

Kurzgutachten
zur Vereinbarkeit des § 32f des Referentenentwurfs für ein
Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle)
vom 15. September 2022
mit dem Unionsrecht

im Auftrag des
Wirtschaftsverbands Fuels und Energie e. V. (en2x)

Prof. Dr. Thomas Ackermann

31. Oktober 2022

Executive Summary

1. Mit der Einführung von § 32f RefE GWB droht der deutsche Gesetzgeber die ausschließliche Kompetenz der EU für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV) zu verletzen.
2. Unabhängig von einer Verletzung der ausschließlichen Unionskompetenz durch die geplante Regelung stehen das EU-Kartellrecht, der Digital Markets Act (DMA) und die unionsrechtlichen Vorgaben zur sektorspezifischen Regulierung in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich jedenfalls einer kollidierenden Anordnung von Maßnahmen aufgrund von § 32f Abs. 3, 4 RefE GWB entgegen. Den sich daraus ergebenden Anforderungen trägt der Entwurf unzureichend Rechnung.
 - a) § 32f RefE GWB lässt Kollisionen mit der EU-Fusionskontrolle zu. Zum einen darf es fristunabhängig zu keiner Entflechtung oder faktischen Entwertung von Zusammenschlüssen kommen, die von der Kommission freigegeben wurden. Zum anderen darf die Anmeldung eines in den Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle fallenden Rückerwerbs entflochtener Unternehmensteile nicht durch ein Rückerwerbsverbot (§ 32f Abs. 4 S. 7 RefE GWB) ausgeschlossen werden.
 - b) Darüber hinaus drohen Kollisionen mit der Durchsetzung der Art. 101 f. AEUV durch die Kommission aufgrund der VO (EG) Nr. 1/2003. Insoweit fehlt im Gesetzesentwurf die Anordnung der Subsidiarität von Verfahren und Entscheidungen nach § 32f RefE GWB gegenüber Verfahren und Entscheidungen der Kommission nach der VO (EG) Nr. 1/2003.
 - c) § 32f RefE GWB kollidiert auch mit dem Digital Markets Act. Unternehmen, die nach dem Digital Markets Act als Gatekeeper benannt sind, sind vom Kreis möglicher Adressaten von Maßnahmen nach § 32f RefE GWB auszunehmen.
 - d) Schließlich fehlt ein Ausschluss der Anwendung des § 32f RefE GWB auf Konstellationen, für die das Unionsrecht zwingende regulierungsrechtliche Vorgaben bereithält, wie z.B. im Energierecht.
3. Die Anwendung von § 32f RefE GWB auf Fälle mit Bezug zu anderen EU-Mitgliedstaaten verstieße gegen die europäischen Grundfreiheiten sowie gegen die primärrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen anderer Mitgliedstaaten.

Inhaltsverzeichnis

A. Gegenstand des Kurzgutachtens	4
B. Unionsrechtliche Würdigung	5
I. Unvereinbarkeit von § 32f RefE GWB mit der unionsrechtlichen Kompetenzordnung	5
1. § 32f RefE GWB als Wettbewerbsregelung	5
2. Erforderlichkeit für das Funktionieren des Binnenmarkts	6
3. Keine Ermächtigung durch den Unionsgesetzgeber	6
4. Ergebnis zu I.	7
II. Unvereinbarkeit von Maßnahmen nach § 32f Abs. 3, 4 RefE GWB mit dem EU-Recht	7
1. Konflikte mit der EU-Fusionskontrolle	8
2. Konflikte mit der Anwendung der Art. 101, 102 AEUV aufgrund der VO (EG) Nr. 1/2003	9
3. Konflikte mit der Anwendung des DMA	10
4. Konflikte mit sekundärrechtlichen Vorgaben zur sektorspezifischen Regulierung: Das Energierecht als Beispiel	10
5. Ergebnis zu II.	11
III. Unvereinbarkeit von § 32f RefE GWB mit den europäischen Grundfreiheiten und der primärrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf andere Mitgliedstaaten	11
1. Niederlassungsfreiheit	12
2. Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit	13
3. Pflicht zur Rücksichtnahme auf andere Mitgliedstaaten	13
4. Ergebnis zu III.	13
C. Schlusswort	14

A. Gegenstand des Kurzgutachtens

Der Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle; nachfolgend RefE GWB) sieht in § 32f weitreichende Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an Sektoruntersuchungen vor. Wenn eine „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend“ vorliegt, die nicht definiert, sondern in § 32f Abs. 5 GWB nur ansatzweise anhand einer Soll-Regelung über heranzuziehende Kriterien konkretisiert wird, gestattet § 32f Abs. 3 RefE GWB den Erlass aller „zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“, die in der Vorschrift nicht näher eingegrenzt, sondern nur beispielhaft konkretisiert werden. Als ultima ratio sieht § 32f Abs. 4 RefE GWB zudem eine missbrauchsunabhängige Entflechtung vor.

