

Stellungnahme

zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur
Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und
zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbs-
verstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)



I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland 300 000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450 000 Standorten einen Umsatz von rund 535 Milliarden Euro jährlich. Im HDE sind Unternehmen aller Branchen, Größenklassen und Vertriebswege mit rund 100 000 Betriebsstätten organisiert. Sie stehen für rund 75 Prozent des Einzelhandelsumsatzes in Deutschland.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen primär verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen einschließlich der Entflechtung von Unternehmen zur Beseitigung oder Verringerung erheblicher, andauernder oder wiederholter Wettbewerbsstörungen ermöglicht werden. Um unterstellte Vorteile in Folge eines Kartellrechtsverstößes unproblematisch abschöpfen zu können, soll die Beweislast im Hinblick auf den Unrechtsgewinn auf die betroffenen Unternehmen verlagert werden. Schließlich soll die Möglichkeit geschaffen werden, die Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle deutlich abzusenken, um auch Zusammenschlüsse zu erfassen, die nach der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers keine hinreichende gesamtwirtschaftliche Bedeutung haben. Daneben sollen Sektoruntersuchungen beschleunigt und die Durchsetzung der EU-Vorgaben des DMA gewährleistet werden.

Der Gesetzentwurf wurde den Verbänden am Montag, 26.09.2022, übersandt. Gleichzeitig wurde für Dienstag, 04.10.2022, eine virtuelle Anhörung terminiert und eine Frist zur Abgabe einer Stellungnahme bis zum Freitag, 07.10.2022, gesetzt. Wegen des Feiertags am 03.10.2022 waren die Verbände damit gezwungen, innerhalb von vier Werktagen eine verbandsinterne Position mit ihren Mitgliedern abzustimmen, um diese im Rahmen der Anhörung artikulieren zu können. Diese Position musste anschließend innerhalb von vier weiteren Werktagen in einer schriftlichen Stellungnahme dargelegt werden. Diese kurzen Fristen werden der Bedeutung der geplanten gesetzlichen Änderungen, die in Teilen einem Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht entsprechen und weitgehende Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Unternehmen vorsehen, in keiner Weise gerecht. Die kurzen Fristen sind auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil weder wegen EU-Vorgaben noch wegen akuter Störungen des Wettbewerbs gesetzliche Änderungen dringend geboten erscheinen. Im Gegenteil gebieten die Bedeutung der geplanten Neuregelungen und die damit im Zusammenhang stehenden ordnungspolitischen, aber auch verfassungs- und rechtsstaatlichen Fragen eine umfassende gesellschaftliche Debatte. Diese kann sich aber innerhalb von insgesamt acht Tagen nicht in angemessener Weise entfalten. Wir bedauern außerordentlich, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz durch die Setzung unverhältnismäßig kurzer Fristen den Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens konterkariert.

Weiterhin möchten wir daran erinnern, dass sich die deutsche Wirtschaft in der schwersten Krise seit Ende des Zweiten Weltkriegs befindet. Ausgehend von der Covid-19-Pandemie hat sich die Krise in



den letzten Monaten kontinuierlich verschärft. Von den gestörten Lieferketten, der Inflation und den Unsicherheiten im Bereich der Energieversorgung wurden zwischenzeitlich fast alle Teile der Wirtschaft erfasst. Schon jetzt sind nicht wenige Unternehmen in ihrer Existenz gefährdet. Dabei wird damit gerechnet, dass sich die Krise im kommenden Jahr sogar noch weiter zuspitzt.

Schon die beiden letzten Coronajahre haben den Einzelhandel durch staatliche Restriktionen bis hin zu monatelangen Geschäftsschließungen unmittelbar getroffen. In einzelnen Branchen des Handels, insbesondere dem innerstädtischen Nonfoodhandel, liegt der Umsatz auch heute noch um bis zu 20 Prozent unter dem Vorkrisenniveau aus 2019. Nach den harten, zum Teil bereits existenzgefährdenden Coronajahren mangelt es im Handel vielerorts an finanziellen Rücklagen, um die aktuelle Energiepreisentwicklung kurzfristig auffangen zu können.

Die Energiekosten im Einzelhandel sind seit Jahresbeginn im Durchschnitt um knapp 150 Prozent gestiegen. In der Folge sieht mehr als die Hälfte der Handelsunternehmen in Deutschland ihre wirtschaftliche Existenz bedroht. Zudem spürt die Branche die konjunkturelle Eintrübung bereits jetzt sehr deutlich. Die Konsumstimmung ist im Keller. Für das zweite Halbjahr rechnet der HDE deshalb für den Einzelhandel insgesamt mit einem realen durchschnittlichen Umsatzrückgang von fünf Prozent zum Vorjahr. Störungen in den Lieferketten belasten das Geschäft zusätzlich.

