



HELMUT SCHMIDT
UNIVERSITÄT

Universität der Bundeswehr Hamburg

§ 32f GWB als lex lata: Lernen von anderen und Hürden in der Anwendung

Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M. (Columbia)
Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht
(einschließlich Vertragsgestaltung)

Kontakt: wagnervf@hsu-hh.de

(bzw: florian.wagnervonpapp@hsu-hh.de)

Überblick

- I. Verschärfung der Verfahrensanforderungen im Gesetzgebungsprozess**
- II. Einige umstrittene Fragen des § 32f Abs. 3**
- III. (Kurz) zu § 32f Abs. 4: Eigentumsrechtliche Entflechtungen**
- IV. (Kurz) zu § 32f Abs. 2: Remondisklausel**
- V. Fazit und Ausblick**

§ 32f GWB im groben Überblick

Mögliche Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung:

- **Abs. 2:** Bei Anhaltspunkten dafür, dass wirksamer Wettbewerb durch künftige Zusammenschlüsse erheblich behindert werden könnte:
 - BKartA kann verfügen, dass künftige **Zusammenschlüsse auch unterhalb der Aufgreifschwelle** des § 35 GWB **anzumelden** sind
 - Insoweit nur Verschiebung aus § 39a GWB 10. GWB-Nov. mit Modifikationen
- **Abs. 3:** bei **erheblicher und fortwährender Störung des Wettbewerbs** (← Abs. 5)
 - BKartA kann **1. feststellen**, dass erhebliche und fortwährende Störung vorliegt, und
 - **2. alle zur Beseitigung oder Verringerung erforderlichen Abhilfemaßnahmen** anordnen
- **Abs. 4:** **eigentumsrechtliche Entflechtung nur unter qualifizierten** (mat. + prozeduralen) **Voraussetzungen** möglich

- Der Fokus liegt auf der Öffnung von verkrusteten Märkten für den Wettbewerb ex nunc, nicht einer ex post-Sanktionierung von Verstößen („Polizeirecht statt Strafrecht“)
- Das gab es im Ansatz auch schon früher: informelle Einigung; Verpflichtungszusagen
- Allerdings:
 - jetzt von vornherein kein Verstoß gegen ein bestehendes Verbot notwendig (sondern „nur“ eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs) und
 - keine Zustimmung der Adressaten
 - Verpflichtungszusagen bleiben möglich (§ 32f Abs. 6) – und werden angesichts eines langwierigen streitigen Verfahrens zumindest längerfristig wohl große Bedeutung erlangen

§ 32f GWB auf dem Weg zur lex lata

Verlauf:

- Sept. 2022: RefE 09.2022
- April/Mai 2023: RegE (BR-Drs 168/23, BT-Drs 20/6824)
- 5.7.2023: Beschlussempfehlung Wi.-Ausschuss (BT-Drs 20/7625)
- 6.7.2023: Annahme dch. BT in Ausschussfassung
- 29.9.2023: BR: keine Anrufung Vermittlungsausschuss
- 25.10.2023: Ausfertigung
- 6.11.2023: Verkündung 6.11.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 294)
- 7.11.2023: Inkrafttreten
- **Insgesamt also nur ein gutes Jahr zwischen RefE und Inkrafttreten**

Abs. 3 im Referentenwurf (operative Teile)

- „Wenn eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt,
- kann das BKartA Unternehmen alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben“
- § 32 Abs. 2 GWB entspr. anwendbar
- Abs. 5: Faktoren, die bei der Feststellung der Störung berücksichtigt werden sollen

Änderungen des Abs. 3 im Regierungsentwurf

- **„erhebliche und fortwährende Störung“** [mit Def. für “fortwährend“, dazu unten] auf „mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“
- **Einführung einer Feststellungsverfügung** gegenüber Unternehmen, die **durch ihr Verhalten zur Störung wesentlich beitragen**
 - Adressatenauswahl: insb. **Marktstellung** zu berücksichtigen
 - Möglichkeit eines zusätzlichen **Rechtsmittels** (im Ggs zum RefE) schon vor Anordnung einer Abhilfemaßnahme
 - Rechtsmittel allerdings **de iure ohne aufschiebende Wirkung** (zur Lage de facto: s.u.)
- **Einführung einer (schwachen) Subsidiaritätsklausel**: „soweit die Anwendung der ... Befugnisse nach Teil 1 nach den **im Ztpkt der Entscheidung ... vorliegenden** Erkenntnissen **voraussichtlich** nicht ausreicht, um der ... Störung **angemessen** entgegenzutreten“
- Zweite Stufe: Anordnung Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 S. 6 (Rechtsmittel **keine aufschiebende Wirkung**).