Die sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite bestehende Offenheit der geplanten Regelung für nicht näher bestimmte Eingriffe zur Korrektur behördlich konstaterter Wettbewerbsstörungen erlaubt ein kartellbehördliches Market Design unabhängig von der bisher dem europäischen und dem deutschen Gesetzgeber anvertrauten sektorspezifischen Regulierung. Die geplante Regelung bürdet zudem die dadurch bedingten Lasten auch solchen Unternehmen auf, denen kein Verstoß gegen kartellrechtliche Verbote vorzuwerfen ist.

Dieser Paradigmenwechsel im deutschen Kartellrecht von einer regelbasierten Ordnung zu einer im behördlichen Ermessen liegenden (Um-)Gestaltung von Märkten auf Kosten der betroffenen Unternehmen und potentiell auch unter Inkaufnahme gesamtwirtschaftlicher Nachteile kann sowohl aus ordnungspolitischer als auch aus rechtlicher Perspektive kritisch beurteilt werden. Das vorliegende Kurzgutachten beschränkt sich auf eine rechtliche Bewertung. Gegenstand vorliegender Stellungnahme ist allein die Prüfung der Vereinbarkeit des § 32f RefE GWB mit vorrangigen Vorgaben des Unionsrechts. Andere Regelungen der 11. GWB-Novelle werden aus Gründen der Knappheit der zur Verfügung stehenden Zeit nicht näher auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüft. Das gilt insbesondere für die Verschärfung der behördlichen Gewinnabschöpfung in § 34 GWB RefE GWB, deren Vereinbarkeit mit der ECN+-Richtlinie zweifelhaft ist, die eine verschuldensunabhängige Sanktionierung von Verstößen gegen kartellrechtliche Verbote nicht vorsieht.

Weil alleiniger Prüfungsmaßstab dieses Kurzgutachtens das Unionsrecht ist, kommen verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 32f RefE GWB mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 12, 14 GG und dem Bestimmtheitsgebot, nicht zur Sprache.

B. Unionsrechtliche Würdigung

I. Unvereinbarkeit von § 32f RefE GWB mit der unionsrechtlichen Kompetenzordnung

Ausgangspunkt der im folgenden entwickelten Kritik an § 32f RefE GWB ist die in Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV geregelte ausschließliche Zuständigkeit der Union für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln. Nach Art. 2 Abs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen. Mitgliedstaatliches Kartellrecht, das zu den Wettbewerbsregeln gehört, die die EU als erforderlich für das Funktionieren des Binnenmarkts festlegen darf, verstößt daher gegen die unionsrechtliche Kompetenzordnung, wenn es nicht bloß eine Durchführungsregelung im Dienst des Unionsrechts ist und nicht von einer unionsrechtlichen Ermächtigung gedeckt wird.

1. § 32f RefE GWB als Wettbewerbsregelung

Zu den Wettbewerbsregeln i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV gehören die materiellen Regeln des Kartellrechts.¹ Das bestätigt die EuGH-Rechtsprechung, der zufolge „Art. 102 AEUV ... zu den Wettbewerbsregeln im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b AEUV“ gehört.² Dass es sich bei § 32f RefE GWB um einen Bestandteil des Kartellrechts und damit um eine Wettbewerbsregel i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV handelt, dürfte schon nach dem Selbstverständnis des Entwurfs keinem Zweifel unterliegen. Nicht nur die Einfügung des neuen Instruments in das GWB zeigt dessen Ausrichtung auf den kartellrechtlichen Wettbewerbsschutz. Auch das materielle Anliegen des Gesetzesentwurfs ist explizit darauf gerichtet, den auch auf europäischer Ebene als unzureichend empfundenen Wettbewerbsschutz zu verbessern: Mit § 32f GWB soll nach der Begründung des RefE die „Lücke im kartellrechtlichen Rahmen“ geschlossen werden, die bei den Vorarbeiten zum New Competition Tool auf Unionsebene etwa mit Blick auf Phänomene wie *tacit collusion* identifiziert wurde.³

Diese von Wortlaut und Systematik (Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) der Vorschrift gedeckte, durch die EuGH-Rechtsprechung bestätigte Interpretation des Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV ist gegen zwei mögliche Einwände zu verteidigen:

- Teilweise glaubt man aus dem Wortlaut („Festlegung“) schließen zu können, dass nur die Gesetzgebungskompetenzen (Art. 103 AEUV etc.), nicht aber die materiellen Wettbewerbsregeln gemeint seien.⁴ Das widerspricht aber der zitierten EuGH-Rechtsprechung. Zudem

¹ *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 151 f.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 AEUV Rn. 14 (Stand der Bearbeitung: 2014); von der Groben/Schwarze/Hatje/*Obwexer*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 3 AEUV Rn. 15; *Roth* in FS Möschel, 2011, S. 503, 510.

² EuGH, Rs. C-52/09 – *Telia Sonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83 Rn. 21.

³ RefE, S. 13.

