



BVR



## Stellungnahme

### **zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) (Stand 23.01.2020)**

Der DGRV – Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V. (DGRV) ist in Deutschland Spitzenprüfungsverband der ländlichen und gewerblichen Waren- und Dienstleistungsgenossenschaften sowie der Genossenschaftsbanken. Der DGRV vertritt gemeinsam mit den genossenschaftlichen Spitzenverbänden ein breites Spektrum an genossenschaftlich organisierten Unternehmen in Deutschland. Über den DGRV sind rund 5.800 Genossenschaften mit ca. 860.000 Arbeitnehmern und 19,2 Millionen Mitgliedern organisiert.

Der Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. (BVR) ist der Bundesverband der genossenschaftlichen Kreditwirtschaft in Deutschland. Mitglieder sind alle Genossenschaftsbanken, wie Volksbanken Raiffeisenbanken, PSD Banken, Sparda-Banken, Kirchenbanken, genossenschaftliche Sonderinstitute, genossenschaftliche Zentralbank, Unternehmen der genossenschaftlichen FinanzGruppe und regionale genossenschaftliche Prüfungsverbände. Der BVR vertritt bundesweit und international die Interessen der genossenschaftlichen FinanzGruppe.

Der Deutscher Raiffeisenverband e. V. (DRV) vertritt die Interessen der genossenschaftlich orientierten Unternehmen der deutschen Agrar- und Ernährungswirtschaft. Als wichtiges Glied der Wertschöpfungskette Lebensmittel erzielen die 2.024 DRV-Mitgliedsunternehmen in der Erzeugung, im Handel und in der Verarbeitung von pflanzlichen und tierischen Erzeugnissen mit rund 92.000 Mitarbeitern einen Umsatz von 63,6 Mrd. Euro.

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e. V. (ZGV) als Spitzenverband der deutschen Wirtschaft vertritt die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in 310 Verbundgruppen aus rund 45 Branchen im Einzelhandel, Großhandel, Handwerk, produzierenden Gewerbe sowie in den Bereichen Dienstleistungen, Hotellerie und Gesundheit organisiert sind.

DGRV, BVR, DRV und ZGV bedanken sich für die Übersendung des Referentenentwurfs eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) (Stand 23.01.2020) und nehmen hierzu wie folgt Stellung.

Der Gesetzentwurf des GWB-Digitalisierungsgesetzes (GWB-Ref-E) dient der Umsetzung des Koalitionsvertrags, vornehmlich der wettbewerbsrechtlichen Modernisierung der Missbrauchsaufsicht und der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts ("ECN+"-Richtlinie). Weitere zentrale Elemente sind Änderungen im Recht der

Fusionskontrolle, Vorschriften zur Erhöhung der Rechtssicherheit von Kooperationen, Änderungen im Bereich des Kartellschadensersatzes, Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und die Vereinfachung der Vorschriften zu Verwaltungsverfahren, um die Rechtsanwendung zu erleichtern.

Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf die Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (I.) und schwerpunktmäßig auf die Änderungen zur Fusionskontrolle und Erhöhung der Rechtssicherheit bei Kooperationen (II.).

## **I. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht**

Eine Modernisierung der Missbrauchsaufsicht ist unerlässlich und wird ausdrücklich befürwortet.

### **a. Ist die modernisierte Missbrauchsaufsicht im GWB ausreichend?**

Sowohl über Jahrzehnte existierende Genossenschaften mit traditionellem Unternehmensgegenstand, als auch neu gegründete Genossenschaften mit neuen Geschäftsmodellen können sich - wie letztlich kaum ein Marktteilnehmer - vor Entwicklungen in der sog. Digitalwirtschaft verschließen. Sie sind den Marktgegebenheiten der Digitalwirtschaft ausgesetzt. Folglich haben auch die von uns vertretenen Genossenschaften und Verbundgruppen ein großes Interesse daran, dass die sich aus den Besonderheiten der Digitalwirtschaft ergebenden Missbrauchsmöglichkeiten, wie z. B. direkte und indirekte Netzwerkeffekte (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 1 u. 3 GWB), ein "Kippen des Marktes" (sog. Tipping) und die Beschränkung des Zugangs zu Daten, stärker kontrolliert und bei Verstößen unterbunden und sanktioniert werden können. Dass dies mit den geltenden gesetzlichen Regelungen nur eingeschränkt möglich ist, haben Verfahren in der Vergangenheit gezeigt (siehe z.B. die Verfahren "booking" oder "facebook").