Änderungen des Abs. 3 Wi-A = verabsch. Fassg.

- Feststellungsverfügung gegenüber Unternehmen, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung wesentlich beitragen
- Abschwächung der Subsidiaritätsklausel: „soweit die Anwendung der ... Befugnisse nach Teil 1 nach den im Ztpkt der Entscheidung ... vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreicht ausreichend erscheint, um der ... die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen“
- Zweite Stufe: Anordnung Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 S. 6 – jetzt auch hier aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels

Verfahren zur Anordnung von Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3

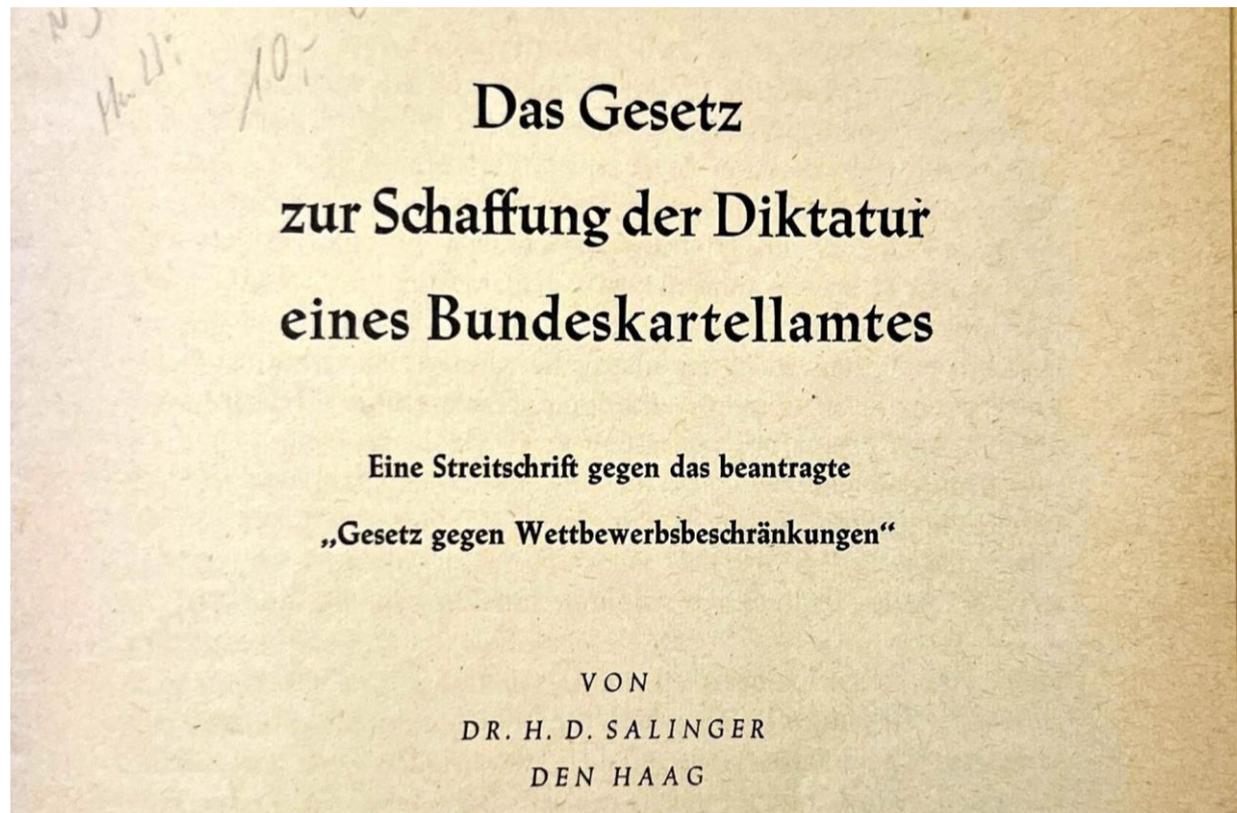
1. Sektoruntersuchung nach § 34e
 - Soll-Dauer \leq 18 Monate
2. Wenn erheb. u. fortwährende Störung des Wettbewerbs:
Adressatenauswahl + Feststellung
 - Zwar hat die Beschwerde gegen diese Feststellung **de iure keine aufschiebende Wirkung**;
 - aber: fragl., ob BKartA nicht gerichtl. Entscheidung zur Feststellung **abwartet**, bevor Verfahren zu Abhilfemaßnahmen vorangetrieben wird
 - **allerdings: Soll-Frist für „Verfügungen nach Abs. 2 bis 4“: 18 Monate ab Veröffentlichung des Abschlussberichts (§ 32f Abs. 7)**
3. **Verfahren zur Anordnung von Abhilfemaßnahmen**
 - Grds. obligatorische öff. mündliche Verhandlung (§ 56 Abs. 7) mit Recht der Monopolkommission, gehört zu werden
 - Rechtsmittel gg. Anordnung hat aufschiebende Wirkung (§ 66 Abs. 1 Nr. 1)
4. Durchsetzung der Abhilfemaßnahmen (keine Zeitlimitierung)

