



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 39

Oktober 2022

zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz / 11. GWB-Novelle)

Mitglieder des Ausschusses Kartellrecht

Rechtsanwältin Dr. Ellen Braun, LL.M. (Berichterstatlerin)

Rechtsanwalt Dr. Matthias Karl, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Moritz Wilhelm Lorenz

Rechtsanwalt Dr. Andreas Lotze

Rechtsanwalt Dr. Martin Schwarz

Rechtsanwältin Dr. Dominique Wagener

Rechtsanwalt Dr. Markus Wirtz (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Michael Then, Schatzmeister der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Daniela Neumann, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Unterausschuss Europarecht des Deutschen Bundestages
Innenausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktion
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Deutscher Richterbund
Deutscher Notarverein
Bundesnotarkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Deutscher Steuerberaterverband
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesverband der Deutschen Industrie
Bundesingenieurkammer
Monopolkommission

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle).

Aufgrund der kurzen Stellungnahmefrist beschränkt sich diese Stellungnahme ausschließlich auf die Kommentierung des § 32f GWB-RefE.

1. Derzeitige Rechtslage

Bislang ermöglicht das Instrument der Sektoruntersuchung dem Bundeskartellamt (BKartA), Einblicke in die Wettbewerbsbedingungen und potenzielle Verbraucherrechtsverstöße auf bestimmten Märkten zu gewinnen. Diese Untersuchungen sind gegenwärtig langwierig. So dauert beispielsweise die im Februar 2018 eingeleitete Sektoruntersuchung Online-Werbung des BKartA immer noch an.

Im Anschluss an eine Sektoruntersuchung kann das BKartA seit der 10. GWB-Novelle ein Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss in einem der untersuchten Wirtschaftszweige innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren anzumelden, wenn „*objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland [...] erheblich behindert werden könnte*“.

Hauptsächlich aber können, und wurden in der Vergangenheit auch vielfach, Verfahren gegen einzelne oder eine Mehrheit von Unternehmen eingeleitet, um entdeckte Missstände abzustellen (so etwa im Fall *Zement und Transportbeton* [Az. B1-216/17], in dem im Anschluss insgesamt 55 einzelne Entflechtungsverfahren durchgeführt wurden).

2. Problemstellung aus Sicht des BMWK

Die vom BMWK vorgeschlagene Reform dieser Rechtslage, d. h. der neue § 32f GWB-RefE, zielt darauf ab, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung marktstrukturelle Eingriffe verstoß- und verhaltensunabhängig vornehmen zu können, auf den Verstoßnachweis in Ermittlungsverfahren gegen einzelne Unternehmen also verzichten zu können. Kernstück des Vorschlags ist ein neues Interventionsinstrument, mit dem das BKartA vermeintliche „Wettbewerbsstörungen“ nach einer Sektoruntersuchung (dies gilt nicht für Verbraucherschutzbezogene Sektoruntersuchungen) durch verschiedene (verhaltensorientierte oder quasi-strukturelle) Maßnahmen beseitigen kann, bis hin zur Entflechtung als *Ultima Ratio*. Die Neuregelung orientiert sich hierbei an vergleichbaren nationalen Regelungen im Vereinigten Königreich (sog. „*market investigation*“), Griechenland, Mexiko, Südafrika oder Island.² Auch das sog. „*New Competition Tool*“ der EU-Kommission hätte eine vergleichbare Stoßrichtung gehabt.³

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² vgl. Begründung RefE, S. 16.

³ vgl. Schweitzer, *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*; s. a. Begründung RefE, S. 16).

Laut Begründung des Referentenentwurfs sind *„wettbewerbslose oder in ihrer Funktionsfähigkeit gestörte wettbewerbliche Strukturen [...] bislang in Ermangelung eines Rechtsverstoßes oder anmeldepflichtigen Zusammenschlusses nicht Gegenstand kartellbehördlicher Maßnahmen.“* (vgl. S. 1).

