

**Stellungnahme**

**Hauptgutachten XXIV:  
Wettbewerb 2022**

**Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.**

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis (Kapitel 2)</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1. Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht (Ziff. 2.1)</b> .....	<b>4</b>
Nationale Transaktionswertschwelle wird in ihrer Wirkung überschätzt und sollte weiterhin an Inlandstätigkeit ( <i>local nexus</i> ) anknüpfen.....	4
Europäische Transaktionswertschwelle ist nicht erforderlich (keine Systemlücke) und widerspricht Vereinfachungsbestrebungen.....	5
<b>1.2. Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen (Ziff. 2.5)</b> .....	<b>7</b>
Weitere Privilegierung des Kronzeugen könnte Schadensausgleich gefährden.....	7
Vorschlag für bessere Verzahnung von Bußgeldern und Schadensersatzansprüchen .....	8
<b>2. Ausblick auf die 11. GWB-Novelle (Kapitel 3)</b> .....	<b>10</b>
<b>2.1. Missbrauchsunabhängige Entflechtung (Ziff. 2.1.)</b> .....	<b>10</b>
Missbrauchsunabhängige Entflechtung wäre unverhältnismäßig und ein erheblicher Eingriff in unternehmerische Rechtspositionen .....	10
Missbrauchsunabhängige Entflechtung lähmt Antriebskräfte im Wettbewerb und gefährdet Innovationen und Investitionen .....	12
Rechtsmittel sollten Suspensiveffekt haben.....	13
<b>3. Nachhaltigkeit und Wettbewerb (Kapitel 4)</b> .....	<b>14</b>
Kooperationen sind unerlässlich zum Erreichen der ehrgeizigen Nachhaltigkeitsziele.....	14
Weitere Klarstellungen bei anzuerkennenden Effizienzvorteilen notwendig.....	14
<b>4. Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme (Kapitel 5)</b> .....	<b>16</b>
Gründe gegen missbrauchsunabhängige Entflechtung in der EU sollten auch für Deutschland herangezogen werden .....	16
Kein Bedarf für ein neues „New Competition Tool“ .....	17
<b>Über den BDI</b> .....	<b>19</b>
<b>Impressum</b> .....	<b>19</b>



**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**

*Lobbyregisternummer*

R000534

*Hausanschrift*

Breite Straße 29  
10178 Berlin

*Postanschrift*

11053 Berlin

*Ansprechpartner*

Dr. Ulrike Suchsland  
T: +49 30 2028-1408  
F: +49 30 2028-1104

*E-Mail*

u.suchsland@bdi.eu

*Internet*

www.bdi.eu

Hier steht der Titel

Die Monopolkommission hat ihr 24. Hauptgutachten mit dem Titel „Wettbewerb 2022“ am 5. Juli 2022 vorgestellt. Der BDI nimmt zu einigen Aspekten des Hauptgutachtens wie folgt Stellung:

## **1. Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis (Kapitel 2)**

### **1.1. Verweisung der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben an die Europäische Kommission trotz fehlender nationaler Anmeldepflicht (Ziff 2.1)**

Nationale Transaktionswertschwelle wird in ihrer Wirkung überschätzt und sollte weiterhin an Inlandstätigkeit (*local nexus*) anknüpfen

Die Europäische Kommission hat ihre Anwendungspraxis zu Art. 22 Verordnung (EG) 139/2004 geändert und möchte künftig Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben seitens der Mitgliedstaaten, die nicht der nationalen Anmeldepflicht unterliegen, stärker fördern. Die Monopolkommission schlägt stattdessen die Einführung einer Transaktionswertschwelle auf Unionsebene vor. Sie empfiehlt weiterhin eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der deutschen Transaktionswertschwelle, indem das Kriterium der Inlandstätigkeit gestrichen oder so angepasst wird, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen kann.

Der BDI spricht sich gegen eine Ausweitung der Transaktionswertschwelle im GWB aus. Auf eine „erhebliche Inlandstätigkeit“ sollte nicht verzichtet werden. Zwar ist der in § 35 Abs 1a Nr.4 GWB aufgenommene Begriff nach wie vor äußerst unbestimmt, so dass er keine rechtssichere Anwendung zulässt. Auf das Erfordernis eines „local nexus“ sollte andererseits jedoch keinesfalls verzichtet werden. Es sollte auch nicht abgeschwächt werden. Das Prinzip des „local nexus“ findet sich auch in den „Recommended-Practice“-Empfehlungen des ICN, nach denen nur Transaktionen mit Auswirkungen auf den Wettbewerb im Europäischen Wirtschaftsraum von der Anmeldepflicht bei der Europäischen Kommission erfasst werden. Eine Transaktionswertschwelle bietet keine ausreichende Gewähr dafür, dass ein hinreichender „local nexus“ besteht und dass Auswirkungen auf den Wettbewerb in Deutschland zu erwarten sind. Ein Verzicht oder eine Abschwächung des Inlandsbezugs würde dazu führen, dass zukünftig in vielen Fällen, in denen

keine wettbewerblichen Auswirkungen auf Deutschland zu erwarten wären, eine Anmeldepflicht dennoch zu bejahen wäre. Ursprünglich ging der Gesetzgeber davon aus, dass pro Jahr nur bis zu drei Fälle unter die Transaktionswertschwelle fallen würden und sich der bürokratische Mehraufwand und die Mehrkosten für die Unternehmen in Grenzen halten würden. Anfang 2021 waren es aber schon 60 Fälle, mit denen das Bundeskartellamt befasst war (vgl. BT-Drucksache 19/26136 v. 15.01.2021). Bei einem Wegfall des Inlandsbezugs würden diese Zahlen weiter in die Höhe schnellen, ohne dass dafür ein wettbewerbliches Erfordernis ersichtlich wäre. Denn die meisten Länder verfügen inzwischen über Fusionskontrollregime, so dass es keinen Grund gibt, dass eine einzelne Jurisdiktion eine große Anzahl von Transaktionen mit minimalem oder keinem lokalen Nexus in ihre Fusionskontrolle ziehen sollte.