Fragen: Abs. 3

1. Verfassungsmäßigkeit?
2. Vereinbarkeit mit Europarecht?
3. Was ist eine Störung des Wettbewerbs?
4. Wann ist sie „erheblich und fortwährend“?
5. Welche Anforderungen sind an die Subsidiarität zu stellen?

1. Verfassungsmäßigkeit

- Von manchen schon grundsätzlich angezweifelt, da „verstoßunabhängige“ Eingriffe möglich sind
- Aber: das ist nichts Neues – das ganze GWB ist ja bekanntlich



1. Verfassungsmäßigkeit

- Da ein wettbewerbsordnungs-widriger Zustand beseitigt werden soll, erscheint eine Eingriffsbefugnis als solche nicht problematisch
 - ← Polizeirecht
 - ← § 1004 BGB
- Wichtig: Eine Anordnung nach § 32f GWB beeinträchtigt zwar die Handlungsfreiheiten der Adressaten;
- aber ein **Nichteinschreiten beeinträchtigt die Handlungsfreiheit der beeinträchtigten Marktteilnehmer**; auch deren Interessen sind bei der Abwägung zu berücksichtigen
- Dieses **Freiheitsparadoxon** ist raison d'être des Kartellrechts

1. Verfassungsmäßigkeit

- Dem RefE konnte noch vorgeworfen werden:
 - Unbestimmtheit des Begriffs „Störung des Wettbewerbs“
 - mangelnder verfahrensrechtlicher Ausgleich dieser Unbestimmtheit (GR-Schutz durch Verfahren)
- Die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügten Präzisierungen (zB § 32f Abs. 5 S. 1, 2) und verfahrensrechtlichen Hürden dürften diese Bedenken beseitigt haben
- Da Abs. 3 S. 3 denkbar flexible Rechtsfolgen vorsieht, wird die (einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche) **Frage bei der Anwendung** im Einzelfall sein, **welche Maßnahmen „erforderlich“ sind, um die Störung zu beseitigen oder zu verringern**

2. Vereinbarkeit mit EU-Recht

- Z.T. grundsätzliche Bedenken: **Art. 3 Abs. 1 lit b AEUV** sieht (seit 2009) vor, dass die EU die **ausschließliche Kompetenz für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“** hat
- Str., ob Art. 3 Abs. 1 lit b AEUV damit nur auf die Ausführungsbestimmungen in Art. 103 AEUV oder auf das materielle Kartellrecht zielt (s. I/M-Kühling/Engelbracht, § 32f Rn 11 ff.)
- **Letztlich aber irrelevant:**
 - Entweder, Art. 3 Abs. 1 lit b AEUV ist anwendbar; dann Art. 3 VO 1/2003 einschlägig
 - Oder Art. 3 Abs. 1 lit b AEUV ist nicht anwendbar, dann regelt Art. 3 VO 1/2003 die Abgrenzung unmittelbar
- In beiden Fällen kommt es darauf an, ob § 32f GWB nach Art. 3 VO 1/2003 zulässig ist