Es ist fraglich, ob allein eine Modernisierung der Missbrauchsaufsicht im GWB ausreicht, um in der jetzigen Situation den Marktführern in der Digitalwirtschaft auf Augenhöhe begegnen zu können. Der geschätzte Erfüllungsaufwand des Bundeskartellamts in Höhe von 527.104 EUR (S. 63f. d. GWB Ref-E) für die Missbrauchsaufsicht nach § 19a GWB-Ref-E wirft die Frage auf, ob mit diesem relativ geringen Budget eine ausreichende Missbrauchsaufsicht gewährleistet werden kann. Bei der Schätzung wird zwar davon ausgegangen, dass die Feststellungsverfahren nach § 19a Abs. 1 GWB-Ref-E mit hohem personellem Aufwand verbunden sind, weil umfangreiche Ermittlungen erforderlich sind. Vorgesehen sind hierfür aber nur zwei Vollzeitstellen sowie zwei Backoffice-Kräfte. Gerade um die technisch und ökonomisch komplexen und teilweise intransparenten Zusammenhänge zu verstehen, erfordert es viel Know-how, eine detaillierte und vor allem auf Dauer angelegte Befassung mit den einzelnen Unternehmen. Vor diesem Hintergrund erscheint es notwendig, das Bundeskartellamt mit weiteren Mitteln auszustatten.

**b. Ist die Ausgestaltung der neuen Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb in § 19a GWB-Ref-E effektiv genug?**

Ob eine Missbrauchsaufsicht über das GWB hinaus notwendig sein wird, wird maßgeblich davon abhängen, ob eine Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB-Ref-E) gelingt. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die angedachte zweistufige Ausgestaltung des § 19a GWB (1. Stufe Feststellung, 2. Stufe Abstellung) effektiv ist, da die missbräuchlichen Verhaltensweisen in der Abstellungsverfügung zeitaufwendig festzustellen sind. Bis zu dieser Feststellung bleiben die Verhaltensweisen von Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung rechtmäßig. Da ohnehin vor der Feststellung nach Abs. 1 eine intensive und zeitaufwendige Untersuchung erfolgt, dürfte es gerechtfertigt sein, wenn die Verhaltensweisen nach dem Katalog des Abs. 2 kraft Gesetzes verboten wären, um eine effektivere Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten.

**c. Ist das sog. Konzept der Intermediationsmacht in §§ 18 Abs. 3b, 20 GWB-Ref-E ausreichend umgesetzt?**

Der Intermediär, der regelmäßig über mehrseitige Plattformen Abnehmer bündelt und auf Anbieter aufmerksam macht, vermittelt Abnehmern und Anbietern einen Zugang. Seine Macht ergibt sich aus der Angewiesenheit der Anbieter auf den Zugang zu den Abnehmern. Der Gesetzesvorschlag sieht zur Verhinderung des Machtmissbrauchs in § 18 Abs. 3b GWB-Ref-E klarstellend vor, dass für die Feststellung der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus wird über die Ergänzung in § 20 Abs. 1 S. 2 GWB-Ref-E festgelegt, dass das allgemeine Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch für Intermediäre gelten soll.

Fraglich ist, ob diese beiden Regelungen ausreichend sind. Wir teilen die geäußerten Bedenken, dass das alleinige Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht ausreichend sein könnte, weil u. a. im Rahmen dieser Generalklausel marktstarke Unternehmen eigene Tochtergesellschaften begünstigen können und keine Wettbewerber zum eigenen Nachteil fördern müssen (vgl. *Höppner/Weber*, K&R S. 24 (43)).

## **II. Fusionskontrolle und Erhöhung der Rechtssicherheit bei Kooperationen**

Die Herabsetzung der Schwellenwerte für die Fusionskontrolle und die Erhöhung der Rechtssicherheit bei Kooperationen werden ausdrücklich unterstützt. Sie sind jedoch nicht ausreichend.

**a. Heraufsetzung der Schwellenwerte bei der Fusionskontrolle**

Durch die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1a Nr. 2 Buchst. b) GWB-Ref-E von 5 Mio. Euro auf 10 Mio. Euro werden Zusammenschlüsse von geringerer wirtschaftlicher Bedeutung nicht mehr der Zusammenschlusskontrolle unterliegen. Ebenso soll der Schwellenwert der sog. Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

GWB von 15 Mio. Euro auf 20 Mio. Euro erhöht werden und mehrere (Bagatell-)Märkte gebündelt betrachtet werden können.

