



**BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER**

## **Stellungnahme Nr. 28/2023**

**Juni 2023**

### **Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz / 11. GWB-Novelle)**

#### **Mitglieder des Ausschusses Kartellrecht:**

Rechtsanwältin Dr. Ellen Braun (Berichterstatlerin)

Rechtsanwalt Dr. Matthias Karl

Rechtsanwalt Prof. Dr. Moritz Wilhelm Lorenz

Rechtsanwalt Dr. Andreas Lotze

Rechtsanwalt Dr. Martin Schwarz

Rechtsanwältin Dr. Dominique Wagener

Rechtsanwalt Dr. Markus Wirtz, LL.M. (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Michael Then, Schatzmeister der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Jennifer Witte, Bundesrechtsanwaltskammer

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://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](mailto: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](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz  
Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Digitales des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages  
Wirtschaftspolitische Sprecher der Fraktionen CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE, FDP, AfD  
Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE, FDP, AfD  
Arbeitskreise Recht / Wirtschaft der Bundestagsfraktion  
Landesjustizminister / -senatoren der Länder  
Wirtschaftsminister / -senatoren der Länder  
Wirtschaftsministerkonferenz (WMK)  
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  
Bundeskartellamt  
Monopolkommission

Redaktionen der NZKart, WuW, ZWeR, NJW, ZAP, AnwBl, JZ, DRiZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, dpa, Spiegel, Focus, Handelsblatt, Otto Schmidt Verlag, JUVE

online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris, Legal Tribune Online

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) 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 Rechtsanwälten<sup>1</sup> gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

Die BRAK nimmt im Folgenden zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz / 11. GWB-Novelle) vom 16.05.2023 Stellung.<sup>2</sup> Diese knüpft an die Stellungnahme der BRAK zu § 32f GWB-E des Referentenentwurfs (RefE)<sup>3</sup> an und beschränkt sich auf die Kommentierung des neuen Eingriffsinstrumentes in § 32f Abs. 3 bis 8 GWB-E des Regierungsentwurfs (RegE).

### 1. Vorbemerkung

Im Februar 2022 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) seine wettbewerbspolitische Agenda bis 2025 vorgestellt.<sup>4</sup> Dem Koalitionsvertrag entsprechend<sup>5</sup> heißt es darin, dass sich das BMWK langfristig für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten einsetzen will.<sup>6</sup>

Abweichend hiervon enthielt der vom BMWK im September 2022 veröffentlichte Referentenentwurf für eine 11. GWB-Novelle (RefE)<sup>7</sup> in § 32f Abs. 3 bis 7 GWB-RefE eine neue Eingriffsmöglichkeit im deutschen Recht. Hiernach soll das Bundeskartellamt (BKartA) im Anschluss an eine Sektoruntersuchung zur Beseitigung oder Verringerung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben können. Nach § 32f Abs. 4 GWB-RefE soll das BKartA Unternehmen sogar dazu verpflichten

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden willkürlich gewählte weibliche oder männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

<sup>2</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, abrufbar unter <https://dserver.bundes-tag.de/btd/20/068/2006824.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>3</sup> BRAK-Stellungnahme-Nr. 39/2022 zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz / 11. GWB-Novelle), Oktober 2022, abrufbar unter [https://www.brak.de/fileadmin/05\\_zur\\_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2022/stellungnahme-der-brak-2022-39.pdf](https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2022/stellungnahme-der-brak-2022-39.pdf), zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>4</sup> BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozialökologischen Marktwirtschaft, 21.02.2022, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf?blob=publicationFile&v=6>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>5</sup> SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021 – 2025, S. 25, abrufbar unter [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf), zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>6</sup> BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozialökologischen Marktwirtschaft, 21.02.2022, S. 5, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf?blob=publicationFile&v=6>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>7</sup> RefE 11. GWB-Novelle, 15.09.2022, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?blob=publicationFile&v=4>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

können, Unternehmensteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Ein individuelles Fehlverhalten der Adressaten setzen diese Maßnahmen nicht voraus. Zu § 32f Abs. 3 bis 7 GWB-RefE hat die BRAK bereits im Oktober 2022 Stellung genommen.<sup>8</sup>

Basierend auf diesem RefE hat die Bundesregierung am 05.04.2023 einen Entwurf für eine 11. GWB-Novelle beschlossen.<sup>9</sup> Das beschriebene Eingriffsinstrument wurde dabei im Grundsatz in § 32f Abs. 3 bis 8 GWB-RegE überführt. Die überarbeitete Fassung dieses Regierungsentwurfs vom 16.05.2023<sup>10</sup> liegt der vorliegenden Stellungnahme zugrunde. Dieser Entwurf wurde am 26.05.2023 in erster Lesung im Deutschen Bundestag beraten<sup>11</sup> und in der Folge an den federführenden Wirtschaftsausschuss überwiesen.<sup>12</sup> Dort wurde am 14.06.2023 eine öffentliche Sachverständigenanhörung durchgeführt. Zwei der eingeladenen Sachverständigen – Prof. Podszun und Dr. Böttcher – haben sich auch mit der empfohlenen Ergänzung befasst, namentlich einer zweiten Entscheidungsinstanz i.S.v. „*fresh pair of eyes*“ bzw. „*checks and balances*“ (siehe ausführlich unter 3.; zu diesen Stellungnahmen unter 3.5).

Im Folgenden bewertet die Stellungnahme zunächst die Änderungen des § 32f GWB-RegE gegenüber § 32f GWB-RefE (2.). Sodann setzt sie sich mit der Verteilung der Entscheidungsbefugnisse im Rahmen der verschiedenen Stufen des neuen Eingriffsinstruments auseinander (3.). Dabei geht sie nach einer kurzen Einleitung (3.1) auf das Verfahren und die Zuständigkeit nach § 32f GWB-RegE ein (3.2), benennt die in der Verteilung der Eingriffsbefugnisse liegende Problematik (3.3), erläutert die Funktionsweise der Market Investigation im Vereinigten Königreich näher (3.4) und unterbreitet in Anlehnung an die dortige Praxis einen Änderungsvorschlag (3.5). Abschließend zieht sie ein Fazit (4.).