Der Gesetzgeber wäre gut beraten, diese außergewöhnlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen, wenn er den Standort Deutschland im globalen und europäischen Wettbewerb nicht ernsthaft gefährden will. In dieser labilen Phase sollte der Gesetzgeber daher mit Fingerspitzengefühl sowie Augenmaß agieren und sich unnötiger Eingriffe in die bewährte Wettbewerbsordnung enthalten. Auf die Einführung neuer Instrumente im Wettbewerbsrecht, die Unternehmen unnütz verunsichern, deren Wachstum und damit die Wettbewerbsintensität dämpfen, sollte daher unbedingt verzichtet werden.

II. Grundsätzliches

Mit dem Gesetzentwurf wird primär das Ziel verfolgt, Eingriffsbefugnisse für die Kartellbehörde zu schaffen, auch wenn kein ein- oder mehrseitiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten vorliegt. Die derzeit fehlenden Möglichkeiten, in konzentrierte Märkte einzugreifen, auch wenn die hier tätigen Unternehmen sich rechtskonform verhalten und die Marktsituation Ergebnis eines freien und unbeschränkten Wettbewerbs ist, wird in der Begründung des Referentenentwurfs ausdrücklich als Manko hervorgehoben. Zwar wird darauf hingewiesen, dass internes Wachstum in der Regel „positiver“ bewertet werde, da es Ausdruck eines erfolgreichen Leistungswettbewerbs sei. Gleichwohl lässt bereits diese Formulierung eine bedenkliche Skepsis gegenüber erfolgreichem Unternehmertum erkennen. Auch wenn eingeräumt wird, dass Anreize für Unternehmen, eine starke Marktstellung erlangen zu können, für die Funktionsweise einer Marktwirtschaft zentral seien und erhalten werden müssten, sind die vorliegenden Änderungen in der Praxis geeignet, genau diese Anreize zu minimieren und die Wettbewerbsprozesse empfindlich zu stören.



Die Tatsache, dass die neuen Eingriffsbefugnisse vordergründig lediglich an bestehende Marktstrukturen anknüpfen, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit den Neuregelungen im Ergebnis verhaltensunabhängig die aus eigener Kraft gewachsene Größe und Marktstärke eines Unternehmens in den Fokus behördlicher Tätigkeit gerückt werden soll. Dies stellt nicht weniger als einen Paradigmenwechsel in der deutschen Wettbewerbsordnung dar.

Bisher war es das Ziel des Kartellrechts, den ungestörten Wettbewerb sicherzustellen, indem wettbewerbsbeschränkendes Verhalten unterbunden wurde und externes Wachstum durch Fusionen einer behördlichen Kontrolle unterlag. Selbst eine marktbeherrschende Stellung wird dabei wettbewerbspolitisch ausdrücklich nicht missbilligt, solange kein Missbrauch vorliegt. Mit den vorliegenden Änderungen will der Gesetzgeber nun mit behördlichen Maßnahmen selbst in die Wettbewerbsprozesse eingreifen und dem Bundeskartellamt Aufgaben übertragen, die ihm den Charakter einer Supra-Regulierungsbehörde verleihen. Politisch unerwünschte Ergebnisse erfolgreichen Unternehmertums sollen in Zukunft also durch behördliche Vorgaben, welche das Bundeskartellamt im eigenen Ermessen formulieren kann, korrigiert werden. Auf diese Weise wird ein Ordnungsrahmen für die Wirtschaftsverfassung geschaffen, der zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen wird. Es besteht die Gefahr, dass Wettbewerb und Innovation willkürlichen Markteingriffen ausgesetzt werden. Nicht einmal in regulierten Märkten steht die Eingriffsschwelle in einem so deutlichen Missverhältnis zur potenziellen Schwere des Markteingriffs, wie dies vorliegend mit der vagen und offen gehaltenen Begründung eines „gestörten“ Wettbewerbs ohne konkret nachgewiesenen Wettbewerbsverstoß der Fall ist.