⁴ *Calliess/Ruffert/Calliess*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 3 AEUV Rn. 9; *Streinz/Mögele*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 3 AEUV Rn. 6.

wäre Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV dann bloß deklaratorisch.⁵ Weil es sich von selbst versteht, dass eine der EU durch den AEUV eingeräumte Kompetenz nur von der EU ausgeübt werden kann, ließe sich mit diesem Ansatz auch nicht erklären, warum die Mitgliedstaaten die binnenmarktrelevanten Wettbewerbsregeln als ausschließliche und nicht als geteilte Kompetenz eingeordnet haben. Die Berufung dieser Ansicht auf ältere Rechtsprechung zur parallelen Anwendung von europäischem und nationalem Kartellrecht⁶ geht i.Ü. fehl, weil diese nichts über die Bedeutung des erst durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV besagt.

- Dass die EU bisher über keine § 32f RefE GWB vergleichbare kartellrechtliche Regelung verfügt, ist ebenfalls kein valider Einwand. Ausschließliche Kompetenzen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 AEUV sind im Gegensatz zu geteilten Kompetenzen (Art. 2 Abs. 2 AEUV) gerade dadurch definiert, dass die Mitgliedstaaten im Bereich der Unionskompetenz auch dann nicht tätig werden dürfen, wenn und soweit die Union bisher untätig geblieben ist.⁷ Es kommt allein darauf an, ob der Unionsgesetzgeber aufgrund der ihm zustehenden Zuständigkeit für den Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt eine entsprechende Maßnahme erlassen *könnte*. Das ist hier jedenfalls nach Art. 103, 352 AEUV der Fall, die bereits die Basis für die Einführung der EU-Fusionskontrolle waren und ggf. eine geeignete Kompetenzgrundlage für das New Competition Tool bieten würden. Dass zur Bestimmung der Reichweite des binnenmarktrelevanten Wettbewerbsschutzes nicht nur Art. 103 AEUV, sondern auch Art. 352 AEUV heranzuziehen ist, beweist das Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

2. Erforderlichkeit für das Funktionieren des Binnenmarkts

Die ausschließliche Kompetenz der EU nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV ist auf das für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderliche Maß beschränkt. Das Kartellrecht der Mitgliedstaaten bleibt daher unberührt, soweit es nur rein innerstaatliche Fälle regelt. § 32f RefE GWB ist jedoch nicht auf rein innerstaatliche Fälle beschränkt und fällt daher (auch) in den Bereich der Unionskompetenz. Das ergibt sich ohne Weiteres aus dem Anschluss der neuen Eingriffsbefugnisse an Sektoruntersuchungen, die nach § 32e Abs. 2 GWB auch den Anwendungsbereich des Unionskartellrechts umfassen.

3. Keine Ermächtigung durch den Unionsgesetzgeber

Weil es sich bei § 32f RefE GWB ersichtlich nicht um die bloße Durchführung eines Rechtsakts der Union i.S.v. Art. 2 Abs. 1 AEUV handelt, bedarf es gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV einer unionsrechtlichen Ermächtigung, um dem Vorwurf der Kompetenzwidrigkeit zu entgehen. Daran fehlt es hier:

⁵ So bereits *Roth* in FS Möschel, 2011, S. 503, 510; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 152.

⁶ EuGH, Rs. 14/68 - Walt Wilhelm, Slg. 1969, 1.

⁷ So auch schon *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 152.

- Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 stellt keine geeignete Ermächtigung dar, weil er den Mitgliedstaaten abweichend von der allgemeinen Vorrangregelung in Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 VO Nr. 1/2003 nur, „strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden“. Im vorliegenden Zusammenhang fehlt es indes bereits an einer „Handlung“ der Unternehmen, weil die Eingriffsbefugnis an wettbewerbsspolitisch missbilligte Strukturen anknüpft, ohne Verstöße gegen kartellrechtliche Verhaltensverbote vorauszusetzen.
- Art. 3 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 und Art. 21 Abs. 4 VO (EG) Nr. 139/2004 kommen nicht als Ermächtigung in Betracht, weil sie eigenständige mitgliedstaatliche Regeln im Bereich der von Art. 101 f. AEUV erfassten Verhaltensweisen bzw. der von der EU-Fusionskontrolle erfassten Zusammenschlüsse nur zu anderen Zwecken als dem mit diesen europäischen Regeln verfolgten Wettbewerbsschutz erlauben. Weil § 32f RefE GWB allein dem Wettbewerbsschutz dient, kann der deutsche Gesetzgeber diese Öffnungsnormen nicht als Ermächtigung für sich in Anspruch nehmen.⁸
- Weil die geplante Neuregelung künftig auch auf Fälle Anwendung finden könnte, in denen betroffene Unternehmen als Gatekeeper („Torwächter“) i.S.v. Art. 2 Nr. 1 DMA designiert sind, besteht auch Konfliktpotential mit dem DMA. In seinem Anwendungsbereich lässt Art 1 Abs. 6 S. 2 DMA nationales Kartellrecht nur hinsichtlich der drei traditionellen „Säulen“ des Kartellverbots, des Verbots einseitigen missbräuchlichen Verhaltens und der Fusionskontrolle gelten. Eine neuartige, von Verhaltensverstößen und Unternehmenszusammenschlüssen unabhängige Marktstrukturkontrolle mit Eingriffsmöglichkeiten bis hin zur Entflechtung lässt der DMA aber nicht zu. Daher besteht auch im Überschneidungsbereich mit dem DMA keine Ermächtigung des Bundesgesetzgebers zur Einführung der in § 32f RefE GWB geplanten „vierten Säule“ des Kartellrechts.⁹

