

Funktion und Grenzen des Kartellrechts als "Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft" Status quo und Perspektiven

AsJ Köln
8.9.2022

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Universität zu Köln

A. Funktionen und Grenzen des Kartellrechts

I. Was ist Kartellrecht und was sind seine Ziele?

- „**Kartellrecht**“ = ein Kernbereich des Wettbewerbsrechts
 - **Kartellrecht** schützt die *Freiheit* des Wettbewerbs
 - **Lauterkeitsrecht** (UWG) schützt die *Fairness* im Wettbewerb
 - **Spezialgesetze** für regulierte Bereiche mit ehemaligen Staatsmonopolen (Energie, TK, Bahn, Post), Beihilfenrecht, Vergaberecht
- **GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**
 - Ziel ist der Schutz des Wettbewerbs, der Offenheit der Märkte und der Entscheidungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer und
 - *dadurch* die Förderung von Konsumentenwohlfaht und Innovation
 - GWB als „**Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft**“ (*Erhard*)
- **Verfassungsrang der Art. 101, 102 AEUV in der EU**

A. Funktionen und Grenzen des Kartellrechts

II. Was ist Wettbewerb und warum ist er schützenswert?

1. Wettbewerb

Adam Smith, Wealth of Nations, 1789: Wettbewerb als Verfahren der herrschaftsfreien gesellschaftlichen Koordination und Selbststeuerung

- „**unsichtbare Hand des Marktes**“ transformiert egoistisches Gewinnstreben Einzelner in mehr „Wohlstand für alle“
- **Markt als „Entdeckungsverfahren“** (v. Hayek), d.h. basisdemokratische Schwarmintelligenz anstelle von angemäßigem Wissen weniger Staatsdiener
- „*Nicht der Staat hat darüber zu entscheiden, wer am Markt obsiegen soll, aber auch nicht eine unternehmerische Organisation wie ein Kartell, sondern ausschließlich der Verbraucher*“ (Erhard).

2. Voraussetzungen für wettbewerbliche Selbststeuerung

- Privatautonomie
- Privateigentum
- freie, marktorientierte Wirtschaftsordnung
- **aber** im Rahmen gesetzlicher – nicht nur kartellrechtlicher – „Leitplanken“

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

3

A. Funktionen und Grenzen des Kartellrechts

2. Funktionen des Wettbewerbs

- **Selektionsfunktion:** die besten Anbieter (bzw. Nachfrager) setzen sich durch, „survival of the fittest“
=> dass Unternehmen pleitegehen, ist Zeichen *funktionierenden* Wettbewerbs, weil das Kartellrecht den *Wettbewerb als solchen* und nicht einzelne Wettbewerber schützt
- **Steuerungsfunktion:** das Angebot wird durch die Nachfrage gesteuert
- **Koordinierungsfunktion:** Produktionsfaktoren und Ressourcen werden auf die jeweils effizienteste Verwendungsart gelenkt
- **Innovationsfunktion:** Unternehmen werden gezwungen, Produkte und Produktion ständig zu verbessern und Preise zu senken
=> Diese Faktoren sind wichtige Gründe für die Überlegenheit der Marktwirtschaft.
- **Entmachtungsfunktion:** verhindern, dass Unternehmen ihre Macht im Verhältnis zur Marktgegenseite und zum Staat ausnutzen können und
=> wichtiger Antrieb für US-Antitrustrechts im Sherman Act 1890, heute wieder aktuell

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

4

A. Funktionen und Grenzen des Kartellrechts

III. Was sind Wettbewerbsbeschränkungen?

1. Wer beschränkt den Wettbewerb?

- **Staat:** „gefährlichster Feind des freien Wettbewerbs“ (*Emmerich*), aber nur eingeschränkt dem Kartellrecht unterworfen), Beihilfenrecht, Vergaberecht
- **Unternehmen (= Adressaten des Kartellrechts):** Kartellrecht setzt *unternehmerischer* Freiheit „Leitplanken“, greift aber möglichst nicht ins Steuer!