Hier kommt ein grundsätzliches Misstrauen gegenüber der Richtigkeit der Ergebnisse freier Wettbewerbsprozesse zum Ausdruck. Während strukturelle Maßnahmen bislang nur unter der Voraussetzung eines Rechtsverstößes ergriffen werden konnten, geraten völlig legal und erfolgreich agierende Unternehmen in Zukunft allein wegen ihrer Marktbedeutung in den Zugriffsbereich der Kartellbehörde. Wirtschaftlicher Erfolg und daraus resultierende starke Marktstellungen werden damit unter Generalverdacht gestellt. Die Triebfedern einer funktionierenden Marktwirtschaft mit ihren positiven Folgen für die Verbraucherwohlfahrt und das Wachstum gesellschaftlichen Wohlstands werden faktisch in Frage gestellt, indem internes Wachstum für die Unternehmen an Attraktivität verliert, weil dies zu staatlichen Eingriffen und Beschränkungen in die unternehmerische Handlungsfreiheit führen kann, die bei Entflechtungen sogar existenzbedrohende Formen annehmen können.

Die Zielsetzung des Gesetzentwurfs geht daher von vornherein in die falsche Richtung, weil er meint, durch behördliches Handeln politisch unerwünschte Marktverhältnisse korrigieren zu müssen, obwohl diese das Ergebnis freier Wettbewerbsprozesse sind und bestehende Marktstärke nicht wettbewerbsbeschränkend missbraucht werden.

Ebenso verfehlt und verfassungsrechtlich bedenklich ist die erleichterte Möglichkeit der Gewinnabschöpfung, die aufgrund der unmittelbaren Anknüpfung an einen Kartellverstoß und wegen des fehlenden Nachweises in Bezug auf die Existenz eines Unrechtsgewinns den Charakter einer verschuldensunabhängigen Nebensanktion im Gewand einer „Verwaltungsmaßnahme“ erhält.



Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass mit dem Gesetzentwurf die Rolle des Staates im Wettbewerb neu definiert werden soll. Die neuen Eingriffsmöglichkeiten gehen deutlich über eine Kontrolle und Gewährleistung des freien Wettbewerbs hinaus. Die Ergebnisse legaler Marktprozesse werden nicht mehr akzeptiert. Vielmehr will der Staat selbst gestaltend in den Markt eingreifen. Auf diese Weise werden die Freiheit der Wettbewerbsordnung und der Anreiz zur Innovation beschädigt und nicht geschützt. Es drohen Nachteile für die Verbraucher und Wohlstandsverluste. Aber auch wegen rechtsstaatlicher und verfassungsrechtlicher Bedenken sollte der Gesetzgeber auf die zentralen Elemente der vorliegenden Novelle verzichten. Unsere Kritikpunkte und Bedenken werden im Folgenden detailliert erläutert.

III. Zu den Änderungen im Einzelnen

1. Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (32 e Abs. 3 GWB-E)

Es ist vorgesehen, das Bundeskartellamt mit einer „Soll-Vorschrift“ dazu anzuhalten, Sektoruntersuchungen in Zukunft 18 Monate nach der Eröffnung abzuschließen. Die Frist von 18 Monaten ist nach der Gesetzesbegründung als Regeldauer zu verstehen. Die Vorgabe stellt für die Arbeit des Bundeskartellamts damit lediglich einen Orientierungspunkt dar. Wird die Regeldauer vom Bundeskartellamt nicht eingehalten, sind damit keine Rechtsfolgen verbunden.

Die geplante Beschleunigung der Sektoruntersuchungen halten wir für problematisch. Gerade wegen der in § 32 f GWB-E vorgesehenen weitgehenden Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an eine Sektoruntersuchung ist eine gründliche und fundierte Erarbeitung der Sektoruntersuchung dringend geboten. Eine eingehende Untersuchung erfordert aber Zeit und steht damit im Widerspruch zu der geplanten Beschleunigung. Daran ändert auch die Tatsache, dass die Frist von 18 Monaten lediglich einen Orientierungspunkt darstellt, nichts. Die Regeldauer baut nämlich in jedem Fall Druck gegenüber dem Bundeskartellamt auf, Sektoruntersuchungen soweit irgendwie möglich innerhalb dieser Frist abzuschließen. Dies ist auch die erklärte Intention des Gesetzgebers. Es besteht damit die Gefahr, dass dieser bewusst aufgebaute Zeitdruck die Qualität der Sektoruntersuchungen negativ beeinflussen wird.