Die Transaktionswertschwelle wurde zudem schon bei ihrer Einführung in ihrer Wirkung überschätzt. Bislang wurden weder wettbewerblich problematische Fälle identifiziert, noch eine vertiefte wettbewerbliche Prüfung aufgrund der Anmeldung eines Transaktionswertschwellen-Falles eingeleitet und damit auch noch kein Zusammenschluss untersagt. Auch eine sog. „Killer Acquisition“ wurde nicht identifiziert oder verhindert. Dem Technologiesektor kam in der Fallpraxis ein geringeres Gewicht als erwartet zu. Es muss daher gefragt werden, ob auf nationaler Ebene überhaupt eine Regelungslücke besteht, die eine weitere Ausweitung des aktuellen Systems erforderlich machen würde.

Nicht akzeptabel erscheint der Vorschlag, dass auch eine voraussichtliche künftige Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens eine Anmeldepflicht auslösen sollte. Um nicht weitere Rechtsunsicherheiten aufkommen zu lassen, die weitere unbedeutende Fälle vor das Bundeskartellamt bringt, sei es informal oder formal, sollten die Anmeldekriterien den Anmeldern zum Anmeldezeitpunkt so klar wie möglich erfassbar sein und für die Frage einer Anmeldepflicht keine interpretationsbedürftigen Zukunftsprognosen herangezogen werden.

**Europäische Transaktionswertschwelle ist nicht erforderlich (keine Systemlücke) und widerspricht Vereinfachungsbestrebungen**

Auch hinsichtlich des Vorschlags der Monopolkommission, eine Transaktionswertschwelle auf europäischer Ebene einzuführen, gilt: Jede Ausweitung der Anmeldeschwellen, die automatisch zu höheren Bürokratielasten der Unternehmen führen würde, würde dem grundlegenden Ziel der Europäischen

Kommission widersprechen, das EU-Fusionskontrollsystem weiter zu vereinfachen. Aus diesen Gründen hatte die EU-Kommission diese Fragestellung nach der letzten Konsultation dazu auch nicht mehr weiterverfolgt.

Eine Systemlücke auf europäischer Ebene würde voraussetzen, dass es jährlich eine signifikante Anzahl an M&A-Transaktionen gibt, die bislang aufgrund zu niedriger Umsätze nicht anmeldepflichtig waren, sich aber im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) auf den Wettbewerb auswirken und daher von der Europäischen Kommission vorab geprüft werden sollten. Eine derartige signifikante Anzahl an M&A-Transaktionen ist aber nicht ersichtlich. Es bedeutet für die Unternehmen daher einen vergleichsweise geringeren Aufwand, wenn die EU-Kommission in absoluten Einzelfällen (z.B. Fall Illumina/Grail) die „Verweisung“ eines ansonsten nicht anmeldepflichtigen Falles beantragen oder „fördern“ würde. Eine generelle Ausweitung der EU-Fusionskontrolle und Anmeldepflicht sämtlicher Fälle mit niedrigschwelligem Transaktionswerten würde zu einem erhöhten administrativen Aufwand und einem zusätzlichen Kostenfaktor für Unternehmen führen. Zum einen würden deutlich mehr und insbesondere unproblematische Fälle von der Fusionskontrolle in der EU erfasst werden. Zudem besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen die Kommission mit Fragen bezüglich einer möglichen Anmeldepflicht konsultieren oder ihre Zusammenschlüsse vorsorglich anmelden würden, wie dies die Praxis nach Einführung der deutschen Transaktionsschwelle beim Bundeskartellamt gezeigt hat. Dies ist nicht nur mit hohen externen Rechtsberatungskosten, sondern auch mit Kosten durch den hohen unternehmensinternen Aufwand für Prüfung, Ermittlung von Daten, Hemmung und Ablenkung des Geschäfts während und durch ein laufendes Fusionskontrollverfahren, die zeitliche Verzögerung der Durchführung der Transaktion, etc. verbunden.

Zudem würde eine neue – auf dem Transaktionswert basierende – Aufgreifschwelle auch zu einem deutlich erhöhten zeitlichen und finanziellen Aufwand für die Kommission führen und die knappen Ressourcen der Kommission auf Fälle ausweiten, die mit hoher Wahrscheinlichkeit keine behördlichen Maßnahmen in der EU rechtfertigen. Dies ist vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass die Ressourcen der Europäischen Kommission ohnehin beschränkt sind. Daher sollten diese priorisiert und für Fälle eingesetzt werden, die tatsächlich wettbewerbliche Auswirkungen innerhalb des EWR haben.