Die Erleichterungen, die mit diesen Änderungen für mittelständische Unternehmen verbunden sein werden, werden sich bei Konsolidierungsvorhaben positiv bemerkbar machen und sind deshalb zu begrüßen.

#### **b. Erhöhung der Rechtssicherheit bei Kooperationen**

Ebenso positiv ist die gesetzliche Verankerung des sog. Vorsitzendenschreibens in § 32c Abs. 2 GWB-Ref-E. Mittelständischen Genossenschaften ist daran gelegen, kartellrechtsrelevante Sachverhalte möglichst schnell und rechtssicher zu klären. Das Instrument des Vorsitzendenschreibens bietet hierzu durch den Verzicht auf eine förmliche Entscheidung und den damit verbundenen gesteigerten Ermittlungsbedarf eine weitere Möglichkeit.

Anzusprechen ist in diesem Zusammenhang auch die Einführung von § 32c Abs. 3 GWB-Ref-E. In diesem neuen Abs. 3 wird die Möglichkeit zur Festlegung von allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen kodifiziert. Die Kombination aus Leitlinien und den Entscheidungen nach § 32c Abs. 1 u. 2 GWB-Ref-E kann zu mehr Rechtssicherheit für mittelständische Unternehmen führen. Ob dies gelingt, hängt insbesondere von der Ausgestaltung der kartellrechtlichen Leitlinien ab. Aus diesem Grund werden die Leitlinien zur Vereinbarkeit von Genossenschaften und Kartellrecht des Bundeskartellamts (BKartA) mit großer Spannung erwartet.

Vervollständigt wird die Ergänzung von § 32c GWB durch den neuen Abs. 4, der gegenüber dem BKartA einen Anspruch auf Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB-Ref-E einräumt, wenn die Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen in der Zusammenarbeit mit Wettbewerbern (horizontale Kooperation) ein besonderes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben. Leider besteht nach der Gesetzesbegründung ein besonderes rechtliches und wirtschaftliches Interesse nur bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlichen hohem Investitionsvolumen und -aufwand. Hinzu kommt, dass eine Entscheidung, ob die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 32c Abs. 4 S. 1 GWB-Ref-E vorliegen, erst nach 6 Monaten getroffen werden muss. Darüber hinaus dürfte die bislang praktizierte informelle Abstimmung von Rahmenbedingungen ohne gesetzliche Einschränkungen mit dem BKartA nach der Einführung von Abs. 4 voraussichtlich nicht mehr möglich sein.

Mit den Änderungen dürfte sich die Rechtssicherheit bei Kooperationen für mittelständische Unternehmen aus den vorstehenden Gründen nur marginal verbessern, weshalb die vorgeschlagenen Änderungen nicht weitgehend genug sind.

#### **c. Weitergehende Erleichterungen für den genossenschaftlichen Stufenverband erforderlich**

Unabhängig von den im Gesetzentwurf vorgesehenen Erleichterungen besteht für Genossenschaften im sog. Stufenverband (Verhältnis der Primär- und Hauptgenossenschaft zueinander) ein Bedürfnis für erleichterte Kooperationen. Bis in das Jahr 2005 wurde der Stufenverband vom BKartA als wettbewerbliche Einheit betrachtet. Fusionen und Kooperationen innerhalb des Stufenverbandes waren problemlos möglich. Konsequenterweise war es deshalb vom BKartA, dass den Hauptgenossenschaften Marktanteile und Ressourcen der

Primärstufen zugerechnet wurden. Bei der Expansion außerhalb des genossenschaftlichen Bereichs konnte dies für die Hauptgenossenschaften nachteilig sein. Diese Verwaltungspraxis war konsequent.

Mit dem Verfahren BayWa/Raiwa Lobsing (B2 64-14) hat das BKartA die Verwaltungspraxis zum Stufenverband aufgegeben. Es geht nun von der vollständigen Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Regeln im genossenschaftlichen Stufenverband aus. Jede Fusion und auch jede Kooperation wird anhand der einschlägigen Vorschriften geprüft, selbst wenn dabei schon bestehende Verflechtungen nur vertieft werden.