Die Frist von 18 Monaten ist auch nicht erforderlich, da das Bundeskartellamt keinen Anlass zur Annahme gegeben hat, den Abschluss von Sektoruntersuchungen zu verschleppen. Im Gegenteil wurden diese vom Bundeskartellamt regelmäßig zügig geführt, häufig verbunden mit erheblichen Belastungen für die betroffenen Unternehmen, die wiederholt umfangreiche Auskunftersuchen binnen kurzer Fristen beantworten mussten. Es liegt auf der Hand, dass eine Beschleunigung zu zusätzlichen Belastungen und Zeitdruck bei der Datenerhebung in den Unternehmen führen wird. Im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel mussten zum Beispiel Daten in den Unternehmen zum großen Teil manuell zusammengestellt werden. Verbunden mit den vom Bundeskartellamt gesetzten Fristen hat dies die Unternehmen bereits nach geltendem Recht an den Rand der Belastungsfähigkeit



geführt. Eine weitere zeitliche Beschleunigung wäre daher auch mit dem Risiko verbunden, die Unternehmen bei der Zulieferung vollständig zu überfordern.

Auf die mit § 32 e Abs. 3 GWB-E geplante Beschleunigung der Sektoruntersuchung sollte daher verzichtet werden, da diese Maßnahme nicht erforderlich ist, zu erheblichen Belastungen bei den Unternehmen führen wird und mit der Gefahr verbunden ist, die Qualität der Ergebnisse von Sektoruntersuchungen zu beeinträchtigen.

Stattdessen halten wir es allerdings – gerade mit Blick auf die in § 32 f GWB-E vorgesehen Rechtsfolgen im Zusammenhang mit möglichen Ergebnissen der Sektoruntersuchung – für geboten, das Verfahren und die Beteiligungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen klar und eindeutig gesetzlich zu regeln. Hierbei muss ein transparentes Verfahren gewährleistet werden, welches auch die Möglichkeit der betroffenen Unternehmen vorsieht, sich aktiv z. B. durch Stellungnahmen einzubringen und vorläufige Ergebnisse der Sektoruntersuchung vor Veröffentlichung des finalen Berichts kommentieren zu können. Nur so wird die notwendige Qualität der Ergebnisse und die Akzeptanz etwaiger Maßnahmen im Zusammenhang mit Sektoruntersuchungen sichergestellt.

2. Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen (§ 32 f GWB-E)

a) Möglichkeit zur Verpflichtung von Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen (§ 32 f Abs. 2 GWB-E)

Das Bundeskartellamt soll die Möglichkeit erhalten, nach Veröffentlichung der Ergebnisse einer Sektoruntersuchung Unternehmen zu verpflichten, innerhalb von drei Jahren Zusammenschlüsse anzumelden, soweit

- objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte bestehen, dass durch Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb erheblich behindert werden könnte;
- der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsätze im Inland von mehr als 50 Mio. Euro erzielt hat;
- das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsätze im Inland von mindestens 500 Tsd. Euro erzielt hat.

Die Möglichkeiten, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, gehen deutlich über die bisher geltende Regelung des § 39 a GWB hinaus, weil die Umsatzschwelle des Erwerbers von 500 Mio. Euro auf 50 Mio. Euro signifikant abgesenkt wird. Die neue Umsatzschwelle des erwerbenden Unternehmens ist dagegen mit 500 Tsd. Euro so niedrig angesetzt, dass damit nur der Erwerb von Kleinunternehmen von der Anmeldepflicht ausgenommen wird und diese zusätzliche Voraussetzung kein wirksames Korrektiv zur erheblich erweiterten Möglichkeit des Bundeskartellamts, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, darstellt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 32 f Abs. 2 GWB-E - anders als § 39



a Abs. 2 Nr. 2 GWB geltender Fassung - keinen wesentlichen Inlandsbezug der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens voraussetzt, so dass auch Erwerbe unter diese Vorschrift fallen würden, bei denen das zu erwerbende Unternehmen nur unbedeutende unternehmerische Aktivitäten in Deutschland entfaltet.

Im Zuge der 10. GWB-Novelle haben wir bereits die Regelung des § 39 a GWB wegen rechtsstaatlicher Bedenken entschieden abgelehnt. Mit der Möglichkeit, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, werden bestimmte Branchen und Unternehmen einer spezifischen Fusionskontrolle erheblich unterhalb der gesetzlichen Kriterien des § 35 GWB unterworfen.

Das Kriterium des § 32 f Abs. 2 S. 1 GWB-E („objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland ... erheblich behindert werden könnte“) ist jedenfalls ebenso konturlos wie die bestehende Regelung des § 39 a GWB. Positiv ist immerhin zu bemerken, dass sich die Neuregelung, anders als die geltende Bestimmung, enger an dem bereits bekannten materiellen Kriterium des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“) orientiert. Gleichwohl stellen die erheblich abgesenkten Umsatzvoraussetzungen eine sachlich nicht zu rechtfertigende Vorverlagerung der Fusionskontrolle dar. Die Anwendung der präventiven Fusionskontrolle wird wegen der unzureichend konturierten Voraussetzungen unvorhersehbar.