## 1.2. Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen (Ziff. 2.5)

Weitere Privilegierung des Kronzeugen könnte Schadensausgleich gefährden

Die Monopolkommission setzt sich mit der Frage auseinander, wie die Attraktivität der Kronzeugenregelung erhöht werden kann und plädiert für eine über § 33e Abs. 1 Satz 1 GWB hinausgehende zusätzliche Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzforderungen.

Nach aktuellem Forschungsstand würde eine weitergehende Befreiung des Kronzeugen von Schadenersatzforderungen die Effektivität der Kartellverfolgung steigern. Deshalb schlägt die Monopolkommission vor, dass derjenige, dem im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), erst dann Schadenersatz leisten muss, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz geleistet werden kann, es sei denn der Kronzeuge wäre marktbeherrschend. Sie macht dazu einen konkreten Gesetzesvorschlag.

Der BDI steht einer vollständigen Befreiung des Kronzeugen von der zivilrechtlichen Haftung kritisch gegenüber. Wie schon im Zusammenhang mit der Umsetzung der 10. GWB-Novelle seinerzeit vom BDI vorgeschlagen, sollte verstärkt auf eine Integration der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung gesetzt werden.<sup>1</sup> Auch dadurch ließe sich das Kronzeugenprogramm effektiv stärken.

Nach dem Vorschlag der Monopolkommission zur Änderung der EU-Kartellschadenersatzrichtlinie soll der Kronzeuge im Außenverhältnis nur nachrangig haften und im Innenverhältnis vollständig privilegiert werden. Diese Eingrenzung der Haftung des Kronzeugen hält der BDI nicht für zielführend. Sie ist weder erforderlich noch angemessen.

Der (weltweit zu beobachtende) Rückgang der Kronzeugenanträge hat seine Ursache nicht nur in einem gestiegenen Risiko, auf Kartellschadenersatz in Anspruch genommen zu werden. Als weitere mögliche Ursachen kommen eine effektivere Kartellrechtsdurchsetzung und effektive Compliance-

---

<sup>1</sup> Vgl. BDI-Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle (Regierungsentwurf) v. 9.10.2020, hier abrufbar: [Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(bdi.eu\)](https://www.bdi.eu/Regierungsentwurf-eines-Zehnten-Gesetzes-zur-Änderung-des-Gesetzes-gegen-Wettbewerbsbeschränkungen).

Maßnahmen der Unternehmen in Betracht, die insgesamt zu einem Rückgang von Kartellen führen. Auch Hinweisgebersysteme sind zu nennen, die zukünftig noch eine größere Rolle spielen werden.

Eine weitere zivilrechtliche Privilegierung der Kronzeugen würde zu Lasten der Geschädigten gehen und die Durchsetzung ihrer Ansprüche wesentlich erschweren oder – faktisch betrachtet – sogar unmöglich machen. Dies würde mit der EuGH-Rechtsprechung in seinen Urteilen *Courage*, *Manfredi* und *Otis* nicht im Einklang stehen, wonach klargestellt wurde, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder anderem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

Der Vorschlag der Monopolkommission birgt zwar die Möglichkeit, dass die Geschädigten die übrigen Kartellbeteiligten in Anspruch nehmen, gepaart mit einer Ausfallhaftung des Kronzeugen. Allerdings dürfte die Durchsetzung der Ausfallhaftung in vielen Fällen unzumutbar für die Geschädigten sein und daher nicht greifen. Die Praxis zeigt, dass Kartellschadensersatzprozesse viele Jahre dauern können. Erfolgreiche Vollstreckungsversuche gegen andere Kartellbeteiligte, bevor der Kronzeuge in Anspruch genommen werden kann, kämen hinzu. Wenn absehbar ist, dass nur der Kronzeuge solvent genug ist, würden Abnehmer des Kronzeugen unnötig erhebliche Prozess- und Kostenrisiken aufgebürdet.

Eine weitere Folge wäre eine Mehrbelastung der Gerichte, da die Vergleichsbereitschaft der Beteiligten sinken würde. In der Praxis kommen häufig Kartellschadensersatzfälle gar nicht erst vor Gericht, sondern die Beteiligten erzielen auf außergerichtlichem Weg eine gütliche Einigung. Es dürfte ausgeschlossen sein, dass sich Kartellbeteiligte freiwillig darauf einlassen, den Schadensanteil des Kronzeugen mit in einen Vergleich miteinzubeziehen, solange die Verteilung der Haftungsbeiträge nicht unter allen Kartellbeteiligten geklärt ist. Vergleiche werden in der Praxis regelmäßig nur über den eigenen verursachten Schadensanteil geschlossen. In der Folge wäre die Justiz noch stärker mit Verfahren belastet.