## 2. Bewertung der Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf

Im Vergleich zum RefE wurden einige wichtige Änderungen an § 32f GWB-RegE vorgenommen:

- Nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE können Abhilfemaßnahmen erst im Anschluss an eine **feststellende Verfügung** zum Vorliegen einer erheblichen **und** fortwährenden Wettbewerbsstörung auf mindestens einem **mindestens bundesweiten Markt**, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend getroffen werden. Die durch das Erfordernis einer Feststellungsverfügung geschaffene zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit begrüßt die BRAK, auch wenn Rechtsbehelfen gegen die Feststellung der Störung keine aufschiebende Wirkung zukommen soll<sup>13</sup>. Ferner ist die Klarstellung in § 32f Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB-RegE, dass es sich bei der Erheblichkeit der Wettbewerbsstörung um eine kumulative Voraussetzung handelt, erfreulich.<sup>14</sup> Die Erheblichkeitsschwelle soll jedoch bereits überschritten sein, sofern die Störung „*mehr als nur geringfügig negative Effekte*“ auf den Wettbewerb hat.<sup>15</sup> Diese geringe Interventions-

---

<sup>8</sup> BRAK-Stellungnahme-Nr. 39/2022 (Fn. 3).

<sup>9</sup> Abrufbar unter [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6), zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>10</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824 (Fn. 2).

<sup>11</sup> Deutscher Bundestag, Auszug Plenarprotokoll 107. Sitzung, Berlin, 26.05.2023, 13051, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20107.pdf#P.13052>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>12</sup> Deutscher Bundestag, Debatte zur Wirksamkeit der Instrumente von Kartellbehörden, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw21-de-wettbewerbsbeschaenkung-947970>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>13</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, S. 29 (Fn. 2).

<sup>14</sup> So bereits BRAK-Stellungnahme-Nr. 39/2022 (Fn. 3).

<sup>15</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, S. 28 (Fn. 2).

schwelle wird der Tatsache nicht gerecht, dass § 32f Abs. 3 und 4 GWB-RegE auf der Tatbestandsseite keinen Verstoß gegen Verhaltensnormen voraussetzen und auf Rechtsfolgenseite tiefgreifende Grundrechtseingriffe ermöglichen. Sinnvoll erscheint hingegen die Einschränkung, dass eine Feststellungsverfügung bei Wettbewerbsstörungen, die nur einen Markt betreffen, voraussetzt, dass es sich um einen bundesweiten Markt handelt.

- Zu begrüßen ist ferner, dass § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE die **Subsidiarität** der neuen Eingriffsbefugnisse **gegenüber den bisherigen Instrumenten der Verhaltenskontrolle** betont, indem die Norm verlangt, dass die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken. Problematisch ist jedoch, dass es dem BKartA erlaubt sein soll, bei der Prognose auf die beim BKartA zum Zeitpunkt der Feststellung vorliegenden Erkenntnisse zurückzugreifen. Neue, weitergehende Ermittlungen muss das BKartA nicht durchführen.<sup>16</sup> Die Subsidiarität stellt in dieser Ausgestaltung lediglich eine geringe Hürde für das BKartA dar.
- Ferner kommt § 32f Abs. 3 S. 2 bis 5 GWB-RegE den Forderungen<sup>17</sup> nach einer **Konkretisierung des Adressatenkreises** nach. Adressaten von Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 oder Abs. 4 GWB-RegE und somit auch von Feststellungsverfügungen zum Vorliegen einer Wettbewerbsstörung können hiernach Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs in ihrer konkreten Ausprägung *wesentlich* beitragen. Auch diese Wesentlichkeitsschwelle wird allerdings sehr niedrig angesetzt. Nach der Gesetzesbegründung soll hierfür eine Verletzung des Wettbewerbsrechts durch das entsprechende Unternehmen nicht erforderlich sein und ein wesentlicher Beitrag bereits in jedem am Markt spürbaren Verhalten liegen.<sup>18</sup>
- Die **Beispiele für Abhilfemaßnahmen in § 32f Abs. 3 S. 7 GWB-RegE** wurden umformuliert und um das „*Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen*“ (Nr. 5) erweitert.
- Die Beschränkung der Befugnis zur Entflechtung auf **marktbeherrschende Unternehmen und Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a Abs. 1 GWB** in § 32f Abs. 4 S. 1 GWB-RegE erscheint angemessen.
- Ebenfalls begrüßenswert und die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das neue Eingriffsinstrument zumindest abmildernd sind die Bestimmungen in § 32f Abs. 4 S. 8, 9 GWB-RegE, wonach bei einer Entflechtung eine **Veräußerungspflicht erst ab einem erzielten Verkaufserlös von mindestens 50% des von einem unabhängigen Gutachter festgestellten Unternehmenswerts** bestehen soll und das entflochtene Unternehmen zusätzlich zum Verkaufserlös eine **Kompensationszahlung** in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen dem festgestellten Unternehmenswert und dem tatsächlich erzielten Verkaufserlös erhalten soll.
- Die **Ausdehnung des Vertrauensschutzes** für fusionskontrollrechtliche Verfügungen in § 32f Abs. 4 S. 10 GWB-RegE von fünf auf **zehn Jahre** wird begrüßt, ändert jedoch nichts daran, dass Freigaben nach der FKVO *de lege lata* zeitlich unbegrenzt gelten<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, S. 29 (Fn. 2).

<sup>17</sup> So auch BRAK-Stellungnahme-Nr. 39/2022 (Fn. 3).

<sup>18</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, S. 29 (Fn. 2).

<sup>19</sup> Thomas, ZWeR 2022, 333, 352.

- § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-RegE enthält eine nicht abschließende Liste von **vier Regelbeispielen für eine Störung des Wettbewerbs**. Hiernach kann eine Störung des Wettbewerbs insbesondere bei unilateraler Angebots- oder Nachfragemacht (Nr. 1), Beschränkungen des Marktzutritts, Marktaustritts oder der Kapazitäten oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager (Nr. 2), gleichförmigem oder koordiniertem Verhalten (Nr. 3) und der Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen (Nr. 4) vorliegen. Diese Fallgruppen stimmen im Wesentlichen mit den Leitlinien der CC im Vereinigten Königreich („UK“) überein.<sup>20</sup>

