

Aus aktuellem Anlass

Jens-Uwe Franck und Martin Peitz*

Reparatur am Markt: Die Sektoruntersuchung nach der 11. GWB-Novelle

<https://doi.org/10.1515/pwp-2024-0002>

Zusammenfassung: Jens-Uwe Franck und Martin Peitz erläutern die Neuerungen für Sektoruntersuchungen infolge der 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Um festgestellten Wettbewerbsstörungen abzuhelpfen, ist das Bundeskartellamt nunmehr befugt, Maßnahmen anzurufen, die von Verhaltensvorgaben bis hin zur Entflechtung eines Unternehmens reichen können. Aus Sicht der Autoren¹ ergänzt dieses neue Regelsetzungsinstrument das Kartellrecht in angemessener Art und Weise.

JEL-Klassifikation: K21, L40

Schlüsselwörter: Kartellrecht, Schutz des Wettbewerbs, Sektoruntersuchung, Bundeskartellamt, Entflechtung

1 Das neue Gesetz: Entstehung, Motive und Bewertung

Am 7. November 2023 ist die 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten. Die zentrale Neuerung besteht in der Befugnis für das Bundes-

kartellamt, nach einer Sektoruntersuchung Abhilfemaßnahmen anzurufen. Bislang hatten sich die Befugnisse darauf beschränkt, ein Verfahren wegen vermuteter Kartellrechtsverstöße einzuleiten und der Bundesregierung Empfehlungen zu geben, wie diese auf gesetzlichem Wege einen als unzureichend bewerteten Wettbewerb in diesem Sektor fördern kann. Es handelt sich um eine schlüssige Ergänzung der bestehenden Mechanismen wettbewerbschützender Regelsetzung.

Die Möglichkeit einer Sektoruntersuchung gibt es in Deutschland seit dem Jahr 2005. Das GWB ermächtigt das Bundeskartellamt, Auskünfte zu verlangen und sich auf dieser Grundlage ein genaues Bild von den Wettbewerbsverhältnissen zu verschaffen. Bislang hat die Behörde 17 Sektoren untersucht. Laufende Untersuchungen betreffen die Infrastruktur an Ladesäulen für Elektrofahrzeuge sowie Raffinerien und Kraftstoffgroßhandel. Jüngst wurde die Sektoruntersuchung „Erfassung von Siedlungsabfällen/Aufbereitung von Hohlglas“ abgeschlossen (BKartA 2023).

Nach der 11. Novelle hat das Bundeskartellamt drei statt zwei Optionen, um auf Wettbewerbsstörungen zu reagieren, die es in einer solchen Untersuchung erkennt: Die Behörde kann erstens ihre Befugnisse einsetzen, um zu ermitteln, ob sich ein möglicher Verdacht eines Kartellrechtsverstoßes erhärten lässt und diesen gegebenenfalls sanktionieren. Sie kann zweitens gesetzliche wettbewerbsfördernde Interventionen empfehlen und sich hierfür an die Bundesregierung wenden (§ 32e Abs. 4 S. 3 GWB). Drittens kann sie nunmehr auf Grundlage des neu eingeführten § 32f GWB selbst wettbewerbsschützende Verfügungen erlassen.

Ein politisches Zeitfenster für diese im Koalitionsvertrag nicht geplante Novellierung des Wettbewerbsrechts hatte sich im Zuge des sogenannten Tankrabatts aufgetan: Um Autofahrer von den infolge des russischen Angriffs-kriegs gegen die Ukraine gestiegenen Kraftstoffpreisen zu entlasten, hatte die Bundesregierung ab 1. Juni 2022 für drei Monate die Energiesteuer auf Kraftstoffe gesenkt. Damit rückten die Wettbewerbsverhältnisse im Kraftstoffsektor, insbesondere auf der Ebene der Raffinerien und der Tankstellen, in den Blickpunkt: Es wurde befürchtet, dass der Tankrabatt nicht an die Autofahrer weitergegeben würde.

1 Die Autoren waren am 14. Juni 2023 als Sachverständige zur öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags zur 11. GWB-Novelle geladen. Der Beitrag beruht teils auf ihren schriftlichen Stellungnahmen für die Anhörung (Franck 2023a und Peitz 2023); wörtliche Zitate werden insoweit nicht kenntlich gemacht. Darüber hinaus hatte Franck bereits seit Juni 2022 verschiedentlich das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) zur 11. GWB-Novelle beraten. Peitz hatte 2020 zusammen mit Massimo Motta für die Europäische Kommission die ökonomische Expertenstudie zum Vorschlag eines „New Competition Tool“ auf EU-Ebene verfasst (Motta und Peitz 2022).

Jens-Uwe Franck, Abteilung Rechtswissenschaft und Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI), Universität Mannheim, 68131 Mannheim, E-Mail: franck@uni-mannheim.de

*Kontaktperson: Martin Peitz, Abteilung Volkswirtschaftslehre und Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI), Universität Mannheim, 68131 Mannheim, E-Mail: martin.peitz@gmail.com

Im Hintergrund der Gesetzesinitiative stehen also wirtschaftliche Verwerfungen als direkte und indirekte Folge des Angriffskriegs Russlands. Diese – wie auch andere Störungen des internationalen Handels – bergen die Gefahr, dass Wettbewerbsdruck durch Nicht-EU-Unternehmen verloren geht. Sie geben damit Anlass, Lücken im bestehenden Wettbewerbsschutz auszumessen und eine Erweiterung des wettbewerbsfördernden Arsenals in Betracht zu ziehen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz nutzte das politische Momentum und brachte noch im Juni 2022 die sodann in die 11. GWB-Novelle mündende Änderung des Kartellrechts auf den Weg.

