

Die 11. GWB-Novelle: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren oder „trial and error“ beim „Marktdesign“?



RA Dr. Alexander Fritzsche, LL.M.

Am 06.07.2023 hat der Bundestag seine 11. GWB-Novelle beschlossen. Sie ist vergleichsweise kurz, hat es aber in sich.

1. „Business as usual“ ist die Umsetzung des Digital Market Acts (DMA) in deutsches Recht. Das Bundeskartellamt und Private unterstützen bei seiner Durchsetzung.

2. Weitreichender und potentiell schmerzhaft ist die Modifikation der Vorteilsabschöpfung in § 34 GWB. Es soll faktisch unwiderleglich vermutet werden, dass immer mindestens 1% des Umsatzes mit verstoßbefangenen Waren und Dienstleistungen als Vorteil aus dem Verstoß entstanden sind. Dies kann nur dadurch widerlegt werden, dass das betroffene Unternehmen nachweist, insgesamt weltweit überhaupt keinen Gewinn in dieser Höhe erwirtschaftet zu haben.

Das ist eine weitreichende und mutige Neuerung, bestand doch bisher in Deutschland eine gewisse „Beißhemmung“, das konkrete Ausmaß von Kartelleffekten zu vermuten. Die Neuerung leistet zwar der zunehmenden Fingierung (statt Messung) von Kartelleffekten Vorschub, ist aber wahrscheinlich die einzige Alternative zur vollständigen Streichung von § 34 GWB. Dieses Instrument führt seit seiner Einführung 1980 als Mehrerlösabschöpfung (damals § 37 b GWB 1980) und trotz einiger Modifikationen durch diverse GWB-Novellen nun als Vorteilsabschöpfung nicht einmal ein Schattendasein. In ihren 43 „Lebensjahren“ ist die Vorschrift samt Vorgängerregelung nicht ein einziges Mal zur Anwendung gekommen (*Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 34 GWB Rn. 3 ff.). Das Bundeskartellamt hat sich bisher nach Kartellverfahren auf andere Tätigkeiten konzentriert, statt den abzuschöpfenden Vorteil mehr oder weniger aufwändig zu schätzen. Dies ist heutzutage umso nachvollziehbarer als davon auszugehen ist, dass jede Verfügung, jede Pressemitteilung und jeder Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts professionell auf potentielle Schadensersatzfälle durchkämmt wird.

Die Vermutung vereinfacht die Anwendung der Vorteilsabschöpfung, eröffnet aber auch ganz neue Kontroversen: Wann ist die Abschöpfung eine unbillige Härte und wann ist der Vorteil so gering, dass eine Abschöpfung unterbleiben muss (§ 34 Abs. 3 GWB)? Außerdem wird die Bedeutung der Vorschrift durch ihre Subsidiarität relativiert. Insbesondere Schadensersatzleistungen mindern den abschöpfbaren Betrag (§ 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB). Ist vor diesem Hintergrund und angesichts der Menge und Komplexität neuer Aufgaben des Bundeskartellamts bei begrenzten Ressourcen ernsthaft mit großem Schwung bei der Anwendung von § 34 GWB zu rechnen? Wahrscheinlich nicht, auch wenn die Vorschrift tatsächlich erstmals angewendet werden sollte. Womöglich schöpft der Gesetzgeber Mut zur endgültigen Streichung, wenn die Vorschrift einige weitere Jahre im Schatten bleibt. Im gegenwärtigen, durch den „Willen zur Regulierung“ gekennzeichneten wettbewerbspolitischen Umfeld war die Zeit dafür nicht reif.

3. Dieser Wille ist gut am Kernstück der Novelle zu besichtigen, einer neuen Kompetenz des Bundes-

kartellamts, im Anschluss an Sektoruntersuchungen weitreichende Eingriffe in Märkte vorzunehmen. Nach § 32f des reformierten GWB wird das Bundeskartellamt Unternehmen alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben können, wenn es eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ auf mindestens einem Markt feststellt. Als Abhilfe kommt praktisch jeder Eingriff in die wirtschaftliche Tätigkeit in Betracht (z. B. Vorgaben zu Vertragsbedingungen, Geschäftsbeziehungen, Datenzugang). Als ultima ratio können Unternehmen virtuell oder tatsächlich (teilweise gegen Entschädigung) aufgespalten werden.

Der Gesetzgeber erweitert das Eingriffsinstrumentarium des GWB mit diesem „New Tool“ wesentlich. Der Eingriff wird nicht mit einem Verstoß gegen Kartellrecht begründet, sondern aus einer vorgefundenen und für korrekturbedürftig gehaltenen wettbewerblichen Situation. Diese kann völlig legitim etwa „durch fusionskontrollfreie Unternehmenskäufe, Marktaustritte oder internes Wachstum entstanden“ sein (RegE, S. 1).

Die vermeintliche Lücke in den Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden hatte auch die Europäische Kommission untersucht, eine erste Folgenabschätzung durchgeführt und Experten und die Öffentlichkeit konsultiert. Auf europäischer Ebene hatte man sich aber entschieden, den Weg des DMA zu gehen und hat die Initiative zum sog. „New Competition Tool“ knapp zwei Wochen vor dem Beschluss des Bundestages für beendet erklärt. Das Bundeskartellamt hat nun beides, einen auf die Digitalwirtschaft gemünzten § 19a GWB und ein „New Tool“.

Wird dies aber auch zu mehr Regulierung und Eingriffen in die Wirtschaft führen? Das ist nach den Erfahrungen mit anderen subsidiären Befugnissen (s. o.) nicht sicher, aber wahrscheinlich. Vorbild für das „New Tool“ ist eine vergleichbare Kompetenz für die Wettbewerbsbehörden im Vereinigten Königreich, die davon seit Einführung regen Gebrauch gemacht haben (s. *Whish*, Comparative study, 2020). Allerdings liegen die Eingriffsschwellen dort wesentlich niedriger („adverse effect on competition“ gegenüber „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“) und als Abhilfe wurden oft auch nur Empfehlungen an den Gesetzgeber ausgesprochen. Gegen eine Verlagerung der Durchsetzungsprioritäten von der Verfolgung von Kartellrechtsverstößen auf das „Marktdesign“ nach Sektoruntersuchungen sind Vorkehrungen getroffen. Die neuen Regelungen enthalten (strenge?) Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsvorbehalte. Außerdem ist der Tatbestand mit neuen unbestimmten Rechtsbegriffen und interpretationsbedürftigen Formulierungen gespickt, deren Inhalt durch die Praxis erst konkretisiert werden muss. Auch sind Angriffe aus verfassungs- und europarechtlicher Richtung zu erwarten. Sollte das „New Tool“ zum Einsatz kommen, wird viel von den Konkretisierungen durch die zuständigen Gerichte abhängen, ob es zum Laserskalpell oder Bohrer taugt.

RA Dr. Alexander Fritzsche, LL.M. (Michigan), Frankfurt a. M.