4. Ergebnis zu I.

Der Bundesgesetzgeber darf ein auf die Schließung einer Lücke im Wettbewerbsschutz gerichtetes Instrument in Gestalt des § 32f RefE GWB nur einführen, wenn er hierzu vom Unionsgesetzgeber ermächtigt worden ist. Eine solche Ermächtigung ist weder der VO Nr. 1/2003 noch der Fusionskontrollverordnung noch dem DMA zu entnehmen. Aufgrund der fehlenden Ermächtigung ist § 32f RefE GWB daher dem Einwand der Kompetenzwidrigkeit ausgesetzt.

II. Unvereinbarkeit von Maßnahmen aufgrund von § 32f Abs. 3, 4 RefE GWB mit dem EU-Recht

Unabhängig von einer Verletzung der ausschließlichen Kompetenz der EU nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV durch die Einführung von § 32f RefE GWB besteht ein erhebliches rechtliches

⁸ So auch *Roth* in FS Möschel, 2011, S. 503, 505, 511, und mit Blick auf Art. 21 Abs. 4 VO (EG) Nr. 139/2004 *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, 798, 799.

⁹ So auch schon *Kruse/Maturana*, EuZW 2022, 798, 801 f.

Risiko, dass die konkrete Anwendung von § 32f RefE GWB durch die Anordnung von Maßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art (Art. 32f Abs. 3 RefE GWB) oder einer Entflechtung als ultima ratio (§ 32f Abs. 4 RefE GWB) gegen das geltende EU-Recht verstoßen würde. Nach der ersten Analyse des Referentenentwurfs drohen Konflikte mit dem EU-Kartellrecht, dem DMA und der sektorspezifischen Regulierung durch EU-Richtlinien, denen der Gesetzesentwurf bisher überhaupt nicht oder nicht hinreichend Rechnung trägt.

1. Konflikte mit der EU-Fusionskontrolle

Bereits in der Diskussion um den „Brüderle-Entwurf“ 2010 sind zwei Konfliktlagen mit der VO (EG) Nr. 139/2004 aufgezeigt worden,¹⁰ die der nun geplante § 32f Abs. 4 RefE-GWB ebenso wenig bewältigt wie seinerzeit der „Brüderle-Entwurf“:

- Ist eine Fusionskontrollentscheidung der Kommission bereits ergangen, steht diese einer nachträglich angeordneten, auf Wettbewerbserwägungen beruhenden Entflechtung auf mitgliedstaatlicher Ebene entgegen. Im Einzelfall könnte auch eine aufgrund von § 32f Abs. 3 RefE GWB getroffene Maßnahme einer Fusionskontrollentscheidung der Kommission faktisch rückgängig machen, etwa wenn Ringfencing-Anordnungen oder die Reglementierung von Lieferbeziehungen zwischen Unternehmensteilen einem zuvor freigegebenen Unternehmenszusammenschluss seine tatsächliche Wirksamkeit nehmen. Die in § 32f Abs. 4 S. 5 RefE GWB vorgesehene, bereits aus dem „Brüderle-Entwurf“ bekannte Fünfjahresfrist entschärft diesen Konflikt nicht, denn eine Freigabeentscheidung der Kommission ist zeitlich unbefristet und kann allenfalls sachlich hinfällig werden, wenn feststeht, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischenzeitlich so verändert haben, dass eine Untersagung geboten wäre.¹¹ Selbst dann wäre es allerdings allein Sache des Unionsgesetzgebers, eine Aufhebung der Freigabe und eine Entflechtungsanordnung zu ermöglichen. Folglich hat der deutsche Gesetzgeber fristunabhängig jegliche Entflechtung sowie auch jegliche andere Maßnahme aufgrund von § 32 Abs. 3 RefE GWB auszuschließen, die auf die rechtliche oder faktische Rückgängigmachung eines zuvor von der Kommission freigegebenen Zusammenschlusses zielt.
- Wie bereits wiederholt aufgezeigt worden ist,¹² droht aufgrund des bereits im „Brüderle-Entwurf“ und jetzt auch (nur von 10 auf 5 Jahre verkürzt) in § 32f Abs. 4 S. 7 RefE GWB enthaltenen Rückerwerbsverbots ein Konflikt mit einer nach Entflechtung erfolgenden Anmeldung eines unter die VO (EG) Nr. 139/2004 fallenden Rückerwerbs entflochtener Unternehmensteile bei der Kommission. Der Annahme der Monopolkommission, dieser Konflikt sei theoretischer Natur und durch eine Abstimmung mit der Kommission zu lösen,¹³ ist zu Recht entgegengehalten worden, dass bereits die Einführung einer Sperrfrist für einen Rückerwerb (und dessen Anmeldung bei der Kommission) durch einen nationalen Gesetzgeber die exklusive Kontrollkompetenz der Kommission und damit Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1

¹⁰ Roth in FS Möschel, 2011, S. 503, 505 ff.; im Vorfeld der 11. GWB-Novelle auch Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798, 799 f.