### Vorschlag für bessere Verzahnung von Bußgeldern und Schadensersatzansprüchen

Es gäbe zudem weniger einschränkende Mittel für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung und einen erfolgreichen Schadensausgleich für die Geschädigten als der Vorschlag der Monopolkommission. Der BDI hatte bereits



im Rahmen der 10. GWB-Novelle ein zweistufiges Verfahren beim Bundeskartellamt vorgeschlagen, in dem öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung abgestimmt ineinandergreifen.<sup>2</sup>

Gemäß Art. 14 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, „[...] dass die nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße [...] gemäß Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 2014/104/EU etwaige infolge eines Vergleichs geleistete Schadensersatzzahlungen berücksichtigen können“. Eine wirksame Umsetzung setzt somit voraus, dass Kartellverfahren so ausgestaltet sind, dass Schadensersatzzahlungen tatsächlich vor Verhängung von Bußgeldern erfolgen können. Dies könnte erreicht werden, indem das Bundeskartellamt zunächst in einem ersten Schritt einen Zwischenbescheid erlässt, in dem der Kartellrechtsverstoß dem Grunde nach festgestellt und der Kronzeugenstatus mitgeteilt wird. Erst nach einem Übergangszeitraum von mindestens einem Jahr nach Veröffentlichung des Zwischenbescheides sollte das Bundeskartellamt einen zweiten, abschließenden Bescheid erlassen, in dem es die Bußgeldhöhe festsetzt. In diesem Übergangszeitraum könnten Kartellbeteiligte einschließlich des Kronzeugen freiwillig mit ihren Abnehmern einen außergerichtlichen Schadensausgleich herbeiführen. Die erfolgten Vergleichszahlungen müssten sich unmittelbar und nachvollziehbar auf die Höhe des Bußgelds auswirken. Das würde das Haftungsrisiko reduzieren.

Die mangelnde Verzahnung von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung führt auch auf Seiten der Kartellbeteiligten zu erheblichen Unsicherheiten und kann zu einer wirtschaftlichen Doppelbelastung durch Bußgeld und Schadensersatzforderungen führen. Art. 18 Abs. 3 der Kartellschadenersatz-Richtlinie sowie der Vorschlag eines zweistufigen Verfahrens sollen einer solchen Doppelbelastung jedenfalls teilweise entgegenwirken. Dieser Vorschlag erscheint auch vor dem Hintergrund richtig, dass Bußgelder und Schadensersatzleistungen in ihrer Kumulation nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen insgesamt überfordern sollten. Eine schnelle Schadensregulierung muss deshalb bußgeldreduzierend wirken, eine Widerrufsregelung für Bußen sicherstellen, dass bei wirtschaftlicher Überforderung die Kompensation der Geschädigten Vorrang vor den fiskalischen Folgen des Bußgelds hat. Der Gesetzgeber sollte Art. 18 Abs. 3 der Kartellschadenersatz-Richtlinie im Rahmen der anstehenden GWB-Novelle umsetzen.

---

<sup>2</sup> Vgl. Fn 1.

Die Kartellschadenersatzrichtlinie will ausdrücklich den Abschluss von Vergleichen fördern. So heißt es in Erwägungsgrund 48: *„Rechtsverletzer und Geschädigte sollten deshalb ermutigt werden, sich in einvernehmlichen Streitbeilegungsverfahren, zum Beispiel außergerichtlichen Vergleichen (einschließlich solcher, in denen ein Richter einen Vergleich als rechtsverbindlich erklären kann), Schiedsverfahren, Mediationsverfahren oder Schlichtungsverfahren auf einen Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens zu einigen.“* Der Gesetzgeber sollte ein effektives Regime etablieren, das Anreize für alle Beteiligten schafft, außergerichtliche Einigungen anzustreben, um eine effektive Kartellverfolgung, die vollständige Kompensation der Kartellopfer, die Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbelastung der Kartellbeteiligten, den (nicht überbordenden) Schutz der Kronzeugen sowie eine Entlastung der Gerichte zu erreichen.

In dem vorgeschlagenen Szenario sollte man ebenfalls überlegen, ob und wie die Vergleichsbereitschaft des Kronzeugen, der vollständig von Bußgeldern befreit ist, noch gesteigert werden könnte, bei dem ansonsten kein weiterer Anreiz für eine Bußgeldreduktion besteht. Es sollte in Frage gestellt werden, ob die Umsetzung einer Verrechnung von Schadensersatzzahlungen mit Bußgeldern tatsächlich zu komplex wäre, als dass sie durchführbar erschiene (so jedenfalls die Ansicht der Monopolkommission in Ziff. 319, Fn. 424 und 425). Dies sollte sich der Gesetzgeber zu einer Prüfaufgabe machen.

## **2. Ausblick auf die 11. GWB-Novelle (Kapitel 3)**

### **2.1. Missbrauchsunabhängige Entflechtung (Ziff. 2.1.)**

Missbrauchsunabhängige Entflechtung wäre unverhältnismäßig und ein erheblicher Eingriff in unternehmerische Rechtspositionen

Die Monopolkommission befürwortet die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung als ultima ratio für über lange Zeit verfestigte Sektoren. Der BDI lehnt dieses von Bundesminister Habeck im Juni 2022 vorgeschlagene Instrument anlässlich einer angeblich fehlenden oder zu geringen Weitergabe des Energiesteuerrabatts auf Diesel/Benzin an die Verbraucher seitens der Mineralölkonzerne ab.

Die gesamte deutsche Industrie leidet zweifelsohne erheblich unter den hohen Energiepreisen, auch an den Preisen an den Tankstellen. Allerdings sieht der BDI keine durchschlagenden Anzeichen dafür, dass die Energiesteuersenkung zum 1. Juni 2022 von den Mineralölgesellschaften nicht

weitergegeben worden ist. Das Bundeskartellamt hat am 8. September 2022 in einer Presseerklärung sogar mitgeteilt, dass mehrere wissenschaftliche Studien, die dieser Frage nachgegangen sind, darauf hindeuten, dass die Energiesteuersenkung „durchaus in erheblichem Umfang“ weitergegeben wurde.