2. Vereinbarkeit mit EU-Recht

- **Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003 ist nicht einschlägig**, da § 32f GWB nicht „überwiegend ein anderes Ziel“ als Art. 101/102 AEUV verfolgt
← ErwGr 9: „Ziel ... ist der **Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt**“
- Daher: **Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003**
- **Soweit eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder abgestimmte Verhaltensweise vorliegt** und sie geeignet ist, den zwischenstaatl. Handel zu beeinträchtigen, darf allerdings die Anwendung des § 32f GWB **nicht zum Verbot dieser Verhaltensweisen führen**, wenn Art. 101 AEUV sie nicht ebenfalls als verboten einstuft
- Soweit keine Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder abgestimmte Verhaltensweise vorliegt: Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003: § 32f GWB kann angewendet werden (str., s. nächste Folie)

2. Vereinbarkeit mit EU-Recht

- In Bezug auf § 32f Abs. 3 (und 4) ist allerdings allg. in Zweifel gezogen worden, dass es sich um eine „einseitige Handlung“ i.S.d. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 handelt;
 - **entweder, weil sämtliche „kollusive Verhaltensweisen“ unter Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 subsumiert werden**, selbst wenn keine Vereinbarung (etc) vorliegt (*tacit collusion, einseitige facilitating practices: Thomas, ZWeR 2022, 333, 351*)
 - Das **widerspricht allerdings dem klaren Wortlaut** des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 (dazu und zu weiteren Argumenten: *Wagner-von Papp, JECLAP 2023, 459, 466-468*); s.a. ErwGr. 8: Vereinbarung etc. termini technici
 - Es **widerspricht auch der Praxis**: MIR-Regime im UK (seit 2002/03) und in Griechenland (seit 2005); § 21 GWB; Österreich: Empfehlungskartelle, § 1 Abs. 4 KartG; Spanien: Verbot von bewusstem Parallelverhalten, Article 1 des Gesetzes 15/2007 v. 3.7.2007
 - **oder, weil bei strukturellen Bedenken keine „Handlung“ vorliegt** (*Thomas, ZWeR 2022, 351; ähnl. Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798, 800*)
 - Schon grds. zweifelhaft: selbst wenn die Struktur „als solche“ angegriffen wird, handelt das Unternehmen auf dem Markt; nur dadurch „Störung“ mögl.
 - **Jedenfalls seit RegE: Adressateneigenschaft setzt Verhalten voraus.**

2. Vereinbarkeit mit EU-Recht

Ergebnis

- Soweit eine Vereinbarung (etc) mit Zwischenstaatsbezug in Frage steht, dürfen die Abhilfemaßnahmen die Vereinbarung (etc) nicht verbieten (wenn sie nicht schon nach Art. 101 AEUV verboten ist)
- Soweit das Verhalten keine Vereinbarung (etc) darstellt, hindert EU-Recht die Anwendung des § 32f Abs. 3 GWB nicht
- Allerdings: soweit Zwischenstaatsbezug vorliegt und ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder 102 AEUV vorliegt, müssen diese Vorschriften parallel angewendet werden (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003)

3. Störung des Wettbewerbs

- Neuer Begriff; zwar keine Definition

Aber **dennoch Konturierung: Erstens: Typenbildung nach Abs. 5**

- Abs. 5 S. 1: Schadenstheorien
 - Unilaterale Marktmacht (quaere: welcher Grad?)
 - Zutritts-/Austritts-/Wechselschranken
 - Gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten
 - Input/customer foreclosure
- Abs. 5 S. 2: Faktoren, die berücksichtigt werden sollen (Marktanteile, Konzentration, Verflechtungen, Marktergebnisse, Transparenz/Homogenität (RegE), Dynamik (RegE), **aber auch** „dargelegte“ Effizienzvorteile bei angemessener Beteiligung der Verbraucher (RegE))

3. Störung des Wettbewerbs

Zweitens:

- Begründungen zum RefE/RegE geben Beispiele für Störungen: tacit collusion (ggf. mit facilitating practices), common und cross ownership, algorithmische Kollusion
- Auch Rückschlüsse aus den in Abs. 3 S. 7 genannten Abhilfemaßnahmen

Drittens:

- Vergangene Sektoruntersuchungen – welche Probleme hat das BKartA festgestellt?

