiterung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle nach § 32f Abs. 2 GWB n.F.

Der erst in der letzten GWB-Novelle eingeführte § 39a GWB, welcher die Möglichkeit vorsieht, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen unterhalb der Anmeldeschwelle des § 35 GWB zu verpflichten, ist nach § 32f Abs. 2 GWB n.F. verschoben worden. Soweit objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der untersuchten Wirtschaftszweige erheblich behindert werden könnte, kann das BKartA nach einer Sektoruntersuchung ein Unternehmen in einem (oder mehreren) untersuchten Wirtschaftssektor(en) zur Anmeldung jedes Zusammenschlusses verpflichten, wenn der Erwerber im letzten Geschäftsjahr einen Inlandsumsatz von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen einen Inlandsumsatz von mehr als einer Million Euro erzielt hat (§ 32f Abs. 2 S. 2 GWB n.F.). Damit wird der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle lediglich für den Fall des Vorliegens einer

Sektoruntersuchung erweitert; das BKartA kann also nur als Folge einer Sektoruntersuchung Unternehmen verpflichten, unterhalb der regulären Eingriffsschwellen jedes Zusammenschlussvorhaben anzumelden. Eine inhaltliche Änderung der fusionskontrollrechtlichen Prüfung geht damit nicht einher, sodass eine Untersagung nach wie vor nur im Falle einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs erfolgt.

Die Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB ist bei einer solchen Anordnung nicht anwendbar. Eine Einschränkung der jeweiligen Anordnung kann nach der Gesetzesbegründung in räumlicher (Verpflichtung nur bzgl. bestimmter Länder, Marktgebiete oder Kommunen) oder in sachlicher (Verpflichtung nur bzgl. spezieller Leistungen oder Produkte) Hinsicht durch das BKartA erfolgen. Eine Anordnung gilt für drei Jahre und kann dreimal um je drei Jahre verlängert werden, sodass eine Verpflichtung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse für maximal zwölf Jahre bestehen kann.

Die Übergangsregelung in § 187 Abs. 11 GWB n.F. stellt klar, dass vor Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle abgeschlossene Sektoruntersuchungen auch Grundlage für Verfügungen nach § 32 Abs. 2 GWB n.F. sein können. Voraussetzung hierfür ist, dass der Abschlussbericht der betreffenden Sektoruntersuchung weniger als ein Jahr vor Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle veröffentlicht wurde.

Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs

Das BKartA kann nach Abschluss einer Sektoruntersuchung eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend feststellen. Hierbei handelt es sich um ein selbstständiges Verwaltungsverfahren im Anschluss an die Sektoruntersuchung. Dafür ist ein Verstoß gegen kartellrechtliche Normen nicht erforderlich. Die Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens einer Störung des Wettbewerbs – einem neu eingeführten Rechtsbegriff – hat der Gesetzgeber in § 32f Abs. 5 GWB n.F. anhand von (recht vagen) Regelbeispielen niedergelegt. Genannt werden zum Beispiel das Vorliegen einer unilateralen Angebots- oder Nachfragemacht oder eine Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden (angelehnt an die aus dem EU-Recht bekannten Institute der *input* bzw. *customer foreclosure*) durch vertikale Beziehungen. Zusätzlich werden Faktoren zur Prüfung des Vorliegens einer Störung, wie u.a. die Anzahl und Größe der auf dem Markt tätigen Unternehmen oder Preis, Menge, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf dem betroffenen Markt, aufgelistet. Eine Definition findet über die Aufzählung der Regelbeispiele in § 32f Abs. 5 GWB n.F. durch den Gesetzgeber bewusst – so der Regierungsentwurf – nicht