¹¹ Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798, 799.

¹² Roth in FS Möschel, 2011, S. 503, 507 f.; Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798, 799 f.

¹³ Monopolkommission, Sondergutachten 58, Rz. 118.

VO (EG) Nr. 139/2004 verletzt.¹⁴ Daher darf der deutsche Gesetzgeber kein Rückerwerbsverbot im Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle anordnen.

2. Konflikte mit der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV aufgrund der VO (EG) Nr. 1/2003

Bereits im Zusammenhang mit den Vorarbeiten zu einem europäischen New Competition Tool (NCT) wurden die Gefahren für die Einheit des europäischen Wettbewerbsschutzes konstatiert, die aus der Einführung eines solchen Instruments auf der Ebene der Mitgliedstaaten und der damit drohenden Fragmentierung des Binnenmarktes resultieren könnten:

„While in line with the general idea of parallel competition law and enforcement regimes at EU and national level, the conflict rule set out in Article 3(1), sentence 1 Reg. 1/2003 could thereby be undermined. Furthermore, decentralised NCT interventions at the national level could lead to an unwelcome fragmentation of the internal market, in particular as the NCT will endow competition authorities with a significantly broader discretion than the enforcement of the comparatively well-defined competition rules.“¹⁵

In herkömmlichen Kartellverfahren wird die Einheitlichkeit der öffentlichen Durchsetzung des EU-Kartellrechts durch die zentrale Rolle der Kommission gewährleistet: Leitet die Kommission ein Verfahren nach der VO (EG) Nr. 1/2003 ein, entfällt gemäß Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Hat die Kommission eine Entscheidung getroffen, ist diese nach Art. 16 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 für die nationalen Wettbewerbsbehörden bindend.

Indes beziehen sich Art. 11 Abs. 6, 16 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 unmittelbar nur auf die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV durch nationale Wettbewerbsbehörden. Wäre es dem Bundeskartellamt gestattet, ein Verfahren aufgrund von § 32f RefE GWB mit Blick auf einen Sachverhalt zu führen, der von der Kommission im Rahmen eines laufenden Verfahrens nach der VO (EG) Nr. 1/2003 untersucht wird, oder eine Entscheidung nach § 32f RefE GWB zu treffen, die einer vorangehenden Entscheidung der Kommission über denselben Sachverhalt widerspricht, soweit die Kommission darin Art. 101 oder 102 AEUV für anwendbar gehalten hat, drohten jedoch die gleichen Gefahren für die Einheit des Wettbewerbsschutzes im Binnenmarkt. Unabhängig von der sekundärrechtlichen Ausgestaltung in der VO (EG) Nr. 1/2003 ist insoweit an die primärrechtliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) zu erinnern, die vom EuGH für Kartellverfahren dahingehend konkretisiert worden ist, dass Verfahren und Entscheidungen der Kommission in Kartellsachen in jedem Fall Vorrang vor Verfahren und Entscheidungen nationaler Behörden und Gerichte einzuräumen ist.¹⁶ Diese primärrechtliche Pflicht, die in der VO Nr. 1/2003 mit Blick auf konkurrierende nationale Verfahren und Entscheidungen zu den Art. 101 f. AEUV kodifiziert, aber nicht abschließend geregelt ist,

¹⁴ Roth in FS Möschel, 2011, S. 503, 508; Kruse/Maturana, EuZW 2022, 798, 800.

¹⁵ Schweitzer, The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design, 2020, S. 14.

¹⁶ EuGH, Rs. C-344/98 – Masterfoods, ECLI:EU:C:2000:689 Rn. 56-60 (mit Blick auf das Verhältnis der nationalen Gerichte zur Kommission).

wäre verletzt, wenn das Bundeskartellamt im Rahmen von § 32f RefE GWB laufenden Verfahren der Kommission nach der VO (EG) Nr. 1/2003 vorgreifen oder sich zu Entscheidungen der Kommission aufgrund der VO (EG) Nr. 1/2003 in Widerspruch setzen dürfte. Da die VO (EG) Nr. 1/2003 selbst hierfür keine Lösung bereithält, hat der deutsche Gesetzgeber seiner Loyalitätspflicht durch die Anordnung einer entsprechenden Subsidiarität von Verfahren und Entscheidungen nach § 32f RefE GWB gegenüber Verfahren und Entscheidungen der Kommission nach der VO (EG) Nr. 1/2003 nachzukommen. Eine solche Regelung fehlt im bisherigen Entwurf.

