

Kapitel III

Ausblick auf die 11. GWB-Novelle

Kurz gefasst	194
Summary	195
1 Wettbewerbspolitische Agenda des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz bis 2025	196
2 Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle.....	197
2.1 Missbrauchsunabhängige Entflechtung als äußerstes Mittel (weiter) empfehlenswert; Anwendung nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren.....	198
2.2 Sektoruntersuchungen: Verfahrensabläufe transparenter gestalten, Beteiligung von Unternehmen genauer regeln und Einleitungsinitiativen auf breitere Basis stellen	200
2.3 Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung entbehrlich, wenn relevante Vorteile über Bußen und Schadenersatz effektiv abgeschöpft werden	204

Kurz gefasst

Das BMWK hat in seiner Wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 **zehn Punkte für nachhaltigen Wettbewerb** als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft benannt. Die Monopolkommission setzt sich mit einzelnen Punkten der Agenda in mehreren Kapiteln dieses Hauptgutachtens auseinander und fasst ihre Positionen dazu in Kapitel III zusammen.

Zu den weiteren vom BMWK im Juni 2022 veröffentlichten Überlegungen legt die Monopolkommission dar, dass sie zur Frage einer **missbrauchsunabhängigen Entflechtung** grundsätzlich an ihrer im Sondergutachten 58 entwickelten Position festhält und ein solches Instrument als **äußerstes Mittel (Ultima Ratio)** weiterhin für **empfehlenswert** hält. Ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument sollte **nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren** Anwendung finden. In Anbetracht des Vorrangs spezieller Regulierungsmaßnahmen sollte **auf den digitalen Märkten** zunächst die **Anwendungspraxis** zu den dafür geschaffenen Neuregelungen (Digital Markets Act, § 19a GWB) und die weitere Praxis zu Art. 102 AEUV **abgewartet werden**.

Zur Identifizierung von Anwendungsfällen für das missbrauchsunabhängige Entflechtungsinstrument sollten vom **Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen** durchgeführt werden. Das **Instrument** der Sektoruntersuchungen ist insgesamt **weiterzuentwickeln**. Zur Ausgestaltung macht die Monopolkommission **konkrete Vorschläge auf Basis des Instrumentariums im britischen Recht**. Insbesondere sollten die **Verfahrensabläufe transparenter** gestaltet werden und **Fristen eingeführt** werden, die **Beteiligung** von und der **Rechtsschutz für Unternehmen genauer geregelt** und **Einleitungsinitiativen auf eine breitere Basis** (Verbraucherschutzverbände oder Monopolkommission als Initiatoren) gestellt werden. Eine **Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung** erscheint dagegen **entbehrlich**, wenn relevante Vorteile schon über Bußen und Schadensersatz effektiv abgeschöpft werden.

Summary

In its competition policy agenda covering the period up to 2025, the Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action (i. e. BMWK) listed **ten points for sustainable competition** as cornerstones for a socio-ecological market economy. The Monopolies Commission discusses individual points of the agenda in several chapters of this report and summarizes its position in Chapter III.

With regard to further considerations published by the BMWK in June 2022, the Monopolies Commission highlights that its position stated in its Special Report 58 on the question of **divestiture regardless of a competition infringement** remains and it still considers such an instrument to be **advisable as a last resort**. A divestiture remedy regardless of a competition infringement should **only** be used **in sectors** that have been **consolidated over a long period of time**. Regarding the **digital market**, the Monopolies Commission recommends to **await the practical implementations resulting from the new regulation** (i. e. Digital Market Act, Section 19a Act against Restraints of Competition (GWB)) and further application of Art. 102 TFEU, before considering further specific regulatory measures in this market.

In order to identify markets where a divestiture regardless of a competition infringement may remedy competition concerns, the **Bundeskartellamt** should carry out **sector inquiries**. The **procedure** of such sector inquiries should be **further developed** in general. Therefore, the Monopolies Commission makes concrete proposals **based on UK legislation**. In particular, the procedures should be made more **transparent** and **statutory deadlines** should be introduced, the **participation** of and **legal protection for companies** should be **regulated** more precisely and the **ability to initiate** such an inquiry should be **given to a wider audience**, such as consumer protection bodies or the Monopolies Commission. On the other hand, a **new regulation of disgorgements** appears **unnecessary** if fines and compensations reflect the value of relevant benefits adequately.

1 Wettbewerbspolitische Agenda des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz bis 2025

366. Am 21. Februar 2022 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) seine Wettbewerbspolitische Agenda bis 2025, die 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft enthält.¹ Zentraler Bestandteil einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft ist hier nach ein proaktiver wettbewerbsrechtlicher Rahmen, der von unabhängigen und starken Kartellbehörden durchgesetzt wird.² Laut Agenda wird das BMWK das GWB in dieser Legislaturperiode evaluieren und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung machen.³ Zu einigen der vom BMWK gesetzten Ziele äußert sich die Monopolkommission in diesem und in früheren Gutachten.

367. Angesichts des Vorhabens des BMWK, die Kartellverfolgung „durch eine Initiative zum besseren Schutz von Kronzeugen und zur Reform der EU-Kartellschadenersatzrichtlinie“ zu stärken, setzt sich die Monopolkommission in Kapitel II dieses Hauptgutachtens mit der Frage auseinander, wie die Attraktivität der Kronzeugenregelung erhöht werden kann. Nach aktuellem Forschungsstand würde eine weitergehende Befreiung des Kronzeugen von Schadenersatzforderungen die Effektivität der Kartellverfolgung steigern. Deshalb schlägt die Monopolkommission vor, dass derjenige, dem im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), erst dann Schadenersatz leisten muss, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz geleistet werden kann. Sie macht dazu einen konkreten Gesetzesvorschlag.

