

Berlin, 10. Oktober 2022

RECHT UND WETTBEWERB 11. GWB-Novelle

Zusammenfassung

Mit dem vorliegenden Referentenentwurf strebt das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz eine Stärkung des Wettbewerbs zugunsten der Verbraucher an. Hierfür sollen die Befugnisse des Bundeskartellamts durch eine umfassende Reform der Sektoruntersuchung und die Einführung direkter Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamts im Anschluss an diese sowie eine erhebliche Erleichterung der Vorteilsabschöpfung unter Verzicht auf das Verschuldenskriterium deutlich erweitert werden. Zudem dient der Entwurf der behördlichen Durchsetzung der Vorschriften des Digital Markets Act.

Der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V. begrüßt das Ziel des vorliegenden Referentenentwurfs, den Wettbewerb zugunsten von Verbrauchern zu stärken und bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Angesichts der knappen Stellungnahmefrist beschränken sich unsere Anmerkungen jedoch auf die nachfolgende kurze Kommentierung.

Inhaltlich sehen wir bei dem vorliegenden Referentenentwurf einigen Nachbesserungsbedarf:

- Die Schaffung neuer Befugnisse des Bundeskartellamts, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung unabhängig von Kartellrechtsverstößen umfangreiche Maßnahmen bis hin zur Entflechtung von Unternehmen vorzunehmen, geht deutlich zu weit: Das Bundeskartellamt ist eine Exekutivbehörde. Es darf nicht ermächtigt werden, auf diese Weise künftig nach eigenem Ermessen regulierend in die Märkte einzugreifen.
- Die auf mehreren kombinierten gesetzlichen Vermutungen basierende Gewinnabschöpfung nach § 34 GWB-E widerspricht dem kartellrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz und birgt die Gefahr willkürlicher Entscheidungen: Die Neufassung sieht nicht nur die Vorteilsabschöpfung unabhängig von einem Verschulden eines Unternehmens vor, sondern darüber hinaus eine gesetzliche Vermutung eines kausal durch den Kartellrechtsverstoß verursachten wirtschaftlichen Vorteils. Schließlich ermächtigt der Regelungsvorschlag das Bundeskartellamt noch zur Schätzung der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils bzw. gibt auch hier noch eine gesetzliche Vermutung der Höhe des vermuteten Vorteils ab.

1. Eingriffsbefugnisse nach einer Sektoruntersuchung

1.1. Keine hinreichende Begrenzung der Eingriffsbefugnisse

Kritisch sieht der BGA die geplante Schaffung neuer Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts in § 32f Absatz 3 GWB-E. Hier wird der Kartellbehörde auch bei fehlenden Verstößen gegen Kartellrecht angesichts einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs“ eine sehr weitreichende Eingriffsbefugnis zugestanden. Diese beschränkt sich keineswegs auf

Herausgeber:

Bundesverband
Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen, e.V.

Am Weidendamm 1A
10117 Berlin

Telefon 030 590099-583

www.bga.de info@bga.de

Autorin:

Stephanie Schmidt
Recht und Wettbewerb
stephanie.schmidt@bga.de

RECHT UND WETTBEWERB

11. GWB-Novelle

die in § 32f Abs. 3 aufgeführten beispielhaften Maßnahmen, sondern umfasst „alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“.

Auch wenn einzelne der genannten Eingriffsmaßnahmen wie etwa die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen positive Auswirkungen haben könnten, halten wir die konkrete Umsetzung für zu weitgehend: Die weiten Formulierungen im Entwurf zeigen, dass dem Bundeskartellamt eine größtmögliche Kompetenz zugestanden werden soll, gewachsene Marktstrukturen durch Eingriffe zu gestalten und vermeintlich vorzugswürdige Strukturen zu schaffen. Angesichts der fehlenden Einschränkungen im Wortlaut können auch Unternehmen, die sich kartellrechtskonform verhalten oder keinen nennenswerten Beitrag zur Wettbewerbsstörung geleistet haben, von einer der Maßnahmen des § 32 Abs. 3 erfasst werden. Regelungen dazu, nach welchen Kriterien die Adressaten der Maßnahmen ausgewählt werden, fehlen. Hier soll offenbar freies Ermessen der Kartellbehörde gelten. Im Extremfall kann dies dazu führen, dass Unternehmen allein für Effizienz und geschäftlichen Erfolg bestraft werden.

Besonders problematisch ist, dass der Entwurf für betroffene Unternehmen keinen gestärkten Rechtsschutz gegen diese Eingriffsbefugnisse wie etwa durch eine aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs vorsieht. Angesichts der enormen Eingriffskompetenz und des weiten Ermessens, die hier dem Bundeskartellamt zugestanden werden, wird hier die Position der Unternehmen ganz erheblich geschwächt.