Sie tragen jedoch nur beschränkt zur Konkretisierung des unbestimmten und nur schwer greifbaren Rechtsbegriffs der „*Störung des Wettbewerbs*“ bei. Da es sich lediglich um Regelbeispiele und nicht um eine abschließende Aufzählung handelt, verbleibt ein nicht unerhebliches Maß an Rechtsunsicherheit. Ferner fügen sich die Regelbeispiele nicht zu einem Gesamtbild zusammen, das erkennen ließe, in welchen Szenarien und ab welcher Grenze von einer „*Störung des Wettbewerbs*“ auszugehen ist. Sie ermöglichen es weder den Normadressaten noch dem BKartA, eine belastbare Einschätzung zum Vorliegen dieser Voraussetzung zu treffen. Da es sich um eine dem deutschen Recht bislang völlig fremde Eingriffsvoraussetzung handelt, kann hinsichtlich der Frage, zu welchem Grad die in den Regelbeispielen genannten Wirkmechanismen des Wettbewerbs eingeschränkt sein müssen, auch nicht auf die bisherige Entscheidungspraxis zurückgegriffen werden. Die auf der Rechtsfolgenseite vorgesehenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffe und der große Beurteilungsspielraum des BKartA bei der Auswahl der Abhilfemaßnahme erfordern jedoch gerade ein hohes Maß an inhaltlicher Bestimmtheit. Die Aufnahme der Regelbeispiele für eine Wettbewerbsstörung genügt diesen Anforderungen nicht. Somit bleiben die in der Stellungnahme zum RefE geäußerten Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit des zentralen Eingriffskriteriums grundsätzlich bestehen.<sup>21</sup>

- Die in § 32f Abs. 5 S. 2 GWB-RegE aufgezählten **Prüfkriterien für das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung** wurden um die „*Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten*“ (Nr. 4), den „*Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten*“ (Nr. 6) sowie „*Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher*“ (Nr. 7) ergänzt. Insbesondere die Heranziehung von mildernd zu berücksichtigenden Faktoren ist für eine ausgewogene Prüfung unerlässlich und daher zu begrüßen.
- Positiv zu bewerten ist auch die gesetzliche Definition des Begriffs „**fortwährend**“ in § 32f Abs. 5 S. 3 GWB-RegE. Hiernach ist eine Wettbewerbsstörung fortwährend, „*wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.*“
- Erfreulich ist ferner, dass **Rechtsbehelfen** gegen **Entflechtungsverfügungen** nach § 66 Abs. 1 GWB-RegE **aufschiebende Wirkung** zukommt.

---

<sup>20</sup> Leitlinien der CC (im Original: „*Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*“) (CC3 Revised), Ziff. 170, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/market-investigations-guidelines>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023. Die Leitlinien der CC benennen jedoch noch eine fünfte Quelle für Wettbewerbsstörungen, die nicht in § 32f Abs. 5 S. 1 RegE aufgenommen wurde („*weak customer response*“).

<sup>21</sup> Siehe ausführlich hierzu BRAK-Stellungnahme-Nr. 39/2022 (Fn. 3).

Die BRAK begrüßt, dass der Reg bei der konkreten Ausgestaltung des Eingriffsinstruments und insbesondere mit der Aufnahme einer Entschädigungsregelung einige Forderungen aus der Diskussion um den RefE aufgegriffen hat.

Die grundlegenden Bedenken gegen ein solches Instrument kann der RegE jedoch nicht ausräumen. So begründet er die Abkehr von dem Verständnis, dass das Kartellrecht den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren schützt und das staatliche Hinwirken auf eine bestimmte Idealform des Wettbewerbs eine Anmaßung von Wissen darstellt,<sup>22</sup> nicht. Im Hinblick darauf, wie tief dieses Leitbild im deutschen Kartellrecht verwurzelt ist, ist dies äußerst problematisch. Ferner legt der RegE nicht dar, dass überhaupt eine Schutzlücke und ein Bedürfnis für das neue Eingriffsinstrument bestehen.<sup>23</sup> Dementsprechend bleibt auch die konkrete Zielsetzung des Eingriffsinstruments unklar, was sich wiederum in der unzureichenden Tatbestandsausgestaltung äußert. Auch das Missverhältnis zwischen der uneingeschränkten Ausgestaltungsfreiheit des BKartA bei der Sektoruntersuchung und den verhaltens- und kausalitätsunabhängigen scharfen Rechtsfolgen des neuen Eingriffsinstruments beseitigt der RegE nicht. Mit diesen Kritikpunkten hat sich bereits die Stellungnahme der BRAK zu § 32f RefE<sup>24</sup> befasst, auf die an dieser Stelle ausdrücklich verwiesen wird.

### **3. Verteilung der Entscheidungsbefugnisse**

#### **3.1 Einleitung**

Ungeachtet der geäußerten grundsätzlichen Bedenken, schöpft der RegE die Möglichkeiten des Verfahrensschutzes nicht aus. Ein möglichst weitreichender Verfahrensschutz ist jedoch im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Tatbestands, die nicht nur mit erheblicher Rechtsunsicherheit, sondern auch mit einem großen, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum des BKartA einhergeht, geboten. Vor diesem Hintergrund besteht insbesondere im Hinblick auf die Verteilung der Entscheidungsbefugnisse im Rahmen des neuen Eingriffsinstruments Nachbesserungsbedarf.

#### **3.2 Verfahren und Zuständigkeit für das neue Eingriffsinstrument**

##### **a. Verfahren**

Während der RefE ein zweistufiges, aus der Sektoruntersuchung und den Abhilfemaßnahmen bestehendes Verfahren vorsah, erweitert der RegE dieses Verfahren um einen Zwischenschritt. Er setzt nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE für Abhilfemaßnahmen eine Verfügung voraus, die eine Wettbewerbsstörung feststellt. Somit ergibt sich ein dreistufiges Verfahren:

- Die Sektoruntersuchung nach § 32e Abs. 1 GWB-RegE.
- Die Verfügung zur Feststellung einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend gemäß § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE.
- Die Abhilfemaßnahmen: Darunter fallen nach § 32f Abs. 3 S. 6 GWB-RegE alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art. Subsidiär und unter zusätzlichen

---

<sup>22</sup> Grundlegend von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1986; ders., Die Anmaßung von Wissen, in: Kerber (Hrsg.), Die Anmaßung von Wissen, Tübingen 1996.

<sup>23</sup> Hierzu Thomas, ZWeR 2022, 333, 336 ff.; Inderst/Thomas, NZKart 2022, 657.

<sup>24</sup> BRAK-Stellungnahme-Nr. 39/2022, (Fn. 3).

Voraussetzungen soll gemäß § 32f Abs. 4 S. 1 GWB-RegE ferner die Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen sowie Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, möglich sein.

