

Die wettbewerbliche Generalklausel in § 32f GWB-E

Studienvereinigung Kartellrecht
8.12.2022

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
- III. Die Anknüpfung der Befugnisse nach § 32f Abs. 2 – 4 GWB-E an eine vorangehende Sektoruntersuchung (§ 32f Abs. 1 GWB-E)
- IV. Die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs als materielle Voraussetzung (§ 32f Abs. 3 – 5 GWB-E)
- V. Maßnahmen nach § 32f Abs. 3, 4 GWB-E
- VI. Rechtsschutz
- VII. Ein Blick in die Zukunft

I. Einleitung

**Strukturelle und verhaltensbedingte
Funktionsstörungen von Märkten**Kartellrecht
(„drei Säulen“)sektor-
spezifische
RegulierungWirtschafts-
und Verbraucher-
privatrecht

Gewerberecht

Wettbewerbliche Generalklausel als Auffangtatbestand?
Market Investigation im UK; (vorläufig gescheitertes) New Competition Tool der EU

I. Einleitung

Warum der (plötzliche) deutsche Alleingang?

Anlass: Streit um Weitergabe des Tankrabatts

↔ Zwischenbericht des BKartA v. 28.11.2022

Grund: Sorge um zunehmende Unternehmenskonzentration

↔ XXIV. Hauptgutachten der Monopolkommission:

„Insgesamt sieht die Monopolkommission für die Unternehmenskonzentration in Deutschland weiterhin **keinen besorgniserregenden Trend und damit keinen unmittelbaren wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf.**“

I. Einleitung

Rechtliche Herausforderungen einer wettbewerblichen Generalklausel

- Vereinbarkeit mit Vorgaben höherrangigen (Unions- und Verfassungs-)Rechts
- Begrenzung auf Lückenfüllung unter Beachtung speziellerer Regelungen des einfachen Rechts (innerhalb und außerhalb des Kartellrechts)
- Konturierung des Tatbestands („Wettbewerbsstörung“)
- Kalibrierung der Eingriffsbefugnisse (Adressatenauswahl; Auswahl der Maßnahmen)
- Durchsetzung in einem fairen Verfahren unter hinreichender gerichtlicher Kontrolle



II. Unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Zur unions- und verfassungsrechtlichen Fundamentalkritik

§ 32f GWB-E wirft Bedenken auf hinsichtlich

- der ausschließlichen Kompetenz der Union für die Festlegung der für den Binnenmarkt erforderlichen Wettbewerbsregeln (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV),
- der Anforderungen des BVerfG an die demokratische Legitimation der Verwaltung (BVerfGE 151, 202 – Bankenunion) und
- des Eigentumsschutzes nach Art. 14 GG, soweit Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E entschädigungslos gestattet werden, die verfassungsrechtlich entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenregelungen darstellen (vgl. BVerfGE 100, 289 – DAT/Altana).



II. Unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Partielle Kollisionen mit dem Unionsrecht

- **FKVO:** keine Entflechtung oder faktische Entwertung von Zusammenschlüssen, die von der KOM freigegeben wurden (nicht ausreichend: 5-Jahresfrist in § 32f Abs. 4 S. 6 GWB-E); Verletzung der exklusiven Kontrollkompetenz der Kommission durch 5jähriges Rückerwerbsverbot (§ 32f Abs. 4 S. 9 GWB-E).
- **VO 1/2003:** Art. 4 Abs. 3 EUV (EuGH, C-344/98 – Masterfoods) erfordert Subsidiarität gegenüber Verfahren und Entscheidungen der KOM nach der VO 1/2003.