statt. Aus Kreisen der Staatsrechtslehre werden daher Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes erhoben. So kritisiert Prof. Dr. Martin Nettesheim, Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Tübingen, im Auftrag des Handelsverbands Deutschlands insbesondere einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz dadurch, dass der Gesetzgeber dem BKartA keine tauglichen Kriterien zur Ausfüllung des Begriffs einer Störung des Wettbewerbs an die Hand gebe. Er überlasse es demnach der Behörde selbst, zu definieren, was eine Störung und was ein (noch) eingeschränkt funktionierender Wettbewerb sei. Vor diesem Hintergrund sei es anhand der Norm auch für Unternehmen *ex ante* unmöglich zu erkennen, welches Verhalten von ihnen erwartet werde, um der Feststellung einer Störung des Wettbewerbs als ersten Schritt und Folgemaßnahmen als zweiten Schritt durch das BKartA zu entgehen; eine solche Orientierungssicherheit für die Rechtsunterworfenen schaffe das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz gerade nicht. Insbesondere vor dem Hintergrund der erheblichen Eingriffstiefe der dem BKartA zur Verfügung stehenden Abhilfemaßnahmen – auf die im Weiteren noch eingegangen wird – in die unternehmerische Freiheit des Art. 12 und in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG seien an Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip besonders hohe Anforderungen zu stellen. Auch dem Wesentlichkeitsvorbehalt – wonach der Gesetzgeber wesentliche, also insbesondere grundrechtsrelevante, Entscheidungen selbst treffen muss – werde die neue Fassung nicht gerecht. Hierzu wäre – so die Kritik – eine Eingrenzung des Begriffs der Störung des Wettbewerbs erforderlich gewesen. Eine derartige Verlagerung der Entscheidungshoheit auf die Exekutive sei mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt nicht vereinbar.

Erheblich ist eine Störung nach der Gesetzesbegründung, wenn sie „mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb“ des betroffenen Marktes bzw. der betroffenen Märkte hat. Eine Störung wird als fortwährend angesehen, wenn sie über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist (§ 32f Abs. 5 S. 3 GWB n.F.). Um eine Störung des Wettbewerbs festzustellen, muss das BKartA im Vorfeld eine Prognose treffen, ob die Anwendung der traditionellen kartellrechtlichen Instrumente voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Der Prüfungsmaßstab dieser Subsidiarität wurde zuletzt durch die Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses angepasst: Die Erkenntnisse des BKartA über die Marktverhältnisse müssen nicht mehr tatsächlich *ausreichen*, sondern nur *ausreichend erscheinen*, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen.

Die Feststellungsverfügung wird vom BKartA gegenüber allen Unternehmen erlassen, die mögliche Adressaten einer Maßnahme nach § 32f Abs. 3 S. 6 oder Abs. 4 GWB n.F. sind. Adressaten dieser Maßnahmen können nur Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten und kumulativ – diese Voraussetzung wurde durch die Beschlussfassung des Bundestages eingeführt – durch ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen. Ein wesentlicher Beitrag liegt dabei in jedem am Markt spürbaren Verhalten. Das BKartA kann die Verfügung zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Adressaten ausdehnen (§ 32f Abs. 3 S. 5 GWB n.F.).

Hat das BKartA durch Verfügung eine Störung festgestellt, so steht der Behörde ein Katalog von verhaltensbezogenen und strukturellen Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB n.F. offen.

Verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB n.F.

Verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen kann das BKartA nach § 32f Abs. 3 S. 5 GWB n.F. anordnen, soweit sie zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind. Hierbei handelt es sich um eine Erweiterung der Kompetenzen aus § 32 Abs. 2 GWB.

Als nicht abschließende Beispiele für Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB n.F. werden in Satz 6 genannt:

- Die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen,
- Vorgaben zu Geschäftsbeziehungen (z.B. Lieferverpflichtungen) zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen,
- die Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen,
- Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung,
- das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen und
- die buchhalterische oder organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.

Im Rahmen des Auswählermessens in Bezug auf Adressaten, Maßnahmen und Eingriffsstärke soll das BKartA die Stellung des Unternehmens im betroffenen Markt oder marktübergreifend berücksichtigen (§ 32f Abs. 3 S. 4 GWB n.F.), wobei mit steigender Bedeutung des betroffenen Unternehmens im relevanten Markt die Eingriffsintensität der Abhilfemaßnahmen zunimmt.

Strukturelle Abhilfemaßnahmen (Entflechtungsanordnungen) nach § 32f Abs. 4 GWB n.F.