368. Das BMWK beabsichtigt ferner, das Ministererlaubnisverfahren so zu modifizieren, dass wieder angemessene Klagemöglichkeiten gegen eine Ministererlaubnis vorhanden sind und der Deutsche Bundestag im Verfahren beteiligt wird. Anlässlich der durch die 9. GWB-Novelle vorgenommenen Änderungen am Ministererlaubnisverfahren hat sich die Monopolkommission in ihrem XXII. Hauptgutachten mit diesen Fragen tiefergehend befasst⁴ und konkrete Empfehlungen abgegeben. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission die Einschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter für kritikwürdig erachtet und für den Fall, dass der Gesetzgeber den Drittrechtsschutz dennoch einschränken sollte – wie schließlich geschehen –, Empfehlungen zur Abmilderung einer solchen Einschränkung gegeben. Insbesondere sollten die in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB genannten Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände gerichtlich gegen eine Ministererlaubnis vorgehen können, wenn diese die Interessen der Verbände oder einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern erheblich berührt.⁵ Außerdem hat die Monopolkommission von einer Einbindung des Deutschen Bundestages in das fusionskontrollrechtliche Ministererlaubnisverfahren unter anderem wegen der damit einhergehenden erheblichen Verfahrensverlängerung abgeraten.

369. Darüber hinaus weist das Ministerium darauf hin, dass hauptsächlich strukturelle Mängel in der Rechtsdurchsetzung korrigiert werden müssen, damit Wettbewerb fair ausgestaltet wird und den Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher besser gerecht werden kann.⁶ In diesem Zusammenhang enthält der Koalitionsvertrag 2021-2025 den Auftrag zu prüfen, wie das Bundeskartellamt gestärkt werden kann, „um bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen Normen des wirtschaftlichen Verbraucherrechts analog zu Verstößen gegen das GWB Verstöße zu ermitteln und diese abzustellen“.⁷ In Anbetracht dessen erinnert die Monopolkommission

¹ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf>, Abruf am 25. Mai 2022.

² Ebenda, S. 1.

³ Ebenda, S. 2.

⁴ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden, 2018, Tz. 900-920.

⁵ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 919 f.

⁶ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, a. a. O., vgl. Fn. 1, S. 3.

⁷ Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, Abruf am 24. Mai 2022, S. 31.

an ihre Empfehlung aus dem XXII. Hauptgutachten, im Falle einer Aufgabenerweiterung für das Bundeskartellamt innerhalb der Behörde eine organisatorische Trennung zwischen der Anwendung des Verbraucherschutzrechts und des Wettbewerbsrechts vorzunehmen.⁸ Zudem hat die Monopolkommission im Zusammenhang mit algorithmenbasierter Preissetzung empfohlen, den Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren zu verlangen, bei denen der Verdacht besteht, dass es infolge verbraucherschädigender Kollusion zu überhöhten Preisen kommt.⁹

370. In Bezug auf Nachhaltigkeitskooperationen verfolgt das Ministerium das Ziel, den Unternehmen einen klaren Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen, ohne dabei ein „*Greenwashing*“ oder andere Formen verkappter Beschränkungen von Wettbewerb zu erleichtern. Die Monopolkommission äußert sich zu diesem Thema in Kapitel IV dieses Hauptgutachtens. Aus ihrer Sicht besteht regelmäßig kein Zielkonflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Erreichen von Nachhaltigkeitszielen. Daneben kann es aber Fälle geben, bei denen Unternehmen kooperieren müssen, um höhere Nachhaltigkeitsstandards als die gesetzlichen Mindeststandards umzusetzen. Die Kommission gibt Empfehlungen für die Abwägung von Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitszielen im Rahmen von Kartell- und Fusionskontrollverfahren.

371. Die Monopolkommission hat vorgeschlagen, die private Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucherinnen und Verbraucher durch die Einführung einer Gruppenklage nach dem „*Opt in*“-Prinzip zu stärken.¹⁰ Im Zusammenhang mit der Regulierung von Big Tech plant das Ministerium nun ebenfalls eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung.¹¹ Die Monopolkommission hat in Kapitel V dieses Hauptgutachtens konkrete Empfehlungen dazu vorgelegt, wie der nationale Gesetzgeber zur effektiven Durchsetzung des DMA beitragen kann. Die Empfehlungen richten sich unter anderem auf die Vereinfachung privater Unterlassungs- und Schadensersatzklagen.¹² Weitere Empfehlungen betreffen die behördliche Anordnung von Rückerstattungen und die Haftung des verantwortlichen Managements.

372. Die Wettbewerbsagenda benennt als langfristiges Ziel des Ministeriums ferner, ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten einzuführen. Die Monopolkommission hält insofern grundsätzlich ihre früheren Positionen aufrecht.¹³ Diese entwickelt sie allerdings auf Basis der Erfahrungen mit dem in der Zwischenzeit eingeführten britischen Instrumentarium für Sektoruntersuchungen weiter und konkretisiert entsprechend ihre Empfehlungen für das deutsche Recht. In Kapitel V erläutert die Monopolkommission, dass im Rahmen der Anwendung des bestehenden Wettbewerbsrechts im Falle schwerwiegender Schädigung der Marktstruktur zudem weiterreichende Abhilfemaßnahmen als bisher erwogen werden könnten.

2 Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle

373. Auslöser der Überlegungen zu einer vorgezogenen GWB-Novelle ist eine öffentliche Diskussion um die Preise an Tankstellen und die Weitergabe der von der Bundesregierung erwirkten und zeitlich befristeten Senkung der Energiesteuern auf Benzin und Diesel an die Verbraucherinnen und Verbraucher. Im Raum steht, dass die Preise

⁸ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 932-963.

⁹ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 234-236; vgl. auch Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden, 2020, Tz. 124.

¹⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 894 ff.; XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden, 2016, Tz. 174 ff.

¹¹ BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, a. a. O., vgl. Fn. 1, S. 2.

¹² Rechtsgrundlage des DMA ist Art. 114 AEUV (Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten). Er gilt nicht als Wettbewerbsrecht im engeren Sinne. Die Regelungen zur privaten Durchsetzung des DMA müssen nach Auffassung der Monopolkommission deshalb nicht zwingend im GWB verankert werden.