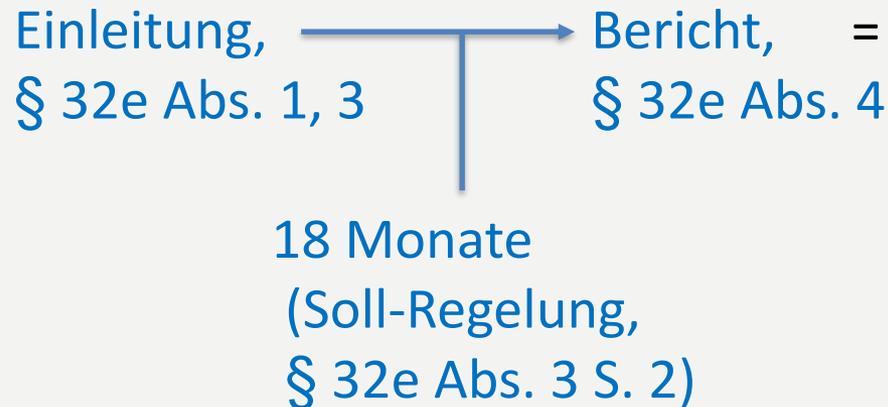
II. Unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Partielle Kollisionen mit dem Unionsrecht

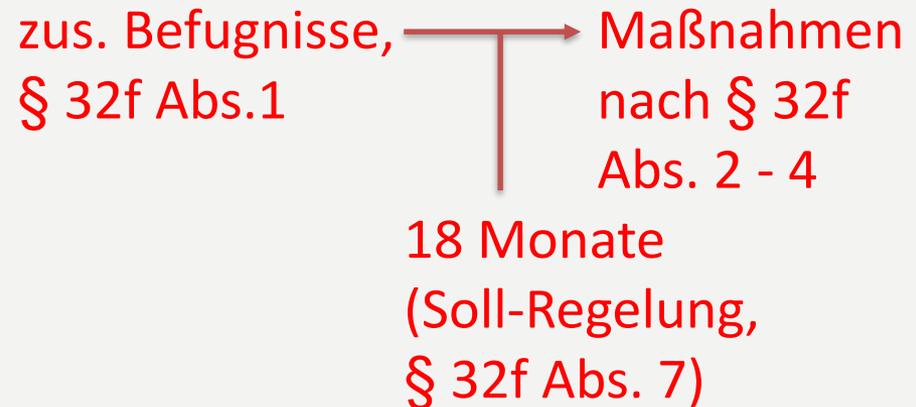
- **DMA:** nach Art. 1 Abs. 5 DMA keine Anwendung gegenüber nach Art. 3 DMA als Gatekeeper benannten Unternehmen (Art. 1 Abs. 6 DMA greift nicht).
- **Sektorspezifische Regulierung:** Keine Anwendung, soweit Sekundärrecht abschließende Vorgaben bereithält. Nach § 37f VIII GWB-E erforderliches Einvernehmen der BNetzA deckt nicht alle Bereiche (nur Eisenbahn, Post, TK) ab und widerspricht u.U. der Vorgabe der exklusiven Zuständigkeit einer einzigen nationalen Regulierungsbehörde für den Eisenbahnsektor (Art. 55 I RL 2012/34/EU) bzw. für die Post der Vorgabe, dass nur der KOM benannte Regulierungsbehörden in Betracht kommen (Art. 22 I RL 97/67/EG).

III. Anknüpfung an eine vorangehende Sektoruntersuchung

Sektoruntersuchung



Verfahren nach § 32f



- Vorbild des zweistufigen Vorgehens: Market Investigation im UK (nicht dagegen das von der KOM geplante New Competition Tool).



III. Anknüpfung an eine vorangehende Sektoruntersuchung

Ratio der Anknüpfung der erweiterten Befugnisse an eine Sektoruntersuchung:

Das BKartA soll durch die Untersuchung gewonnene Erkenntnisse über Wettbewerbsstörungen in Maßnahmen umsetzen können („Klauen und Zähne“).



Sektoruntersuchung und Verfahren nach § 32f schließen nicht nur zeitlich aneinander an, sondern müssen „äußerlich“ (ratione personae et materiae) und „innerlich“ (hinsichtlich der relevanten Tatsachen und Schadenstheorien) miteinander verknüpft sein.