## b. Zuständigkeit des BKartA

Das BKartA würde nach dem RegE sowohl über die Einleitung einer Sektoruntersuchung, als auch die Feststellung einer Wettbewerbsstörung sowie die Abhilfemaßnahmen entscheiden.<sup>25</sup> Innerhalb des BKartA treffen gemäß § 51 Abs. 2 S. 1 GWB verschiedene Beschlussabteilungen die dem BKartA durch das GWB übertragenen Entscheidungen. Momentan gliedern sich diese Beschlussabteilungen überwiegend nach Branchen.<sup>26</sup> Nach § 51 Abs. 3 GWB entscheiden diese Beschlussabteilungen in der Besetzung mit einem oder einer Vorsitzenden und zwei Beisitzenden.<sup>27</sup>

Im Falle des Inkrafttretens des vorliegenden RegE wäre folglich davon auszugehen, dass **ein und dieselbe, aus drei Personen bestehende Beschlussabteilung des BKartA über alle drei Verfahrensstufen entscheidet.**

## 3.3 Das Problem

Diese Bündelung von Entscheidungsbefugnissen bei einer Beschlussabteilung des BKartA erscheint problematisch.<sup>28</sup>

Dem jeweiligen Entscheidungsträger kommt bei der Prüfung der neuen Eingriffskriterien ein großer und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Bei der zentralen Voraussetzung für die Verfügung von Abhilfemaßnahmen, der „*Störung des Wettbewerbs*“, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dieser ist bislang gänzlich unbekannt und folglich nicht durch die Entscheidungspraxis konkretisiert worden. Seine grundlegenden Anforderungen sind auch durch die in § 32f Abs. 5 S. 1 GWB-RegE aufgenommenen Regelbeispiele nicht hinreichend definiert.<sup>29</sup> Bei einer derart weiten Generalklausel dürfte sich die gerichtliche Kontrolle im Ausgangspunkt auf eine Prüfung auf Verfahrens- und Ermessensfehler und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen beschränken.<sup>30</sup>

Der große rechtliche und faktische Beurteilungsspielraum des BKartA muss daher mit einem möglichst weitreichenden Verfahrensschutz einhergehen. Ein Minus an inhaltlicher Vorabkonkretisierung gilt es

---

<sup>25</sup> So können das BKartA und die obersten Landesbehörden nach § 32e Abs. 1 GWB-RegE Sektoruntersuchungen durchführen, wenn Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Gemäß § 32f Abs. 3 S. 1, 6 GWB-RegE und § 32f Abs. 4 S. 1 GWB-RegE ist das BKartA ferner für die Feststellung einer Wettbewerbsstörung sowie die Verfügung von Abhilfemaßnahmen zuständig.

<sup>26</sup> Vgl. Organigramm des BKartA, 01.05.2023, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Organigramm.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=97](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Organigramm.pdf?__blob=publicationFile&v=97), zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>27</sup> Siehe auch Website des BKartA (Über uns, Das Bundeskartellamt, Organisation), abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Bundeskartellamt/Organisation/organisation\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Bundeskartellamt/Organisation/organisation_node.html), zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>28</sup> Der Aspekt der Machtballung bei drei Beamten des BKartA wurde auch von *Durz* i. R. d. ersten Beratung des RegE im Deutschen Bundestag angesprochen (Deutscher Bundestag, Auszug Plenarprotokoll 107. Sitzung, Berlin, 26.05.2023, 13051, 13053, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20107.pdf#P.13052>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023).

<sup>29</sup> Siehe unter Ziff. 2.

<sup>30</sup> *Wagner-von Papp*, WuW 2022, 642, 649.



stets durch ein Plus an Verfahrensschutz auszugleichen.<sup>31</sup> Diesbezüglich schöpft der RegE die bestehenden Möglichkeiten nicht ausreichend aus. Es erscheint geboten, die Entscheidungsbefugnisse bezüglich der Sektoruntersuchung einerseits und der Feststellungsverfügung sowie den Abhilfemaßnahmen andererseits zwischen verschiedenen Entscheidungsträgern aufzuteilen (Konzept des „**fresh pair of eyes**“). Insbesondere, wenn der Entscheidungsträger bereits viel Zeit und viele Ressourcen in die vorausgegangene Sektoruntersuchung investiert hat, besteht sonst die Gefahr, dass er nicht mehr unvoreingenommen über die Abhilfemaßnahmen entscheiden kann („*commitment bias*“).

### 3.4 Die Funktionsweise der Market Investigation im Vereinigten Königreich

Wie schon zuvor der RefE hebt auch der RegE die strukturellen Parallelen des neuen Eingriffsinstruments zum Instrument der Marktuntersuchung (sog. „*Market Investigation*“) im UK hervor. Die Pressemitteilung des BMWK betitelt die UK Market Investigation explizit als „*Vorbild*“ für die vorgeschlagene Regelung in Deutschland.<sup>32</sup> Die Gesetzesbegründung verweist auf eine „*Vielzahl von Parallelen der beiden Instrumente*“<sup>33</sup>. Hier heißt es auch:

*„Wie das britische Modell sieht auch der vorliegende Gesetzentwurf eine klare Trennung zwischen der Untersuchung des Marktes bzw. des Wirtschaftszweiges einerseits und einer nachgelagerten Abhilfephase andererseits vor.“<sup>34</sup>*

Dabei übersieht der RegE allerdings einen wesentlichen Unterschied zwischen der vorgeschlagenen Regelung und dem Vorbild aus UK: Während im UK unterschiedliche Entscheidungsträger für verschiedene Stufen des Verfahrens zuständig sind, soll die Entscheidungsgewalt für alle drei Verfahrensstufen nach dem RegE bei derselben Beschlussabteilung des BKartA liegen.

#### a. Rechtsgrundlagen

Die Market Investigation in ihrer heutigen Form wurde erstmals durch den Enterprise Act 2002 („**EA02**“) im Vereinigten Königreich eingeführt. Zur Einleitung einer Market Investigation befugt war nach damaligem Recht die Competition Commission („**CC**“). Bevor die CC eine Market Investigation einleiten konnte, musste eine sog. Marktuntersuchungsanweisung ergehen, also eine Verweisung der Sache an die CC (engl.: *Market Investigation Reference*) („**MIR**“). Diese Verweisung wurde in der Regel<sup>35</sup> durch das Office of Fair Trading („**OFT**“) ausgesprochen.