1.2. Entflechtung ohne Kartellrechtsverstoß verfassungsrechtlich bedenklich

Soweit der Maßnahmenkatalog des § 32 Absatz 3 GWB-E auch die eigentumsrechtliche Entflechtung vorsieht, ist es - auch wenn diese als ultima ratio angelegt wurde - unverständlich, dass deren Voraussetzungen nicht klarer ausformuliert wurden, und dass diese auch ohne einen Verstoß gegen Kartellrecht angeordnet werden kann. Immerhin handelt es sich hier um einen massiven Grundrechtseingriff in Artikel 12 und Artikel 14, der auch eine hinreichende Bestimmtheit der Voraussetzungen für die Maßnahme erfordern dürfte. Daran dürfte es hier aufgrund der vagen Begrifflichkeiten in den Absätzen 3 und 4 des § 32 GWB-E jedoch fehlen. Darüber hinaus dürfte es angesichts des Fehlens eines Kartellrechtsverstoßes auch nicht verhältnismäßig sein, wenn ein solcher massiver Grundrechtseingriff vorgenommen wird, um die Marktstruktur in gewünschter Weise umzugestalten. Dies gilt umso mehr angesichts der unzureichenden Klarstellung der Voraussetzungen für derartige Eingriffe.

2. Erleichterte Vorteilsabschöpfung

Die Vereinfachung der Voraussetzungen einer Vorteilsabschöpfung unter Aufgabe des kartellrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatzes in § 34 Absatz 4 GWB-E lehnen wir ab.

Zum einen verleiht der Verzicht auf das Verschulden bei einem Kartellrechtsverstoß der Vorteilsabschöpfung den Charakter einer Sanktion, die ohne Notwendigkeit zusätzlich zu bereits bestehenden Bußgeldern des GWB verhängt würde.

RECHT UND WETTBEWERB

11. GWB-Novelle

Zum anderen entzieht die doppelte gesetzliche Vermutung betroffenen Unternehmen die Möglichkeit, sich wirksam rechtlich gegen eine Vorteilsabschöpfung zu verteidigen: Eine gesetzliche Vermutung soll sowohl im Hinblick auf die Kausalität des Verstoßes für einen wirtschaftlichen Vorteil als auch im Hinblick auf das Vorhandensein eines solchen wirtschaftlichen Vorteils gelten: Dieser kann vom Bundeskartellamt geschätzt werden, wobei auch hier eine gesetzliche Vermutung zugunsten eines wirtschaftlichen Vorteils in Höhe von mindestens einem Prozent der Umsätze im Inland gilt, die das Unternehmen mit den Produkten oder Dienstleistungen erzielt hat, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen.

Die Widerlegung dieser gesetzlichen Vermutungen ist jedoch nur in Bezug auf die Höhe des entstandenen Vorteils möglich. Eine solche Einschränkung der rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten betroffener Unternehmen ist insbesondere angesichts der Streichung des Verschuldenserfordernisses nicht verhältnismäßig. Hier sollten die Widerlegung sämtlicher gesetzlicher Vermutungen und der Entlastungsbeweis im Hinblick auf das Verschulden ermöglicht werden.

Erschwerend kommt noch hinzu, dass die verschuldensunabhängige Vorteilsabschöpfung begründet auf den gesetzlichen Vermutungen nach § 34 Abs. 5 GWB-E rückwirkend über einen Zeitraum von 10 Jahren angeordnet werden kann. Dies macht die Auswirkungen für betroffene Unternehmen insbesondere mangels hinreichender Rechtsschutzmöglichkeiten völlig unvorhersehbar.

3. Fazit

Aus Sicht des BGA ist der vorliegende Referentenentwurf das falsche Signal in der aktuellen schwierigen wirtschaftlichen Phase. Er sorgt durch den Vorschlag weitreichender Eingriffsbefugnisse des Staates unabhängig von Rechtsverstößen oder eindeutiger Kausalität für große Rechtsunsicherheit. Wir sprechen uns daher für eine Nachbesserung in den erwähnten Punkten aus.

Über den BGA:

Der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V. (BGA) ist die Spitzenorganisation des Groß- und Außenhandels sowie der unternehmensnahen Dienstleistungen. Ihm gehören 63 Bundesfachverbände sowie Landes- und Regionalverbände an.

Der BGA vertritt die Interessen von 143.000 Handels- und Dienstleistungsunternehmen in Deutschland mit rund 2 Millionen Beschäftigten und 60.000 Auszubildenden. Die Unternehmen sind im Wesentlichen im B2B-Geschäft tätig.