Unabhängig davon wäre eine missbrauchsunabhängige Entflechtung für transparente, homogene und oligopolistische Märkte, die global aufgestellt sind, ungeeignet. Nationale Entflechtungsinstrumente können nur dann sinnvoll wirken, wenn die Märkte national sind, da nur im Inland entflichtet werden könnte. Ein nationaler Hoheitsakt, der auf eine Entflechtung von im Ausland gelegenen Unternehmensteilen abzielte, würde - trotz etwaiger extraterritorialer Auswirkungen von Unternehmensstrategien auf Deutschland als dem Auswirkungsstaat - gegen das völkerrechtliche Interventionsverbot verstoßen. Im Bereich der Mineralölwirtschaft, deren Märkte zum Großteil globaler Natur sind und deren Unternehmen ihren Hauptsitz nicht in Deutschland haben, würde eine Entflechtung somit allenfalls die Vertriebskanäle abschneiden, nicht jedoch Einfluss auf die Ölförderung und Vertriebsstrategien insgesamt haben. Wenn überhaupt, sollten politisch konnotierte strukturelle Maßnahmen einer sektorspezifischen Regulierung vorbehalten werden, da diese zielgenau und klar als Sanktion für ein etwaiges Fehlverhalten anwendbar sind, ohne Kollateralschäden für die gesamte Wirtschaft auszulösen.

Die Pläne des Bundeswirtschaftsministers für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung und Gewinnabschöpfung unter erleichterten Voraussetzungen – die Pläne beziehen sich nicht nur auf den Mineralölsektor – stellen einen erheblichen Eingriff in unternehmerische Rechtspositionen dar.

Durchsetzungsziele, die auf die Abstellung konkreter Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht gerichtet sind, unterstützt der BDI grundsätzlich. Die Vorschläge aus dem BMWK beziehen sich jedoch nicht auf Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht, sondern sie setzen unterhalb des Radars des Wettbewerbsrechts und ohne konkreten Rechtsverstoß an, was auf eine strukturelle Neuordnung von Märkten und Marktteilnehmern durch die Behörden hinauslaufen würde („Market by Design“).

Abgesehen von einer fehlenden Eignung bei globalen Unternehmensstrukturen ist eine missbrauchsunabhängige Entflechtung auch nicht erforderlich, weil die existierenden kartellrechtlichen Verbote und Eingriffsbefugnisse bereits denkbar weit sind. Die scharfe Verhaltenskontrolle des Kartell- und des Missbrauchsverbots wird ergänzt durch eine strenge Fusionskontrolle.

## Missbrauchsunabhängige Entflechtung lähmt Antriebskräfte im Wettbewerb und gefährdet Innovationen und Investitionen

Eine nicht missbrauchte und durch eigene Leistung errungene Marktmacht unter einen Entflechtungs- und Gewinnabschöpfungsvorbehalt zu stellen, lähmt die Antriebskräfte im Wettbewerb. Bei den möglicherweise betroffenen Unternehmen wird dies – schon in der Vorfeldwirkung („Aufnahme ins GWB“) – für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen, die zu fehlender Investitionsbereitschaft und einem verminderten Innovationslevel führen dürfte. Insgesamt wäre es ein fatales Signal für die notwendigen Transformationsprozesse in der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, wenn größere Wirtschaftsunternehmen künftig ein Risiko befürchten müssten, entflochten zu werden oder Renditen überweisen zu müssen, statt in neue Geschäftsfelder und neue Technologien zu investieren. Schon die bloßen Gesetzesvorschriften mit der Drohkulisse des Einsatzes als „ultima ratio“ sind nicht lediglich „nice to have“, sondern stellen einen erheblichen Nachteil für die aus eigener Kraft gewachsenen großen erfolgreichen und innovativen Unternehmen und den deutschen Wirtschaftsstandort dar.

Gerade für Transformationsprozesse und Krisenresilienz sowie Souveränität sind Innovationsprozesse notwendig, die internes Wachstum belohnen. Ein Rechtsrahmen, der das perspektivisch misstrauisch sieht, ist ungeeignet. Recht muss „Enabler“ sein; Innovationsanstrengungen sind zu belohnen und nicht durch überbordende Compliance-Auflagen auszubremsen.

Eine Unternehmensentflechtung ohne vorangegangenen Wettbewerbsverstoß würde zudem gegen Grundrechte (Eigentumsfreiheit, unternehmerische Freiheit) verstoßen und, wenn nicht schon verfassungswidrig, zumindest Entschädigungszahlungen in großem Umfang erforderlich machen. Der Vorschlag der Monopolkommission, den Eigentümern der entflochtenen Unternehmen gegebenenfalls neben dem Verkaufserlös eine Kompensation aus öffentlichen Mitteln zu geben, wäre, wie die Monopolkommission selbst betont, Ausdruck eines verfassungsrechtlichen Gebots. Schon 2011 hatte ein vom BDI in Auftrag gegebenes Gutachten (Nettesheim/Thomas, „Entflechtung im deutschen Kartellrecht“) ergeben, dass eine missbrauchsunabhängige Entflechtung im deutschen Kartellrecht gegen rechtliche, wettbewerbspolitische, verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Prämissen verstoßen würde. An dieser Grundaussage hat sich auch im Jahr 2022 nichts geändert. Frühere Versuche, ein solches Instrument einzuführen, sind jeweils gescheitert.