---

<sup>31</sup> Wagner-von Papp, WuW 2023, 642, 649.

<sup>32</sup> BMWK, Pressemitteilung vom 05.04.2023 („*Bundeskabinett beschließt Verschärfung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*“), abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2023/04/20230405-bundeskabinett-beschliesst-verschaerfung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaernkungen.html>.

<sup>33</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, S. 18 f. (Fn. 2).

<sup>34</sup> RegE 11. GWB-Novelle, 16.05.2023, BT-Drs. 20/6824, S. 18 f. (Fn. 2).

<sup>35</sup> Sofern ein Sektor einer spezifischen sektoralen Regulierung unterliegt, können auch Regulierungsbehörden mit zur CMA gleichrangigen Wettbewerbsdurchsetzungsbefugnissen diese erste Phase der Marktstudie durchführen und eine MIR aussprechen. Diese Befugnis erstreckt sich auch auf Regierungsminister, wenn Angelegenheiten „öffentliche Interessen“ berühren - allerdings unter sehr engen Voraussetzungen; vgl. insoweit Abschnitt 132 EA02 in der Fassung des ERRA13.

In den Leitlinien der CC<sup>36</sup> hieß es zur Aufgabenteilung zwischen OFT und CC explizit:

*„The CC does not select markets for investigation. The referring bodies – the OFT, a sector regulator or, exceptionally, a Minister – make market investigation references to the CC when they have reasonable grounds for suspecting that a feature or combination of features of a market in the UK is preventing, restricting or distorting competition.*

*However, once a reference is received, the CC proceeds wholly independently of the referring body; a CC market investigation casts a ‘fresh pair of eyes’ able to look more deeply at new evidence and analysis of the market. Regardless of the views of the referring body, it may conclude that there are no adverse effects in the market.“*

Seit der umfassenden Überarbeitung der Vorschriften des EA02 durch den Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 („**ERRA13**“) sind die Befugnisse des OFT und der CC nunmehr gebündelt und auf die neu gegründete Competition and Markets Authority („**CMA**“) als Nachfolgerin beider Institutionen übergegangen.<sup>37</sup> Hierbei wurde die Zuteilung des Verfahrens jedoch im Grundsatz beibehalten.<sup>38</sup>

## **b. Zuständigkeiten und Verfahren im UK**

Marktuntersuchungen im Vereinigten Königreich werden seit dem ERRA13 von der CMA in einem zweiphasigen Verfahren durchgeführt: (I.) eine Market Study, die ggf. in einer MIR mündet; und anschließend (II.) die eigentliche Market Investigation. Obgleich für beide Phasen der Untersuchung die CMA als Behörde zuständig ist, erfolgt eine intra-institutionelle Trennung der Aufgaben und Entscheidungsprozesse. Nur auf operativer Ebene gibt es personelle Überschneidungen.

### **i. Phase I: Market Study**

Abschnitt 131(1) EA02 in der Fassung des ERRA13<sup>39</sup> räumt der CMA<sup>40</sup> die Befugnis ein, auf Grundlage einer Ermessensentscheidung eine MIR an den CMA-Vorsitzenden (engl.: „*Chair*“) auszusprechen. Erforderlich hierfür ist, dass „*vernünftige Gründe*“ im Sinne eines hinreichenden Verdachts<sup>41</sup> vermuten lassen, dass ein „*Merkmal*“ (engl.: „*feature*“) oder eine „*Kombination von Merkmalen*“ eines Marktes für Waren oder Dienstleistungen im Vereinigten Königreich den Wettbewerb in Bezug auf die Lieferung oder den Kauf von Waren oder Dienstleistungen im Vereinigten Königreich (oder einem Teil davon) verhindert, einschränkt oder verfälscht.

---

<sup>36</sup> Ziff. 22 der Leitlinien der CC (im Original: „*Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*“) (CC3 Revised), S. 9; abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/market-investigations-guidelines>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>37</sup> Weitere Überarbeitung der UK-Vorschriften sollen durch die „*Digital Markets, Competition and Consumers Bill*“ erfolgen. Diese stellt das UK-Pendant zum europäischen Digital Markets Act bzw. deutschen § 19a GWB dar. Das Gesetzgebungsverfahren ist abrufbar unter <https://bills.parliament.uk/bills/3453/publications>, zuletzt abgerufen am 21.06.2023.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Wagner-von Papp*, WuW 2023, 642, 644.

<sup>39</sup> Soweit im Folgenden nicht anderweitig spezifiziert wird mit „EA02“ jeweils auf den EA02 in der Fassung des ERRA13 bezuggenommen.

<sup>40</sup> In der Praxis: dem CMA-Board bzw. dem Market Study Team.

<sup>41</sup> Vgl. *Wagner-von Papp*, WuW 2023, 642, 644.

Diese „vernünftigen Gründe“ (engl.: „*reasonable grounds*“) als notwendige Voraussetzung für eine MIR ergeben sich in der Regel aus einer vorangehenden Marktstudie (engl.: „*Market Study*“). Die Market Study stellt daher die erste Phase der Ermittlungen dar.<sup>42</sup> Durch sie informiert sich die CMA über das Funktionieren eines bestimmten Marktes im Allgemeinen.<sup>43</sup>

Begründen die Erkenntnisse aus einer Market Study den hinreichenden Verdacht für strukturelle Probleme im Markt, stellt der CMA-Vorstand (engl. „*Board*“) dies im Market Study Report fest und verweist<sup>44</sup> die Angelegenheit im Wege der MIR an den CMA-Vorsitzenden (engl.: „*Chair*“).

## ii. Phase II: Market Investigation

Als zweite Phase der Untersuchung beinhaltet die anschließende Market Investigation eine detailliertere Prüfung, ob es auf dem/den relevanten Markt/Märkten tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne eines sog. *adverse effect on competition* („*AEC*“) gibt und welche Abhilfemaßnahmen zu dessen Beseitigung notwendig sind.

## iii. Trennung der Aufgaben und Entscheidungsprozesse innerhalb der CMA

Zuständig für beide Phasen der Untersuchung ist seit dem ERA13 die CMA als Institution. Insofern unterscheidet sich die Lage seit dem ERA13 von der zuvor institutionellen Aufteilung dieser Aufgaben zwischen OFT und CC.