Eine weitere Motivation liegt in den wettbewerblichen Gefahren der Digitalisierung. Zwar standen diese bereits im Fokus der 10. GWB-Novelle, also mit der Einführung des § 19a GWB (Franck und Peitz 2021), und führten auch zur Verabschiedung des EU Digital Markets Act (DMA). Doch betreffen diese Regelungen im Besonderen (nur) die mit dem Aufstieg der digitalen Gatekeeper („Big tech“) verbundenen Wettbewerbsprobleme. Nicht spezifisch hiermit verknüpft ist aber beispielsweise, dass Geschäftspraktiken in einer digitalen Welt auf Algorithmen beruhen können, die auf Basis von in Realzeit erfassten Daten operieren. Hierbei kommen vermehrt Verfahren der künstlichen Intelligenz zum Einsatz. Unternehmen können beispielsweise die Preissetzung an solche Algorithmen delegieren.

Damit hat sich die Gefahr von kollusivem Parallelverhalten erhöht, das als solches nicht vom kartellrechtlichen Koordinierungsverbot erfasst werden kann (Calvano et al. 2020). Eine Erweiterung des kartellrechtlichen Arsenals um ein Instrument, das die einseitige Initiierung und Förderung kollusiven Verhaltens erfassen kann, ist seit längerem ein Desiderat der Wettbewerbspolitik (Andreoli-Versbach und Franck 2015, S. 488–91). In Zeiten allumfassender Digitalisierung erscheint dies umso dringlicher. Das Bundeskartellamt kann dies nun über den neu geschaffenen § 32f GWB in Angriff nehmen.

Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers kann auch im Zusammenhang mit Entwicklungen auf EU-Ebene gesehen werden. Neben der im Vereinigten Königreich etablierten „Market investigation“ hat erkennbar auch das Konzept des „New competition tool“ den Inhalt des neuen § 32f GWB inspiriert: Die Europäische Kommission hatte im Jahr 2020 erwogen, unter diesem Label Sektoruntersuchungen mit Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen – auch um Wettbewerbsproblemen besser begegnen zu können, die digitale Gatekeeper verursachen. Diese Initiative liegt aber auf Eis; politisches Kapital wurde stattdessen in den DMA investiert.

Im Bundestag haben die regierungstragenden Fraktionen (SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP) sowie die Frak-

tion Die Linke die 11. GWB-Novelle befürwortet, während CDU und AfD sie ablehnten. Vertreter der Wirtschaftsverbände haben sich weitgehend kritisch zur Sektoruntersuchung mit Abhilfemaßnahmen geäußert.² So sagte beispielsweise Iris Plöger, Mitglied der Hauptgeschäftsführung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI): „Mit diesem nationalen gesetzgeberischen Alleingang schwächt die Bundesregierung den Standort weiter. Wichtige Investitionen in Innovationen und Marktwachstum werden am Standort unterbleiben, wenn Unternehmen trotz Befolgung aller Wettbewerbsregeln Sanktionen befürchten müssen“ (BDI 2023).

In eine ähnliche Kerbe schlug Georg Böttcher, Chief Counsel Competition, Siemens AG. In seiner Stellungnahme als Sachverständiger für den Wirtschaftsausschuss schrieb er: „Die aktuelle GWB-Novelle schafft ohne konkreten Anlass und nur auf Vorrat einschneidende Eingriffsbefugnisse gegenüber sich völlig rechtskonform verhaltenden Unternehmen. Das ist nicht nur unnötig, sondern auch das falsche Signal und schädlich für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Es erhöht die Rechtsunsicherheit für Unternehmen deutlich und ist damit Gift für ein investitions- und innovationsfreundliches Geschäftsklima [...]“ (Böttcher 2023, S. 1–2).

Unsere Sicht ist eine deutlich positivere:

- (1) GWB und EU-Kartellrecht (Art. 101 und 102 AEUV) lassen Lücken im Wettbewerbsschutz. Diese folgen teils aus dem Konzept und der Anwendungspraxis des materiellen Rechts, haben ihren Grund aber auch in Beschränkungen des Kartellverfahrens und möglicher Abhilfemaßnahmen. Diese Beschränkungen sind teils rechtlich geboten, teils hängen sie aber auch mit den institutionellen Rahmenbedingungen des Kartellverfahrens zusammen. Sie können wiederum ins materielle Recht zurückwirken und eine restriktive Anwendungspraxis erklären (Franck 2023b, S. 3–11, 24–28).
- (2) Es erscheint zwar durchaus denkbar, diese Lücken ohne ein Instrument wie § 32f GWB zu schließen. Dies erforderte eine Kombination von – einerseits – Änderungen am materiellen Kartellrecht und Kartellverfahren sowie der Anwendungspraxis und – andererseits – gesetzlicher wettbewerbsfördernder Ex-ante-Regulierung allgemeiner und sektorspezifischer Art. Die Vorteile eines solchen Wettbewerbsschutzes unmittelbar durch Gesetz liegen vor allem im Grad der demokratischen Legitimation und der Verantwortungsübernahme

² Das gilt auch für die Studienvereinigung Kartellrecht, so zu lesen in der Stellungnahme einiger führender Kartellrechtsanwälte im Namen der Studienvereinigung, abrufbar unter https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/2022-11/20221028_Stellungnahme_Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz.PDF.