Über die verhaltensorientierten Maßnahmen des § 32 Abs. 3 GWB n.F. hinaus ergänzt die 11. GWB-Novelle als weitere Folgemaßnahme nach Abschluss einer Sektoruntersuchung die Befugnis des BKartA zur Anordnung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung. Die zwangsweise Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen einzelner Unternehmen darf nur angeordnet werden, soweit verhaltensorientierte Maßnahmen im Sinne des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB n.F. tatsächlich ausscheiden, nicht gleich wirksam sind oder das betroffene Unternehmen stärker belasten würden (vgl. § 32f Abs. 4 S. 1, 2 GWB n.F.). Adressat dieser *ultima ratio*-Verfügung können nur marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB sein.

Zusätzlich muss zu erwarten sein, dass diese Störung durch die Entflechtung beseitigt oder erheblich verringert wird und letztere die *ultima ratio* im Verhältnis zu verhaltensorientierten Maßnahmen darstellt.

Nachdem gegen die Entflechtungsregelung des Referentenentwurfs vorgebracht worden war, dass der Erlös einer angeordneten Veräußerung von Unternehmensteilen in einigen Fällen erheblich unter deren tatsächlichem Wert liegen könnte, enthält die Beschlussfassung eine Einwendungsmöglichkeit gegen die Veräußerungspflicht und eine Entschädigungsregelung bei Veräußerungen unter Wert. Unbillige Härten sollen hierdurch vermieden und eine Kompensationsmöglichkeit für die betroffenen Unternehmen geschaffen werden.

Nach der Beschlussfassung kann eine Veräußerungspflicht zu Fall gebracht werden, wenn der erzielbare Verkaufserlös weniger als 50 % des von einem Wirtschaftsprüfer zuvor zum Zeitpunkt des letzten Jahresabschlusses ermittelten Unternehmenswertes beträgt. Dabei ist unklar, ob zu berücksichtigen ist, dass eine Unternehmensbewertung nach der üblicherweise angewandten Ertragswertmethode spätestens nach Durchführung der strukturellen Abhilfemaßnahme (wenn nicht bereits während des Verfahrens) deutlich geringer ausfallen dürfte als davor. Erfolgt eine Veräußerung unter dem festgestellten Wert, erhält das Unternehmen zusätzlich zum Verkaufserlös eine Kompensationszahlung. Diese beträgt die Hälfte der Differenz des durch den Wirtschaftsprüfer festgestellten Unternehmenswertes einerseits und des tatsächlich erzielten Verkaufserlöses andererseits.

Betrifft das Entflechtungsverfahren ein Unternehmen, das zuvor durch fusionskontrollrechtliche Freigabe Unternehmensteile hinzugewonnen hat, so besteht

Vertrauensschutz: § 32f Abs. 4 S. 10 GWB n.F. regelt, dass zwischen bestandskräftiger fusionskontrollrechtlicher Freigabe und Entflechtungsanordnung bezüglich derselben Unternehmensteile mindestens zehn Jahre liegen müssen. Aus Sicht des BKartA unliebsame Freigabeentscheidungen können folglich erst nach Ablauf von zehn Jahren auf dem Wege einer Entflechtungsanordnung rückgängig gemacht werden.

Verfahrensrechtliche Ergänzungen

Die 11. GWB-Novelle enthält auch mehrere verfahrensrechtliche Normen, die die neuen Eingriffsmöglichkeiten des BKartA konkretisieren und/oder beschränken:

- Für Verfügungen nach § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB n.F. können nun gemäß § 32f Abs. 6 GWB n.F., § 32b GWB Verpflichtungszusagen eines Unternehmens vom BKartA für verbindlich erklärt werden. Damit kann im Vorfeld einer Verfügung den Bedenken des BKartA bzgl. des Vorliegens einer Wettbewerbsstörung Rechnung getragen und eine gewisse Flexibilität beim Erlass von Abhilfemaßnahmen ermöglicht werden.
- Parallel zu der Beschleunigung des Verfahrens der Sektoruntersuchung hat der Gesetzgeber eine Regelverfahrensdauer für die Folgemaßnahmen von 18 Monaten seit Veröffentlichung des Abschlussberichts bestimmt. Diese gilt sowohl für die Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs als auch für die Anordnungen nach § 32f Abs. 2-4 GWB (§ 32f Abs. 7 GWB n.F.). Eine Überschreitung dieser Frist hat auch hier keine rechtliche Bedeutung.
- Die Novelle sieht ein zusätzliches Anhörungserfordernis für die Fälle des § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB n.F. nach Einleitung eines Verfahrens vor. Das BKartA muss gem. § 56 Abs. 7 S. 3 GWB n.F. nach Einleitung des Verfahrens eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen, es sei denn alle Beteiligten einschließlich etwaiger Beigeladener sind mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden. Aufgrund des mit einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verbundenen medialen Forums dürfte ein Einverständnis aller Beteiligter auch zukünftig in den Fällen des § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB n.F. die Ausnahme bilden.
- Gegen eine Verfügung des BKartA ist die Beschwerde gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 GWB zulässig. Sie kann von den betroffenen Unternehmen als Verfahrensbeteiligte gem. § 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB erhoben werden. Eine Beschwerde gegen die Feststellung der erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB n.F. hat keine aufschiebende Wirkung. Eine solche könnte allenfalls im

einstweiligen Rechtsschutz unter (äußerst) strengen Voraussetzungen angeordnet werden (vgl. § 67 Abs. 3 S. 3 GWB). Aufgrund des einschneidenden Charakters der in § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB n.F. geregelten Maßnahmen haben Rechtsbehelfe gegen diese aufschiebende Wirkung. Die entsprechende Ergänzung des § 66 Abs. 1 GWB n.F. in Bezug auf die verhaltensorientierten Folgemaßnahmen des § 32f Abs. 3 S. 6 GWB n.F. erfolgte erst im Rahmen der Beschlussfassung des Bundestages. Die Wettbewerbsbehörde hat in diesem Fall die Möglichkeit, unter (äußerst) strengen Voraussetzungen die sofortige Vollziehung einer Verfügung anzuordnen.

- Auf den regulierten Märkten der Sektoren Post, Telekommunikation und Eisenbahn sowie für die nach dem EnWG regulierten Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze benötigt das BKartA, wenn es Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und Abs. 4 GWB n.F. erlassen möchte, die Zustimmung der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde (vgl. § 32f Abs. 8 GWB n.F.). Die Bundesnetzagentur hat dazu eine Stellungnahme zu veröffentlichen.
- Für den Wirtschaftssektor der Logistik im Postverkehr wird die Möglichkeit des BKartA, Auskünfte und Unterlagen von Unternehmen anzufordern auch auf Informationen, die den Postverkehr betreffen, erstreckt. Dadurch wird das Postgeheimnis gemäß Art. 10 GG beschränkt (§ 59 Abs. 1 S. 5, 6 GWB n.F.).
- Ein Verstoß gegen eine Anordnung einer Maßnahme des § 32f Abs. 3 S. 6 oder Abs. 4 GWB n.F. des BKartA stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die gem. § 81 Abs. 2 Nr. 2 GWB n.F. bußgeldbewehrt ist.

III. Ein neuer Versuch für die Vorteilsabschöpfung

Weiter sieht die 11. GWB-Novelle vor, der Vorteilsabschöpfung des § 34 GWB zu einem praktisch relevanten Anwendungsbereich zu verhelfen. Getreu dem Motto „Unrecht darf sich nicht lohnen“ ermöglichte dieses Instrument den Kartellbehörden bereits vor der 11. GWB-Novelle, Unternehmen diejenigen Vorteile zu entziehen, die sie aus vorsätzlichem oder fahrlässigem kartellrechtswidrigem Verhalten erlangt hatten. Es handelt sich hierbei um ein separates Verwaltungsverfahren, das das BKartA entweder im Anschluss an ein vorangegangenes (eigenes oder durch die Europäische Kommission durchgeführtes) Kartellverfahren oder isoliert ohne vorheriges Verfahren einleitet. Die Vorteilsabschöpfung soll sicherstellen, dass die wirtschaftlichen Vorteile, die ein Unternehmen durch einen Verstoß gegen Wettbewerbsbeschränkungen des GWB, Art. 101, 102 AEUV sowie gegen Verfügungen der