Die Neuregelung des § 32 f Abs. 2 GWB-E ist auch deshalb problematisch, weil die Regelung zu einer unverhältnismäßigen Belastung sowohl der Ressourcen des Bundeskartellamts als auch der Unternehmen führen wird. Ein zentrales Anliegen der 10. GWB-Novelle, nämlich die Effektivierung der Fusionskontrolle, würde konterkariert. Auch wenn das Bundeskartellamt bei der Frage, ob es eine solche Verfügung erlässt, ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen hat, wird die Regelung gleichwohl zu einer Erhöhung der Fallzahlen im Bereich der Fusionskontrolle beitragen, weil die Umsatzschwellen noch einmal weiter abgesenkt werden und das Bundeskartellamt nicht kontrollieren kann, wie viele Zusammenschlüsse danach von den Adressaten seiner Verfügung angemeldet werden.

§ 32 f Abs. 2 GWB-E ist außerdem auch zur Beseitigung von Wettbewerbsproblemen nicht notwendig. Vielmehr hat sich das bis zur 10. GWB-Novelle bestehende Fusionskontrollregime bewährt. Problematische Fälle sind davon immer erfasst worden. Dies gilt erst Recht seit Inkrafttreten der neuen Transaktionswertschwelle (§ 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB).

Wir halten es daher für erforderlich, den § 32 f Abs. 2 GWB-E ersatzlos zu streichen.



b) Erleichterung der Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen (§ 32 f Abs. 3 GWB-E)

Anders als bisher soll das Bundeskartellamt in Zukunft auch ohne Kartellverstoß Maßnahmen anordnen können, wenn auf einem Markt oder marktübergreifend „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störungen des Wettbewerbs“ vorliegen. Dabei soll eine Störung nach der Gesetzesbegründung bereits dann erheblich sein, wenn sie „nicht nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend“ hat. § 32 f Abs. 5 GWB-E nennt zentrale Kriterien, die bei der Feststellung einer solchen Wettbewerbsstörung berücksichtigt werden sollen. Diese Kriterien sind allerdings nach der Gesetzesbegründung weder abschließend noch müssen alle genannten Kriterien für die Feststellung der Wettbewerbsstörung tragend sein.

Als (nicht abschließende) Regelbeispiele von Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen nennt der Abs. 3 des Entwurfs u. a.

- Gewährleistung des Zugangs zu Daten etc.;
- Belieferung anderer Unternehmen;
- Aufnahme von Lieferbeziehungen;
- bestimmte Vertragsformen oder -gestaltungen;
- organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.

Ohne konkrete Definition der Voraussetzungen und somit nicht hinreichend bestimmt sind dadurch sehr weitgehende Eingriffe in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen möglich. Diese könnte empfindlich eingeschränkt werden, selbst wenn sich die betroffenen Unternehmen völlig rechtskonform verhalten haben. Die Marktprozesse würden beim Einsatz dieses Instrumentariums einer staatlichen Lenkung und Steuerung unterworfen, wie es sie bisher nur in eng abgegrenzten, „regulierten“ Sektoren (z. B. Telekommunikation, Post, Energie, Eisenbahn) gibt. Die Feststellung einer besonderen Regulierungsbedürftigkeit dieser Sektoren hat dort aber stets der Gesetzgeber selbst getroffen. Anlass dafür war zumeist eine Prägung des entsprechenden Sektors durch ein staatliches Monopolunternehmen.

Das vorgeschlagene Instrument stellt einen problematischen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition der Berufsausübungsfreiheit dar. Da Unternehmen ein natürliches Interesse haben, einen solchen behördlichen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu vermeiden, werden Anreize geschaffen, das Erreichen einer kritischen Marktstärke zu vermeiden. Die Motivation erfolgreichen Unternehmertums mit dem Ziel, eine starke Marktposition zu erlangen, wird dagegen auf unnatürliche Weise reduziert. Die an die Marktsituation und damit mittelbar an die Marktbedeutung der betroffenen Unternehmen anknüpfenden behördlichen Möglichkeiten, die Handlungsspielräume einzuschränken, werden daher zwangsläufig die Wettbewerbsintensität negativ beeinflussen.