- durch das Parlament, in der (möglichen) Vermeidung regulatorischer Fragmentierung im Binnenmarkt und in der Möglichkeit sehr kurzfristiger Interventionen.
- (3) Die Erfahrung zeigt aber, dass es nicht realistisch ist, auf ein solches Konzept zu vertrauen, um die identifizierten Lücken im Wettbewerbsschutz zu schließen. Zwar sind gelegentlich prokompetitive gesetzliche Interventionen zu verzeichnen. Es würde aber offenkundig die gesetzgeberischen Ressourcen überfordern, die oftmals nur kleinteilig erforderlichen Regeln zu erwägen und einzuführen, um auf Marktzutrittsschranken oder andere Wettbewerbsprobleme zu reagieren, wenn die Kartellrechtsanwendung allein diesen nicht hinreichend entgegenwirken kann.
 - (4) Marktteilnehmer müssen ohnehin immer damit rechnen, dass ihrer wettbewerblichen Freiheit aus Gemeinwohlerwägungen Grenzen durch Gesetz gezogen werden. Den Rahmen bilden insoweit das Grundgesetz und das EU-Recht. Die Kritik am § 32f GWB kann sich deshalb schlüssig nicht dagegen richten, dass es wettbewerbsfördernde Regeln neben der Kartellrechtsanwendung geben kann. Diskussionswürdig erscheint vielmehr, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren eine Wettbewerbsbehörde solche Regeln setzen können sollte.
 - (5) Der Einsatz von Sektoruntersuchungen mit der Option behördlicher Abhilfemaßnahmen ist ein erprobter Mechanismus wettbewerbsfördernder Regelsetzung. Vor allem im Vereinigten Königreich ist ein gleichartiges Instrument („Market investigation“) etabliert und gilt als bewährt. In der EU und dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) finden sich vergleichbare Mechanismen bislang lediglich vereinzelt und in kleineren Jurisdiktionen: in Griechenland und Island. In Schweden und Norwegen wird über die Einführung dem Vernehmen nach gegenwärtig diskutiert.
 - (6) Aus der Verfügbarkeit eines Instruments wie § 32f GWB lässt sich für sich besehen nichts über die Regelungsdichte in einer Rechtsordnung ableiten (und erst recht nichts über die Qualität der Regelungen). Eine Wettbewerbsintensivierung kann funktional äquivalent (a) durch gesetzliche Ex-ante-Regulierung oder durch einen gesondert gesetzlich befugten Sektorregulierer, (b) durch kartellbehördliche Sektoruntersuchungen mit Abhilfen und (c) durch Kartellrechtsdurchsetzung erfolgen. Wer wettbewerbsfördernde Regelungen in einer Rechtsordnung (vergleichend) analysieren und bewerten will, muss dies fairerweise unter Beachtung aller über diese Mechanismen gesetzten Regeln tun und jeweils nach bestimmten wettbewerblichen Herausforderungen differenzieren.
 - (7) Trotz möglicher berechtigter Kritik im Detail kann man festhalten, dass § 32f GWB einen angemessenen Rahmen für das Bundeskartellamt setzt: Aufbauend auf fundierten Marktanalysen und einem guten Verständnis der relevanten Marktmechanismen und Geschäftsmodelle hat die Behörde festzustellen, ob eine erhebliche Wettbewerbsstörung vorliegt, und zu prognostizieren, ob mögliche Abhilfemaßnahmen tatsächlich Verbesserungen erwarten lassen. Interventionen mit dem Ziel, den Wettbewerb zu fördern, sind immer unsicherheitsbehaftet – gleich welcher Regelsetzungsmechanismus eingesetzt wird. Wir erkennen in der Ausgestaltung des § 32f GWB keine spezifischen Risiken, dass sich das Bundeskartellamt des Instruments in dysfunktionaler Weise bedienen wird.
 - (8) Zu bezweifeln ist, dass eine wirksame Wettbewerbsförderung die Anziehungskraft Deutschlands als Standort für Investitionen schwächt: Mögen die Gewinne mancher – vor allem etablierter – Anbieter möglicherweise sinken, so schaffen verringerte Marktzutrittschranken und intensiverer Wettbewerb zugleich immer auch neue Geschäftschancen. Zudem lehrt die Erfahrung, dass gelungene nationale Regelungen als Vorbild für andere Jurisdiktionen dienen können. Dies gilt auch für harmonisierende Regeln im europäischen Binnenmarkt. Deshalb kann aus einem vermeintlichen Einzelgänger ein Vorreiter werden.