Im Koalitionsvertrag waren Neuregelungen dieser Art allerdings nicht angelegt. Während nun eine nationale Regelung gewählt werden soll, sprach dieser noch ausdrücklich von einer *„missbrauchsunabhängige[n] Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten“*.⁴

3. § 32f GWB-RefE

Vor diesem Hintergrund sieht § 32f GWB-RefE nun ein neues Eingriffsinstrument vor, mit dem das BKartA *„erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung[en] des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend“* beheben können soll. Die Voraussetzungen der Störung sind in Abs. 5 etwas näher konturiert, weitgehend analog zu den Faktoren für die Beurteilung der Marktbeherrschung (etwa Marktanteil, Finanzkraft, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, Beschränkungen des Marktzutritts oder eingeschränkte Wechselmöglichkeiten zu einem anderen Anbieter bzw. Nachfrager, vgl. § 18 Abs. 3 Nrn. 1, 2, 5, 6, 8 GWB); wie dort soll eine Gesamtschau erforderlich sein.

Die Abhilfemaßnahmen können verhaltensorientierter oder struktureller Art sein. Der Gesetzesentwurf enthält eine nicht abschließende Liste in Abs. 3 (darunter etwa die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen und sonstigen Einrichtungen [Abs. 3 S. 3 Nr. 1], die Belieferung anderer Unternehmen [Nr. 2], Maßnahmen betreffend die Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf betroffenen Märkten [Nr. 4], die Festlegung gemeinsamer Normen und Standards [Nr. 5], Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen und -gestaltungen [Nr. 6] sowie die organisatorische Trennung von Unternehmens- und Geschäftsbereichen [Nr. 7]). Vorgesehen ist schließlich als *Ultima Ratio*, dass das BKartA Unternehmen zur Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen verpflichten kann, wenn zu erwarten ist, dass nur durch diese Maßnahme die erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird, § 32f Abs. 4 GWB-RefE.

§ 32f Abs. 2 GWB-RefE nimmt den früheren § 39a GWB (seit der 10. GWB-Novelle 2021), eine bisher schon vorgesehene, zeitlich begrenzte Erweiterung der Fusionskontrollpflicht unterhalb der Anmeldeschwellen des § 35 GWB, auf und erweitert seinen Anwendungsbereich. Diese Verpflichtung löst ein förmliches Fusionskontrollverfahren (ab Schwellenwerten von 50 Mio. EUR Inlandsumsatz des Erwerbers und 0,5 Mio. EUR Inlandsumsatz des zu erwerbenden Unternehmens) aus und unterscheidet sich daher von der reinen Informationspflicht über Zusammenschlüsse gemäß Artikel 14 DMA.

Abgesehen von der Beschleunigung des Verfahrens – zwischen Einleitung und Abschluss sollen zukünftig 18 Monate liegen, § 32e Abs. 3 S. 2 GWB-RefE (der Durchschnitt der abgeschlossenen Sektoruntersuchungen lag bislang bei ca. 26 Monaten, mit einer Bandbreite zwischen fünf Monaten [Duale Systeme] und knapp 42 Monaten [Zement und Transportbeton]) – enthält der Entwurf keinerlei neue Vorgaben für die Durchführung von Sektoruntersuchungen.

⁴ vgl. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 25, s. a. BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozialökologischen Marktwirtschaft, S. 5.

4. Gesamtbewertung: Paradigmenwechsel

Die Einführung des § 32f GWB-RefE in der vorgeschlagenen Form würde einen Paradigmenwechsel im deutschen Kartellrecht darstellen und die bereits durch den § 19a GWB (und den DMA) vorangetriebene Auflösung der Verknüpfung zwischen vorwerfbarem Unternehmensverhalten und darauf kausal beruhenden Eingriffstatbeständen vollenden. Mit der Wahl eines nationalen Vorgehens scheint der Gesetzgeber dabei ohne Not vom Koalitionsvertrag abweichen zu wollen.

4.1 Aufgabe von Unternehmensverhalten als Anknüpfungspunkt

Auch wenn in der Begründung des Referentenentwurfs anklingt, dass den Unternehmen die Anreize für den Ausbau ihrer Marktposition nicht genommen werden dürften (s. S. 12: *„Der Anreiz für Unternehmen, starke Marktstellungen zu erlangen und dadurch auch Gewinne zu erwirtschaften, ist für die Funktionsweise einer Marktwirtschaft zentral und muss erhalten bleiben. Dieser Anreiz fördert hohe Eigeninitiative und erfolgreicher Innovationstätigkeit.“*), hebt der Entwurf in der gegenwärtigen Form dieses Prinzip letztlich aus seinen Angeln: Statt weiterhin im Rahmen der Fusionskontrolle und mittels der Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sowie des Missbrauchs von Marktmacht durch marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen an ein dem jeweiligen Normadressaten zurechenbares Verhalten anzuknüpfen, wird nun auf eine „Wettbewerbsstörung“ als abstrakter, letztlich frei definierbarer Rechtsbegriff abgestellt. Dies gilt allemal dann, wenn – wie hier – keine am Marktgeschehen anknüpfende und aus der ökonomischen Wissenschaft bekannte Grundlage – wie etwa ein (in der BMWK-Anhörung am 04.10.2022 von Teilnehmern und aus dem Kreis der vorbefassten Professorenschaft als vorgegeblicher Hintergrund erwähntes) „enges Oligopol“ für diesen Begriff vorgegeben wird.