Die Einführung eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstrumentes in das GWB wäre auch systemfremd: Entflechtungen beseitigen Effizienzen bei erfolgreichen Unternehmen und dämpfen die Investitionsbereitschaft. Es gibt keine überzeugenden Gründe für die Annahme, dass diese Nachteile durch spätere Verbesserungen von Wettbewerbsbedingungen aufgewogen werden. Die Erfahrungen mit Entflechtungsinstrumenten im Ausland bestätigen die Bedenken eher als dass sie sie widerlegen. Dort enden Entflechtungsverfahren oft in jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen, wie die USA zeigen. In den USA vollzogene Entflechtungen sind nicht zahlreich, und die Erfahrungen mit diesen Entflechtungen letztlich enttäuschend.<sup>3</sup> Die Entflechtung von Mineralölkonzernen und IT-/TK-Konzernen hat die Marktstruktur nicht nachhaltig verändert.

### Rechtsmittel sollten Suspensiveffekt haben

Der Empfehlung der Monopolkommission, dass ein etwaiges Rechtsmittel gegen Abhilfemaßnahmen, die im Rahmen einer Sektoruntersuchung künftig angeordnet werden könnten, einschließlich missbrauchsunabhängiger Entflechtungen, keinen Suspensiveffekt haben sollte, steht der BDI ablehnend gegenüber. Es ist höchst fraglich, warum das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung, das lediglich mit einer „kartellbehördlichen Nutzung der sektorbezogenen Ermittlungsergebnisse“ angegeben wird, höher wiegen soll als die Interessen des Unternehmenseigentümers an seinen bestehenden und etablierten Rechtspositionen. Sollte ein Rechtsmittel keinen Suspensiveffekt haben, es aber gleichwohl – ggf. nach Jahren – Erfolg haben, kämen weitere sehr hohe Entschädigungszahlungen auf den Fiskus zu; eine „Rückenteignung“ dürfte dann ebenfalls kaum greifen, die noch dazu mit weiteren Entschädigungsansprüchen des zwischenzeitlich neuen Unternehmensinhabers verbunden wäre.

---

<sup>3</sup> Vgl. Thomas/Nettsheim, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, Verlag Mohr Siebeck, S. 28ff.

### **3. Nachhaltigkeit und Wettbewerb (Kapitel 4)**

Kooperationen sind unerlässlich zum Erreichen der ehrgeizigen Nachhaltigkeitsziele

Der BDI teilt die Ansicht der Monopolkommission, dass es zum Erreichen von Nachhaltigkeitszielen Konstellationen gibt, in denen es einem Unternehmen nicht möglich ist, allein ein nachhaltiges oder nachhaltig produziertes Produkt einzuführen. Auch gibt es Konstellationen, bei denen ein Vorschreiten eines Unternehmens zu einem „first mover“-Nachteil wird. Zur Unterstützung des Green Deal ist es unerlässlich, innovative und nachhaltige Kooperationen und Vereinbarungen von Unternehmen in horizontaler und vertikaler Hinsicht zu ermöglichen. Es besteht ein großer Bedarf an der Entwicklung nachhaltiger Lösungen zur Verringerung schädlicher Umweltauswirkungen und beim Klimaschutz zur Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen.

Eine Zusammenarbeit der Unternehmen kann dabei erforderlich sein, um bessere und schnellere Lösungen zu erhalten. Es geht auch um die Abfederung von Risiken: Bestimmte Investitionen in Zukunftstechnologien können aufgrund ihrer Größe, erforderlichen Investitionshöhe und unklaren Realisierungschancen eher machbar sein, wenn das Risiko auf mehrere Unternehmen aufgeteilt wird. Kooperationen können helfen, den First-Mover-Nachteil zu überwinden. Zudem ist in vielen Branchen die Wertschöpfungskette stark vernetzt, und die Zusammenarbeit entlang der Wertschöpfungskette kann dazu beitragen, eine kritische Masse aufzubauen: Nur wenn mehrere Unternehmen auf derselben Ebene zusammenarbeiten und investieren, könnten andere Teilnehmer auf anderen Ebenen der Wertschöpfungskette bereit sein zu investieren.

Kooperationen sind auch jenseits von Marktversagen notwendig und sinnvoll, da die aufgrund des Green Deals erforderliche Transformation zu mehr Klimaschutz, die gewaltige Ausmaße hat (für Unternehmen werden jährliche Mehrinvestitionen in Höhe von 250 – 300 Milliarden Euro fällig), ohne Kooperationen wirtschaftlich nicht zu stemmen sein wird, jedenfalls nicht unbedingt nachhaltig.

Weitere Klarstellungen bei anzuerkennenden Effizienzvorteilen notwendig

Kooperationen sollten generell in einer freien Wirtschaft im Ermessen der Kooperationsparteien stehen. Was unternehmerisch sinnvoll (oder auch nicht

sinnvoll) sein kann, sollten Unternehmen entscheiden. Als Akt der Eingriffsverwaltung muss das Kartellrecht begründen, weshalb diese Freiheit ordnungspolitisch begrenzt werden soll und diese Fälle dann regeln. Die Frage, ob eine Kooperation Marktversagen beseitigt, kann dann ggf. im Rahmen der Abwägung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV noch eine Rolle spielen. Letztlich sollte allerdings allein maßgeblich sein, ob die mit der Nachhaltigkeitsvereinbarung ggf. verbundene Wettbewerbsbeschränkung zur Erzielung der geltend gemachten Effizienzvorteile notwendig ("unerlässlich") ist.