2. Kartelle (Art. 101 AEUV, § 1 GWB)

- **verboten**, wenn **Verhaltensabstimmung** zwischen Unternehmen eine **Wettbewerbsbeschränkung** bezweckt oder bewirkt, z.B.
 - Preisabsprachen zwischen Herstellern
 - aber auch Preisabsprachen zwischen Herstellern und Händlern
 - oder Absprachen über Vertriebswege, Ladenöffnungszeiten usw.
- **Ausnahmen durch Freistellung** (z.B. zur Forschungsförderung möglich)
- **Gesetzliche Ausnahmereiche** (z.B. Landwirtschaft, Rüstung etc.)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

5

A. Funktionen und Grenzen des Kartellrechts

3. Missbrauch von Marktmacht (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB)

- **verboten**, wenn Wettbewerber unbillig **behindert** oder Marktpartner (insbesondere Verbraucher) **ausgebeutet** werden
- gilt nur für Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung (§§ 18, 19 GWB, Art. 102 AEUV) oder Marktmacht (§ 20 GWB)
- **Monopole an sich** sind nicht verboten, wenn sie durch internes Wachstum (wirtschaftlichen Erfolg) entstehen. Verboten ist nur der Machtmissbrauch!

4. Unternehmenszusammenschlüsse (EU-FKVO, §§ 35 ff. GWB)

- **Fusionen an sich sind nicht verboten**
- **aber große Zusammenschlüsse werden aber vorab kontrolliert und dürfen erst nach Freigabe oder Ablauf der Prüffrist vollzogen werden**
- Fusionskontrolle verhindert **Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht/Monopolen** durch Zusammenschlüsse von Unternehmen (externes Wachstum)
- Verbote sind sehr selten (EU: nur 31 von 8612 angemeldeten Fusionen).

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

6

A. Funktionen und Grenzen des Kartellrechts

VI. Wie wird das Kartellrecht durchgesetzt?

1. Kartellbehördlich (primär)

- durch **Verwaltungsakte**
- der **Landeskartellbehörden** (z.B. NRW), des **BKartA** (D) und der **EU-Kommission** (EU)
- **Ge- und Verbote** (§ 32 GWB)
- **Bußgelder** (§ 81 GWB, bis zu 10 % des Konzernvorjahresumsatzes)
- **Vorteilsabschöpfung** (nur in D, § 34 GWB)

2. Zivilgerichtlich (flankierend)

- Kartellverträge sind **nichtig** (§ 134 BGB, Art. 101 Abs. 2 AEUV).
- Klagen auf **Unterlassung und Beseitigung** durch Betroffene und Verbände (§ 33 GWB)
- Klagen auf **Vorteilsabschöpfung durch Verbände** (§ 34a GWB).
- Klagen auf **Kartellschadensersatz** (§ 33a GWB).

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

7

B. BMWK-Pläne für 2022



ARTIKEL Europäische und internationale Energiepolitik

Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck plant Verschärfung des Wettbewerbsrechts

Das Kartellamt soll missbrauchsunabhängige Eingriffsbefugnisse erhalten. Hürden für kartellrechtliche Gewinnabschöpfung sollen gesenkt werden

Angesichts der aktuellen Diskussion um Tankstellenpreise plant Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck eine Verschärfung des Wettbewerbsrechts. Eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll noch auf dieses Jahr vorgezogen werden. Ziel ist es, die Befugnisse des Kartellamts zu erweitern. Unter anderem sollen die Hürden für eine kartellrechtliche Gewinnabschöpfung gesenkt werden. Das Kartellamt soll zudem missbrauchsunabhängige Eingriffsbefugnisse erhalten. Eine solche Verschärfung des Wettbewerbsrechts kann zwar nicht kurzfristig in der aktuellen Situation wirken, aber dem Staat die nötige Stärke geben, zukünftig besser einzugreifen.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