Allein die Existenz der geplanten Eingriffsbefugnisse ohne Nachweis eines Marktmachtmissbrauchs wird den Wettbewerbsprozess stören, auch wenn diese Instrumente in der Praxis überhaupt nicht oder nur selten zum Einsatz kommen sollten. Wenn nämlich eine aus eigener Kraft erreichte Marktstärke vom Gesetzgeber missbilligt wird, haben die Unternehmen nur noch ein beschränktes Interesse, sich im nationalen Markt zu engagieren. Auf diese Weise wird geradezu marktwidriges Verhalten provoziert, denn ein Unternehmen mit einer guten Marktposition wird die Zunahme seiner Marktmacht aktiv verhindern, um behördlichen Eingriffen in seine unternehmerischen Entscheidungen entgegenzuwirken. Dies widerspricht der Logik der Wettbewerbsprozesse und stärkt Konkurrenten, die mit gutem Grund eine weniger starke Marktstellung einnehmen.

Bisher ist unklar, welche Märkte der Gesetzgeber jenseits der Kraftstoffe im Visier hat. Ein konkreter Bedarf wird auch in der Gesetzesbegründung nicht benannt. Obwohl die öffentliche Debatte im Zusammenhang mit dem „Tankrabbatt“ offensichtlich den vorliegenden Gesetzentwurf veranlasst hat, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seinem im Juni 2022 veröffentlichten Papier „Verschärfung des Wettbewerbsrechts“ eingeräumt, dass die geplanten Verschärfungen des Wettbewerbsrechts keine Lösung dieser Problematik darstellen. Während also der Nutzen der gesetzlichen Änderungen mehr als fraglich ist, wird allein die Existenz der geplanten Eingriffsmöglichkeiten unzweifelhaft schädliche Auswirkungen auf den Standort Deutschland haben.

Die Regelung des § 32 f Abs. 3 GWB-E sollte daher vollständig entfallen.

c) Entflechtung (§ 32 f Abs. 4 GWB-E)

Zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen ist als „ultima ratio“ sogar eine Verpflichtung des Unternehmens vorgesehen, Anteile oder Vermögen zu veräußern, soweit andere Abhilfemaßnahmen nicht gleich wirksam sind. Damit wird als zusätzliches Eingriffsinstrument eine eigentumsrechtliche Entflechtung von Unternehmen ermöglicht, selbst wenn kein Wettbewerbsverstoß vorliegt.

Diese neue Möglichkeit, Zwangsverkäufe anzuordnen, kann aus den unter II.2.b) genannten Gründen wettbewerbsdämpfende Wirkung entfalten.

Die Tatsache, dass der zu realisierende Marktpreis eines von der Zerschlagung bedrohten Unternehmens zwangsläufig sinkt, wird zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen führen. Konkurrenten erhalten auf diese Weise nämlich die Möglichkeit, Unternehmensteile ihres Wettbewerbers weit unter den marktüblichen Preisen im Rahmen des Zwangsverkaufs zu erwerben.

Da sich die Entflechtungsbefugnis nur auf den nationalen Markt beschränkt, können in der Praxis auch nur national und nicht international tätige Unternehmen mittels des Entflechtungsinstrumentariums zerschlagen werden. Dies führt im Ergebnis zu einer Diskriminierung ausschließlich national tätiger Unternehmen, weil deutlich größere international tätige Konzerne von der nationalen Regelung naturgemäß nur sehr begrenzt erfasst werden können. Damit gefährdet die Entflechtungsbefugnis die Entwicklungsmöglichkeiten nationaler Unternehmen und wird den globalen



Marktverhältnissen des 21. Jahrhunderts nicht gerecht. Sie wird zudem die Investitionsbereitschaft internationaler Konzerne in Deutschland reduzieren und damit dem Standort Deutschland schaden.

Es ist zudem sehr fraglich, ob die Befugnis, ein Unternehmen unabhängig von einem konkreten Marktmachtmissbrauch zu entflechten, mit Artikel 14 GG vereinbar ist. Hier stellt sich insbesondere die Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, die ein rechtmäßig am Markt agierendes Unternehmen trifft. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass allein die Diskussion über den Einsatz des Entflechtungsinstruments zum Wertverfall und damit zum Vermögensverlust der Eigentümer führen wird. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz stellt in der Begründung des Gesetzentwurfs daher zu Recht fest, dass die vorgesehene strukturelle Maßnahme der Entflechtung eines Unternehmens einen "erheblichen Eingriff in die unternehmerische Autonomie" darstellt. Es ist deshalb auch sehr fraglich, ob ein solcher Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Rechtsposition marktstarker Unternehmen tatsächlich – wie in der Gesetzesbegründung angenommen – mit dem Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden kann.