Solange sich Primärstufe und Hauptgenossenschaft auf getrennten Märkten bewegten (Hauptgenossenschaften/Großhandel, Primärgenossenschaft/Einzelhandel), war die Änderung der Verwaltungspraxis unproblematisch.

Die einzelnen Marktstufen wachsen jedoch immer mehr zusammen. Eine vertikale Integration findet auch hier statt. Die Industrie umgeht die Großhandelsstufe und liefert direkt an den Einzelhandel, teilweise sogar bis zum Landwirt. Der private Landhandel differenziert nicht nach Groß- und Einzelhandel. Der Großhandel übernimmt zusätzliche Funktionen und berät über seinen Außendienst Landwirte in den Bereichen Dünger, Pflanzenschutz, Saatgut und Futtermittel. Die Aufgaben von Haupt- und Primärgenossenschaften gehen ineinander über. Dennoch ist der Stufenverband sinnvoll, weil nach wie vor bestimmte Tätigkeiten, z. B. bei der Produktion (insbesondere im Bereich Futtermittel und Saatgut) gemeinsam durchgeführt werden können, um Größenvorteile zu erzielen und den Anforderungen des Marktes (z. B. nach gentechnikfreiem Futter, Biofutter, vielfältigem Saatgut, etc.) gerecht zu werden. Ziele, die die Haupt- oder Primärgenossenschaften aufgrund ihrer jeweiligen Kompetenzen eigenständig besser erreichen können – z.B. das Agieren auf internationalen Märkten durch die Hauptgenossenschaften und die Beratungskompetenz beim Landwirt vor Ort durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Primärgenossenschaften – bleiben individuell erhalten. Ziel ist keine (konzentrierte) Vollfusion des Stufenverbandes, sondern eine sinnvolle Zusammenarbeit.

Solche Formen der Kooperation innerhalb des Stufenverbandes sollten kartellrechtlich privilegiert werden. Gemeinsame Saatgutzentren oder ein Werksverbund von Produktionsstätten zur Herstellung von Mischfutter sind nur zwei Beispiele von vielen. Dabei sollten Synergien, dort wo sie entstehen, gehoben werden, während die beteiligten Genossenschaften in ihrer Vertriebsfunktion selbständig bleiben. Der bestehende Wettbewerbsdruck auf den Märkten wird automatisch dazu führen, dass Synergieeffekte an die nachgelagerte Marktstufe (Landwirte) weitergegeben werden. Außerdem ist durch das genossenschaftliche Prinzip sichergestellt, dass keine Primärgenossenschaft in eine derartige Kooperation „gezwungen“ wird. Innerhalb der Genossenschaft bestimmen die Mitglieder über die Ausrichtung ihrer eG. Diese Mitglieder sind Landwirte, die auch als Kunden auf die Unabhängigkeit und Leistungen ihrer Genossenschaft bauen. Bei der Prüfung von Kooperationen innerhalb des Stufenverbandes und zwischen Primärgenossenschaft und Hauptgenossenschaft sollten mögliche wettbewerbsbeschränkende Effekte, sofern sie überhaupt entstehen, gegen die Effizienzvorteile aufgewogen werden. Häufig können Kooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen umgesetzt werden, die dann auch der Fusionskontrolle unterliegen (sog. Doppelkontrolle). Im Bereich der Fusionskontrolle muss anerkannt werden, dass Genossenschaften als Unternehmen selbstständig am Markt agieren, auch wenn sie

Teile der Waren, die sie vertreiben, gemeinsam herstellen oder bestimmte rückwärtige Leistungen gemeinsam erbringen. Die zugunsten der kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen geschaffene Ausnahmegesetzgebung in § 35 Abs. 2 Ziff. 1-3 GWB könnte auf die landwirtschaftlichen Warengenossenschaften ausgeweitet werden, so dass die Vergemeinschaftung bestimmter Teile der Wertschöpfungskette fusionskontrollfrei möglich wird. Alternativ wäre eine materiell-rechtliche Besserstellung, beispielsweise in Anwendung der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Ziff. 1 GWB bereits für den Fall von Kooperation vor einer Vollfusion und nicht erst nach Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, möglich. Eine solche Abwägungsklausel würde den Unternehmen in den genannten Geschäftsfeldern eine Kooperation ermöglichen ohne zwingend eine Vollfusion vollziehen zu müssen.