8

I. Anlass



„Bild“ vom 1. November 1973

9

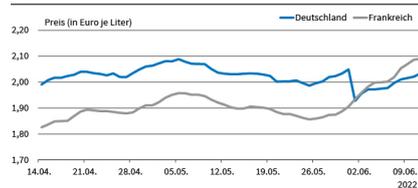
I. Anlass

BMWK (11.6.22):
 „Der Tankrabatt wird
 offenbar nicht voll
 weitergegeben“

Ifo-Institut (14.6.22):
 „Ölkonzerne
 geben Tankrabatt
 zu 85 bis 100
 Prozent weiter“



Dieselpreise in Deutschland und Frankreich
 Tagesdurchschnittswerte



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Tankerkönig und Le prix des carburants. © Ifo Institut

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

10

II. Aktuelle Pläne des BMWK für 2022

1. **Missbrauchsunabhängige Entflechtung** ermöglichen, um Wettbewerb auf verfestigten Märkten zu schaffen und
2. dafür **Sektoruntersuchungen** schlagkräftiger ausgestalten;
3. Hürden für kartellrechtliche **Gewinnabschöpfung** senken und so Schlagkraft der Kartelldurchsetzung erhöhen:

*„Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung **hilft zwar kurzfristig nicht** für den Tankrabatt, verbessert aber für die Zukunft die Handlungsoptionen des Bundeskartellamts erheblich“ ...*

*„wo es nur wenige Anbieter im Markt (oligopolistische Märkte) mit hohen Gewinnmargen gibt, Märkte sich zum Nachteil der Endkunden verfestigen und hohe Preise oder schlechte Qualität die Folgen sind, kann die missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit **sinnvoll Abhilfe schaffen**“ ...*

*„Missbrauch aber schwer nachweisbar ... Somit kann das Instrument auf zahlreichen Märkten – nicht nur im Kraftstoffbereich – das **Marktergebnis für die Verbraucherinnen und Verbraucher deutlich verbessern**“.*

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

11

III. Rückblick



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

12

III. Rückblick

2022: Missbrauchsunabhängige Entflechtung, Sektoruntersuchung, Gewinnerschöpfung

⇒ „Vor-Novelle“ 2022 / 11. GWB-Novelle 2023 ?

2009/2010: Entflechtungsgesetz

⇒ „Theaterdonner eines Maulhelden“ (*Möschel*)

⇒ nicht mit 8. GWB-Novelle 2010 umgesetzt

Entflechtungsgesetz

Brüderle will Konzerne zerschlagen lassen

Im Kampf gegen Marktverzerrung soll das Kartellamt gestärkt werden. Die Wettbewerber sollen Konzerne aufteilen können - schon beim Verdacht der Marktbeherrschung.

11. Januar 2010, 0:00 Uhr / Quelle: ZEIT ONLINE, Reuters / Bildagentur

1979/80: 2. Versuch

⇒ nicht mit 4. GWB-Novelle 1980 umgesetzt



11. Januar 2010, 0:00 Uhr / Quelle: ZEIT ONLINE, Reuters / Bildagentur

1949/1958: Josten-Entwurf

⇒ nicht in GWB 1958 umgesetzt

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

13

IV. Ausländische Erfahrungen

1. USA

- Standard Oil (1911)
- American Tobacco (1911)
- Alcoa (1945/50)
- Paramount Pictures (1948)
- IBM (1956)
- AT&T (1949 - 1982)
- Microsoft (1999 - 2002)

2. UK

- „Beer Orders“ (1989)
- British Airport Authority (2009)



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

14

V. Entflechtungsgesetz 2010

- Entwurf eines Referentenwurfs zur 8. GWB-Novelle
- Sondergutachten 58 der Monopolkommission 2010
- Arbeitspapier zum Arbeitskreis Kartellrecht des BKartA

§ 41a Abs. 1 S. 1 GWB-VorRefE (Quelle: MoPoKo, Sondergutachten 58):

„Sind auf einem **Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung** Unternehmen marktbeherrschend und ist **auf absehbare Zeit das Fortbestehen dieser Marktbeherrschung** zu erwarten, obwohl **Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich** ist, kann das Bundeskartellamt auf der Grundlage einer aktuellen Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweiges anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies eine **wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen** erwarten lässt und **verhältnismäßig** ist“.