Die ordoliberalen Grundlage, wonach der „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ fungiert und die besten Ergebnisse zeitigt, wenn er sich frei entfalten kann,⁵ das Wettbewerbsrecht also nur die wettbewerbslichen Strukturen sichern soll, nicht aber die Ergebnisse vorgeben soll (oder kann), wird somit aufgegeben. Der Entwurf ermöglicht eine Einzelfallregulierung (Abs. 3, 4), also Vorgaben für Marktverhalten, um definierte Marktstrukturen (in der Anhörung mehrfach mit Recht als „*market design*“ bezeichnet) oder Marktergebnisse zu erreichen – entgegen dem bislang gültigen Konsens (schon in der amtlichen Begründung des GWB hieß es, *„dass der Staat nur insoweit in den Marktlauf lenkend eingreifen soll, wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist“*,⁶ dass Märkte und Marktbedingungen nur sektorweit und ausnahmsweise reguliert werden sollten, soweit und solange ein strukturelles Marktversagen beobachtbar ist (s. z. B. § 195 Abs. 3 TKG, die sog. „*sunset clause*“, als Ausdruck dieses Grundverständnisses).

Fraglich ist, ob diese Abkehr von der Ordnungspolitik, auf der das GWB beruht, notwendig oder auch nur sinnvoll ist. Jedenfalls führt sie zu erheblicher Unsicherheit für die rechtsunterworfenen Unternehmen: Unternehmen, die beabsichtigen, in einen in der Entwicklung befindlichen Markt einzutreten oder dort zu expandieren, werden weder verlässlich bewerten können, ob sie hierbei – etwa durch starkes internes Wachstum oder das Ausscheiden weniger effizienter Wettbewerber – in einem nach Ansicht des BKartA „gestörten“ Marktumfeld landen und somit in den Anwendungsbereich des § 32f GWB-RefE geraten, noch können sie vorhersehen, was die Rechtsfolge davon wäre. Die Vorhersehbarkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen wird somit aufgegeben, Investitionssicherheit erschüttert und Innovationen werden unterminiert.

⁵ Friedrich A. von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren.

⁶ BT-Drs. II/1158.

4.2 Unzureichende Tatbestandsausgestaltung der Norm führt zu Rechtsunsicherheit

Mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des Entwurfs stellen sich angesichts der Kombination aus den nur vage umrissenen Kriterien für die Feststellung einer „*Störung*“ einerseits und den mit dieser Feststellung verbundenen einschneidenden Eingriffsbefugnissen des BKartA andererseits weitere drängende Fragen, die noch innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens einer Lösung zugeführt werden müssen. Der alleinige Verweis auf die britische Rechtslage (wie in der Anhörung am 04.10.2022 vom BMWK vorgebracht), hilft hier nicht weiter.

Mit Blick auf den verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgrundsatz ist eine Anpassung des Entwurfs in mehrfacher Hinsicht erforderlich: Erstens, die Rechtsfolgen für die Normadressaten müssen vorhersehbar sein, so dass sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Zweitens müssen dem BKartA klare Handlungsmaßstäbe vorgegeben werden, und drittens muss eine hinreichende gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein.⁷ Die auf der Rechtsfolgenseite vorgesehenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffe (bis hin zur Entflechtung) erhöhen das Maß der gebotenen inhaltlichen Bestimmtheit zusätzlich.