Um dennoch eine faktische Trennung der Entscheidungsprozesse innerhalb der CMA zu erreichen, sieht der ERA13 detaillierte Regelungen für die Aufgabenverteilung innerhalb der CMA vor. Wesentliche Entscheidungen infolge einer Market Study (insbesondere die Entscheidung für eine in die zweite Phase führende MIR) einerseits und über das Ergebnis der anschließenden Market Investigation andererseits werden von *getrennten* Entscheidungsträgern innerhalb der CMA getroffen.<sup>45</sup>

### Zuständigkeit des CMA-Vorstandes für Market Study und MIR

Der CMA-Vorstand (engl. „*Board*“) ist für alle wesentlichen Entscheidungen im Rahmen von Market Studies zuständig.<sup>46</sup> Hierzu gehört auch die Entscheidung darüber, ob eine MIR ausgesprochen und hierdurch die Einleitung einer Market Investigation angestoßen werden soll. Wenn der CMA-Vorstand auf Basis einer Market Study im zweiten Schritt eine Market Investigation für notwendig erachtet, verweist er die Angelegenheit

---

<sup>42</sup> Market Studies werden auf Grundlage der allgemeinen Überprüfungsfunktion der CMA nach Abschnitt 5 EA02 durchgeführt; vgl. Ziffer 1.7 der Ergänzenden Leitlinien der CMA (im Original: „*Market Studies and Market Investigations: Supplemental guidance on the CMA’s approach*“ – CMA3), S. 2; abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/market-studies-and-market-investigations-supplemental-guidance-on-the-cmas-approach>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>43</sup> Teilweise gehen Market Studies auch sog. „*Calls for Information*“ voraus, die Auslöser einer anschließenden Market Study sind.

<sup>44</sup> Sofern eine MIR die angemessene und verhältnismäßige Reaktion hierauf darstellt.

<sup>45</sup> Vgl. Ziff. 1.24 der Ergänzenden Leitlinien der CMA (Fn. 42), S. 7.

<sup>46</sup> Vgl. Abschnitt 29(2) Anhang 4 zum ERA13, abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/schedule/4>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

per MIR an den CMA-Vorsitzenden (engl.: „*Chair*“). Damit endet die Zuständigkeit des CMA-Vorstandes.

Der CMA-Vorsitzende ist sodann berufen, eine Marktuntersuchungsgruppe (engl.: „*Market Reference Group*“) („*MRG*“) zu bilden.<sup>47</sup> Bei deren Zusammenstellung ist sicherzustellen, dass keine personellen Überschneidungen auf Ebene der Entscheidungsträger bestehen. Es darf insbesondere kein CMA-Vorstandsmitglied, das Mitglied der MRG werden könnte, an der Entscheidung des Vorstands über die Ergebnisse der Market Study und eine MIR beteiligt gewesen sein.<sup>48</sup>

#### Zuständigkeit der MRG für die anschließende Market Investigation

Die vom Vorsitzenden des CMA-Panels ernannte MRG ist für die anschließende Durchführung der Market Investigation verantwortlich. Die Gruppe besteht aus mindestens *drei Mitgliedern*, die aus dem CMA-Panel ausgewählt werden.<sup>49</sup>

Die MRG untersucht den Markt selbstständig und unabhängig. Ihre Untersuchung mündet in der Entscheidung/Feststellung, ob es in dem (den) relevanten Markt (Märkten) tatsächlich eine erhebliche Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs gibt. Dabei ist die MRG nicht an die Feststellungen der vorangehenden Market Study gebunden. Erforderlich für diese Entscheidung ist eine *Zwei-Drittel-Mehrheit*.<sup>50</sup> Der CMA-Vorstand ist verpflichtet, Verfahrensregeln für MRGs zu erlassen.<sup>51</sup> Hierzu sind in der Vergangenheit zahlreiche Leitlinien zu den Vorschriften des EA02 und der ERRA13 erlassen oder von der CMA übernommen worden.<sup>52</sup>

#### **iv. Personelle Überschneidungen auf operative Ebene begrenzt**

Die dargestellte Trennung der Aufgaben und Entscheidungsprozesse je nach Verfahrensstadium hat ihre Grenze auf operativer (Mitarbeiter-)Ebene. Zur Vermeidung von doppelter Ermittlungsarbeit und Sicherstellung einer hinreichenden Verfahrenseffizienz, herrscht in der Regel eine gewisse Kontinuität im jeweiligen Case Team. Zumindest einen Teil des mit der Market Study befassten Teams wird daher letztlich im größeren

---

<sup>47</sup> In der Praxis delegiert der CMA-Vorsitzende diese Verantwortlichkeiten an den CMA-Panel-Vorsitzenden (oder einen seiner Stellvertreter).

<sup>48</sup> Abschnitt 33(2) und (3) Anhang 4 zum ERRA13 (Fn. 46); S. hierzu Ziff. 1.25 der Ergänzenden Leitlinien der CMA (Fn. 42), S. 7.

<sup>49</sup> Abschnitt 38 Anhang 4 zum ERRA13 (Fn. 46); Ziff. 1.26 der Ergänzenden Leitlinien der CMA (Fn. 42), S. 7. Das CMA-Panel ist ein Gremium von Personen, insbesondere Experten, die gemäß Teil 3 von Anhang 4 des ERRA13 (abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/schedule/4/part/3>) als Mitglieder in eine MRG berufen werden können. Weiterführende Informationen und eine Auflistung der aktuellen Mitglieder finden sich hier: <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about/our-governance#cma-panel>.

<sup>50</sup> Abschnitt 55 bis 58 Anhang 4 zum ERRA13 (Fn. 46).

<sup>51</sup> Abschnitt 51 Anhang 4 zum ERRA13 (Fn. 46). Vorbehaltlich dieser Regeln kann die MRG ihre eigenen Verfahren festlegen. Der CMA-Vorstand kann auch Leitlinien für Market Investigations herausgeben, an die sich MRGs bei der Durchführung von Market Investigations halten müssen (vgl. Abschnitt 52).

<sup>52</sup> S. o. die Ergänzenden Leitlinien der CMA (Fn. 42) und die Leitlinien der CC (Fn. 36), welche die CMA übernommen hat. Ebenso wurden die Leitlinien des OFT zu Market Studies (im Original: „*Market studies: Guidance on the OFT approach – OFT519*“; abrufbar unter: <https://www.gov.uk/government/publications/how-market-studies-are-conducted>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023) und zu MIRs (im Original: „*Market investigation references – OFT511*“; abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/market-investigation-references>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023) übernommen.