Die Monopolkommission benennt die richtigen Fragestellungen, die einer Lösung harren, um Nachhaltigkeitsaspekte besser mit dem geltenden Kartellrecht in Einklang zu bringen. Auch nach dem Entwurf der Horizontalleitlinien der Kommission scheinen Effizienzen im Sinne einer Erhöhung der Nachhaltigkeit im Rahmen der Abwägung von Art. 101 Abs. 3 AEUV nur eine Rolle zu spielen, sofern Verbraucher im relevanten Markt davon profitieren. Dies kann, wie die Monopolkommission treffend feststellt, zu einer „Untererfassung“ der Gesamtwirkung von Effizienzen führen. Hier herrscht noch erheblicher Klarstellungsbedarf. Es ist der Monopolkommission zuzustimmen, dass der Leitlinienentwurf der EU-Kommission einen sinnvollen Ausgangspunkt darstellt, um das Kriterium der „angemessenen Verbraucherbeteiligung“ mit Blick auf Nachhaltigkeitsaspekte umzusetzen. Die Diskussion darf dort aber noch nicht aufhören.

Generell begrüßt der BDI im Entwurf der Horizontalleitlinien das weite Verständnis der EU-Kommission von "Nachhaltigkeitsvorteilen" als Effizienzgewinne und die grundsätzliche Anerkennung von kollektiven Vorteilen als Effizienzgewinne nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Mit der Forderung, dass die kollektiven Vorteile den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen (oder die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher zeigen), verfolgt die Kommission jedoch einen engen Ansatz. In der Praxis würde diese Anforderung Vereinbarungen zur Standardisierung der Nachhaltigkeit dort erschweren, wo sie am wirksamsten sind.

Dass Wettbewerbsbeschränkungen auf einem bestimmten Markt nur durch Vorteile auf demselben Markt ausgeglichen werden können, sollte kein Dogma sein. Nachhaltigkeitsorientierte Motive sollten auch berücksichtigungsfähig sein, wenn sie nur auf anderen Märkten Vorteile entfalten. Die Vorstellung der Marktkongruenz („*Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher in dem relevanten Markt zumindest neutral*“) folgt einer tradierten, zu ökonomisch verhafteten Betrachtungsweise. Es sollte möglich sein, z. B. die Einhaltung von Mindestlöhnen oder die Vermeidung von Kinderarbeit

(=Vorteile) allein in Ländern außerhalb der EU gegen Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb der EU (z. B. Vereinbarungen von europäischen Herstellern über den Bezug von Waren aus außereuropäischen Ländern oder Werbe-/Marketing- oder auch Vertriebsmaßnahmen) abzuwägen.

Es fehlt auch noch an Klarheit und Hilfestellungen, wie Effizienzgewinne zu quantifizieren sind. Die Aussage, dass es den Unternehmen obliegt, hinreichende Quantifizierungen vorzutragen (objektiv, konkret, überprüfbar, Schätzung des Umfangs) bietet zu wenige Anhaltspunkte. Ein Nachweis dürfte so kaum gelingen, auch stehen die Prognostizierbarkeit und Messbarkeit – gerade bei kollektiven Vorteilen – in Zweifel. Nachhaltigkeitseffekte lassen sich nicht allgemein, sondern nur an konkreten Beispielen oder Referenzgrößen messen. Der Vorschlag der Monopolkommission, von einer Quantifizierung möglicher Effizienzen in bestimmten Fällen abzusehen und eine Freistellungsmöglichkeit einzuführen, ist auf jeden Fall diskussionswürdig.

Interessant ist der Vorschlag der Monopolkommission, Nachhaltigkeitsaspekte künftig ggf. auch bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Zusammenschlüssen im Rahmen der Effizienzabwägung zu berücksichtigen. Derzeit müssen Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle den Verbrauchern zugutekommen, fusionspezifisch und überprüfbar sein; dies ist von den Unternehmen dazulegen und zu beweisen. Diese Anforderungen sind unternehmensseitig nicht zu erfüllen. Effizienzvorträge seitens der Unternehmen haben bislang nahezu keine Rolle gespielt. Die Voraussetzungen für den Effizienzeinwand auf europäischer Ebene müssten in jedem Fall und bei jedem einzelnen Kriterium erst abgesenkt werden, damit Nachhaltigkeitsaspekte positive Berücksichtigung finden können.