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Baden-Baden, 2010; Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 261 ff.

wettbewerbswidrig überhöht sein könnten. Studien deuten allerdings darauf hin, dass der Zusammenhang zwischen der Höhe der Kraftstoffsteuern einerseits und der Preisentwicklung an den Tankstellen andererseits nicht eindeutig ist.¹⁴ Das Bundeswirtschaftsministerium hat auf den angesprochenen Verdacht gleichwohl bereits mit der Ankündigung der folgenden drei Maßnahmen reagiert, die es dem Bundeskartellamt ermöglichen sollen, in vergleichbaren Situationen zukünftig wirksamer einzugreifen:¹⁵

- Eine sog. missbrauchsunabhängige Entflechtung soll es ermöglichen, Wettbewerb auf verfestigten Märkten zu schaffen;
- Die Hürden für die kartellrechtliche Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung (vgl. § 34 GWB) sollen gesenkt und so die Schlagkraft der Kartelldurchsetzung erhöht werden;
- Sektoruntersuchungen (vgl. § 32e GWB) sollen schlagkräftiger ausgestaltet werden.

374. Weil die geplanten Anpassungen im Zusammenhang mit aktuellen Ereignissen relativ kurzfristig vorgeschlagen worden sind, liegen bisher noch keine ausformulierten Vorschläge vor. Es ist davon auszugehen, dass eine Konkretisierung in Kürze erfolgen wird. Ferner hat das Ministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in einer Mitteilung erste Hintergründe und Ziele zu den drei Maßnahmen vorgestellt. Die Monopolkommission gibt nachfolgend eine erste Stellungnahme zu den Ankündigungen des BMWK ab und behält sich eine ausführliche Stellungnahme abhängig vom Gang der weiteren Diskussion vor. Sie äußert sich dabei zunächst zu den – aus ihrer Sicht im Zusammenhang zu sehenden – Ankündigungen zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung und zu Sektoruntersuchungen, bevor sie zur Frage der Vorteilsabschöpfung Stellung nimmt.

2.1 Missbrauchsunabhängige Entflechtung als äußerstes Mittel (weiter) empfehlenswert; Anwendung nur in über lange Zeit verfestigten Sektoren

375. Die Vorschläge des BMWK besitzen grundsätzlich ein breiteres Anwendungsfeld, auch wenn sie konkret unter Bezugnahme auf die Problematik der Tankstellenpreise vorgestellt wurden. Dies betrifft auch den Vorschlag, eine missbrauchsunabhängige (sog. objektive) Entflechtung als neues kartellrechtliches Instrument einzuführen.¹⁶ Dabei würde es sich um kein sektorspezifisches Instrument handeln. Einen vergleichbaren Vorstoß hatte die Bundesregierung bereits im Jahr 2010 unternommen, dieser wurde aber letztlich aufgrund fehlender Mehrheiten fallengelassen. Die Monopolkommission hatte zu der damaligen Initiative im Sondergutachten 58 Stellung genommen und die geplante Einführung begrüßt.¹⁷ Aus den nachfolgend dargestellten Erwägungen heraus hält sie ihre damalige Empfehlung grundsätzlich weiter aufrecht. Sie betont aber zugleich, dass es sich um eine grundsätzliche politische Richtungsentscheidung handelt. Der Gesetzgeber sollte das Instrument nur auf Basis einer sorgfältigen Abwägung und Diskussion aller relevanten Aspekte einführen.

376. Hinsichtlich der Ausgestaltung wäre zu beachten, dass eine Entflechtung als strukturelle Eingriffsmaßnahme nur – aber auch: immerhin – als äußerstes denkbare Mittel für behördliche Interventionen in Betracht kommen kann. Insofern müssten die folgenden zwei Gesichtspunkte leitend sein:

¹⁴ Siehe ifo Institut, Ölkonzerne geben Tankrabatt zu 85 bis 100 Prozent weiter, Pressemitteilung vom 14. Juni 2022; Montag/Sagimuldina/Schnitzer, Does Tax Policy Work When Consumers Have Imperfect Price Information? Theory and Evidence, CE-Sifo Working Paper No. 9138, Juni 2021.

¹⁵ Siehe BMWK, Meldung vom 13. Juni 2022; <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Energie/bundeswirtschaftsminister-robert-habeck-plant-verscharfung-des-wettbewerbsrechts.html>; Abruf am 21. Juni 2022.

¹⁶ Siehe auch schon BMWK, Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, 21. Februar 2022, dort mit dem Vorschlag, eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene als Ultima Ratio auf verfestigten Märkten einzuführen. Siehe zu diesem Vorschlag auch Tz. [...] in diesem Hauptgutachten.

¹⁷ Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden, 2010.

- Zum einen kann eine Entflechtung von Unternehmen im Einzelfall dann geboten sein, wenn sie die einzige Möglichkeit darstellt, um Märkte wettbewerblich zu öffnen, auf denen schwerwiegende strukturelle Wettbewerbsprobleme bestehen. Allerdings ist das Instrument aus wettbewerbspolitischer Sicht so auszugestalten, dass negative Auswirkungen auf Innovationen und Investitionen gering gehalten werden.
- Zum anderen handelt es sich um einen weitreichenden Eingriff in die Rechte der betroffenen Unternehmen. Insofern sind verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten.¹⁸ Deshalb wären mildere behördliche Interventionsbefugnisse, die gegebenenfalls auch zielgenauer sind, vorrangig. Insbesondere Verfahren wegen eines – vom Unternehmen steuerbaren – Marktmachtmisbrauchs und gegebenenfalls missbrauchsabhängige Entflechtungen sollten vorrangig eingesetzt werden. Außerdem wären diskriminierende Anwendungen des Entflechtungsinstruments zu vermeiden und ein ausreichender Rechtsschutz zu gewährleisten.

377. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen hatte die Monopolkommission bereits im Jahr 2010 in ihrem Sondergutachten 58 vorgeschlagen, das Entflechtungsinstrument als allgemein anwendbares Instrument einzuführen. Die Entflechtung sollte grundsätzlich nicht auf Märkten erfolgen, die der Gesetzgeber einer speziellen Regulierung unterstellt hat.¹⁹ Die Unternehmensentflechtung sollte zudem voraussetzen, dass die verfestigte Marktstellung in einer Untersuchung der konkreten Marktverhältnisse zuvor stichhaltig belegt werden konnte. Wenn die Entflechtung missbrauchsunabhängig stattfinden sollte, müssten die Strukturen und Prozesse in einem Markt dafür sprechen, dass sich die Verfestigung ohne eine derartige Entflechtung nicht wird aufbrechen lassen. Um negative Vorfeldwirkungen zu vermeiden, sollten die Eigentümer der entflochtenen Unternehmen gegebenenfalls neben dem Verkaufserlös im Rahmen des verfassungsrechtlich Gebotenen eine Kompensation aus öffentlichen Mitteln erhalten.²⁰