Wettbewerbsbehörden erlangt hat, nicht bei diesem verbleiben; Anknüpfungspunkt der Vorteilsabschöpfung ist also ein kartellrechtswidrig erlangter wirtschaftlicher Vorteil von Unternehmen zu Lasten anderer Marktteilnehmer. Eine Abschöpfung ist auch weiterhin nur möglich, wenn der wirtschaftliche Vorteil nicht bereits auf andere Weise, also etwa durch Bußgelder, Schadensersatzleistungen oder die Anordnung der Einziehung von Taterträgen, abgeschöpft wurde. Mit anderen Worten: Soweit der erzielte bzw. vermutete Vorteil durch den festgestellten Kartellrechtsverstoß dasjenige übersteigt, was das betreffende Unternehmen bereits an Bußgeldern und/oder Schadensersatzzahlungen geleistet hat, kann zusätzlich eine Vorteilsabschöpfung stattfinden – jedoch begrenzt auf die Differenz des erzielten bzw. vermuteten Gewinns und der bereits geleisteten Bußgelder und Zahlungen. Für das Bußgeld gilt dies indes nur, soweit das Bußgeld auch der Abschöpfung dient, d.h. nicht nur Ahndungscharakter im Sinne des § 81d Abs. 3 GWB hat. Seit der Einführung der Vorteilsabschöpfung in den 1980er Jahren hat das BKartA von diesem Instrument *de facto* noch nie Gebrauch gemacht. Gründe hierfür waren neben den begrenzten Ressourcen des BKartA und der Subsidiaritätsklausel vor allem Schwierigkeiten im Rahmen der Darlegung eines durch Verstoß gegen Kartellrecht erlangten wirtschaftlichen Vorteils. Insbesondere nach der Abkehr vom Mehrerlös im Rahmen der Bußgeldbemessung im Zuge der 7. GWB-Novelle, stellt die Darlegung eines wirtschaftlichen Vorteils letztlich nur eine andere Umschreibung desselben Problems dar.

Um der Vorteilsabschöpfung in § 34 GWB zu einer praktischen Bedeutung zu verhelfen, hatte der Referentenentwurf insbesondere drei Änderungen vorgeschlagen:

- die Einführung von Vermutungsregelungen für das Vorliegen und die Höhe eines erzielten Vorteils,
- die Streichung des Verschuldenserfordernisses sowie
- eine Verlängerung der Abschöpfungsfrist von sieben auf zehn Jahre.

Nach intensiven Diskussionen der Regierungsparteien wurde mit der 11. GWB-Novelle nur die Einführung der Vermutungsregelungen tatsächlich umgesetzt.

Vereinfachung des Nachweiserfordernisses durch Einführung einer doppelten Vermutung

Um den Nachweis eines durch den vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen Kartellrecht erlangten wirtschaftlichen Vorteils zu erleichtern, führt das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz zwei Vermutungen zur Berechnung eines etwaigen erlangten Vorteils ein:

- § 34 Abs. 4 S. 1 GWB n.F. enthält die widerlegliche Vermutung, dass ein Wettbewerbsverstoß einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat.
- Hinsichtlich der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils gilt gemäß § 34 Abs. 4 S. 4 GWB n.F. die Vermutung, dass dieser mindestens 1 % der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen, erzielt wurden.

Gegen die Vermutung der Minimalhöhe kann nicht eingewendet werden, dass kein wirtschaftlicher Vorteil oder ein Vorteil in nur geringerer Höhe angefallen ist. Sie ist nur widerlegt, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen im relevanten Zeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat (vgl. § 34 Abs. 4 S. 6 GWB n.F.). Für die Ermittlung dieses „Vergleichsgewinns“ sind die weltweiten Gewinne der gesamten Unternehmensgruppe im Abschöpfungszeitraum (maximal fünf Jahre) heranzuziehen.

Die Vermutung gilt nicht, wenn die Erlangung eines Vorteils aufgrund der besonderen Natur des Verstoßes ausgeschlossen ist (vgl. § 34 Abs. 4 S. 9 GWB n.F.). Um die Reichweite der Norm zu begrenzen, sollen etwa Fälle ausgeschlossen werden, in denen ausschließlich Dritte oder andere Beteiligte Vorteile aus dem Verstoß gezogen haben. Als Beispiel hierfür nennt die Gesetzesbegründung den Fall, bei dem weder das betroffene Unternehmen noch ein an der Absprache beteiligtes Unternehmen den Zuschlag erhält; hier ist eine Kausalität zwischen dem Kartellrechtsverstoß und der Erlangung eines Vorteils bereits denklogisch ausgeschlossen.

