

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Band 111

**Die Bekämpfung von
„Störungen des Wettbewerbs“ nach
§ 32f GWB: Verfassungsrechtliche
Einordnung und Kritik**

Von

Martin Nettesheim



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN NETTESHEIM

Die Bekämpfung von „Störungen des Wettbewerbs“
nach § 32f GWB: Verfassungsrechtliche Einordnung
und Kritik

Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Christian Seiler

in Gemeinschaft mit

Jochen von Bernstorff, Michael Droege, Martin Heckel,
Karl-Hermann Kästner, Ferdinand Kirchhof, Hans von Mangoldt,
Martin Nettesheim, Günter Püttner, Barbara Remmert,
Michael Ronellenfitsch, Johannes Saurer,
Wolfgang Graf Vitzthum
sämtlich in Tübingen

Band 111

Die Bekämpfung von „Störungen des Wettbewerbs“ nach § 32f GWB: Verfassungsrechtliche Einordnung und Kritik

Von

Martin Nettesheim



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 978-3-428-19134-5 (Print)

ISBN 978-3-428-59134-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

Gegenstand und Anlass der Studie	9
A. Einordnung von § 32f GWB	12
I. Marktdesign – Marktregulierung – Marktpolizei	12
II. Von der gesetzlichen Festlegung von Verhaltensregeln zur Etablierung behördlicher Designmacht.	15
III. Staatstheoretische, politische und sozio-kulturelle Grunddifferenzen ...	17
IV. Möglichkeiten und Grenzen des Ausbaus des „administrative state“	20
V. Aufbau und Zielrichtung der Studie	22
B. Gesetzgebungsgeschichte	24
I. Gesetzgebungsverfahren	24
II. Wesentliche Inhalte von § 32f GWB	28
1. Feststellung einer Störung des Wettbewerbs	29
2. Anordnung von Abhilfemaßnahmen	32
3. Verfahrensanforderungen und Rechtsschutz	34
C. Verfassungstheoretische Einordnung und Kritik von § 32f GWB	35
I. Institutionelle Dimension der Kritik	35
1. Behördliche Festlegung von Mustern der Normalität und der Störung des Wettbewerbs	35
2. Wertungsgebundenheit der Festlegung des Übergangs von Wettbe- werbsnormalität zur Pathologie	40
3. Weitreichende Verlagerung von Entscheidungsmacht auf eine Be- hörde	43
4. Kein bloßer „Lückenschluss“	44
II. Instrumentelle Dimension der Kritik	45
1. Verlagerung der Entscheidung über die Verhaltensregeln auf eine Behörde	45
2. Keine Ex-ante-Erkennbarkeit des verlangten Verhaltens	47
III. Funktionalistische Dimension der Kritik	48
IV. Ideelle Dimension der Kritik	51
1. Staatliche Pathologisierung der Verhältnisse in einem gesellschaft- lichen Funktionssystem	51
2. Gewährung beliebiger Eingriffsbefugnisse zur Beseitigung von „Störungen“	53
D. Verfassungsrechtliche Defizite	55
I. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG)	55
1. Bestimmtheitsgrundsatz	55