378. Zwischenzeitlich hat der britische Gesetzgeber bestehende Regelungen zusammengeführt und ein neues Instrument geschaffen, das über die bestehenden Instrumente für Sektoruntersuchungen im EU-Recht und im deutschen Recht hinausreicht und insbesondere auch strukturelle Eingriffe bis hin zu einer Unternehmensentflechtung gestattet.²¹ Das britische Instrument war auch in der Diskussion um ein Neues Wettbewerbsinstrument (*New Competition Tool*) auf EU-Ebene relevant, bevor sich der europäische Gesetzgeber für den Digital Markets Act als ein neues Regulierungsinstrument speziell für den Digitalbereich entschied.²²

379. Auf Basis des britischen Rechts wurden bereits in zwei Marktuntersuchungen Entflechtungen angeordnet. In 2009 veranlasste die Competition Commission (CC), die bis 2014 der CMA voranging, die Entflechtung von Flughäfen in Großbritannien.²³ Marktstrukturmaßnahmen in Form von Entflechtungen ordnete die CC ebenso nach Abschluss ihrer Marktuntersuchung im Zementbereich im Jahr 2014 an.²⁴ Den Entflechtungen ging jeweils eine umfassende Untersuchung der betroffenen Märkte, der dort feststellbaren Wettbewerbsverzerrungen und der Alternativen zu deren Behebung voraus. Die zuerst genannte Entflechtungsmaßnahme wurde zudem später von einer unabhängigen Beratungsfirma für die CMA evaluiert, um ihre Auswirkungen zu bewerten. Der Evaluationsbericht

¹⁸ Vgl. Art. 14 GG (bzw. gegebenenfalls Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1) und Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 93 ff.

¹⁹ Zur Diskussion der konkreten Umsetzung siehe Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 109.

²⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 135; zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Kompensation siehe Art. 14 Abs. 3 GG; BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 1977, 1 BvL 9/72, BVerfGE 46, 268 (287); Beschluss vom 9. Dezember 1997, 1 BvR 1611/94, BVerfGE 97, 89 (96 ff.); Beschluss vom 15. Juli 1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (319 ff.).

²¹ Siehe Abschn. 4 des Enterprise Act von 2002 einerseits und Art. 17 VO 1/2003 bzw. § 32e GWB.

²² Siehe dazu z. B. Wish, *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool*, Expert Study, 2020; https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf; Abruf am 15. Juni 2020; zum New Competition tool auch Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 9), Tz. 48.

²³ Competition Commission (2009), *BAA airports market investigation: Final report*, Tz. 1 f.

²⁴ Competition Commission (2014), *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation: Final report*, Tz. 4 ff und 82 ff.

kam zu dem Schluss, dass die Entflechtung positive Auswirkungen auf den Wettbewerb unter Flughäfen hatte und unter Berücksichtigung der Kosten der Entflechtung und des bisherigen Nutzens für Verbraucherinnen und Verbraucher verhältnismäßig war.²⁵ Überdies wurde die Entflechtung von den meisten Interessenvertretern im Sektor positiv bewertet und der Prozess der CC als klar verständlich, fair und transparent beurteilt.²⁶ Die Erfahrungen mit den britischen Regelungen sprechen dafür, ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument nach deutschem Recht im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen am Beispiel der britischen Regelungen zu orientieren. Die britische CMA würde eine Entflechtung allerdings grundsätzlich nicht als geeignete Abhilfemaßnahme ansehen, wenn die Kosten der Maßnahme den Nutzen für den Wettbewerb übersteigen würden. Eine staatliche Kompensation sieht das britische Recht hingegen nicht vor, was im deutschen Recht mit Blick auf Art. 14 Abs. 3 GG problematisch sein dürfte. Vor diesem Hintergrund wäre die genaue Ausgestaltung etwaiger Kompensationsleistungen im deutschen Recht näher zu prüfen.

380. Davon abgesehen weist die Monopolkommission mit Blick auf den Vorrang von Regulierungsmaßnahmen darauf hin, dass in Bezug auf die digitalen Märkte einstweilen (noch) kein Bedarf für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung bestehen dürfte. Hierfür spricht insbesondere, dass zunächst die Anwendungspraxis zu den geschaffenen Neuregelungen für den digitalen Sektor (Digital Markets Act, § 19a GWB) und die weitere Praxis zu Art. 102 AEUV abgewartet werden sollte.²⁷

2.2 Sektoruntersuchungen: Verfahrensabläufe transparenter gestalten, Beteiligung von Unternehmen genauer regeln und Einleitungsinitiativen auf breitere Basis stellen

381. Das Bundeskartellamt kann auf Basis der Regelungen nach § 32e GWB bereits seit dem Jahr 2005 Untersuchungen von einzelnen Wirtschaftszweigen und einzelnen Arten von Vereinbarungen vornehmen, ohne dass zuvor der Verdacht eines Wettbewerbsverstoßes bestehen muss. Die Aufnahme der Sektoruntersuchungen in das GWB diene ursprünglich der Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht, wo es solche Untersuchungen bereits zuvor gab (Art. 17 VO 1/2003). Hintergrund des Instruments auf EU-Ebene war das Bestreben gewesen, den Transparenzverlust hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse auszugleichen, der für die Behörden durch die Abschaffung des Administrativfreistellungsverfahrens mit der Verordnung 1/2003 entstand. Zwischenzeitlich sind Sektoruntersuchungen auch in Deutschland zu einem festen Teil des kartellrechtlichen Instrumentariums geworden. Sie können dazu beitragen, Wettbewerbsprobleme und deren Ursachen zu erkennen und zu beheben.