Viertens:

- Erfahrungen aus dem UK (s.a. *Whish-Report* und *Schweitzer, Peitz etc.* zum NCT)

Das Regime vor der 11. GWB-Novelle

Hohe Preise aufgrund von Wettbewerbsvorsprüngen durch initiatorischen Wettbewerb (Schumpeter)

common ownership

Personelle Verflechtungen

...

Minderheitsbeteiligungen

§ 1

mit facilitating practices

ohne facil. pract.

Algorithmic collusion/gleicher Algorithmus

Tacit collusion

§ 21

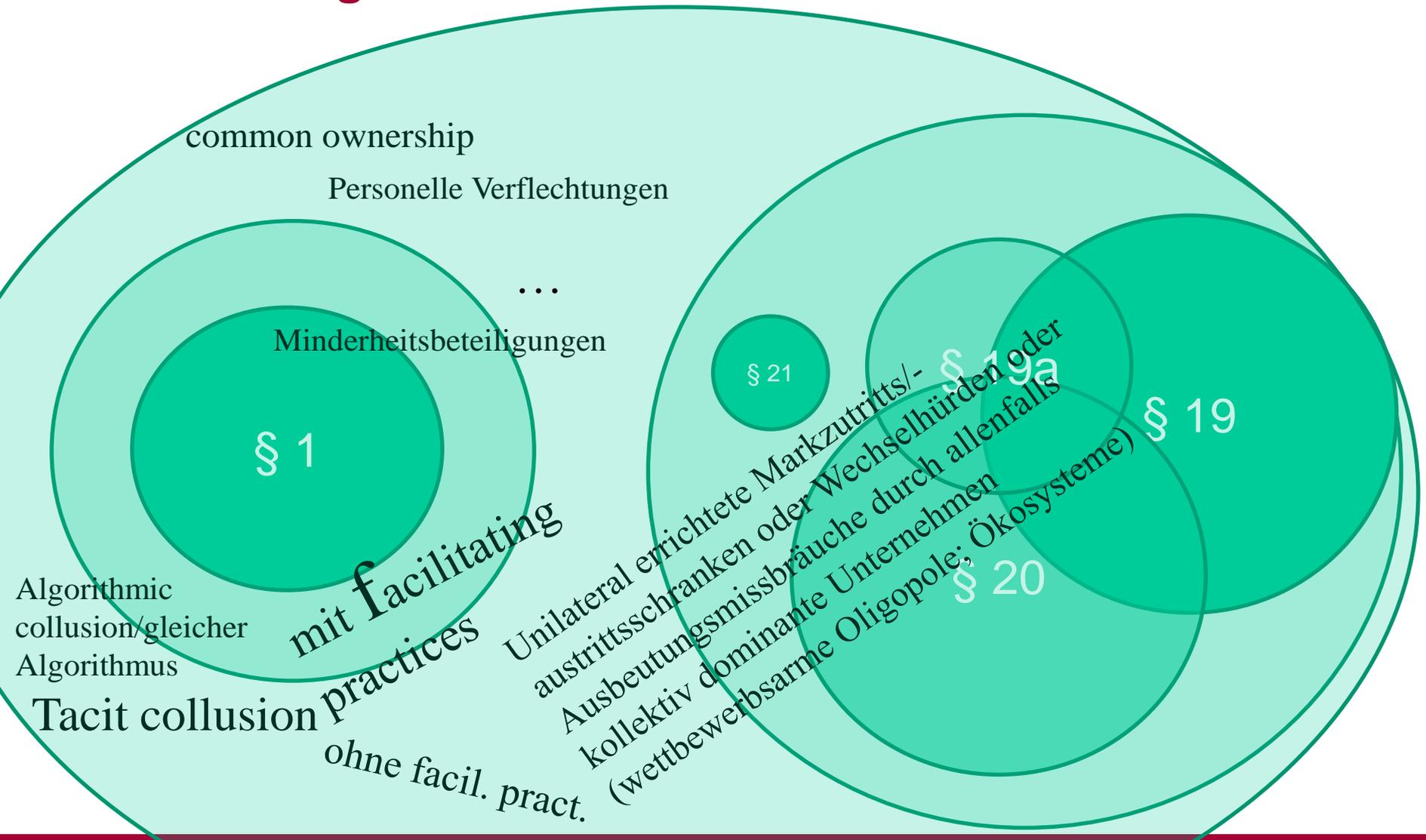
Unilateral errichtete Marktzutritts-/
austrittsschranken oder Wechselhürden oder
Ausbeutungsmissbräuche durch allenfalls
kollektiv dominante Unternehmen
§ 20