3. Konflikte mit der Anwendung des DMA

Soweit Unternehmen nach Maßgabe von Art. 3 DMA als Gatekeeper benannt sind, unterliegen sie den Pflichten nach Art. 5 ff. DMA und darüber hinaus – unter Ausschluss weiterreichender Verpflichtungen (Art. 1 Abs. 5 DMA) – nur den Regelungen der drei angestammten „Säulen“ des europäischen und des nationalen Kartellrechts (Art. 1 Abs. 6 DMA). Wie bereits erwähnt, gestattet Art. 1 Abs. 6 DMA nicht die Anwendung eines neuartigen, von Verhaltensverstößen und Unternehmenszusammenschlüssen unabhängigen Instruments zur Behebung von Wettbewerbsstörungen wie § 32f RefE GWB auf die Adressaten des DMA. Diese hat der deutsche Gesetzgeber daher vom Kreis möglicher Adressaten von Maßnahmen nach § 32f RefE GWB auszunehmen.

4. Konflikte mit sekundärrechtlichen Vorgaben zur sektorspezifischen Regulierung: Das Energierecht als Beispiel

Auch soweit das Unionsrecht sekundärrechtliche Vorgaben zur sektorspezifischen Regulierung bereithält, drohen Konflikte bei der Anwendung von § 32f GWB. Im Zusammenhang mit den Plänen der Kommission zur Einführung eines New Competition Tool ist dessen Zusammenspiel mit der sektorspezifischen Regulierung eingehend gutachterlich erörtert worden.¹⁷ Daran fehlt es bisher bei § 32f RefE GWB. Das ist umso bedauerlicher, als der deutsche Gesetzgeber die vorrangigen Vorgaben des Unionsrechts zur sektorspezifischen Regulierung nicht modifizieren darf, sondern die quasi-regulatorischen Eingriffsbefugnisse nach § 32f RefE GWB so zuschneiden muss, dass jegliche Konflikte mit diesen Vorgaben vermieden werden. Insoweit ist zu beachten, dass § 32f RefE GWB nicht an dem vom EuGH postulierten Vorrang des (primärrechtlichen) Unionskartellrechts gegenüber dem (sekundärrechtlichen) Regulierungsrecht teilhat,¹⁸ weil es sich hierbei nicht um eine im Unionskartellrecht, sondern allein im nachrangigen nationalen Recht angesiedelte Regelung handelt. Der vor diesem Hintergrund notwendige Ausschluss der Anwendung des § 32f RefE GWB auf Konstellationen, für die das Unionsrecht zwingende regulierungsrechtliche Vorgaben bereithält, fehlt im bisherigen Entwurf der 11. GWB-Novelle.

¹⁷ *Larouche/de Streeck*, Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU, 2020.

¹⁸ EuGH, Rs. C-280/08 P – Deutsche Telekom; ECLI:EU:C:2010:603 Rn. 80 ff.; EuG, Rs. T-398/07 – Spanien/Kommission, ECLI:EU:T:2012:173 Rn. 55.

Das sei beispielhaft anhand des Energierechts illustriert: Die im Teil 3 des EnWG enthaltenen Normen zur Regulierung des Netzbetriebs (§§ 11 ff. EnWG) folgen weitgehend richtlinienrechtlichen Vorgaben.¹⁹ Durch § 111 Abs. 1, 2 EnWG wird sichergestellt, dass es in diesem Bereich nicht zu einer konkurrierenden (und potentiell kollidierenden) Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB kommt. Darüber hinaus verhindert § 111 Abs. 3 EnWG eine vom Energierecht abweichende Bewertung von unionsrechtlich (mit-)determinierten Netzzugangsentgelten i.S.v. § 20 Abs. 1 EnWG in kartellbehördlichen Verfahren nach den §§ 19, 20, 29 GWB. Eine entsprechende Regelung für § 32f RefE-GWB ist bisher nicht vorgesehen. Dieselbe Frage stellt sich mit Blick auf die Abstimmung mit allen anderen Regulierungsregimen, mit denen sekundärrechtliche Vorgaben umgesetzt werden.

5. Ergebnis zu II.

Einer kollidierenden Anordnung von Maßnahmen aufgrund von § 32f RefE GWB stehen das EU-Kartellrecht, der DMA und die unionsrechtlichen Vorgaben zur sektorspezifischen Regulierung in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich entgegen. Den sich daraus ergebenden Anforderungen (keine Entflechtung oder faktische Entwertung von Zusammenschlüssen, die von der Kommission freigegeben wurden; kein Rückerwerbsverbot im Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle; Subsidiarität gegenüber der Durchsetzung der Art. 101 f. AEUV durch die Kommission; keine Anwendung gegenüber Adressaten des DMA; keine Anwendung bei abschließenden unionsrechtlichen Vorgaben zur sektorspezifischen Regulierung) trägt der Entwurf unzureichend Rechnung.