2 Die neuen Eingriffsmöglichkeiten im Überblick

Die etablierte Sektoruntersuchung kann nun die Rolle der ersten Phase eines Regelsetzungsverfahrens übernehmen. Das Bundeskartellamt soll die erste Phase des Verfahrens nach spätestens 18 Monaten abschließen und über deren Ergebnisse berichten. Auf dieser Grundlage kann die Behörde für einzelne Unternehmen die Pflicht erweitern, Zusammenschlüsse anzumelden. Diese Befugnis bestand bereits vor der 11. GWB-Novelle, wurde nunmehr aber in die Systematik der Sektoruntersuchung mit Abhilfemöglichkeit integriert und modifiziert, insbesondere wurden die Umsatzschwellen reduziert. Ziel ist es, systematische Akquisitionen unterhalb der regulären Umsatzschwellen zu kontrollieren, um auch wettbewerbsbehindernde Konzentrationen auf regionalen Märkten verhindern zu können.

Neu ist, dass das Bundeskartellamt nach der Sektoruntersuchung in eine zweite Phase übergehen und wettbewerbsfördernde Maßnahmen verfügen kann. Diese Abhilfe-Phase besteht wiederum aus zwei Stufen: Erstens muss die

Behörde eine erhebliche und fortwährende Wettbewerbsstörung feststellen. Anschließend kann sie erforderliche Abhilfemaßnahmen anordnen. Die neue Regelung enthält einen Katalog von Störungslagen, die das Kartellrecht nicht hinreichend abdecken kann. Genannt werden etwa unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht; Beschränkungen von Marktzutritt, Marktaustritt oder Kapazitäten sowie von Wechseln zu anderen Anbietern oder Nachfragern; gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten; Abschottungen von Inputs oder Kunden durch vertikale Beziehungen.

Abhilfemaßnahmen nach dem neuen Instrument dürfen nur dann verhängt werden, wenn die Anwendung des Kartellrechts nicht ausreicht, um die Störung zu beheben. Der Maßstab hierfür ist großzügig bemessen: Zu prognostizieren ist dies allein aufgrund der Ergebnisse der Sektoruntersuchung; das Bundeskartellamt muss keine weiteren Ermittlungen veranlassen. Abhilfemaßnahmen dürfen nur angeordnet werden, wenn ein Kartellrechtsverfahren „voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung wirksam und dauerhaft zu beseitigen“ (§ 32f Abs. 3 S. 1 GWB).

Adressaten von Abhilfemaßnahmen können nur diejenigen Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur wesentlich zur konstatierteren Wettbewerbsstörung beitragen.

Ein im Gesetz enthaltener, nicht abschließend gedachter Katalog möglicher Maßnahmen richtet sich auf die Wettbewerbsprobleme aus, die das Kartellrecht aus Sicht des Gesetzgebers nicht hinreichend abdeckt: Genannt werden etwa Zugangspflichten zu Daten, Schnittstellen oder Netzen sowie Pflichten, transparente, diskriminierungsfreie und offene Normen und Standards zu schaffen, die Marktzutritte erleichtern. Verbote einseitiger Marktinformation sollen stillschweigende Koordinierungen erschweren.

Anzustreben ist ein im Vergleich zu herkömmlichen Kartellverfahren stärker auf Kooperation und Partizipation ausgerichteter Verfahrensstil. Die Behörde muss eine öffentliche mündliche Verhandlung anberaumen. Neben den möglichen Adressaten von Abhilfemaßnahmen muss regelmäßig den betroffenen Wirtschaftsvertretern Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Ob und inwieweit unabhängiger externer Sachverständiger eingebunden werden kann, wurde nicht geregelt. Gerade für technische, daneben aber durchaus auch für ökonomische Fragestellungen kann sich dies anbieten. Idealerweise finden sich Abhilfen im Konsens; wie im Kartellverfahren kann die Behörde geeignete Verpflichtungszusagen der Unternehmen für verbindlich erklären.

Gegen die Entscheidungen des Bundeskartellamts steht den adressierten Unternehmen umfassend Rechtsschutz zu. Dies gilt sowohl (isoliert) gegen die Feststellung der Wett-

bewerbsstörung, als auch gegen die Verfügung von Abhilfemaßnahmen.

3 Illustration

Zwei Beispiele aus der Praxis des Bundeskartellamts sollen veranschaulichen, in welchen Szenarien künftig eine Sektoruntersuchung mit Abhilfemaßnahmen erwogen werden könnte.³

Das erste Beispiel betrifft das Verbot von Preisparitätsklauseln auf Hotelbuchungsplattformen.⁴ Das Bundeskartellamt hatte im Jahr 2010 ein Verfahren wegen Verstoßes gegen das Koordinierungs- und Missbrauchsverbot gegen den damaligen Marktführer HRS eingeleitet, das im Dezember 2013 in einen Untersagungsbeschluss mündete.⁵ Erst zeitgleich mit diesem Beschluss⁶ leitete die Behörde wegen entsprechender Konditionen auch Verfahren gegen die Wettbewerber Booking und Expedia ein, wobei Booking zu diesem Zeitpunkt in Deutschland mit den Vermittlungszahlen bereits zu HRS aufgeschlossen hatte.⁷ Im Dezember 2015 wurde sodann auch Booking die Verwendung der Klausel untersagt.⁸

Untersuchung und Abhilfe im Rahmen einer Sektoruntersuchung wären hier unter anderem deshalb vorteilhaft gewesen, weil das Klausilverbot dann zugleich gegen alle relevanten Plattformbetreiber hätte erlassen werden können. Dies hätte nicht nur den Wettbewerb wirkungsvoller geschützt, sondern auch die Legitimität des Eingriffs in den Markt erhöht. Es hätte insbesondere dem Vorwurf vorgebeugt, ein „deutscher Mittelständler“ würde gegenüber „amerikanischen Großkonzernen“ benachteiligt.⁹ In anderen europäischen Jurisdiktionen (Frankreich, Belgien,

³ In keinem der genannten Fälle waren die Autoren gutachterlich oder sonst beratend tätig oder liegen anderweitige finanzielle Interessenverknüpfungen vor.