(a) Begriff der „*Störung*“ nicht hinreichend auslegungsfähig

Aus Perspektive des anwaltlichen Rechtsanwenders ist der Begriff der „*Störung*“ auch mithilfe der juristischen Auslegungsmethoden nicht greifbar. Dieser bislang im Wettbewerbsrecht nicht besetzte, neue Rechtsbegriff ist nicht legal definiert. § 32f Abs. 5 GWB-RefE sieht zwar einen Kriterienkatalog vor, der vom BKartA bei der Feststellung einer solchen *Störung* berücksichtigt werden „*soll*“. Die in Abs. 5 aufgeführten Kriterien müssen vom BKartA aber nur aufgegriffen werden, soweit sie für die statische oder dynamische Analyse der Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend geeignet sind.⁸

Freilich ist anzuerkennen, dass der Gesetzgeber sich hier vor der Aufgabe sieht, mehrere ihm vorschwebende Szenarien zu erfassen. Nichtsdestotrotz ermöglicht es die derzeitige offene Ausgestaltung des Abs. 5 weder den Normadressaten noch dem Rechtsanwender, eine belastbare Einschätzung dazu treffen zu können, ob der Wettbewerb auf einem Markt oder marktübergreifend tatsächlich im Sinne der Norm „*gestört*“ ist oder nicht. Die wenigen in der Begründung des Referentenentwurfs (vgl. S. 29 ff.) genannten Beispiele fügen sich nicht zu einem Gesamtbild zusammen, das erkennen ließe, in welchen Szenarien und ab welcher Grenze der Gesetzgeber tatsächlich von einer „*Störung des Wettbewerbs*“ ausgehen will.

Sowohl der Referentenentwurf als auch die Begründung reihen lediglich Beispiele von Rahmenbedingungen aneinander, die zweifelsohne in Kombination für eine eingeschränkte Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sprechen könnten. Bislang nicht enthalten ist allerdings eine präzise Umschreibung dessen, was eine „*Störung*“ eigentlich ausmachen soll. Mit anderen Worten: Welcher Wirkmechanismus des Wettbewerbs muss in welchem Grade eingeschränkt oder gar völlig zum Erliegen gekommen sein, um eine *Störung des Wettbewerbs* im Sinne von § 32f Abs. 3 GWB-RefE bejahen zu können?

Sollte der Gesetzgeber die oben bereits erwähnten Fälle enger Oligopole vor Augen haben, und dort ggf. ein mangels Binnenwettbewerbs bewusstes Parallelverhalten,⁹ so erschiene es geboten, diese Voraussetzung einer „*Störung*“ in die Norm aufzunehmen. Hierbei könnte ohne Weiteres auf entsprechende Vorgaben des Gesetzgebers an anderer Stelle zurückgegriffen werden:

⁷ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 20 Rn. 58.

⁸ vgl. Begründung RefE, S. 29.

⁹ vgl. Begründung RefE, S. 25.

§ 18 Abs. 5 GWB enthält eine rechtliche Umschreibung dessen, was volkswirtschaftlich als enges Oligopol beschrieben wird.¹⁰

In der gegenwärtigen Form führt der Entwurf stattdessen zu einem denkbar weiten Beurteilungsspielraum des BKartA bei der Feststellung einer „Störung“ im Sinne der Norm und damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Es dürfte den adressierten Marktteilnehmern, auch unter Zuhilfenahme anwaltlicher Beratung, nicht möglich sein, verlässlich vorherzusehen, ob und ggf. wodurch sie in den Anwendungsbereich des § 32f GWB-RefE fallen könnten.

Erforderlich wäre außerdem eine Präzisierung des Wortlauts, um zu verdeutlichen, dass stets eine Erheblichkeitsprüfung erforderlich ist. Dies lässt sich zwar aus der Begründung des Referentenentwurfs ableiten (z. B. S. 16: „*Anders als § 32f sieht der britische Prüfungsmaßstab allerdings keine gesetzliche Erheblichkeitsschwelle vor.*“). Der Wortlaut des Abs. 3 S. 1 („oder“) selbst ließe aber auch die Interpretation zu, dass auch unerhebliche, aber andauernd bzw. wiederholt auftretende Störungen von der Norm erfasst sein sollen.