§ 19a

§ 19

Das neue Regime

Hohe Preise aufgrund von Wettbewerbsvorsprüngen durch initiatorischen Wettbewerb (Schumpeter)



4. Erheblich und fortwährend

- „**Erheblich**“: keine Legaldefinition
- Begründung zum RegE (S. 28): **„Erheblich ist eine Störung, sofern diese mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb ... hat“**
- Fraglich, ob der operative Teil des Gesetzes mit „erheblich“ wirklich nur diese de minimis-Schwelle meint.
- Angesichts der flexiblen Rechtsfolgen kann zwar einiges auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung verlagert werden (in diese Richtung I/M-Kühling/Engelbracht, § 32f Rn. 30);
- dennoch bedeutet „erheblich“ meist mehr als nur „nicht nur geringfügig“

4. Erheblich und fortwährend

- Fortwährend: Legaldefiniert in Abs. 5 S. 3:
 1. Störung **über 3 Jahre dauerhaft vorgelegen** oder **wiederholt aufgetreten** und
 2. zum Zeitpunkt „der Verfügung nach Abs. 3“ bestehen **keine Anhaltspunkte**, dass die Störung **mit überwiegender Wahrscheinlichkeit** in den nächsten zwei Jahren entfallen wird
 - „Verfügung“ meint hier wohl eigentlich die feststellende Verfügung (da dort ja die erhebliche und fortwährende Störung festgestellt wird)
 - Allerdings: würde vor dem Erlass der Anordnung von Abhilfemaßnahmen klar, dass die Störung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird, dürfte die Abhilfemaßnahme wohl nicht ergehen (zutr. I/M-Kühling/Engelbracht, § 32f Rn. 32)

5. Subsidiarität

- Da die „Störung des Wettbewerbs“ letztlich eine allumfassende *lex generalis* für alle Wettbewerbsbeschränkungen ist, besteht die Frage der Konkurrenz zu den Spezialtatbeständen
- Sonst: ggf. Gefahr der Umgehung der Tatbestandsvoraussetzungen
- Allerdings:
 - § 32f hat erheblich aufwendigeres Verfahren (Sektoruntersuchung + zweistufiges Verfahren nach Abs. 3), so dass Anreiz zur Umgehung (seit RegE) stark gemildert
 - Außerdem: Sanktionen bei Verstoß möglich, nicht bei § 32f
 - Grds. nicht unternehmens-, sondern sektororientiert, so dass idR keine direkte Substitution möglich (aber: bei monopolisierten Sektoren ggf. schon)
- Letztendlich gefundene Fassung der Subsidiaritätsklausel ist ein angemessener Kompromiss:
 - nur bereits vorliegende Erkenntnisse
 - Prognose (“voraussichtlich“)
 - Nur, wenn die Anwendung der anderen Befugnisse die Störung „wirksam und dauerhaft“ zu beseitigen geeignet ist
 - **Kaum justiziabel: allenfalls bei Ausfall oder offensichtlich falscher Einschätzung**

Abs. 4: Eigentumsrechtliche Entflechtungen

Zusätzlich zu den Voraussetzungen des Abs. 3:

- Adressaten: nur marktbeherrschende Unternehmen oder solche mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a)
- Mindestens „erhebliche Verringerung“ der Störung
- Grds. subsidiär zu verhaltensorientierten oder sonstigen strukturellen Maßnahmen nach Abs. 3