⁴ Das Bundeskartellamt verwendet den Begriff „Bestpreisklauseln“. Hotelbuchungsplattformen haben in der Vergangenheit mit solchen Klauseln verhindert, dass ein Hotel bessere Konditionen auf anderen Vertriebskanälen anbietet. Das betraf konkurrenzende Buchungsplattformen und den Direktvertrieb über hoteleigene Webseiten oder das Telefon.

⁵ BKartA 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS.

⁶ Siehe BKartA, Fallbericht vom 5. März 2014, „Bestpreisklausel des Hotelportals HRS ist kartellrechtswidrig“, S. 1.

⁷ BKartA 20. Dezember 2013, B9-66/10, Rn. 24 – HRS.

⁸ BKartA 22. Dezember 2015, B9-121/13 – Booking.com.

⁹ Die Nachrichtenagentur dpa hat den HRS-Geschäftsführer Tobias Rage mit den Worten zitiert: „HRS wird seit über zwei Jahren als deutscher Mittelständler ganz klar gegenüber amerikanischen Großkonzernen benachteiligt.“ Vgl. Süddeutsche Zeitung 2015.

Italien und Österreich) wurden den Hotelbuchungsplattformen die Paritätsklauseln – auch zur Gewährleistung symmetrischer Regulierung – durch Gesetz verboten (Franck und Stock 2020, S. 362–70).

Das Beispiel illustriert Sinn und Unwägbarkeiten der in § 32f GWB vorgesehenen Subsidiarität gegenüber der Kartellrechtsdurchsetzung: Die vorgenannten Beschlüsse des Bundeskartellamts wurden zwar gerichtlich bestätigt; im Fall von Booking indes erst durch den Bundesgerichtshof (BGH),¹⁰ nachdem das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf den Beschluss zunächst aufgehoben hatte.¹¹ Die kartellrechtliche Behandlung von Paritätsabreden durch digitale Plattformen war in den Jahren 2013 und 2015 tatsächlich noch Neuland. Das Bundeskartellamt konnte sich zu diesem Zeitpunkt nicht sicher gewesen sein, dass eine Kartellrechtsverletzung letztinstanzlich bestätigt werden würde.

Auch nach der Entscheidung des BGH ist nicht umfassend geklärt, unter welchen marktbezogenen, vor allem aber auch unternehmensbezogenen Voraussetzungen eine Preisparitätsklausel im Einzelfall Kartellrecht verletzt. Weitere Klärungen sind von einer anhängigen, ebenfalls Booking.com betreffenden Vorlage der Rechtbank Amsterdam an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) zu erwarten.¹² Einerseits erscheint es deshalb durchaus möglich, dass die Behörde 2013 trotz Subsidiaritätsgebot ein für die ganze Branche geltendes Verbot von Preisparitätsklauseln hätte erlassen können, wenn § 32f GWB bereits 2010 gegolten und das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung eröffnet hätte. Andererseits hätte die Behörde dann womöglich verpasst, eine Fortentwicklung und Anpassung des Kartellrechts an den Aufstieg digitaler Plattformen auf den Weg zu bringen.

Unser zweites Beispiel betrifft die 2015 eingeleitete und im Mai 2017 abgeschlossene Sektoruntersuchung zu Ablesediensten von Heiz- und Wasserkosten (Submetering).¹³ Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts handelt es sich um einen oligopolistischen Markt, in dem auf Basis von Daten für 2014 die beiden größten Anbieter im Bundesgebiet einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 50 % aufwiesen. Das Kartellamt sah „erhebliche Anhaltspunkte

für das Vorliegen eines wettbewerbslosen Oligopols, dem zumindest die beiden Marktführer, möglicherweise aber auch weitere der größten fünf Anbieter, angehören“¹⁴, und konstatierte, dass die Wettbewerbsprobleme vor allem struktureller Art, teilweise aber auch auf wettbewerbsbehinderndes Verhalten der Submetering-Anbieter zurückzuführen seien. Es bestand allerdings offenbar kein Verdacht auf Kartellrechtsverstöße.

Zur Förderung des Binnenwettbewerbs zwischen den Marktführern und zum Abbau von Marktzutrittsschranken empfahl das Bundeskartellamt gesetzliche Maßnahmen, insbesondere die Förderung der Interoperabilität von Zählern und Heizkostenverteilern.¹⁵ Die Bundesregierung hat diese Empfehlung aufgegriffen und durch eine Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung umgesetzt.¹⁶ Unter Geltung des § 32f GWB ist die Kartellbehörde nunmehr befugt, solche Interoperabilitätsanforderungen und andere Maßnahmen selbst anzurufen, um den Anbieterwechsel zu erleichtern.