III. Anknüpfung an eine vorangehende Sektoruntersuchung

Aufwertung des Verfahrens nach § 32e?

- Der RefE sieht die Veröffentlichung der Einleitung und des Abschlussberichts vor (§ 32e Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB-E), entgegen der Empfehlung der Monopolkommission aber keine Veröffentlichung eines Zwischenberichts mit anschließender öffentlicher Anhörung (diese dann in Phase 2, § 56 Abs. 7 GWB-E).
- Außerdem nur Inzidentkontrolle der Befunde der Sektoruntersuchung bei gerichtlicher Überprüfung von Verfügungen nach § 32f GWB-E.
- **Die rudimentäre Aufwertung der Sektoruntersuchung durch den RefE erhöht den Aufwand in Phase 2 und steht in einem Spannungsverhältnis zu den weitreichenden Untersuchungsbefugnissen (künftig auch Beschlagnahme, § 32e V GWB-E iVm § 58 GWB) in Phase 1.**

IV. Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs

§ 32e Abs. 1 GWB-E

„Lassen **Umstände vermuten**, dass der **Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht** ist...“

§ 32f Abs. 2 GWB-E

„Wenn **objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass ... der **wirksame Wettbewerb ... erheblich behindert werden könnte...**“

- Störung des Wettbewerbs ist Sonderfall der Wettbewerbseinschränkung/–verfälschung.
- Keine Übernahme des SIEC-Tests.
- Einfacher oder qualifizierter Verdacht reicht nicht („Vorliegen“).

§ 32f Abs. 3, 4 GWB-E

“Wenn eine **erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs** auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend **vorliegt...**“

IV. Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs

Die nicht abschließende Liste von “Soll“-Kriterien in § 32f V GWB-E

Nr. 1: Anzahl, Größe, Finanzkraft, Umsätze, Marktanteile, Konzentrationsgrad

Nr. 2: Verflechtungen. Nr. 3: Zutritts-, Austritts-, Kapazitäts- und Wechselbeschränkungen

Nr. 4: Marktergebnisse und Verhaltensweisen, die auf Marktmacht/Verh.-spielräume schließen lassen



RefE: hohe Markttransparenz, homogene Güter, hohe Transaktionshäufigkeit

- Die aufgelisteten Kriterien sind wettbewerblich oft ambivalent (vgl. auch das Gutachten von Motta/Peitz). Entscheidend ist der Bewertungsmaßstab, der sich dem Begriff der Wettbewerbsstörung ergibt.

IV. Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs

Voraussichtliche Definition:

Eine Wettbewerbsstörung liegt vor, wenn

- eine oder mehrere Eigenschaften eines Marktes, Wirtschaftszweiges oder miteinander in Beziehung stehender Märkte oder
- das Verhalten von einem oder mehreren Akteuren auf einem Markt oder marktübergreifend

dazu führt, dass der **Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager verringert** ist.

Verringerung des Wettbewerbsdrucks bei Generalklausel sinnvoll?

- a) Einzelmarktbeherrschung,
 - b) kollektiver Marktbeherrschung,
 - c) unilateralen Effekten im Oligopol,
 - d) überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB)
 - e) relativer Marktmacht (§ 20 I GWB),
 - f) überlegener Marktmacht (§ 20 III GWB),
 - g) asymmetrischer Informationsverteilung,
 - h) Ausnutzung von Rationalitätsdefiziten.
- (+), wenn nicht fusionsbedingt
- (-) aufgrund spezieller Instrumente des GWB
- (-) aufgrund spezieller Instrumente anderer Rechtsgebiete

IV. Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs

Folgerung:

Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs

=

erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs

im Zeitpunkt der Verfügung nach § 32f Abs. 3, 4 GWB-E

→ Gleichbehandlung fusionsbedingter und auf anderen Ursachen beruhender Wettbewerbsstörungen

Aber für die Verwirklichung dieses Postulats oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle ist ausschließlich die Union zuständig.