(b) (Zu) weiter Beurteilungsspielraum des BKartA bei Auswahl der Adressaten und der marktregulierenden Maßnahmen

Über die Unsicherheiten bei der Auslegung des „Störungs“-Begriffs hinaus lässt die Norm nicht erkennen, gegen wen bei Annahme einer Störung Maßnahmen vom BKartA ergriffen werden können. Gemäß § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RefE kann das BKartA den „*Unternehmen*“ alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben. Ist damit jeder Marktteilnehmer in den untersuchten Märkten Adressat oder nur Unternehmen ab einer gewissen Unternehmensgröße oder ab einem gewissen Marktanteil? Oder soll sich die Norm ggf. nur auf den Marktführer beziehen? Oder ist die Auswahl des Adressaten dem BKartA anheimgestellt? Hierbei ist zu beachten, dass die beispielhaft in Abs. 3 S. 3 des Entwurfs aufgeführten Maßnahmen sich auch auf Drittunternehmen auswirken werden, etwa bei der Vorgabe bestimmter Normen und Standards (Nr. 5) oder bestimmter Vertragsgestaltungen (Nr. 6).

Daneben hat das BKartA bei der Wahl der Eingriffsmaßnahmen einen denkbar weiten Spielraum. Es kann Unternehmen sämtliche verhaltensorientierten oder strukturellen Maßnahmen vorschreiben, die für die Beseitigung oder Verringerung der vom BKartA – zuvor ebenfalls ohne konkreten Vorgaben – festgestellten (s. u. 4.3) „Störung“ erforderlich sind. Die in Abs. 3 S. 3 GWB-RefE aufgeführten Maßnahmen haben ausweislich des Wortlauts („*können*“) und der Begründung (s. S. 27) nur beispielhaften Charakter. Der Gesetzgeber überlässt damit dem BKartA faktisch nicht nur bei der Definition der Störung, also der Tatbestandsseite, sondern auch bei der Bestimmung, welche Maßnahmen im Umgang mit der Störung geeignet sind, also der Rechtsfolgenseite, die uneingeschränkte Deutungshoheit. Dies verstärkt die für Unternehmen mit der Norm verbundene Rechtsunsicherheit weiter und wird der Intensität der möglichen Eingriffe nicht gerecht.

4.3 Missverhältnis zwischen beibehaltener, unreglementierter Ausgestaltungsfreiheit der Sektoruntersuchungen durch das BKartA und der neu geschaffenen verhaltens- und kausalitätsunabhängigen scharfen Rechtsfolgen

Das Instrument der Sektoruntersuchung soll eine signifikante Aufwertung in Form der in § 32f GWB-RefE enthaltenen Eingriffsbefugnisse erfahren. Der Entwurf sieht indes nicht vor, dieser maßgeblich gesteigerten Bedeutung der Sektoruntersuchung als eines von nur zwei Tatbestandselementen durch zusätzliche Vorgaben für die Durchführung der Sektoruntersuchung selbst Rechnung zu tragen.

¹⁰ Berg/Mäsch/Lorenz, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Auflage 2022, § 18 GWB, Rn. 71 mwN.

Bislang kann das BKartA Sektoruntersuchungen gem. § 32e Abs. 1 GWB dann einleiten, wenn „starre Preise oder andere Umstände“ vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Der Referentenentwurf reduziert diese Formulierung auf „Umstände“, § 32e Abs. 1 GWB-RefE, da es nicht sachgerecht sei, dass Vorliegen starrer Preise gegenüber anderen Kriterien hervorzuheben.¹¹ Eine Definition oder sonstige Konkretisierung der betreffenden „Umstände“ enthalten weder das GWB in seiner aktuellen Fassung noch der Referentenentwurf.

In seiner gegenwärtigen Form macht das GWB auch keine Vorgaben für die Durchführung einer Sektoruntersuchung, etwa hinsichtlich methodischem Ansatz, Zieldefinition (etwa die Feststellung von Wettbewerbsbeschränkungen, oder jetzt einer Wettbewerbsstörung, mit genauer Festlegung dieses Tatbestands), Festlegung der dazu erforderlichen Ermittlungen (Mindestumfang/-tiefe), Nachweisanforderungen für die Feststellung von Missständen – oder jetzt „Störungen“ –, oder der zu den Ergebnissen zu erstattenden Berichte. Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des BKartA, ob es eine Sektoruntersuchung einleitet.¹² Dem BKartA soll bei der Durchführung der Sektoruntersuchung neben den in den §§ 57, 59, 59a, 59b und 61 GWB enthaltenen Ermittlungsbefugnissen nunmehr auch die Beschlagnahme gem. § 58 GWB ermöglicht werden, § 32e Abs. 2 lit. e GWB-RefE. Sonst fehlt es an jeglicher rechtlichen Rahmensetzung.