a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe	56
aa) Kriterien der Rechtsprechung des BVerfG	56
bb) Gesteigerte Anforderungen bei abgeschwächter institutioneller demokratischer Einbindung	57
b) § 32f Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 5 GWB als blankettartige Ermächtigung ohne inhaltliche Steuerungsqualität	59
aa) Befugnisse auf der Rechtsfolgenseite erzwingen einen erheblichen Bestimmtheitsgrad	60
bb) Analyse der Steuerungsqualität von § 32f Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 5 GWB	60
(1) Keine Legaldefinition und keine gesetzliche Konkretisierung	60
(2) Keine greifbare tatbestandliche Eingrenzung durch die Topoi nach § 32f Abs. 5 S. 2 GWB	61
(3) Keine Eingrenzung der Entscheidungskompetenz nach § 32f Abs. 3 S. 1 GWB durch Regelbeispiele nach § 32f Abs. 5 S. 1 GWB	63
(4) Kein wissenschaftlicher Konsens und keine vorfindlichen normativen Standards	64
(5) Keine Ex-ante-Orientierungssicherheit durch das Erheblichkeitskriterium	66
cc) Verfassungsrechtliche Bewertung	66
(1) Fehlende Orientierungssicherheit der Unternehmen schadet dem gesetzgeberischen Ziel	67
(2) Höhere Bestimmtheit gesetzgebungstechnisch möglich	68
(a) Beschränkung auf enumerativ aufgezählte und belegbar schädliche Szenarien	68
(b) Legislative Festlegung qualitativer und quantitativer Maßstäbe eines Schädlichkeitskonzepts („theory of harm“)	69
2. Gesetzes- bzw. Wesentlichkeitsvorbehalt	70
a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe	70
b) Wesentlichkeit der Bekämpfung von „Störungen“ des Wettbewerbs im Markt	72
c) Gesetzliche Regelungsdichte genügt nicht den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts	73
aa) Gesetzgeber hätte das Vorliegen einer „Störung“ des Wettbewerbs genauer definieren müssen	73
bb) Insbesondere: Gesetzgeber hätte näher festlegen müssen, wann mit Marktmacht eine Störung verbunden ist	74
cc) Auswahlentscheidung nach § 32f Abs. 3 S. 2 bis S. 4 GWB hätte normativ determiniert werden müssen	75
dd) Gesetzesvorbehalt und Beliebigkeit der in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB begründeten Zwangsbefugnisse	76

II. Grundrechtliche Freiheitsrechte	77
1. Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)	79
a) Eingriffswirkung der Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB	79
aa) Gewährleistungsgehalt von Art. 14 Abs. 1 GG	79
bb) Zweistufige Grundrechtsbeeinträchtigung	81
(1) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB)	81
(2) Erlass von Verpflichtungen nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB	81
bb) Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 S. 2 GWB und § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB als Inhaltsbestimmung	82
b) Grundrechtswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts	83
c) Fehlende Verhältnismäßigkeit	84
aa) Unbestimmtheit des gesetzgeberischen Ziels	85
bb) Legitimität einer allgemeinen Normalisierung bzw. Pathologisierung gesellschaftlicher Funktionssysteme?	88
cc) Bedenken gegen die Regelung über die Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB) ..	89
dd) Unverhältnismäßigkeit der Eingriffs- und Steuerungsbefug- nisse nach § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB	90
ee) Unangemessenheit der Regelungen über die Maßnahmen- adressaten	94
(1) Unangemessene Freiheitsbeeinträchtigung mangels Ex- ante-Erkennbarkeit des verlangten Verhaltens	95
(2) Inanspruchnahme aufgrund bloßer Marktmacht	96
(3) Inanspruchnahme ohne normative Verantwortlichkeit ...	96
(a) Ausgewählte Fallgruppen einer Inanspruchnahme von Unternehmen ohne normative Verantwortlichkeit	97
(b) § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB erfassen Aufopfe- rungskonstellationen	99
(c) § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB enthält keine Schutzvorkehrungen zugunsten „nicht verantwort- licher“ Unternehmen	99
(4) Keine Entschädigungsregel im Fall der Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Unternehmen	100
2. Unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG)	102
a) Gewährleistungsbereich des Art. 12 GG	102
b) Eingriff	103
c) Grundrechtswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts	105
d) Möglichkeit der Rechtfertigung	105
aa) Verfassungsgerichtliche Maßstäbe	105
bb) Designation als potentieller Maßnahmenadressat (§ 32f Abs. 3 S. 2 GWB)	106

cc) Unangemessenheit des Eingriffsinstrumentariums des § 32f Abs. 3 S. 6 und S. 7 GWB	106
Zusammenfassung der Ergebnisse	107
Literaturverzeichnis	111
Sachwortverzeichnis	116