Die Höhe der erlangten wirtschaftlichen Vorteile kann weiterhin geschätzt werden. Die Novelle stellt klar, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit – und kein strengerer Maßstab, wie teilweise bei der Auslegung von § 287 ZPO vertreten – im Rahmen der Schätzung ausreichen soll (vgl. § 34 Abs. 4 S. 2, 3 GWB n.F.). Die dafür herangezogene Schätzungsgrundlage muss die Wettbewerbsbehörde im Bescheid angeben. Insgesamt darf der abgeschöpfte Betrag die bei Kartellbußgeldern übliche Obergrenze von 10 % des weltweiten Gruppenumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres nicht übersteigen (vgl. § 34 Abs. 4 S. 10 GWB n.F.).

Die Vermutung der Minimalhöhe eines wirtschaftlichen Vorteils dürfte auch auf Verstöße Anwendung finden, die vor Inkrafttreten des § 34 Abs. 4 GWB n.F. begangen wurden.

Verfassungsrechtliche Bedenken werden in Bezug auf die zukünftige steuerrechtliche Behandlung einer isolierten Vermögensabschöpfung nach § 34 GWB n.F. erhoben. In Ermangelung einer dem § 4 Abs. 5 S.1 Nr. 8 S. 4 EStG entsprechenden Regelung für die Vermögensabschöpfung wird von Teilen der Literatur befürchtet, dass es in

Anwendung des § 34 GWB n.F. zunächst zu einer Versteuerung der Gewinne und sodann zu einer Bruttoabschöpfung durch das BKartA und damit zu einer faktischen Doppelbesteuerung der betroffenen Unternehmen kommen könnte.

Keine Änderungen hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses und Fristenregimes

Während der Referentenentwurf vorsah, das Verschuldenserfordernis des § 34 GWB bei einem kartellrechtlichen Verstoß eines Unternehmens entfallen zu lassen, konnten sich die Regierungsparteien hierauf nicht einigen, sodass der verabschiedete Gesetzestext an der bisherigen Beschränkung der Vermögensabschöpfung auf Fälle vorsätzlicher oder fahrlässiger Kartellrechtsverstöße festhält. Dies wird von Seiten des BKartA bedauert, da der Nachweis „*schwierig und ermittlungintensiv*“ sei.

Hatte der Referentenentwurf noch die Möglichkeit einer Abschöpfung innerhalb eines Zeitraumes von zehn Jahren seit Beendigung des Kartellverstoßes vorgesehen, wurde dies in der Beschlussfassung nicht umgesetzt. Weiterhin kann eine Abschöpfung daher nur innerhalb einer Frist von bis zu sieben Jahren seit Beendigung des Kartellrechtsverstoßes angeordnet werden. Eine Hemmung der Frist gem. § 34 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 33h Abs. 6 GWB ist möglich, etwa wenn eine Kartellbehörde Maßnahmen wegen Verstößen gegen Kartellrecht trifft. Der maximale für die Abschöpfung relevante Zeitraum von fünf Jahren wird nun als „Abschöpfungszeitraum“ in § 34 Abs. 5 S. 1 GWB n.F. definiert.

Bewertung und Ausblick

Soweit ein durch einen Kartellrechtsverstoß verursachter wirtschaftlicher Vorteil noch nicht auf andere Weise (vollständig) abgegolten wurde, stellt die Vorteilsabschöpfung ein weiteres finanzielles Risiko für Unternehmen, denen Kartellrechtsverstöße nachweisbar sind, dar, das aufgrund der neuen Vermutungsregelungen nun durchaus realistisch geworden ist.