Case Team der Market Investigation mitarbeiten, nicht jedoch als Entscheidungsträger.<sup>53</sup>

### 3.5 Änderungsvorschlag: Innerbehördliche Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse

Das Konzept der Überprüfung der Ergebnisse einer Sektoruntersuchung durch ein „*fresh pair of eyes*“ sollte nach Ansicht der BRAK auch im Rahmen des Verfahrens nach § 32f GWB-RegE fest verankert werden. Die Einführung einer personenverschiedenen Kontrollinstanz würde wesentlich dazu beitragen, die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidungsgrundlage zu gewährleisten. Sie würde somit als Verfahrensabsicherung dem Grundrechtsschutz der betroffenen Unternehmen dienen.

Die Einschaltung eines weiteren, unabhängigen Entscheidungsträgers würde die gegenseitige Kontrolle der jeweils getroffenen Entscheidungen ermöglichen und somit für ein System der „*checks and balances*“ sorgen. Sie würde ferner die Betrachtung des Sachverhalts aus verschiedenen Blickwinkeln sicherstellen. Zudem würde sie ein höheres Maß an Transparenz schaffen. Es ist davon auszugehen, dass Entscheidungen zur besseren Nachvollziehbarkeit und der nachfolgenden Kontrolle durch eine weitere, unabhängige Instanz, ausführlicher begründet werden. Auch die Gefahr der politischen Einflussnahme würde reduziert, weil sich der politische Druck, der ansonsten auf einer Beschlussabteilung bzw. deren Vorsitzendem lasten würde, auf die verschiedenen Entscheidungsträger verteilen würde.

Allerdings erachtet die BRAK eine institutionelle Trennung, wie sie im Vereinigten Königreich vor dem ERA13 stattfand, aus Effizienzgründen nicht für sinnvoll. Auch die Einbeziehung des BMWK oder eines Bundestagsausschusses<sup>54</sup> ist abzulehnen. Dies würde (erst recht) zu einer politischen Einflussnahme auf die Kartellrechtsanwendung führen, die insbesondere aufgrund der Unbestimmtheit des Tatbestands problematisch wäre.

Nach dem Vorbild der aktuellen Praxis im Vereinigten Königreich sollten die Entscheidungsbefugnisse jedoch innerhalb des BKartA auf verschiedene Entscheidungsträger verteilt werden. Das Konzept des behördeninternen „*fresh pair of eyes*“ hat sich nicht nur im Rahmen der Market Investigation im Vereinigten Königreich, sondern auch grundsätzlich in Kartellbehörden anderer Jurisdiktionen<sup>55</sup> sowie auf europäischer Ebene bewährt („*peer review*“). Um die Qualität der Kommissionsentscheidungen zu verbessern und mögliche Fehler rechtzeitig aufzudecken wird etwa bei der Kommission ein „*peer review panel*“ aus nicht direkt mit dem Fall befassten erfahrenen Mitarbeitern eingesetzt, das die Entwürfe von Mitteilungen der Beschwerdepunkte und Entscheidungen des „*case teams*“ unvoreingenommen kritisch überprüft.<sup>56</sup>

Im Rahmen des § 32f GWB-RegE könnte das Konzept des behördeninternen „*fresh pair of eyes*“ etwa dadurch umgesetzt werden, dass für die Sektoruntersuchung einerseits und die Feststellungsverfügung

---

<sup>53</sup> Vgl. Ziff. 1.23 der Ergänzenden Leitlinien der CMA (Fn. 42), S. 6; ebenso *Wagner-von Papp*, WuW 2022, 642, 645.

<sup>54</sup> So *Wagner-von Papp*, WuW 2022, 642, 650.

<sup>55</sup> OECD, Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings, 2010, S. 78 (Tschechische Republik), 314, 422 (Niederlande), abrufbar unter <https://www.oecd.org/competition/mergers/48825133.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

<sup>56</sup> Vgl. OECD, Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings, 2010, S. 205, abrufbar unter <https://www.oecd.org/competition/mergers/48825133.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023; MüKo/Koch, Grundlagen der europäischen Fusionskontrolle, Rn. 172; MüKo/von Koppentfels, 3. Aufl. 2020, Art. 8 FKVO, Rn. 22; Immenga/Mestmäcker/Körber, vor Art. 1 FKVO, Rn. 83; Kent/Allsopp/Englisch, The Future of Merger Control in the EC, in: Tridimas/Nebbia (Hrsg.), European Union Law for the Twenty-First Century, Volume 2, Oxford 2004, S. 195, 202.

nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB-RegE sowie die Verfügung von Abhilfemaßnahmen andererseits verschiedene Beschlussabteilungen des BKartA für zuständig erklärt werden. Eine weitere, wahrscheinlich bessere Möglichkeit bestünde darin, ein gesondertes Gremium über die Wettbewerbsstörung sowie die Abhilfemaßnahmen, also die Anwendung der Absätze 3 und 4 des § 32f GWB-RegE, entscheiden zu lassen (da dann eine die Hierarchie zwischen SU und nachfolgender § 32f GWB-RegE Anwendung zutreffender abgebildet werden). Ein solches Gremium könnte etwa aus den Vorsitzenden mehrerer (drei bis fünf) Beschlussabteilungen bestehen. In Anlehnung an die Praxis im Vereinigten Königreich wäre es aus Effizienzerwägungen sinnvoll, den/die Vorsitzende/n der die Sektoruntersuchung durchführenden Beschlussabteilung in das Gremium zu übernehmen (als einfaches Mitglied, nicht als Vorsitz) und die übrigen Mitglieder der vorbefassten Beschlussabteilung dem Entscheidungsgremium zuarbeiten zu lassen, jedoch ohne Mitgliedschaft im Gremium und somit auch ohne Entscheidungsbeteiligung. Jedenfalls sollte klargestellt werden, dass die Ergebnisse der Sektoruntersuchung, wie im Vereinigten Königreich, keine Bindungswirkung für die Feststellungsverfügung über das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung und die Entscheidung über die Abhilfemaßnahmen entfalten, um eine unvoreingenommene Entscheidung des neuen Gremiums zu ermöglichen.