Gegenstand und Anlass der Studie

Am 7. November 2023 ist die 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten.¹ Die Novelle ergänzt das überkommene und seit Jahrzehnten bestehende² Instrumentarium des GWB (Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle) um ein weiteres Eingriffsinstrument. § 32f GWB verleiht dem Bundeskartellamt (BKartA) die Befugnis, nach Feststellung einer „erhebliche(n) und fortwährende(n) Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“ beliebige „Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorzuschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind.“ Der Gebrauch der Eingriffsbefugnisse ist nicht davon abhängig, dass den erfassten Unternehmen ein Verhaltensunrecht vorgeworfen wird. Die Einführung dieses Instruments wird von den Gesetzgebungsorganen als „eine der größten Reformen des Wettbewerbsrechts der letzten Jahrzehnte“ angesehen.³ Der zuständige Minister sprach schon bei der Vorstellung der Gesetzesinitiative davon, „die größte Reform des Wettbewerbsrechts seit Ludwig Erhard“ anstoßen zu wollen. Es ging ihm darum, dem Kartellrecht „Klauen und Zähne“ zu verleihen. Im Gesetzgebungsverfahren war vielfach davon die Rede, dass das deutsche Wettbewerbsrecht durch die Einführung des § 32f GWB einen Paradigmenwechsel erfahren würde.⁴

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 294) geändert worden ist.

² Die Fusionskontrolle wurde durch die zweite GWB-Novelle 1973 eingeführt.

³ Bundesregierung, Mitteilung vom 8. November 2023 (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/kartellrecht-2183344>).

⁴ Vgl. etwa *Paal/Kieß*, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 2022, 678 (684): Die Autoren stellen am Ende einer überaus abgewogenen und nachdenklichen Untersuchung fest, dass es sich „bei § 32f GWB in Ansehung der weitreichenden Befugnisse und des ausgeprägten Ermessenspielraums bezüglich – verhaltensunabhängiger – Abhilfemaßnahmen des BKartA im Anschluss an eine Sektoruntersuchung weniger um die vom Gesetzgeber intendierte gebotene Komplettierung, sondern vielmehr um einen tiefgreifenden Paradigmenwechsel handelt. Weder das unionale noch das nationale Kartellrecht sehen de lege lata weitreichende verhaltensorientierte und strukturelle Maßnahmen bis hin zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung i. S. v. § 32f Abs. 4 GWB aufgrund verhaltensunabhängiger, gestörter Marktstrukturen vor.“

Es kann nicht verwundern, dass ein Gesetzgebungsvorhaben dieser Art und Reichweite kritische Einwände hervorgerufen hat. Die öffentliche Bekanntgabe des Referentenentwurfs löste eine Welle kritischer Stellungnahmen aus, sowohl von Seiten betroffener Verbände als auch von Seiten der Wissenschaft. Die befürwortenden Stimmen waren – so jedenfalls der Eindruck des Verfassers dieser Schrift – eher in der Minderheit.⁵ Die Kritik machte deutlich, dass der Referentenentwurf an erheblichen Defiziten litt. Der wenige Monate später vorgelegte Gesetzesentwurf sah eine deutliche Überarbeitung der in § 32f GWB enthaltenen Befugnisse vor. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren kam es dann nochmals zu leichten Änderungen. Politisch konnte das Vorhaben trotz der Kritik in den Grundzügen unverändert durchgesetzt werden. Die Augen richten sich jetzt auf das BKartA: Die in vielerlei Hinsicht offenen neuen Kompetenzen lassen der ausführenden Verwaltungsbehörde erhebliche Spielräume. Der Präsident des BKartA hat zu erkennen gegeben, dass die Behörde von der neuen Befugnis mit Umsicht, zurückhaltend und „eher punktuell“ Gebrauch machen wird.⁶