4 Drohkulisse Unternehmens-entflechtungen

Über eigentumsrechtliche Entflechtungen – beispielsweise die Abspaltung bestimmter Geschäftsfelder – wurde im Vorfeld der GWB-Novelle besonders heftig diskutiert. Im Gesetz wird dieses Instrument als ultima ratio unter erhöhten Anforderungen zugelassen und nimmt damit eine Sonderstellung ein (§ 32f Abs. 4 GWB). Dies trägt der grundrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) Rechnung. Entflechtungen dürfen nur subsidiär zu sonstigen Abhilfemaßnahmen angeordnet werden. Adressaten dürfen nur Unternehmen sein, die marktbeherrschend sind oder die das Bundeskartellamt als § 19a GWB-Adressaten benannt hat (aktuell Alphabet, Amazon, Apple und Meta).¹⁷

Eine kombinierte Mindesterlös- und Ausgleichsregelung stellt sicher, dass der Veräußerer Erlöse und Ausgleich

¹⁰ BGH, 19. Mai 2021, KVR 54/20 – Booking.com.

¹¹ OLG Düsseldorf, 4. Januar 2019, Kart 2/16(V), Juris – Booking.com („Enge Bestpreisklausel II“). Demgegenüber hatte das Gericht den HRS-Beschluss des BKartA bestätigt, OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI-Kart 1/14(V), Juris – HRS.

¹² EuGH, Rs. C-264/23, Booking.com and Booking.com (Deutschland).

¹³ Siehe BKartA 2017a, S. 1: „Submetering umfasst die verbrauchsabhängige Erfassung und Abrechnung von Heiz- und Wasserkosten in Gebäuden sowie die Überlassung der dafür benötigten messtechnischen Ausstattung wie Heizkostenverteiler oder Wärme- und Wasserzähler.“ Für den Bericht zur Sektoruntersuchung vgl. BKartA 2017b.

¹⁴ BKartA 2017a, S. 2.

¹⁵ Ebenda.

¹⁶ § 5 Abs. 5 HeizkostenV, eingeführt mit der Verordnung über die Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung vom 24. November 2021 (BGBl I Nr. 80/2021, S. 4964 ff.). Zur Begründung siehe BR-Drucksache 643/21 (Verordnung der Bundesregierung), S. 8–10 und 16.

¹⁷ Die Feststellung der Normadressatenschaft durch das Bundeskartellamt im Falle Alphabets und Metas ist rechtskräftig. Amazon und Apple haben gegen ihre Designierung jeweils Beschwerde eingelegt, über die der BGH zu befinden hat. Das Bundeskartellamt hat außerdem am 28. März 2023 ein Verfahren eingeleitet, um Microsoft als Adressaten von § 19a GWB zu benennen.

von insgesamt jedenfalls drei Viertel des Werts erhält, den ein vom Bundeskartellamt beauftragter Wirtschaftsprüfer feststellt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Jahresabschlusses, der der Entflechtungsanordnung vorausgeht. Die Wertermittlung beruht damit grundsätzlich auf dem Status quo ante, wobei zu diesem Zeitpunkt das Kartellamt gegenüber dem Unternehmen womöglich bereits eine erhebliche und fortdauernde Wettbewerbsstörung gemäß § 32f Abs. 3 GWB festgestellt hat.¹⁸ Eine Entflechtungsmaßnahme wird gar nicht umgesetzt, wenn der Erlös weniger als die Hälfte des festgestellten Wertes ist (§ 32f Abs. 4 GWB).

Die Erfahrungen mit der Market investigation im Vereinigten Königreich sprechen dafür, dass es praktisch nur sehr selten zu Entflechtungen kommen wird. Aufgrund der hohen Voraussetzungen, insbesondere der strikten Subsidiaritätsvorgabe, liegt es nahe, dass das Bundeskartellamt nur in wenigen Fällen ernsthaft erwägen wird, eine Entflechtung anzuordnen. Angesichts der erheblichen Zahl rechtlicher Angriffspunkte ist auch abzusehen, dass Rechtsmittel Betroffener die wettbewerbsfördernden Wirkungen über Jahre verzögern können. Die Behörde dürfte deshalb ein großes Interesse daran haben, dass sich Unternehmen darauf einlassen, zum Wettbewerbsschutz erforderliche Entflechtungen zuzusagen. Die Unternehmen könnten hierzu motiviert sein, um womöglich dauerhaft gewinnbeschränkend wirkende verhaltensbezogene Abhilfen oder auch weitergehende Entflechtungsanordnungen abzuwenden.

Praktisch liegt die Bedeutung der Verfügbarkeit von Entflechtungsmaßnahmen auch im Drohpotenzial: Marktbeherrschenden Unternehmen, die sich vom sonstigen Instrumentarium zum Wettbewerbsschutz nicht beeindrucken lassen und hartnäckig wettbewerbsbehindernd agieren, kann das Bundeskartellamt zumindest glaubhaft in Aussicht stellen, dass es auf eine Entflechtung hinwirkt.

Entflechtung als Abhilfemaßnahme liegt bei Wettbewerbsstörungen in Sektoren nahe, in denen Akquisitionen unterhalb der fusionskontrollrechtlichen Schwellenwerte zu Konzentrationen geführt haben („Stealth consolidations“). Dem kann seit der 10. GWB-Novelle (2021) die – nunmehr in § 32f GWB eingegliederte – individuell erweiterbare Anmeldepflicht entgegenwirken. Solche Konzentrationen waren bei der Einführung dieser Regelung in verschiedenen Sektoren festzustellen, insbesondere in der Entsorgungswirtschaft: Das größte deutsche Entsorgungsunternehmen, Remondis, hat durch den Erwerb einer erheblichen Zahl

kleinerer Entsorger eine dominante Position auf vielen Entsorgungsmärkten erlangt (Becker 2021, S. 410f.).