382. Die Monopolkommission begrüßt, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz beabsichtigt, das Instrument der Sektorenuntersuchungen weiterzuentwickeln. Zwar haben sich Sektoruntersuchungen als wichtige kartellbehördliche Informationsquelle etabliert; zugleich zeigt sich in der bisherigen Anwendungspraxis aus wettbewerbspolitischer Sicht Nachsteuerungsbedarf. In Deutschland betrifft das insbesondere den Umstand, dass Sektoruntersuchungen bislang – im Vergleich mit anderen wesentlichen Verfahrensformen – weniger durch geregelte Abläufe, Fristen oder vorab gesetzlich festgelegte Teilprozesse gekennzeichnet sind. Bei länger dauernden Sektoruntersuchungen ist zugleich der Nutzen der Erkenntnisse unsicher. Denn es kann sein, dass sich die Gegebenheiten in dem untersuchten Wirtschaftszweig während der laufenden Untersuchung ändern. Dadurch verringert sich allerdings auch der Wert der zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse, oder es werden Nachermittlungen notwendig, welche die Untersuchung weiter verzögern. Aus diesen Gründen setzen die Kartellbehörden ihre begrenzten Ressourcen im Zweifel vorrangig für die Bearbeitung anderer Aufgaben ein, etwa für die fristgebundene Fusionskontrolle oder für die Ermittlung von Wettbewerbsverstößen aufgrund einer bestimmten Verdachtslage, die ein besser abschätzbares Verfahrensergebnis verspricht.

²⁵ Competition and Markets Authority (2016), BAA airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 market investigation remedies, Tz. 1.17 ff und 1.27 ff.

²⁶ Ebenda, Tz. 1.16, Tz. 7.5 und 7.48.

²⁷ Siehe schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 261 ff., sowie Tz. [...] in diesem Hauptgutachten.

383. Der Verfahrensgang ist nach den bestehenden Regelungen zudem bis zur Veröffentlichung des Abschlussberichtes nach außen nicht transparent.²⁸ Die Veröffentlichung eines Zwischenberichtes ist ebenso wenig bindend geregelt wie die Rechte der betroffenen Unternehmen oder Dritter. Dies ist mit Blick auf die Rechtsposition der betroffenen Unternehmen problematisch. In den Abschlussberichten einer Sektoruntersuchung werden gewöhnlich juristisch bedeutende Feststellungen etwa zur kartellrechtlichen Marktstellung von Unternehmen gemacht. Daraus können sich für Unternehmen bereits unmittelbare rechtliche Konsequenzen ergeben, wenn die Kartellbehörde etwa die Marktbeherrschung gem. § 18 oder überlegene Marktmacht gem. § 20 GWB feststellt und sich daraus für Unternehmen besondere Verhaltenspflichten ergeben. Betroffene Akteure können den Gang der Untersuchung in Hinblick darauf weder abschätzen, noch ist es ihnen ohne Weiteres möglich, die genutzten Methoden und daraufhin getroffenen Feststellungen gerichtlich anzugreifen. Schließlich muss eine Abstellung gefundener Wettbewerbsprobleme im Anschluss in gesonderten kartellrechtlichen Verfahren erfolgen. Dies kann behördliche Nachermittlungen erfordern und damit weitere Ressourcen binden und die Abstellung von gefundenen Problemen weiter verzögern. Anders als bei dem britischen Instrument sind die Befugnisse für Sektoruntersuchungen auch nicht mit Befugnissen zu bestimmten Marktinterventionen (unabhängig von festgestellten Wettbewerbsverstößen) verknüpft.

384. Die Monopolkommission stimmt dem BMWK deshalb zu, dass das Instrument der Sektoruntersuchung neu geregelt werden soll. Das Verfahren einer Sektoruntersuchung sollte strukturiert und durch Fristvorgaben zeitlich begrenzt werden. Eine Frist erscheint auch deshalb sinnvoll, weil eine Aufforderung des Bundeskartellamtes zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse nach § 39a Abs. 1 GWB voraussetzt, dass das Bundeskartellamt auf einem der betroffenen Wirtschaftszweige zuvor eine Sektoruntersuchung durchgeführt hat (§ 39a Abs. 3 GWB). Die Frist würde somit nicht nur die Planungssicherheit für die betroffenen Unternehmen erhöhen, sondern auch zur Umsetzung des GWB-Digitalisierungsgesetzes beitragen.

385. Die Monopolkommission empfiehlt, das Instrument der Sektoruntersuchungen nach dem britischen Vorbild weiterzuentwickeln. Die Marktstudien (*market studies*) und Marktuntersuchungen (*market investigations*) der britischen Wettbewerbsbehörde, Competition and Markets Authority (CMA), bieten ein gutes Beispiel, wie Sektoruntersuchungen strukturell und fristgebunden durchgeführt werden können. In einer Marktstudie ermittelt die CMA zunächst, inwieweit Marktstrukturen und/oder Unternehmenspraktiken im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Lieferung von Waren oder Dienstleistungen Auswirkungen haben können, die nicht im Interesse von Verbraucherinnen und Verbrauchern sind.²⁹ Sollte der CMA am Ende einer Marktstudie, d. h. nach zwölf Monaten, der begründete Verdacht vorliegen, dass ein oder mehrere Merkmale eines Marktes den Wettbewerb oder in einem Teil davon behindern, einschränken oder verzerren, kann die CMA im Anschluss an eine Marktstudie eine umfangreiche Marktuntersuchung einleiten.³⁰

386. Eine Marktuntersuchung nach britischem Recht unterliegt gesetzlichen Fristen. Zwölf Monate nach Beginn publiziert die CMA ihre vorläufigen Ergebnisse und daraus resultierende mögliche Abhilfemaßnahmen in einem Bericht.³¹ Nach 18 Monaten, publiziert die CMA die finalen Ergebnisse und leitet die Implementierungsphase der Abhilfemaßnahmen ein. Eine verbindliche Festlegung etwaiger Abhilfemaßnahmen muss innerhalb von sechs Monaten nach Veröffentlichung des Endberichts erfolgen.

²⁸ Es ist vorgekommen, dass offiziell eingeleitete Sektoruntersuchungen ohne weitere Information nicht mehr fortgeführt werden. Ein Beispiel ist die im September 2012 eingeleitete Sektoruntersuchung zur Raffinerieebene im Mineralölsektor. Im Februar 2022 wurde die Untersuchung erneut aufgenommen.

²⁹ Competition and Markets Authority (2017), Market Studies and Market Investigations: Supplemental guidance on the CMA's approach, Tz. 2.6.