Die Einführung der beiden Vermutungsregelungen dürfte der bislang bedeutungslosen Regelung zu einer praktischen Bedeutung verhelfen. An der systematischen Stellung der Vorteilsabschöpfung neben Bußgeldern, Schadensersatz und Einziehung von Taterträgen ändert sich jedoch nichts. Daher dürfte der Regelung nach wie vor nur Auffangcharakter zukommen; eine Abschöpfung scheidet nämlich aus, soweit der Vorteil bereits auf anderem Wege abgegolten wurde. Es wäre sinnvoll, wenn die Behörde in der Regel erst nach etwaigen Schadensersatzklagen ein Abschöpfungsverfahren eröffnen würde, um nachträgliche Verrechnungen nach § 34 Abs. 2 S. 2 GWB zu vermeiden. Jedenfalls in Fällen,

in denen das Verbleiben wirtschaftlicher Vorteile beim Schädiger aus Sicht des BKartA unbillig erscheint (z.B. im Falle von Streuschäden, bei denen typischerweise keine bzw. nur wenige Geschädigte Schadensersatz verlangen) dürfte die Vorteilsabschöpfung aber ein realistisches finanzielles Risiko darstellen. Ebenso stellt die Vorteilsabschöpfung in solchen Fällen ein ernst zu nehmendes finanzielles Risiko dar, in denen die Wettbewerbsbehörde vom Erlass eines Bußgeldes absieht – hier kann sie künftig den leichteren Weg der Abschöpfung der vermuteten Vorteile gehen. Ob und in welchem Maße das BKartA künftig auf Abschöpfungsverfahren anstelle von oder in Kombination mit Bußgeldverfahren und anderen Möglichkeiten zurückgreifen wird, bleibt daher abzuwarten. Große Bedeutung werden die ersten Gerichtsentscheidungen zur Frage der Anforderungen an einen zu führenden Gegenbeweis haben.

IV. Effektive Durchsetzung des DMA

Schließlich soll das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz auch die flankierende Durchsetzung des DMA durch die nationale Wettbewerbsbehörde sicherstellen, der 2022 in Kraft getreten ist und dessen Verpflichtungen seit dem 2. Mai 2023 gelten. Für die Anfang September von der Kommission benannten *Gatekeeper* gelten ab Frühjahr 2024 die strengen Vorgaben und Verbote des DMA. Während die alleinige Kompetenz zur Durchsetzung des DMA bei der Europäischen Kommission liegt, sieht Art. 38 Abs. 7 DMA vor, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten eine etwaige Nichteinhaltung der DMA-Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet untersuchen können.

Der neu eingefügte § 32g GWB n.F. erklärt daher das BKartA für zuständig, selbst Ermittlungen zur Unterstützung der Europäischen Kommission im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen Art. 5, 6 und 7 DMA zu führen (*Public Enforcement*). Zudem wird durch die Erweiterung des § 33 Abs. 1 GWB n.F. um Verstöße gegen Art. 5, 6 und 7 DMA die private Rechtsdurchsetzung abgesichert (*Private Enforcement*).

V. Fazit: Eine vierte Säule mit „Klauen“ und „Biss“

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die 11. GWB-Novelle die Eingriffsbefugnisse des BKartA erheblich stärkt und das deutsche Wettbewerbsrecht in Form der Sektoruntersuchung und anschließender Abhilfemaßnahmen um eine vierte Säule erweitert. Neben den klassischen kartellrechtlichen Instrumenten des Kartellverbots, der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle wird das BKartA nun erstmals mit

verhaltensorientierten und strukturellen Eingriffsbefugnissen ausgestattet, die keinen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften voraussetzen.

Ob und in welchem Umfang das BKartA von diesen Befugnissen Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten. Die zukünftige Anwendungsdichte dürfte auch von den Ressourcen des BKartA abhängen; aufgrund des mit einer Folgemaßnahme verbundenen enormen (Untersuchungs-) Aufwands wird pro Jahr mit nur einem Anwendungsfall gerechnet. Eng verbunden hiermit ist das Spannungsfeld zwischen dem der Sektoruntersuchung inhärenten Ziel, einen Wirtschaftssektor gründlich zu beleuchten, und der gesetzgeberischen Intention zur Beschleunigung der Verfahren sowohl der Sektoruntersuchung selbst als auch der anschließenden Folgemaßnahme.