Angesichts des Umstands, dass das Instrument der Sektoruntersuchung nun zur zwingenden Voraussetzung für weitreichende, grundrechtsrelevante Eingriffe (bis hin zur Entflechtung) wird, erscheint eine präzisere Regulierung der Einleitung und Durchführung des Verfahrens dringend erforderlich. Notwendig wären definierte Mindestanforderungen hinsichtlich der vorab festzulegenden Zielsetzung, dem dazu zu erstellenden Ermittlungsplan, hinsichtlich Methoden, der Marktdeckung etc., der Nachweisanforderungen und des Ergebnisberichtes (vgl. zuvor). Insbesondere könnten wirtschaftswissenschaftlich anerkannte methodische Grundsätze im Gesetz verankert werden.

Derlei sieht der Entwurf aber nicht vor. Im Gegenteil: In Folge der reduzierten Regeldauer von nunmehr 18 Monaten – aus dem grundsätzlich begrüßenswerten Motiv der Beschleunigung – sinken die Möglichkeiten für die Detailtiefe der Untersuchung faktisch sogar (vgl. Ziff. 3. zur bisher durchschnittlichen Dauer). Dies könnte voraussichtlich kaum noch durch erweiterte personelle Kapazitäten ausgeglichen werden. Daneben gießt der Entwurf lediglich die bisherige Praxis des BKartA in Recht, dass die Abschlussberichte zu veröffentlichen sind, § 32e Abs. 4 GWB-RefE.

Im Ergebnis sieht der Entwurf eine Konstellation vor, in der dem BKartA ein nach wie vor völlig unreglementierter Spielraum für Einleitung, Durchführung und Abschluss der Sektoruntersuchung eingeräumt wird, während auf der Rechtsfolgenseite grundrechtsrelevante Eingriffsbefugnisse geschaffen werden, ohne dass es jeglicher Kausalität des Unternehmensverhaltens hierfür bedarf.

Gleichzeitig sind die Feststellungen in Zwischen- oder Abschlussberichten nicht isoliert anfechtbar, da es ihnen an einer Regelungswirkung und an der individuellen Beschwer fehlt.¹³ Zwar ist ein gerichtliches Vorgehen gegen die vom BKartA ggf. auf Grundlage des Abschlussberichts erlassenen Maßnahmen möglich. Dieser Rechtsschutz würde aber nach gegenwärtigem Entwurfsstand zu spät ansetzen, da der Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hätte. Insofern sollte der Gesetzgeber entweder ein Rechtsmittel gegen die Feststellungen der Sektoruntersuchung zulassen, oder § 32f Abs. 3 und 4 GWB-RefE in § 66 Abs. 1 GWB aufnehmen.

¹¹ vgl. Begründung RefE, S. 23.

¹² MüKoEuWettbR/Spiecker, 4. Aufl. 2022, GWB § 32e, Rn. 6.

¹³ vgl. Begründung RefE, S. 24.

5. Fazit

Sollte der Gesetzgeber an dem mit § 32f GWB-RefE verbundenen Paradigmenwechsel festhalten wollen, erscheint eine Konkretisierung des Begriffs der „Störung“, der Normadressaten und der im Einzelfall gebotenen Maßnahmen sowie der Mindestanforderungen an Sektoruntersuchungen durch den Gesetzgeber zwingend. In der gegenwärtigen Form sind die einzigen dem BKartA gesetzten Grenzen die der faktischen Ressourcenknappheit. Das ist im Grunde eine Delegation der Normsetzung auf Tatbestands- wie auf Rechtsfolgenseite an die Bundesoberbehörde. Dies wird dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nicht mehr gerecht.

Letztlich muss die Deutungshoheit darüber, was eine „Störung“ ist, und wie sie, d. h. mit welchem Ziel in welchem Szenario und mit welchen noch verhältnismäßigen Maßnahmen, zu beseitigen ist, beim Gesetzgeber und nicht beim BKartA liegen. Andernfalls ist die bisherige Natur des GWB als „Grundgesetz der Wirtschaft“ nur noch Makulatur und der deutschen Wirtschaft wird, ausgerechnet mit wettbewerbspolitischer Zielsetzung, ein Standortnachteil auferlegt. Die Aufgabe des *Level Playing Fields* war aber gerade nicht Ziel des Koalitionsvertrages, sondern – wenn überhaupt – eine europaweite Regelung.

* * *