Dieser Vorschlag wurde auch von Prof. Podszun in der Sachverständigenanhörung des Wirtschaftsausschusses am 14. Juni 2023 vorgetragen und schriftlich niedergelegt<sup>57</sup>, wenn auch in leicht abgewandelter Fassung (und begrenzt auf § 32f Abs. 3 und 4 GWB-RegE):

*„Die Ausübung neuartiger und erweiterter Befugnisse durch das BKartA hängt nicht nur an den Begrifflichkeiten, die als materielle Voraussetzungen genannt werden. Für die Eingriffsintensität und -häufigkeit sind verfahrensrechtliche Absicherungen vermutlich noch bedeutsamer. Gerade weil es sich – aus unserer Sicht – um einen „Paradigmenwechsel“ handelt, schlagen wir vor, diese Absicherungen zu vertiefen.“ [...]*

*„Sowohl zur Herausbildung einer Amtslinie als auch zur Verhinderung von Verzerrungen ist es aus unserer Sicht empfehlenswert, Entscheidungen nach § 32f GWB-E schon im BKartA breiter abzustützen. Wir schlagen deshalb vor, dass eine Gegenprüfung durch eine andere Beschlussabteilung erfolgen muss („fresh pairs of eyes“). Diese sollte sowohl zur Feststellung der Wettbewerbsstörung als auch bei Festlegung der Abhilfemaßnahmen eingebunden werden, aber unabhängig von der anderen und allein entscheiden. Dabei sollte in beiden Beschlussabteilungen eine eigene Mehrheit hergestellt werden. Damit bleibt die Unabhängigkeit der Beschlussabteilungen gewahrt, da kein außenstehendes Gremium involviert ist.“*

Dies entspricht im Grundsatz auch der Auffassung der BRAK. Wir würden es jedoch für vorzugswürdig halten, ein separates Gremium – wie in UK – einzusetzen, also nicht zwei gleichrangige Beschlussabteilungen „im Einvernehmen“, sondern im Anschluss an die Sektoruntersuchung eine zweite Hierarchiestufe einzuziehen, nach hiesigem Vorschlag also die Entscheidungsfindung i. R. d. § 32f GWB-RegE einem separaten Gremium aus den Vorsitzenden mehrerer (drei bis fünf) Beschlussabteilungen zuzuweisen. Wegen der Einbeziehung der vorbefassten Beschlussabteilung verweisen wir auf die detaillierten Ausführungen oben.

Ferner könnte zusätzlich für die Verfügung von Abhilfemaßnahmen generell eine Stellungnahme der Monopolkommission vorgesehen werden. Bislang ist ihr lediglich gemäß § 32f Abs. 4 S. 3 GWB-RegE vor Erlass einer Entflechtungsverfügung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Zudem wird ihr im Fall einer öffentlichen mündlichen Verhandlung nach § 56 Abs. 7 S. 5 GWB-RegE ein Anhörungsrecht

---

<sup>57</sup> Prof. Dr. Rupprecht Podszun (Vorschlag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Direktor des Instituts für Kartellrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf: Link [hier](#), dort S. 22 f.

eingräumt. Eine Stellungnahme der Monopolkommission als Voraussetzung für den Erlass jeglicher Abhilfemaßnahmen würde Transparenz schaffen und so die Gefahr der politischen Einflussnahme auf die Beschlussabteilung vermindern.

Auch für diesen ergänzenden Vorschlag gibt es Unterstützung aus der Sachverständigenanhörung des Wirtschaftsausschusses, namentlich von Dr. Böttcher in seiner schriftlichen Fassung<sup>58</sup>:

*„Schließlich sollte auch unter dem Gesichtspunkt von notwendiger checks and balances verankert werden, dass vor dem Erlass von Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E noch das Einvernehmen mit einer weiteren Institution, etwa der Monopolkommission, herbeizuführen ist.“*

Beides findet unsere ausdrückliche Zustimmung. Wir halten die Einführung einer zweiten Entscheidungsinstanz innerhalb des BKartA für zwingend; die Monopolkommission könnte ergänzend eingeholt werden, insbesondere wenn strukturelle Maßnahmen vorgesehen werden sollen, die auch nach Absatz 3 bereits möglich sind (vgl. § 32f Abs. 3 Nr. 6 GWB-RegE).

#### **4. Fazit**

Die Änderungen, die der RegE gegenüber dem RefE vornimmt, sind zwar teilweise zu begrüßen. Sie können jedoch die grundlegenden Bedenken bezüglich des neuen Eingriffsinstruments nicht ausräumen. Wie auch die Begründung zum RefE versäumt es die Begründung zum RegE, die Notwendigkeit des Eingriffsinstruments zu belegen und sich mit dem Widerspruch von verhaltensunabhängigen Abhilfemaßnahmen zum Verständnis des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren auseinanderzusetzen. Der RegE bleibt somit die Begründung für den eingeleiteten Paradigmenwechsel mit unvorhersehbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Wirtschaft schuldig. Ferner bleibt die konkrete Zielsetzung des Eingriffsinstruments unklar. Dies äußert sich wiederum in der unzureichenden Tatbestandsausgestaltung, insbesondere hinsichtlich der Generalklausel, der „*Störung des Wettbewerbs*“. Auch das Missverhältnis zwischen der uneingeschränkten Ausgestaltungsfreiheit des BKartA bei der Sektoruntersuchung und der verhaltens- und kausalitätsunabhängigen scharfen Rechtsfolgen des neuen Eingriffsinstruments beseitigt der RegE nicht.

Darüber hinaus schöpft der RegE die Möglichkeiten des Verfahrensschutzes nicht in der gebotenen Weise aus, indem er die Entscheidungsgewalt für alle Verfahrensstufen derselben Beschlussabteilung des BKartA zuweist. Im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Tatbestands, die nicht nur mit erheblicher Rechtsunsicherheit, sondern auch mit einem großen, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum des BKartA einhergeht, ist die Verteilung dieser Kompetenz auf mehrere Entscheidungsträger erforderlich. Nach dem Vorbild der Praxis im Vereinigten Königreich sollte innerhalb des BKartA ein „*fresh pair of eyes*“-Konzept eingeführt werden, indem die Entscheidungsgewalt über die Sektoruntersuchung einerseits und die Feststellungsverfügung und die Abhilfemaßnahmen andererseits verschiedenen Gremien zugeteilt wird. Ferner erscheint es angeraten, vor Verfügung von Abhilfemaßnahmen generell eine Stellungnahme der Monopolkommission vorzusehen.

\* \* \*

---

<sup>58</sup> Dr. Georg Böttcher (Vorschlag CDU/CSU), Siemens AG: Link [hier](#), S. 6.