(arg. Art. 102 iVm Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV)

Ausnahme: nationale Vorschriften zur Unterbindung einseitiger Handlungen, Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003

→ Einsatz der Generalklausel gegen einseitige facilitating practices möglich.

Abhilfemaßnahmen

verhaltensorientiert

§ 32f Abs. 3:

z.B. Datenzugang, Nr. 1;

Vertragsgestaltung, Nr. 5;

strukturell

§ 32f Abs. 3:

z.B. organisatorische

Trennung, Nr. 7

§ 32f Abs. 4: Entflechtung

- Ermessen des BKartA bei der Auswahl der Adressaten („Störer“) und der Maßnahmen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (für die Entflechtung konkretisiert durch Abs. 4).
- Bei Entflechtung und vergleichbaren Eigentumseingriffen nach Abs. 3 ist eine volle Entschädigung geboten, für die der tatsächlich (unter Zwang) erzielte Kaufpreis nicht genügt. Keine Abzug eines die Monopolrente reflektierenden Anteils (BVerfG NVwZ 2002, 1232, betrifft Eigentumsschutz bei faktischem Monopol aufgrund öff.-r. Regelung; nur hier Äquivalent eigener Leistung erforderlich, um Privatnützigkeit zu begründen).



Besondere Probleme verhaltensorientierter Maßnahmen

- Anders als bei § 32 GWB fehlt bei § 32f Abs. 3 GWB-E eine Zuwerdung als natürlicher Anknüpfungspunkt. Bereits die Eignung eines Verhaltensgebots oder -verbots ist daher oft fraglich.
- Verhaltensorientierte Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-E müssen sich u.U. gegen mehrere, auch wechselnde Adressaten richten. Einer Allgemeinverfügung (§ 54 Abs. 3 GWB iVm § 35 S. 2 VwVfG) steht jedoch im Wege, dass § 61 Abs. 1 GWB eine öffentl. Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 VwVfG nicht zulässt (so BGHZ 172, 368 zur Parallelvorschrift § 73 Abs. 1 EnWG).
- Bei Maßnahmen aufgrund von § 32f Abs. 3 GWB-E, die in Verträge eingreifen (z.B. Nr. 3, 5), fehlt mangels Ermächtigung des BKartA, Verträge für unwirksam zu erklären, eine unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung (allerdings bei schuldhaftem Verstoß wohl § 134 BGB iVm § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB-E; i.Ü. private Durchsetzung mittels §§ 33 ff. GWB).



VI. Rechtsschutz

- Beschwerde nur gegen Verfügungen nach § 32f Abs. 3, 4 GWB-E, nicht gegen den Abschlussbericht der Sektoruntersuchung.
- Fehlen aufschiebender Wirkung der Beschwerde (keine Aufnahme in § 66 Abs. 1 GWB) könnte Art. 19 Abs. 4 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip verletzen (vgl. BVerfGE 35, 263, 274: Ohne Suspensiveffekt wäre der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz hinfällig, wenn der Verwaltungsakt vollendete Tatsachen schafft).
- Trotz regulierungsähnlicher Funktion der Tätigkeit des BKartA nach § 32f GWB-E scheidet eine Übertragung der Rspr. zum Regulierungsermessen aus. § 76 Abs. 5 S. 2 GWB (keine gerichtliche Nachprüfung der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage) darf keine Anwendung finden.



VII. Ein Blick in die Zukunft

- Verfassungs- und europarechtliche Grenzen werden ebenso wie limitierende einfach-rechtliche Systemargumente spätestens in der Rechtsprechung zu § 32f GWB-E zur Geltung kommen.
- Die absehbar geringe Zahl von Entscheidungen des BKartA zu § 32f GWB-E wird allerdings für längere Zeit Rechtsunsicherheit, unerwünschte wirtschaftliche Nebenwirkungen und einander widersprechende Forderungen an den Gesetzgeber mit sich bringen.
- Je intensiver sich das BKartA des neuen Instrumentariums bedient, umso wahrscheinlicher wird dessen Ablösung durch eine Wiederbelebung des New Competition Tool durch die EU.