VI. Missbrauchsunabhängige Entflechtung

- **Externes Wachstums:** Fusionskontrolle => **SIEC**
- **Internes Wachstum** mit wettbewerbskonformen Mittel ist **legal!**
=> **keine Bestrafung wettbewerblichen Erfolgs!**
- **Risiken der objektiven Entflechtung** (MoPoKo, SG 58), u.a.
 - Verlust von Größen- und Verbundvorteilen sowie Rationalisierungsgewinnen
 - Doppelte Marginalisierung bei vertikaler Entflechtung
 - Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen
 - **Lösung durch Ausgleichsansprüche gegen den Bund?**

VI. Missbrauchsunabhängige Entflechtung

- Vorschlag einer objektiven Entflechtung ist primär „**Theaterdonner**“:
 - wettbewerbspolitisch nicht sinnvoll
 - international nicht durchsetzbar
 - positive Auswirkungen auf den Wettbewerb eher unwahrscheinlich
- Entflechtung nach Machtmissbrauch sollte nur **ultima ratio** gegenüber kartellrechtlichen „Intensivtätern“ sein.
 - Vgl. auch **Art. 16 DMA-E**: „Three strikes, you are out“.
- **Koalitionsvertrag**: Frage nach objektiver Entflechtung sollte als ultima ratio **auf EU-Ebene** behandelt werden.

VII. Missbrauchsunabhängige Gewinnabschöpfung, § 34 GWB

- **§ 34 ist** subsidiär gegenüber anderen Instrumenten – und nicht nur „tot“, sondern auch **überflüssig**.
- **Kompensation Geschädigter**
 - Schadensersatz (§ 33a)
 - Rückerstattungsverfügung (§ 32 Abs. 2a)
- **Sanktionierung zugunsten des Staates**
 - Bußgelder (§§ 81 ff.)
- **Abschöpfung legaler Gewinne durch den Staat?**
 - Abschöpfung legaler Gewinne widerspricht Leitbild des GWB
 - auch bloße Beweislastumkehr („Schuldvermutung“) wäre problematisch
 - Abschöpfung legaler Gewinne ist demgegenüber typisch für Steuern
=> keine verkappte „Übergewinnsteuer“ oder „Zufallsabgabe“ via GWB!

VIII. Zwischenfazit



Quelle: <https://readingthebooktravel.com/ultimate-tower-of-london-visit/>

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

19

C. 11. GWB-Novelle 2023

I. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen beim Kartellverbot (und ggf. auch in der Fusionskontrolle)

- ist auch **in anderen Rechtsordnungen** schon implementiert (Österreich) oder geplant (EU, Niederlande)
- diskutabel, aber nur, wenn auf bestimmte, klar definierte Ziele (z.B. Klimaschutz) begrenzt, da sonst **Politisierung des Kartellrechts** droht
 - Politisierung des Kartellrechts, wäre schlecht, weil sie den Wettbewerbsschutz verwässern und das Kartellverfahren für Lobbydruck öffnen würde (bisherige, rein wettbewerbliche Ausrichtung des Kartellrechts schützt BKartA davor).
- **Alternative: Ministererlaubnis** (gibt es schon in der deutschen Fusionskontrolle und könnte beim Kartellverbot wieder eingeführt werden, wie schon bis zur 7. GWB-Novelle 2005)
- Sollte letztlich so gemacht werden wie auf EU-Ebene.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

20

C. 11. GWB-Novelle 2023

II. Stärkung der Verbraucherschutzkompetenzen des BKartA

- Unklar, ob das kommt („Dauerbrenner“, mindestens seit Planung der 9. GWB-Novelle 2017)
- Derzeit **Sektoruntersuchungen** nach § 32e Abs. 5 GWB bei massenhaften Verbraucherschutzrechtsverstößen möglich,
- aber keine Sanktionsbefugnisse des BKartA im Rahmen dieser Untersuchungen.
- Daher Überlegung: *De lege ferenda* ggf. auch **Durchsetzung** von UWG und Verbraucherschutzregelungen durch BKartA ähnlich wie ACM (Niederlande) oder FTC (USA)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de