³⁰ Die Einleitung einer Marktuntersuchung ist möglich, wenn es keine geeigneten, kurzfristigen Maßnahmen gibt, die solche nachteiligen Auswirkungen beheben, mildern oder verhindern, und es nicht angemessen ist, ein Kartellrechtsverfahren einzuleiten, um die wettbewerblichen Bedenken zu adressieren. Siehe Office of Fair Trading (2006), Market investigation references: Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act, Tz. 2.1.

³¹ Die CMA hat die Möglichkeit, in der letzten Phase der Marktuntersuchung Abhilfemaßnahmen zu erlassen.

387. Innerhalb einer Marktuntersuchung hat die CMA eine gesetzliche Konsultationspflicht zu ihren vorläufigen Ergebnissen über Wettbewerbsverzerrungen im Zwischenbericht und zu möglichen Abhilfemaßnahmen, wenn sie der Ansicht ist, dass eine Entscheidung wahrscheinlich erhebliche Auswirkungen auf die Interessen eines oder mehrerer Marktteilnehmer haben wird.³² Der Endbericht der CMA hat das gesamte relevante Vorbringen von Marktteilnehmern zu Wettbewerbsverzerrungen aus der Konsultation zu berücksichtigen. Die vorläufigen Feststellungen der CMA können sich ändern, wenn die Marktteilnehmer beurteilungserhebliche Erkenntnisse vorlegen. Bei der Entscheidung über Abhilfemaßnahmen diskutiert die CMA bereits im Zwischenbericht eine Vielzahl von möglichen Maßnahmen, von denen nach Konsultation mit den betroffenen Marktteilnehmern bis zum Endbericht in der Regel nur wenige geeignete Maßnahmen verbleiben. In einem anschließenden Rechtsmittelverfahren befasst sich das Gericht generell nicht mit den von den Marktteilnehmern vorgebrachten Argumenten oder Beweismitteln, sofern diese berücksichtigt und gegebenenfalls begründet abgelehnt wurden.³³

388. Nach britischem Vorbild könnte für deutsche Sektoruntersuchungen eine Frist von zwei bis drei Jahren eingeführt werden.³⁴ Aus Gründen der Verfahrensklarheit sollte die Frist durch einen förmlichen Einleitungsbeschluss ausgelöst werden und mit Veröffentlichung eines Abschlussberichts, in dem die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung und mögliche Abhilfemaßnahmen schriftlich festgehalten sind, enden.³⁵ Die Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamtes dauern derzeit in der Regel zwar länger – jüngst bis zu fünf Jahre (Krankenhäuser und Haushaltsabfälle).³⁶ Frühere Untersuchungen wurden jedoch häufig innerhalb von rund zwei Jahren abgeschlossen. Wenn Sektoruntersuchungen mit höherer Priorität als bisher betrieben würden, wäre ein schnellerer Abschluss auch zu erwarten. Die Regelung bindender Fristen entspricht zudem der Fusionskontrolle nach deutschem und nach EU-Recht.³⁷

389. Die zwingende Veröffentlichung eines Abschlussberichts würde eine Verschärfung gegenüber dem jetzigen Rechtszustand darstellen.³⁸ Das Bundeskartellamt veröffentlicht allerdings schon derzeit grundsätzlich einen Abschlussbericht. Um zeitnah erste Ergebnisse aus einer Sektoruntersuchung zu erhalten, könnte zudem die Veröffentlichung eines Zwischen- oder Sachstandsberichts – etwa ein Jahr nach Einleitung der Sektoruntersuchung – verpflichtend vorgesehen werden. Auch die Veröffentlichung eines solchen Berichts entspricht bereits der aktuellen Praxis des Bundeskartellamtes. Denkbar ist zudem, dass nach dem britischen Vorbild die Durchführung einer öffentlichen Konsultation nach Veröffentlichung des Zwischenberichts verpflichtend vorgegeben wird. Auf diese Weise würde das Bundeskartellamt für den „zweiten Teil“ der Sektoruntersuchung auch weitere Impulse erhalten, etwa von Marktteilnehmern in dem betroffenen Wirtschaftszweig.³⁹

³² Abschnitt 10 & 169 EA02.

³³ Im Rechtsmittelverfahren ist vorzutragen, dass die CMA irrational, rechtswidrig oder mit Verfahrensfehlern gehandelt hat. Siehe zu diesem Standard allgemein House of Lords, Urteil vom 22. November 1984, *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374; zur Anwendung im Entflechtungskontext Court of Appeal, Urteil vom 26. Juli 2012, *BAA Limited v. Competition Commission* [2012] EWCA Civ 1077, Tz. 20.

³⁴ Die Frist sollte z. B. davon abhängig sein, ob Abhilfemaßnahmen folgen oder ob bereits Informationen über den Markt vorliegen, z. B. wegen eines vorangegangenen kartellrechtlichen Verfahrens, oder weil die Sektoruntersuchung auf Initiative eines Verbraucherverbandes eingeleitet wird, welcher Vorkenntnisse über den Markt hat.

³⁵ Nach der Rechtsprechung zum bestehenden deutschen Recht ist ein förmlicher Einleitungsbeschluss dagegen keine Voraussetzung für die Ausübung von Ermittlungsbefugnissen. Vgl. OLG Düsseldorf, VI-2 Kart 8/09 (V), 4. August 2010, Rz. 23 ff. (zit. nach Juris); VI-Kart 5/07 (V), 8. Mai 2007, Rz. 7 ff. (zit. nach Juris).

³⁶ BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, Abschlussbericht, September 2021; Sektoruntersuchung Erfassung von Haushaltsabfällen, Abschlussbericht, 21. Dezember 2021.

³⁷ Section 131B des Enterprise Act 2002; § 40 GWB bzw. Art. 10 VO 139/2004.

³⁸ Vgl. § 32e Abs. 3 GWB.

³⁹ Nach aktueller Rechtslage ist vorgesehen, dass die Kartellbehörde Dritte erst nach Veröffentlichung des Abschlussberichts um Stellungnahmen bitten kann (§ 32e Abs. 3 GWB).