Auch wird sich die vierte Säule des GWB noch an verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen müssen: Ob der neu eingeführte Begriff der „Störung des Wettbewerbs“ trotz Nennung der (nahezu jegliches Marktverhalten umfassenden und daher der Umgrenzungsfunktion nicht gerecht werdenden) Regelbeispiele dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt, wird vermehrt hinterfragt. Ferner wird beanstandet, dass die neuen Eingriffsmöglichkeiten einen unverhältnismäßigen und somit verfassungswidrigen Eingriff in die Grundrechte der Berufsausübungsfreiheit sowie der Eigentumsgarantie darstellen.

Hinzu kommen Bedenken, dass der Wirtschaftsstandort Deutschland durch die neuen Eingriffsinstrumente geschwächt werden könnte: Bei Unternehmen, die in Märkten tätig sind, bei denen die Durchführung einer Sektoruntersuchung ernsthaft in Betracht kommt, könnte aufgrund der dann drohenden Abhilfemaßnahmen die Investitionsbereitschaft reduziert werden. Ob diese Bedenken begründet sind, bleibt abzuwarten.

Die inhaltliche Debatte um die neuen Eingriffsbefugnisse hat zudem darunter gelitten, dass weder die maßgeblich beteiligten politischen Organe noch das BKartA während des Gesetzgebungsprozesses dargelegt haben, welche konkreten schwerwiegenden Missstände mit den neuen Befugnissen beseitigt werden sollten und welche Sektoren hiervon betroffen seien. Es erfolgten lediglich negative Abgrenzungen, sodass insgesamt eher der Eindruck einer bloßen Reserveermächtigung zur Beseitigung möglicher Störungen des Wettbewerbs verbleibt.

Wie scharf die „Klauen“ des Kartellrechts in der Praxis wirklich sind, wird sich noch zeigen müssen. Präsident Andreas Mundt kündigt eine Anwendung der neuen Eingriffsbefugnisse mit Augenmaß an und betont, dass es „kein[en] Grund zur Sorge [gibt], dass das Bundeskartellamt ganze Industriezweige designt“ – hierzu dürften dem BKartA, wie von Mundt angemerkt, auch die Ressourcen fehlen. Weiter bleibt abzuwarten,

ob andere nationale Gesetzgeber ähnlich weitgehende Eingriffsinstrumente für Märkte mit strukturellen Problemen schaffen werden – erst jüngst wurde bekannt, dass die schwedische Regierung vergleichbare Gestaltungsmöglichkeiten prüft.

So weitgehend die mit der 11. GWB-Novelle eingeführten Eingriffsbefugnisse auch sein mögen, so verbleibt Reformbedarf: Weder eine vielfach geforderte Privilegierung von Kronzeugen im Rahmen späterer Verwaltungs- und Schadensersatzverfahren noch der Großteil der in der Zehn-Punkte-Agenda des BMWK aufgeführten Themen, wie etwa mehr Rechtssicherheit für Kooperationen von Unternehmen für mehr Nachhaltigkeit, packt das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz an. Es gibt aber erste Anzeichen dafür, dass diese Punkte Regelungsgegenstand der noch für diese Legislaturperiode geplanten 12. GWB-Novelle sein werden. Nachdem mit der nun beschlossenen 11.GWB-Novelle nach Ansicht der Befürworter die "Klauen des Kartellrechts" geschärft wurden, ist zu hoffen, dass der Fokus der anstehenden 12.GWB-Novelle auf der Förderung der Rechtssicherheit für in der Praxis wichtige Gestaltungsthemen liegen wird.

freshfields.com

Diese Dokumentation wird zur Verfügung gestellt von der international tätigen Anwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer, die in zahlreichen Ländern in unterschiedlichen Organisationsformen tätig ist. Weitere regulatorische Informationen finden Sie unter www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer hat Niederlassungen und assoziierte Partnerkanzleien in Bahrain, Belgien, China, Deutschland, England, Frankreich, Hongkong, Italien, Japan, den Niederlanden, Österreich, Singapur, Spanien, Vietnam, den Vereinigten Arabischen Emiraten und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Diese Dokumentation dient der allgemeinen Information und ist nicht als umfassende Darstellung gedacht. Sie kann eine Rechtsberatung nicht ersetzen.