Die in § 32 f Abs. 4 GWB-E vorgesehene Entflechtungsmöglichkeit sollte daher komplett gestrichen werden.

3. Erleichterte Vorteilsabschöpfung (§ 34 Abs. 1, 4 GWB-E)

Bei Wettbewerbsverstößen soll in Zukunft unterstellt werden, dass diese mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden waren. Der Gesetzgeber will in Zukunft vermuten, dass der im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverstoß stehende wirtschaftliche Vorteil mindestens ein Prozent der Umsätze im Inland mit den Produkten, die mit dem Rechtsverstoß in Zusammenhang stehen, betragen hat. Im Übrigen besteht die Möglichkeit, den Vorteil zu schätzen. Als Grundlage für die Schätzung soll eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ausreichen. Schätzunsicherheiten sollen nach dem erklärten Willen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz das betroffene Unternehmen treffen. Die Vermutung kann nur widerlegt werden, wenn das betroffene Unternehmen nachweist, dass in dem relevanten Zeitraum weltweit kein Gewinn in Höhe des abzuschöpfenden Vorteils erzielt wurde. Damit können bei niedrigen Margen faktisch alle Gewinne als Unrechtsgewinne definiert werden, was aber offensichtlich lebensfremd ist. Bei Handelsunternehmen soll es nach der Gesetzesbegründung wegen der geringen Wertschöpfung zwar möglich sein, gemäß § 34 Abs. 3 GWB die Vorteilsabschöpfung auf einen angemessenen Betrag auch unterhalb der Mindestschwelle von einem Prozent des Umsatzes zu beschränken. Die damit in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Zweifel an Angemessenheit des lediglich gegriffenen Werts belegen die mit dieser Regelung verbundene Willkür des Gesetzgebers. Ob und in welchen Fällen die Behörde von der Ausnahmemöglichkeit des § 34 Abs. 3 GWB Gebrauch macht, ist zudem völlig offen. Der Wortlaut der Norm des § 34 Abs. 4 GWB-E gibt der Aufsichtsbehörde jedenfalls grundsätzlich auch in Branchen mit geringen Margen die Möglichkeit, zunächst einmal weitgehend risikolos einen Unrechtsgewinn von einem Prozent zu unterstellen.



Auch wenn in der Gesetzesbegründung beteuert wird, bei der erleichterten Vorteilsabschöpfung handele es sich um ein verwaltungsrechtliches und nicht um ein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument, gewinnt die geplante Regelung wegen der Anknüpfung an den Kartellverstoß, der Verzicht auf ein Verschuldenserfordernis in § 34 Abs. 1 GWB-E und die (strafrechtlich unzulässige) Beweislastumkehr im Hinblick auf die Höhe des Unrechtsgewinns de facto den Charakter einer problematischen Nebenanktion. Diese verstößt wegen der Missachtung des Verschuldensprinzips und der geplanten Beweislastumkehr aber gegen rechtsstaatliche Grundsätze.

Auf die geplanten Änderungen des § 34 Abs. 1 und 4 GWB-E sollte daher vollständig verzichtet werden.

4. Durchsetzung des DMA

Dem Bundeskartellamt sollen diejenigen Ermittlungsbefugnisse eingeräumt werden, die nach dem DMA nationalen Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf Art. 5, 6 und 7 des DMA eröffnet werden können. Weiterhin soll das Bundeskartellamt für die Mitwirkung an Verfahren der EU-Kommission zuständig sein. Schließlich werden Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen im DMA-Kontext für anwendbar erklärt.

Die vorgesehenen Änderungen orientieren sich eng an den entsprechenden EU-Vorgaben. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

Für problematisch und nicht erforderlich halten wir allerdings die offensichtlich vorgesehenen Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf die Vorgaben des DMA (vgl. Begründung S. 17). Die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung mittels Verwaltungsverfahren und Bußgeldern reicht aus, um die Einhaltung der neuen EU-Vorgaben zu gewährleisten. Eine daneben implementierte private Rechtsdurchsetzung ist nach den EU-Vorgaben zwar möglich, aber nicht zwingend erforderlich. Da die private Rechtsdurchsetzung zu einer Vielzahl zivilrechtlicher Streitigkeiten bei unterschiedlichen nationalen Gerichten führen wird, kann dieses Instrument auch im Hinblick auf die parallel stattfindende Rechtsdurchsetzung durch Behörden zu unterschiedlichen Rechtsauslegungen und damit zu zusätzlichen und vermeidbaren Rechtsunsicherheiten bei den Marktteilnehmern führen.