390. Davon abgesehen sollten im Interesse der Beschleunigung verfahrensrechtliche Regelungen vorgesehen werden, um Maßnahmen zur Abstellung von im Rahmen der Untersuchung festgestellten Wettbewerbsverzerrungen (unabhängig von der Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens im Sinne eines Wettbewerbsverstößes) unmittelbar in die Sektoruntersuchung zu integrieren. Eine derartige Verzahnung der Untersuchung eines gesamten Wirtschaftszweiges und Einzelmaßnahmen zur Abstellung struktureller Wettbewerbsprobleme bzw. von Wettbewerbsverstößen könnte dazu beitragen, dass das Vorgehen des Bundeskartellamts insgesamt schlagkräftiger und effizienter wird. Bei einer solchen Neuregelung könnte das Verfahren der CMA als Vorbild dienen, insbesondere deren gründliche Prüfung, ob Abhilfemaßnahmen wirksam, umsetzbar und verhältnismäßig sind.

391. Die Anordnung von Abhilfemaßnahmen ist in Großbritannien an strenge Voraussetzungen gebunden, um sicherzustellen, dass die Vorteile der Abhilfemaßnahmen, d. h. die Verbesserung des Wettbewerbs im Markt, die Nachteile, d. h. die Kosten für betroffene Unternehmen, überwiegen. Um Abhilfemaßnahmen in einem Markt ergreifen zu können, muss die CMA umfangreich und begründet darlegen, dass im genannten Markt negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (*adverse effect on competition* – AEC) vorliegen und wenn ja, ob und welche Abhilfemaßnahmen angemessen sind, diese zu vermindern oder zu beseitigen.⁴⁰ Um eine AEC-Feststellung zu treffen, die Gegenstand von Abhilfemaßnahmen sein kann, müssen eine oder mehrere Probleme im Markt vorliegen, welche in den Leitlinien der CMA detailliert beschrieben sind.⁴¹ Des Weiteren gibt es einen festgelegten Rahmen um zu prüfen, ob in Betracht kommende Abhilfemaßnahmen geeignet sind, die Wettbewerbsprobleme im relevanten Markt zu verhindern, zu beheben oder zu vermindern.⁴² In ihrer Beurteilung berücksichtigt die CMA, wie wirksam und praktikabel die Abhilfemaßnahmen sind, und testet sie auf ihre Verhältnismäßigkeit.⁴³ In seltenen Fällen kann es trotz AEC-Feststellung dazu kommen, dass die CMA keine Abhilfemaßnahme anordnet. Das ist der Fall, wenn keine praktikable Maßnahme existiert oder wenn die Kosten einer Abhilfemaßnahme unverhältnismäßig hoch sind im Vergleich zu dem Wettbewerbsproblem, das sie verhindern, beheben oder vermindern soll.⁴⁴

392. Bei einer Ausgestaltung nach dem britischen Vorbild könnte die Sektoruntersuchung bei strukturellen Wettbewerbsproblemen auch in eine Anordnung missbrauchsunabhängiger Entflechtungsmaßnahmen münden. Die CMA geht davon aus, dass strukturelle Abhilfemaßnahmen, einschließlich Entflechtungen, sinnvoll sind, wo Märkte durch horizontale Marktkonzentration, koordinierte Effekte oder vertikale Integration geprägt sind. Ziel ist es dann, entweder einen neuen Wettbewerber im Markt zu etablieren oder einen existierenden Wettbewerber im Markt zu stärken. Daher existieren strenge Kriterien für die Auswahl potenzieller Käufer.⁴⁵ Diese müssen vom zu entflechtenden Unternehmen unabhängig und wettbewerbsfähig sein, einen Anreiz haben, auf dem relevanten Markt zu konkurrieren, und die Veräußerung an den Käufer darf keine weiteren Wettbewerbsbedenken aufwerfen.

393. Im Falle einer Entflechtung gilt hinsichtlich des Verfahrens, dass das zu entflechtende Unternehmen innerhalb von sechs Monaten einen geeigneten Käufer finden muss. Die CMA überwacht den Prozess und setzt bei Bedarf einen Überwachungstreuhänder ein. Wenn das zu entflechtende Unternehmen innerhalb der gegebenen Frist keinen geeigneten Käufer findet, kann die Frist verlängert oder stattdessen ein unabhängiger Entflechtungs-

⁴⁰ In der Abwägung, muss die CMA mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem Schluss kommen, dass ein adverser Effekt auf den Wettbewerb im Markt vorliegt; Competition Commission (2013), Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, Tz. 319.

⁴¹ Die CMA geht davon aus, dass ein Wettbewerbsschaden im Wesentlichen bei Marktmacht oder hoher Marktkonzentration, bei Hindernissen für Markteintritt und Expansion, bei koordinierten Effekten, bei vertikaler Integration oder vertikalen Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern, und/oder bei schwacher Kundenresonanz im Markt zu vermuten ist. Siehe ebenda, Tz. 120.

⁴² Ebenda, Tz. 324.

⁴³ Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit legt die CMA folgenden Grundsätze zugrunde: Die Abhilfemaßnahme sollte ihr legitimes Ziel wirksam erreichen; sie sollte nicht belastender sein als zur Erreichung ihres Ziels notwendig; sie sollte die am wenigsten belastende Maßnahme sein, wenn zwischen mehreren wirksamen Maßnahmen gewählt werden kann; sie sollte keine Nachteile verursachen, die in keinem Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Ebenda, Tz. 344.

⁴⁴ Ebenda, Tz. 354.

⁴⁵ Ebenda, Annex B, Tz. 17.

treuhänder beauftragt werden. Dieser hat die Aufgabe, den zum Verkauf stehenden Teil des Unternehmens zum unter den gegebenen Umständen besten verfügbaren Preis zu verkaufen, vorbehaltlich der vorherigen Zustimmung der CMA zum Käufer und den Veräußerungsvereinbarungen.⁴⁶

394. Wenn das Bundeskartellamt nach dem Vorbild der britischen Regelungen ermächtigt würde, im Rahmen von Sektoruntersuchungen bei festgestellten strukturellen Wettbewerbsproblemen Abhilfemaßnahmen einschließlich Entflechtungen anzuordnen, wären den betroffenen Unternehmen aus verfassungsrechtlichen Gründen im Gegenzug Anfechtungsrechte einzuräumen.⁴⁷ Die Anfechtung von im Rahmen der Sektoruntersuchung angeordneten Abhilfemaßnahmen wäre nach den allgemeinen Regeln zu gewährleisten. Die Einlegung von Rechtsmitteln durch einzelne Unternehmen sollte allerdings die kartellbehördliche Nutzung der sektorbezogenen Ermittlungsergebnisse nicht behindern. Ein etwaiges Rechtsmittel sollte deshalb keinen Suspensiveffekt haben.