Abs. 4: Eigentumsrechtliche Entflechtungen

- Die Veräußerung muss nur stattfinden, wenn der Erlös mindestens 50% des Schätzwertes beträgt
- Wenn Erlös zwischen 50% des Schätzwertes und Schätzwert: Zahlung der Hälfte des Differenzbetrags aus staatlichen Mitteln
- Wenn Vermögensteile Gegenstand einer nicht untersagten Fusion waren: 10 Jahre Vertrauensschutz
- 5 Jahre lang kein Rükckerwerb

Abs. 4: Eigentumsrechtliche Entflechtungen

- Auch hier dringen verfassungsrechtliche Bedenken letztlich nicht durch (str. wegen Verstoßunabhängigkeit), sofern im Einzelfall die (strengen) Voraussetzungen an die Verhältnismäßigkeit erfüllt werden
- Zu Abs. 4: Paul Voges in Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Zeitenwende im Kartellrecht (Nomos 2023), und demnächst ausf.

Verpflichtung zur Anmeldung nach Abs. 2

- Nur eine Bemerkung: in letzter Minute (Wirtschaftsausschuss) ist das Erfordernis eines 1 Mio. EUR-Umsatzes des Zielobjekts auf Umsätze im Inland beschränkt worden
- Das wiederholt den Fehler der zweiten Inlandsumsatzschwelle
- Angesichts der stark abgesenkten Umsatzschwelle vielleicht nicht gravierend; aber es erlaubt, bisher rein ausländische Konkurrenten doch anmeldefrei zu erwerben

Fazit und Ausblick

- Trotz harscher Kritik im Gesetzgebungsprozess ist die Einführung der vierten Säule des Wettbewerbsrechts, den Maßnahmen nach Sektoruntersuchungen, im Wesentlichen gelungen
- § 32f Abs. 2 könnte im Remondis-Verfahren seinen ersten Anwendungsfall erleben (s.a. Übergangsvorschrift § 187 Abs. 11)
- § 32f Abs. 3- (und erst recht Abs. 4-) Verfahren dürften noch dauern: hier ist str., ob die Verfahren auf Sektoruntersuchungen gestützt werden können, die **vor Inkrafttreten eingeleitet** wurden (aber noch nicht abgeschlossen sind) **oder nur auf solche, die nach Inkrafttreten eingeleitet** wurden
- § 32f wird wohl nicht alleine bleiben: Ansätze in skandinavischen Staaten (Island hat es schon), den Niederlanden, Österreich... und möglicherweise auch auf EU-Ebene (Reform der VO 1/2003?)

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

- **Lit. (Auswahl):**
- **Zum verabschiedeten Gesetz:**
 - *IM-Kühling/Engelbracht*, *GWB*, 7. Aufl. 2024, § 32f
 - *Mundt*, *WuW* 2023, 521 f.
- **Zum RegE**
 - *Bartsch/Käseberg/Weber*, *Der Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle*, *WuW* 2023, 245 ff. <https://research.owlit.de/document/6546379b-5ca5-3a08-a349-e59fe7169b8b>
 - *Kühling/Engelbracht/Welsch*, *Verstoßunabhängige Maßnahmen zur Verbesserung des Wettbewerbs nach einer Sektoruntersuchung – der geplante § 32f GWB als Störung des Wettbewerbsrechts?*, *WuW* 2023, 250 ff. <https://research.owlit.de/document/004bbe1e-2a8a-3260-a696-00ba5a8d0a0f>
 - *Käseberg*, *Der Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle*, *NZKart* 2023, 245
 - *Wagner-von Papp*, *Habemus Regierungsentwurf*, *WuW* 2023,301 f. <https://research.owlit.de/document/9d7df9cb-7847-3d13-abfd-cc13caff8351>
- **Zum RefE: s. insb.**
 - Beiträge in *Kirk/Offergeld/Rohner*, *Zeitenwende im Kartellrecht (Nomos 2023)*
 - *Ackermann* *GRUR* 2022, 1705 ff.; *ZWeR* 2023, 1 ff.
 - *Körber* *ZRP* 2023, 5 ff.
 - *Thomas*, *ZWeR* 2022, 333 ff.
 - *Wagner-von Papp*, *NZKart* 2022, 605 ff.; ders. *WuW* 2022, 642 ff.