Mit Blick auf eine mögliche Entflechtung verdienen auch die Wettbewerbsdefizite auf dem Sektor für die Veranstaltung und das Ticketing von Live-Events in Deutschland Aufmerksamkeit. Nach Feststellungen des Bundeskartellamts kontrolliert diesen CTS Eventim umfassend. Das Unternehmen betreibt ein Ticketing-System, das Vermittlungsleistungen einerseits an Veranstalter von Live-Events und andererseits an Vorverkaufsstellen und Online-Ticketshops erbringt. Die Behörde ist bereits 2017 davon ausgegangen, dass CTS Eventim die ganz Deutschland umfassenden Märkte für Ticketing-Systemleistungen gegenüber dem Vorverkauf und den Veranstaltern beherrscht.

Zudem ist das Unternehmen auf seinen beiden Plattformseiten vertikal integriert: Zum einen betreibt es einen eigenen Online-Shop mit einem großen Endkundestamm. Zum anderen veranstaltet der Konzern selbst viele populäre Live-Events und betreibt auch große Veranstaltungsstätten. Das Bundeskartellamt hat 16 Tournee- und Festivalveranstalter aufgelistet, die CTS Eventim allein im Zeitraum vor 2017 übernommen hatte. Hinzu kommt, dass CTS Eventim seine dominierende Position in den zurückliegenden Jahren weiter gefestigt hat – dies offenbar auch, indem das vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verbot der Übernahme der Agentur „Four Artists“ de facto umgangen wurde: Sowohl der Geschäftsführer als auch die Mehrzahl der Belegschaft von „Four Artists“ wechselten zur „All Artists Agency“, einem von CTS Eventim kontrollierten Wettbewerber.¹⁹

Diese Konstellation illustriert das Dilemma, vor dem das Bundeskartellamt im Umgang mit § 32f GWB steht: Einerseits bietet eine Sektoruntersuchung mit der Möglichkeit einer Entflechtung die Aussicht, den Wettbewerb auf diesem Sektor erheblich und nachhaltig zu stärken. Andererseits ist die Anwendung des Instruments ressourcenintensiv; der Kartellamtspräsident Andreas Mundt beklagt dem Vernehmen nach im Dezember 2023, dass von den anlässlich der neuen Befugnisse beantragten 20 neuen Stellen (noch) keine einzige bewilligt worden sei (Weichbrodt 2023, S. 113). Zudem sind die rechtlichen Unwägbarkeiten – gerade bei Entflechtungen – groß. Deshalb wird die Kartellbehörde sehr genau Chancen und Risiken abwägen müssen, wenn sie entscheidet, ob es sich in Anbetracht der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung eines Sektors lohnt, eine Entflechtung von Unternehmen anzustreben.

Um die Beispiele von Entflechtungskandidaten aus Gegenwart und Vergangenheit fortzusetzen, ließe sich für

¹⁸ Deshalb könnte bei der Wertermittlung die Option einer Entflechtung – jedenfalls aber die Greifbarkeit anderer Abhilfemaßnahmen, die sich auf die Profitabilität des Geschäftsmodells ausgewirkt hätten – den Geschäftswert beeinflusst haben.

¹⁹ Siehe Khamis und Wipfler 2023.

Erstere ein Unternehmen wie Tank & Rast nennen.²⁰ Hypothetische Beispiele aus der Vergangenheit sind die Entflechtung des Kabelnetzes der Deutschen Telekom,²¹ eine Entflechtung der Deutschen Bahn für den Fall, dass eine Privatisierung der Bahn vollzogen worden und der Bund nicht mehr Eigentümer wäre, und eine Entflechtung der Lufthansa, wenn es nicht zu einem Marktzutritt von Billigfliegern gekommen wäre.

5 Fazit: Bundeskartellamt und Schutz einer funktionierenden Marktwirtschaft

Die wettbewerbsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland ist vom ordoliberalen Denken geprägt, nach dem der Wettbewerb als Institution zu schützen ist. Das Kartellrecht stellt hierfür drei Instrumente bereit: das Kartellverbot, die Missbrauchskontrolle und die Fusionskontrolle. Angesichts materiell-rechtlicher, aber auch verfahrens- und abhelferechtlicher Grenzen des Kartellrechts lässt dieser Wettbewerbsschutz Lücken, die (teils) dem Regelungsansatz des Kartellrechts immanent sind und insoweit nicht als (korrigierbare) Defizite verstanden werden müssen. Der Gesetzgeber kann diese Lücken durch wettbewerbsfördernde Interventionen schließen.

Dies geschieht zwar gelegentlich und dann zumeist sektorbezogen, aber im Ganzen ist es unzureichend. Erfahrungsgemäß erscheinen wettbewerbliche Einzelprobleme regelmäßig nicht bedeutend genug, um legislative Ressourcen für ihre Lösung zu mobilisieren. Wenn das Bundeskartellamt nunmehr erheblichen und fortwährenden Störungen des Wettbewerbs, die es infolge einer Sektoruntersuchung feststellt, selbst abhelfen kann, liegt hierin eine schlüssige Ergänzung der bestehenden Mechanismen wettbewerbsschützender Regelsetzung.