395. Zuletzt scheint es geboten, auch die Initiative zu Sektoruntersuchungen straffer als bisher zu regeln. Die Monopolkommission hat im XXII. Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass der „durch die kartellbehördliche Marktbeobachtung mögliche Schutz [...] nur dann effektiv sein [kann], wenn allen Verdachtsfällen und nicht nur solchen Fällen nachgegangen wird, in denen die Kartellbehörden eine nähere Untersuchung selbst im Rahmen ihres Aufgreifermessens für geboten erachten. Insofern besteht ein Problem darin, dass die Kartellbehörden nur die Aufgabe haben, die Wettbewerbsregeln durchzusetzen. Dagegen ist es nicht ihre Aufgabe, kollusionsbedingte Preise als solche zu verhindern und den damit einhergehenden Vermögensvorteil abzuschöpfen.“⁴⁸ Diese Problematik zeigt sich gerade auch auf den Tankstellenmärkten, auf denen sich kartellbehördliche Interventionen in der Vergangenheit als sehr schwierig erwiesen haben.⁴⁹ Die Monopolkommission wiederholt vor diesem Hintergrund ihre frühere Empfehlung, den Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren vorzuschlagen, bei denen der Verdacht besteht, dass es zu verbraucherschädigender Kollusion durch überhöhte Preise kommt.⁵⁰ Folgt das Bundeskartellamt dem Vorschlag nicht, sollte es zu der Ablehnung – wie die CMA in vergleichbaren Fällen – innerhalb von 90 Tagen eine begründete Stellungnahme abgeben. Aufgrund der bestehenden Schnittstellen zu den Aufgaben der Monopolkommission wäre es denkbar, ein solches Initiativrecht alternativ auch unmittelbar der Monopolkommission einzuräumen.

2.3 Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung entbehrlich, wenn relevante Vorteile über Bußen und Schadenersatz effektiv abgeschöpft werden

396. Speziell mit Blick auf die Höhe der aktuellen Tankstellenpreise hat das BMWK eine Verschärfung der Regelungen zur Vorteilabschöpfung vorgeschlagen, die sich in § 34 GWB finden. § 34 GWB dient der Abschöpfung der durch einen Wettbewerbsverstoß (z. B. Ausbeutungsmissbrauch) erlangten wirtschaftlichen Vorteile. Die Vorschrift steht neben dem im Jahr 2005 eingeführten § 34a GWB, der – ebenfalls in Fällen von Wettbewerbsverstößen – die Vorteilsabschöpfung durch Verbände regelt. Maßstab ist nicht der durch den Kartellverstoß bei Dritten entstandene Schaden, sondern der bei dem Kartelltäter entstandene wirtschaftliche Vorteil.⁵¹ Als wirtschaftlicher Vorteil werden dabei nicht nur der in Geld bestehende Vorteil, sondern auch sonstige Vorteile wirtschaftlicher Art, wie die Verbesserung der Marktposition durch die Ausschaltung oder das Zurückdrängen von Wettbewerbern, angesehen. Vergleichbare Regelungen gibt es z. B. im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Bereich der Telekommunikati-

⁴⁶ Ebenda, Tz. 28 f.

⁴⁷ Art. 19 Abs. 4 GG; zu den insofern nötigen Differenzierungen Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O. (Fn. 17), Tz. 63 a. E.

⁴⁸ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 4), Tz. 234. Die Ausführungen betrafen die Problematik algorithmischer Kollusion. Diese Problematik weist Parallelen zur aktuellen Problematik auf den Tankstellenmärkten auf; siehe vergleichend Wecke/Weck, EuZW 2020, 923 (923 f., 926 ff.); dies., CoRe 2021, 4 (5 f., 7 ff.).

⁴⁹ Vgl. BKartA, B8-200/09 – Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht vom Mai 2011, S. 138.

⁵⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 395), Tz. 234, XXIII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 22), Tz. 124.

⁵¹ Vgl. Bechtold/Bosch, GWB, Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 34 Rn. 2.

onsregulierung und im Energiewirtschaftsrecht.⁵² Die Vorteilsabschöpfung kommt bei den Behörden jedoch bisher praktisch nicht zur Anwendung. Das liegt an Anwendungshürden, die beseitigt werden müssten. Eine zentrale Hürde betrifft etwa die Berechnung des durch den Wettbewerbsverstoß erlangten Vorteils. Auch in diesem Fall besteht ein Informationsproblem, da es für die Kartellbehörde schwierig ist, den wirtschaftlichen Vorteil gerichtlich festzustellen.

397. Aus Sicht der Monopolkommission ist die Notwendigkeit einer Verschärfung der Regelungen zur Vorteilsabschöpfung derzeit nicht gegeben. Zu bedenken ist, dass die Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteile aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten schon heute ohne die Schwierigkeiten der Bemessung eines abzuschöpfenden Vorteils neutralisieren können. Der bei Bußen im deutschen Kartellrecht zu beachtende § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG sieht als Minimalvorgabe ausdrücklich vor, dass eine „Geldbuße [...] den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen [soll]“. Äußere Grenzen ergeben sich sodann aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Davon abgesehen kann ein etwaiger Vorteil für Unternehmen, dem ein entsprechender Schaden auf der Marktgegensseite entspricht, im Rahmen von Schadenersatzklagen abgeschöpft werden.

398. Auf EU-Ebene ist es zudem gängige Praxis, bei Marktmachtmissbräuchen Geldbußen zu verhängen und in den zu Bußgeldentscheidungen veröffentlichten Pressemitteilungen auf die Möglichkeit zu Schadenersatzklagen hinzuweisen. Dagegen ist das Bundeskartellamt mit der Anordnung von Geldbußen außerhalb von Kartellverstößen bisher zurückhaltend. Wenn es sich in den Grenzen des deutschen Rechts zukünftig stärker an der Praxis der Europäischen Kommission orientieren würde, dürfte auf eine Neuregelung zur Vorteilsabschöpfung verzichtet werden können.

⁵² § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG, § 208 TKG, § 33 EnWG.