#### **4. Weiterer Regelungsbedarf mit Blick auf die Problematik unangreifbarer digitaler Ökosysteme (Kapitel 5)**

Gründe gegen missbrauchsunabhängige Entflechtung in der EU sollten auch für Deutschland herangezogen werden

Sofern die Monopolkommission konstatiert, dass sie auf europäischer Ebene derzeit keinen Bedarf für weitere Entflechtungsinstrumente sieht, insbesondere nicht für eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit, ist ihr unbedingt zuzustimmen. Ihre Einwände gelten aber genauso für die geplante Einführung eines missbrauchsunabhängigen Instrumentes auf nationaler



Ebene. Die Ausführungen der Monopolkommission, dass die Einführung missbrauchsunabhängiger Entflechtungsinstrumente aus wettbewerbspolitischer Sicht insbesondere dann einer näheren Prüfung bedarf, „wenn missbrauchsabhängige Instrumente nicht zur Verfügung stehen oder wenn ihre Anwendung keinen wirksamen Wettbewerbsschutz gewährleistet“ und im letztgenannten Fall „vorrangig die Anwendungshindernisse für die bestehenden Instrumente beseitigt werden [sollten], bevor neue Instrumente eingeführt werden“, sind richtig. Es wäre wünschenswert, wenn die Monopolkommission dieselbe Messlatte an die Einführung eines solchen Instruments auf nationaler Ebene anlegen würde (vgl. dazu oben Kapitel 2.1).

### Kein Bedarf für ein neues „New Competition Tool“

Der BDI stimmt der Monopolkommission zu, dass erst abgewartet werden sollte, ob sich das europäische Regelungssystem in seinem Zusammenspiel der neuen Spezialregelungen für die digitalen Märkte mit Art. 102 AEUV bewährt, bevor über neue Eingriffsbefugnisse nachgedacht wird. Die Kommission wird erst im Frühjahr 2023 mit der Durchsetzung des DMA nach dessen Inkrafttreten im Herbst 2022 beginnen. Der BDI stimmt der Monopolkommission ebenfalls zu, dass die Bundesregierung ihre Pläne zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit auf EU-Ebene nicht weiterverfolgen sollte. Die Monopolkommission schlägt stattdessen „weiterreichende Abhilfemaßnahmen in Fällen einer schwerwiegenden Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt“ vor, ohne hier jedoch spezifischer zu werden.

Für eine Neuauflage des im Jahr 2020 diskutierten „New Competition Tools“ besteht nach Einführung des Digital Markets Act (DMA) auf europäischer Ebene in der Tat kein Bedarf. Für die Digitalmärkte haben bereits Elemente des ursprünglich geplanten „New Competition Tools“ ihren Weg in den DMA gefunden. Darüber hinaus kann die Europäische Kommission nach Art. 18 DMA unter den dort genannten Voraussetzungen in Fällen, in denen ein Gatekeeper die in den Art. 5, 6 und 7 festgelegten „Verpflichtungen systematisch nicht einhält“, verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahme gegen den Gatekeeper verhängen. Ein Rückgriff auf Art. 102 AEUV dürfte aber auch dann möglich sein, wenn die Nichteinhaltung von Vorgaben des DMA zugleich einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellt und wenn zugleich eine schwerwiegende Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt festzustellen ist oder droht. Darüber hinaus kann die Kommission mit Hilfe der im DMA vorgesehenen delegierten Rechtsakte voraussichtlich

einen nicht unwesentlichen Teil der Markteingriffe durchführen, die sie auch mit dem „New Competition Tool“ im Sinne einer Marktuntersuchung mit Eingriffsbefugnissen in digitalen Märkten hätte erreichen können. Das Fehlen der unmittelbaren Eingriffsbefugnisse ist wohl maßgeblich auf die Wahl der für den DMA herangezogenen Rechtsgrundlage zurückzuführen. Die Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV lässt die Einführung eines weitreichenden „New Competition Tools“, wie bereits vom BDI in seiner Stellungnahme zum „New Competition Tool“ ausgeführt,<sup>4</sup> sicherlich nicht zu.

Sofern die Monopolkommission vorschlägt, dass sich die Bundesregierung auf „weiterreichende Abhilfemaßnahmen in Fällen einer schwerwiegenden Schädigung der Marktstruktur im EU-Binnenmarkt“ konzentrieren möge, ist nicht klar, ob sich dies auf Fälle von Wettbewerbsverstößen nach Art. 102 AEUV bezieht. Man könnte diesen Schluss ziehen, da die Monopolkommission eine missbrauchsunabhängige Entflechtung für die europäische Ebene ablehnt. Gegen missbrauchsabhängige Entflechtungen wäre nichts einzuwenden, sofern die Verhältnismäßigkeit gewahrt würde.

Die Abhilfemaßnahmen für Verstöße gegen Art. 102 AEUV folgen nicht unmittelbar aus dieser Vorschrift selbst, sondern sind im nachrangigen Recht geregelt. Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 und 2 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission nach Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen und ihnen hierzu „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen“ vorschreiben. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nach Art. 7 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003 aber „nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.“ Die Abhilfemaßnahmen struktureller Art umfassen auch (missbrauchsabhängige) Entflechtungen.

---

<sup>4</sup> BDI-Stellungnahme zum „New Competition Tool“ v. 4.09.2020, hier abrufbar: [Neues Wettbewerbsinstrument \(bdi.eu\)](https://www.bdi.eu/de/wettbewerbsinstrument).

## Über den BDI

Der BDI transportiert die Interessen der deutschen Industrie an die politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 40 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund acht Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

## Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)

Breite Straße 29, 10178 Berlin  
www.bdi.eu  
T: +49 30 2028-0  
Lobbyregisternummer: R000534

## Ansprechpartner

Dr. Ulrike Suchsland  
Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik  
T: +49 30 2028-1408  
[U.Suchsland@bdi.eu](mailto:U.Suchsland@bdi.eu)

Nadine Rossmann  
Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik  
T: +49 30 2028-1408  
N.Rossmann@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D 1643