Im Zentrum der Diskussion über die in § 32f GWB enthaltenen Befugnisse standen wettbewerbsökonomische und wettbewerbspolitische Überlegungen.⁷ Darüber hinaus wurde die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Vorgaben des EU-Rechts diskutiert.⁸ Auf einem dritten Diskussionsfeld wurde über die Verfassungskonformität des Gesetzes gestritten. An dieser Stelle setzt die hiermit vorgelegte Studie an: Sie arbeitet heraus, dass die gesetzlichen Grundlagen des neuen Instruments in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtlich angreifbar sind. Orientiert man sich am Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu wesentlichen Staatsfundamentalnormen und -prinzipien, kann das Gesetz so nach der in dieser Studie begründeten Auffassung keinen Bestand haben. Kennerinnen und Kenner des Verfassungsrechts wissen, dass das Gericht seine Maßstäbe im Lichte des konkreten Falls und vor dem Hintergrund neuerer Entwicklungen kontinuierlich fortschreibt, anpasst und gegebenenfalls auch so rekonzeptionalisiert, dass ein politisches Vorhaben durchgehen kann. Eine verfassungsrechtliche Prüfung muss sich auf das

⁵ Es liegt auf der Hand, dass von den Befürwortern des Gesetzesvorhabens nach allgemeinen politik-ökonomischen Grundsätzen weniger Aktivität verlangt war als von den Gegnern.

⁶ *Mundt*, Verstoßunabhängige Abhilfemaßnahmen nach der 11. GWB-Novelle – was ist (nicht) zu erwarten?, WuW 2023, S. 521. Siehe auch die Einordnung von *Mundt*, Paradigmenwechsel in der 11. GWB-Novelle? Die Sicht der Praxis, NZKart 2023, 1.

⁷ Zur Effektivität von neuen „competition tools“ etwa: *Franck*, Open Markets in the Era of Fintech and Big Tech: Lessons for the Institutional Design of Competition Policy, 2022, S. 36 f., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4218097.

⁸ Siehe etwa *Ackermann*, Die 11. GWB-Novelle: Aufbruch zum kartellbehördlichen Marktdesign?, GRUR 2022, 1705.

Gegebene stützen und kann diese zukünftigen Wendungen nicht voraussehen oder gar antizipieren. Der Ausgang einer verfassungsgerichtlichen Prüfung des § 32f GWB und der dort enthaltenen Befugnisse ist damit offen. Zu einer derartigen Prüfung wird es allenfalls in einigen Jahren kommen, in der Folge eines fachgerichtlichen Streits über die Rechtskonformität einer Eingriffsmaßnahme des BKartA nach § 32f GWB und in Form einer inzidenten Normenkontrolle als Teil der Verfassungsbeschwerde. Noch steht in den Sternen, ob sich die Karlsruher Richterinnen und Richter den mit der neuen Befugnis verbundenen Problemen dann mit einem Engagement zuwenden werden, das über den für einen Nichtannahmebeschluss⁹ erforderlichen Aufwand hinausgeht.

Die hiermit in Buchform vorgelegte Schrift beruht auf einer Untersuchung, die der Verfasser im Auftrag des Handelsverbands Deutschland – HDE e.V. im Frühsommer 2023 vorgenommen hat. Die damalige Untersuchung sollte den gesetzgebenden Organen bei der Einordnung und Beurteilung der verfassungsrechtlichen Dimension des geplanten Vorhabens kritische Unterstützung gewähren und auf Bedenken hinweisen, die im politischen Prozess nicht hinreichende Resonanz erfahren hatten. Das verfassungsrechtliche Interesse an dem neuen Eingriffsinstrument ist mit dem Inkrafttreten des Gesetzes allerdings nicht erloschen: Das Gesetzgebungsverfahren und sein Ergebnis spiegeln das Verfassungsverständnis seiner Akteure – und sollte das Eingriffsinstrument Bestand haben, wird es sich auf das (Selbst-)Verständnis des Grundgesetzes und seiner Prinzipien und Regeln auswirken. Verfassungsrecht ist nicht statisch, und das (Selbst-)Verständnis der Verfassung wird durch politische Prozesse berührt, beeinflusst und geprägt. Im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen steht damit die Frage, was es für eine freiheitlich-rechtsstaatliche Verfassung bedeutet, dass einer Verwaltungsbehörde ein Instrument der Art, wie es sich in § 32f GWB findet, verliehen worden ist.

Ich danke dem Handelsverband Deutschland – HDE e.V. für die Übernahme der Druckkosten.

Tübingen/Berkeley, im Januar 2024

Martin Nettesheim

⁹ §§ 93a, 93d BVerfGG.