Der Katalog möglicher Abhilfemaßnahmen illustriert, dass es dem Gesetzgeber vor allem um Eingriffe geht, die Märkte öffnen, die den Wettbewerbsprozess schützen und stärken und die sich damit bruchlos in die Tradition der wettbewerblichen Ordnung durch das GWB einfügen.

Weite Eingriffsbefugnisse bringen erhebliche (Regelungs-)Macht mit sich. Ob diese angemessen zum Schutz der Funktion von Markt und Wettbewerb eingesetzt wird,

hängt am Ende auch davon ab, dass ihre Anwendung in den Händen von Personen liegt, die fähig und willens sind, den beabsichtigten sozialen Zwecken zum Durchbruch zu verhelfen. Das Bundeskartellamt hat sich als Behörde mit ausgeprägtem „prokompetitiven Geist“ profiliert, die in der Vergangenheit keine Tendenz erkennen ließ, Befugnisse zu einer (überschließenden) Marktergebniskontrolle, insbesondere Preisregulierung, zu benutzen. Es ist nicht zu erkennen, warum sich dies mit den neuen Befugnissen ändern sollte.

Funder Name: Deutsche Forschungsgemeinschaft

Funder Id: <http://dx.doi.org/10.13039/501100001659>

Grant Number: CRC TR 224 (Project B05)

Literaturverzeichnis

- Andreoli-Versbach, P. und J.-U. Franck (2015), Econometric evidence to target tacit collusion in oligopolistic markets, *Journal of Competition Law and Economics* 11(2), S. 463–92.
- BDI (2023), BDI zur elften GWB-Novelle: Bundesregierung schwächt Standort weiter, 5. April, online verfügbar unter <https://bdi.eu/artikel/news/bdi-zur-elften-gwb-novelle-bundesregierung-schwaecht-standort-weiter>.
- Becker, B.C. (2021), Neue Anmeldeverfügung nach § 39a GWB, in: F. Bien et al. (Hrsg.), *Die 10. GWB-Novelle*, München, C.H. Beck, S. 409–28.
- Böttcher, G. (2023), Stellungnahme Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze („11. GWB-Novelle“), Ausschussdrucksache 20(9) 267.
- BKartA – Bundeskartellamt (2017a), Sektoruntersuchung bei Ableisediensten von Heiz- und Wasserkosten, Pressemitteilung vom 4. Mai.
- BKartA – Bundeskartellamt (2017b), Sektoruntersuchung Submetering, online verfügbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Submetering.html?nn=3591074>.
- BKartA – Bundeskartellamt (2023), Rethmann-Gruppe deutlicher Marktführer – Ergebnisse der Sektoruntersuchung „Erfassung von Siedlungsabfällen/Aufbereitung von Hohlglas“, Pressemitteilung vom 28. Dezember.
- Calvano, E. et al. (2020), Protecting consumers from collusive prices due to AI, *Science* 370(6520), S. 1040–42.
- Deutscher Bundestag (2023), Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, Drucksache 20/6824.
- Franck, J.-U. und M. Peitz (2021), Digital platforms and the new 19a tool in the German competition act, *Journal of European Competition Law and Practice* 12, S. 513–28.
- Franck, J.-U. und N. Stock (2020), What is “competition law”? – Measuring EU member states’ leeway to regulate platform-to-business agreements, *Yearbook of European Law* 39, S. 320–86.

20 Vgl. Piller 2023.

21 Die Monopolkommission forderte 1997 von der Deutschen Telekom den Verkauf ihres Kabelnetzes. Dieser fand dann in den Jahren 2000 bis 2003 statt.

- Franck, J.-U. (2023a), Stellungnahme Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze („11. GWB-Novelle“), Ausschussdrucksache 20(9) 262.
- Franck, J.-U. (2023b), Competition enforcement versus regulation as market-opening tools: An application to banking and payment systems, *Journal of Antitrust Enforcement*, online.
- Khamis, S. und F. Wipfler (2023), Unterhaltungskonzern Eventim – Expansion am Kartellamt vorbei, 3. Juni, online verfügbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/br-recherche/eventim-musikindustrie-100.html>.
- Motta, M. und M. Peitz (2022), Intervention triggers and underlying theories of harm, in: M. Motta, M. Peitz und H. Schweitzer (Hrsg.): *Market Investigations: A New Competition Tool for Europe?* Cambridge, Cambridge University Press, S. 16–89.
- Peitz, M. (2023), Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze („11. GWB-Novelle“), Stellungnahme, Ausschussdrucksache 20(9) 263.
- Piller, T. (2023), Markt und Rast, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 22. August, online verfügbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/autobahnraststaetten-ein-fall-fuer-das-kartellamt-19118564.html>.
- Süddeutsche Zeitung (2015), Verbot für HRS-Bestpreisklauseln bleibt bestehen, 9. Januar, online verfügbar unter <https://www.sueddeutsche.de/leben/tourismus-verbot-fuer-hrs-bestpreisklauseln-bleibt-bestehen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-150109-99-01062>.
- Weichbrodt, J. (2023), Conference Debriefing (40): Studienvereinigung Kartellrecht Arbeitssitzung 2023, *DKartJ*, S. 112–16, online verfügbar unter <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2024/01/Weichbrodt-DKartJ-2023-112-116.pdf>.