III. Unvereinbarkeit von § 32f RefE GWB mit den europäischen Grundfreiheiten und der primärrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf andere Mitgliedstaaten

Die geplanten Eingriffsbefugnisse sind als mitgliedstaatliche Maßnahmen an den unionsrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere an der Niederlassungsfreiheit sowie an den Freiheiten des Waren- und des Dienstleistungsverkehrs, zu messen. Weil der deutsche Gesetzgeber in Anbetracht der unter I. erläuterten ausschließlichen Kompetenz der Union nicht autonom über den Wettbewerbsschutz für den Binnenmarkt entscheiden darf, können Binnenmarktakteure, die ihre primärrechtlich garantierten Grundfreiheiten wahrnehmen, jede Behinderung ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeit durch kartellbehördliche Maßnahmen als Verletzung der jeweils einschlägigen Grundfreiheit abwehren, soweit diese Maßnahmen auf nationaler Gesetzgebung beruhen, die zu Unrecht den exklusiv der Union zugewiesenen Wettbewerbsschutz als rechtfertigendes Allgemeininteresse für sich reklamiert.

Darüber hinaus ist die auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander²⁰ Rücksichtnahme gebietende Pflicht aus Art. 4 Abs. 3 AEUV zu beachten, die exterritorial wirkenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen auch dann Grenzen zu setzen vermag, wenn der Schutzbereich der

¹⁹ Dazu etwa *Theobald/Gey-Kern*, EuZW 2011, 896.

²⁰ Zur Wirkung von Art. 4 Abs. 3 EUV im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander *Streinz/Streinz* EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV Rn. 6; *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Hatje*, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 4 EUV Rn. 82 f.

Grundfreiheiten berührt ist, ohne dass deren jeweiliger geographisch-persönlicher Anwendungsbereich eröffnet ist.²¹

Wie weit das Potential der einzelnen Grundfreiheiten und der Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber anderen Mitgliedstaaten reicht, um kartellrechtliche Alleingänge der Mitgliedstaaten in die Schranken zu weisen, kann hier – mit Rücksicht auf die Eile, mit der das Gesetzgebungsverfahren verfolgt wird – nur in groben Zügen konkretisiert werden.

1. Niederlassungsfreiheit

Bereits im Zusammenhang mit dem 2010 gescheiterten Versuch, eine missbrauchsunabhängige Entflechtung in das GWB einzuführen („Brüderle-Entwurf“), ist auf die Unvereinbarkeit dieses Vorhabens mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) hingewiesen worden.²² Das gibt Anlass dazu, auch den vorliegenden Entwurf auf seine Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen.

Soweit kartellbehördliche Maßnahmen gegen Gesellschaften mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten und inländischen Zweigniederlassungen oder gegen Inlandsgesellschaften gerichtet sind, die sie unternehmerisch kontrollieren, ist der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) eröffnet. Solche Maßnahmen stellen auch ohne Vorliegen einer Diskriminierung zwischen in- und ausländischen Gesellschaften einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar, wenn sie geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.²³ Eine behördlich erzwungene Entflechtung, die eine EU-Auslandsgesellschaft zur Aufgabe ihrer Inhaberschaft oder Beteiligung an einer Inlandsgesellschaft zwingt, aber auch jede andere Maßnahme, die sie in der Wahrnehmung ihrer unternehmerischen Kontrolle über die Inlandsgesellschaft behindert, stellt daher eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

Wie bereits in der Debatte um den „Brüderle-Entwurf“ ausgeführt worden ist,²⁴ kommt als rechtfertigendes Allgemeininteresse des Mitgliedstaats nicht der Wettbewerbsschutz in Betracht, soweit es um Fälle von grenzüberschreitender Bedeutung geht, in denen aufgrund der Zwischenstaatlichkeitsklausel EU-Kartellrecht Anwendung findet. Denn die Wahrnehmung dieses Interesses ist, wie die ausschließliche Kompetenz nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV zeigt, allein der Union zugewiesen. Daher wären auf § 32f RefE GWB gegründete strukturelle Maßnahmen, die Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten mit Blick auf von ihnen beherrschte Inlandsgesellschaften oder inländische Zweigniederlassungen betreffen, als nicht zu rechtfertigende Verletzung der Niederlassungsfreiheit zu bewerten.

²¹ Roth in FS Möschel, 2011, S. 503, 521, unter zutreffendem Hinweis auf die Schlussanträge von GA *Poiares Maduro*, Rs. C-115/08 – CEZ, ECLI:EU:C:2009:242 Rn. 1.

²² Roth in FS Möschel, 2011, S. 503, 512 ff.

²³ EuGH, Rs. C-19/92 – Kraus, ECLI:EU:C:1993:125 Rn. 32.

²⁴ Roth, in FS Möschel, 2011, S. 503, 514 ff.

2. Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit

Entsprechende Überlegungen sind für die Produktverkehrsfreiheiten des Waren- und des Dienstleistungsverkehrs anzustellen. Insbesondere der sehr breite und nicht hinreichend bestimmte Katalog der in § 32f Abs. 3 RefE GWB vorgesehenen Maßnahmen enthält ein reichhaltiges Repertoire an potentiellen Beschränkungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs: Die darin vorgesehenen Zugangs- und Belieferungspflichten, Festlegungen auf gemeinsame Standards und Normen u.a.m. behindern, wenn sie vom Bundeskartellamt gegenüber grenzüberschreitend tätigen Unternehmen verhängt werden, je nach Art der betroffenen Güter den grenzüberschreitenden Waren- oder Dienstleistungsverkehr. Gerade die Breite und Unbestimmtheit der möglichen Maßnahmen wird hier zum Problem. Wiederum gilt: Soweit eine solche Behinderung eintritt, ist der Bundesrepublik die Berufung auf den Wettbewerbsschutz als rechtfertigendes Allgemeininteresse versagt, denn die Wahrnehmung dieses Interesses ist exklusiv der Union zugewiesen.

3. Pflicht zur Rücksichtnahme auf andere Mitgliedstaaten

Fälle, in denen Maßnahmen aufgrund von § 32f RefE GWB unmittelbar (d.h. nicht vermittelt über inländische Töchter oder Zweigniederlassungen) in die Struktur einer EU-Auslandsgesellschaft eingreifen oder deren unternehmerisches Verhalten außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets (aufgrund von Inlandswirkungen i.S.v. § 185 Abs. 2 GWB) regeln, mögen nicht dem Anwendungsbereich einzelner Grundfreiheiten zuzuordnen sein, berühren aber die Regelungsinteressen des jeweiligen Mitgliedstaats mit Blick auf das Agieren des bei ihm ansässigen Unternehmens im Binnenmarkt. Ist nach dem Recht dieses Mitgliedstaats das aufgrund von § 32f Abs. 3 RefE verbotene Verhalten bzw. die nach § 32f Abs. 3, 4 RefE vom Bundeskartellamt angegriffene Struktur des Unternehmens rechtlich nicht zu beanstanden, liegt eine Verletzung der Pflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV in ihrer „horizontalen“ Anwendung zwischen den Mitgliedstaaten vor, denn wiederum ist es der Bundesrepublik Deutschland in Anbetracht der ausschließlichen Kompetenz der EU verwehrt, sich eigenmächtig zur Hüterin des Wettbewerbs im Binnenmarkt aufzuschwingen.²⁵

4. Ergebnis zu III.

Der deutsche Gesetzgeber darf den in binnenmarktrelevanten Konstellationen allein der EU anvertrauten Schutz des Wettbewerbs nicht als rechtfertigendes Allgemeininteresse für sich in Anspruch nehmen. Daher verstieße die Anwendung von § 32f RefE GWB auf Fälle mit Bezug zu anderen EU-Mitgliedstaaten gegen die europäischen Grundfreiheiten sowie gegen die primärrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen anderer Mitgliedstaaten.

²⁵ So bereits *Roth* in FS Möschel, 2011, S. 503, 521 f., der zudem darauf verweist, dass auch der Spielraum, den Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 den Mitgliedstaaten bei der Behandlung einseitiger Verhaltensweisen eröffnet, nur für Verhalten „in ihrem Hoheitsgebiet“ gilt.

C. Schlusswort

Mit der Einführung eines kartellrechtlichen Instruments wie § 32f RefE GWB, das die Umgestaltung von Märkten und Unternehmen einer gesetzlich nur schwach determinierten behördlichen Ermessensentscheidung überlässt, verbinden sich grundlegende ordnungspolitische, rechtsstaatliche und grundrechtliche Bedenken, die in diesem Kurzgutachten nicht behandelt wurden. Der Ertrag dieser Stellungnahme besteht vielmehr darin, dass die Auseinandersetzung über diese Fragen jedenfalls nicht auf nationaler Ebene stattfinden darf, sondern, wenn ein solches Instrument gewünscht wird, auf europäischer Ebene stattfinden sollte. Dass ein Alleingang Deutschlands in der EU insoweit ausscheidet, war bis vor kurzem auch die Position der Bundesregierung: Im Koalitionsvertrag wollten sich die Regierungsparteien für eine „missbrauchs-unabhängige Entflechtungsmöglichkeit auf europäischer Ebene“ einsetzen.²⁶ Noch im Februar 2022 sprach sich das Bundeswirtschaftsministerium in seiner wettbewerbspolitischen Agenda bis 2025 für einen europäischen Ansatz aus.²⁷ Unabhängig davon, wie man inhaltlich zur Einführung eines europäischen New Competition Tool steht, wäre es aus den hier aufgezeigten rechtlichen Gründen sehr zu begrüßen, wenn die Bundesregierung wieder eine europäische Lösung suchen und das Vorhaben eines nationalen Alleingangs im Konflikt mit der EU und den anderen Mitgliedstaaten aufgeben würde.

²⁶ Koalitionsvertrag, S. 31, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.

²⁷ Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, Punkt 9; https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=6.