Auf die Möglichkeit, die Vorgaben des DMA auch privat durchzusetzen, sollte daher verzichtet werden.

IV. Zusammenfassung

Die mit dem Referentenentwurf geplanten Änderungen des GWB gehen an zentraler Stelle in die falsche Richtung. Nach dem Willen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz soll das GWB danach nicht mehr allein dem Schutz des freien Wettbewerbs dienen. Vielmehr soll das Bundeskartellamt ermächtigt werden, unter wenig konturierten Voraussetzungen selbst gestaltend in die



Marktprozesse einzugreifen. Damit soll das GWB erstmals mit Möglichkeiten zur Marktregulierung durch das Bundeskartellamt ergänzt werden. Geplant ist damit nicht weniger als eine Neuausrichtung des Kartellrechts.

Auch die weiteren geplanten Änderungen sind ganz überwiegend entweder nicht erforderlich oder unangemessen. Auf die folgenden Änderungen sollte daher aus den dargestellten Gründen verzichtet werden:

- Die Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (§ 32 e Abs. 3 GWB-E) kann deren Qualität negativ beeinträchtigen. Für die betroffenen Unternehmen drohen unverhältnismäßige Belastungen bei der Datenlieferung. Fristvorgaben für den Abschluss der Sektoruntersuchungen sind auch nicht erforderlich, da das Bundeskartellamt bisher zügig gearbeitet und laufende Untersuchungen keineswegs verzögert hat.
- Die Möglichkeiten, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, auch wenn die Voraussetzungen der gesetzlichen Fusionskontrolle nicht vorliegen (§ 32 f GWB-E), verschärft die Möglichkeiten einer spezifischen Fusionskontrolle unterhalb der gesetzlichen Kriterien, ohne die Voraussetzungen hinreichend zu konturieren. Auf diese Weise werden erhebliche Rechtsunsicherheiten für die im Anwendungsbereich befindlichen Unternehmen geschaffen. Die Regelung ist zur Beseitigung von Wettbewerbsproblemen nicht erforderlich und wird zu einer Erhöhung der Fallzahlen beim Bundeskartellamt führen. Damit wird die mit der 10. GWB-Novelle verfolgte Effektivierung der Fusionskontrolle konterkariert.
- Die geplanten Erleichterungen zur Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen (§ 32 f Abs. 3 GWB-E) ermöglicht dem Bundeskartellamt ohne hinreichend konkretisierte Voraussetzungen weitgehende Eingriffe in die unternehmerische Handlungsfreiheit rechtskonform agierender Unternehmen und kann zu einer staatlichen Lenkung bzw. Steuerung von Marktprozessen führen. Bereits die gesetzliche Ermächtigung des Bundeskartellamts wird damit voraussichtlich die Wettbewerbsintensität dämpfen, selbst wenn von den Möglichkeiten zunächst kein Gebrauch gemacht werden sollte.
- Die als „ultima ratio“ geplante Entflechtungsmöglichkeit unabhängig von einem konkreten Wettbewerbsverstoß (§ 32 f Abs. 4 GWB-E) kann in Folge angeordneter Zwangsverkäufe zu Wettbewerbsverzerrungen führen und diskriminiert national tätige Unternehmen. Es ist fraglich, ob die mit dem Zwangsverkauf verbundene Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechte mit dem Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden kann. Da viel dafürspricht, dass eine solche Maßnahme wegen der damit verbundenen Wertverluste als unverhältnismäßig zu bewerten ist, bezeugt sie auch verfassungsrechtliche Bedenken.
- Die erleichterte Vorteilsabschöpfung (§ 34 Abs. 1 und 4 GWB-E) hat de facto den Charakter einer Nebensanktion. Wegen des Verzichts auf das Verschuldensprinzip und der Beweislastumkehr verstößt die geplante Maßnahme daher gegen rechtsstaatliche Grundsätze.

Allein die Umsetzung der EU-Vorgaben zur Durchsetzung des DMA kann in weiten Teilen unterstützt werden. Sie orientiert sich eng an der entsprechenden EU-Verordnung. Weder erforderlich noch EU-



rechtlich geboten ist allerdings die Implementierung von Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung. Die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung mit Bußgeldern reicht zur Durchsetzung der Vorgaben des DMA aus. Auf das Instrument der privaten Rechtsdurchsetzung zur Einhaltung der Vorgaben des DMA sollte daher zur Vermeidung unterschiedlicher Rechtsauslegungen auch im Interesse der Rechtssicherheit verzichtet werden.