.B.A.H
Bundesverband der
Arzneimittel-Hersteller e.V.

Stellungnahme

des Bundesverbands der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz - 11. GWB-Novelle)

vom 26. September 2022

Stand der Stellungnahme: 7. Oktober 2022

Der Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH) vertritt die Interessen der Arzneimittel- und Medizinprodukteindustrie sowohl auf Bundes- wie auch Landesebene gegenüber Politik, Behörden und Institutionen im Gesundheitswesen. Die rund 400 Mitgliedsunternehmen und ihre ca. 80.000 Beschäftigten tragen maßgeblich dazu bei, die Arzneimittel- und Medizinprodukteversorgung in Deutschland und weltweit zu sichern. Der BAH ist der mitgliederstärkste Verband im Arzneimittel- und Medizinproduktebereich. Die politische Interessenvertretung und die Betreuung der Mitglieder erstrecken sich auf das Gebiet der verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel sowie der Medizinprodukte, insbesondere stofflicher Medizinprodukte, Medical Apps und digitaler Gesundheitsanwendungen.

Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personen- oder Berufsbezeichnungen die maskuline Form verwendet. Jedoch gelten sämtliche Bezeichnungen gleichermaßen für alle Geschlechter.

Berlin
Friedrichstraße 134
D-10117 Berlin

T. 030 | 308 75 96 - 0

Bonn
Ubierstraße 71 – 73
D-53173 Bonn

T. 0228 | 957 45 - 0

E-Mail: bah@bah-bonn.de

Vorbemerkung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat den beteiligten Verkehrskreisen am 26. September 2022 und damit bereits 1,5 Jahre nach dem Inkrafttreten der letzten GWB-Novelle im Januar 2021 eine erneute Novelle, den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz - 11. GWB-Novelle), vorgelegt. Hintergrund dieser Novellierung ist es, die Befugnisse des Bundeskartellamts erheblich zu stärken, insbesondere im Hinblick auf „bestehende wettbewerbslose oder in ihrer Funktionsfähigkeit gestörte wettbewerbliche Strukturen“, die bislang in Ermangelung eines Rechtsverstoßes oder eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses nicht Gegenstand kartellbehördlicher Maßnahmen sein konnten. Die Einführung der geplanten Regelungen sind vor dem Hintergrund der Erfahrungen und politischen Diskussionen im Hinblick auf die Wirksamkeit des Tankrabatts aus diesem Sommer und der Übergewinnsteuer zu sehen. Weitere Inhalte betreffen eine Beschleunigung der Sektoruntersuchungen, eine erleichterte Vorteilsabschöpfung sowie die Unterstützung der Durchsetzung der Verordnung (EU) Nr. 2022/ (Digital Market Act oder „DMA“).

Da die vorgesehen Vorschriften keine pharmaspezifische Relevanz haben, aber die Mitgliedsunternehmen des BAH auch von diesen betroffen sein werden, beschränkt sich die Stellungnahme des BAH auf einige wesentliche Inhalte sowie auf grundsätzliche Aussagen.

Anmerkungen des BAH

Zeitplanung des Gesetzgebungsverfahrens:

Auch wenn ein hoher öffentlicher und vor allem politischer Druck besteht, aufgrund der Erfahrungen mit der Preisentwicklung an den Tankstellen nach Einführung des Tankrabatts und durchaus eine gesetzgeberische Reaktion darauf verständlich ist, ist nicht nachvollziehbar, dass dies in einem derart engen zeitlichen Rahmen erfolgen soll. Dies gilt umso mehr, als mit dieser Novelle ein Paradigmenwechsel im Hinblick auf die Aufgaben und Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes erfolgen soll, mit sehr weitreichenden und auch verfassungsrechtlich bedenklichen Folgen für die Unternehmen. Für eine eingehende Prüfung und Vorbereitung für eine Anhörung und Fertigung eine dezidierten Stellungnahme reichen wenige Tage - 5 Arbeitstage bis zur Anhörung und 9 Tage bis zur Abgabe einer Stellungnahme - nicht aus. Es besteht keine Notwendigkeit für eine überhastete Eile, sondern es sollte auch hier der Grundsatz „Gründlichkeit vor Schnelligkeit“ gelten.

Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten bzw. Einführung neuer Eingriffsmöglichkeiten (§§ 32e und f RefE):

Es soll eine Lücke beim Instrumentarium der Sektoruntersuchungen geschlossen werden. In der Begründung zum neuen § 32 f heißt es: „Unternehmenskonzentrationen, unabgestimmtes Parallelverhalten oder andere Störungen und hiermit unter Umständen verbundene negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, die weder im Rahmen der Fusionskontrolle aufgegriffen werden konnten, noch ihren wettbewerbsbeschränkenden Charakter aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen oder Marktmachtmissbrauch ziehen, konnten bislang nicht adressiert werden.“ Daher soll das Kriterium der „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs“ Anknüpfungspunkt für die geplanten Maßnahmen sein. Diese neuen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung sollen verhaltensorientierte oder quasistrukturelle Verpflichtungen sein, insb.:

- die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen;
- die Belieferung anderer Unternehmen, einschließlich der Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum;
- behördliche oder vergleichbare Zulassungen oder Genehmigungen;
- die Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten und auf verschiedenen Marktstufen;
- gemeinsame Normen und Standards;
- Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung;
- die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.

Als ultima ratio soll das Bundeskartellamt sogar zur Beseitigung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs auch eine missbrauchsunabhängige Entflechtung von Unternehmen anordnen können.

Konkret bedeuten diese neuen Regelungen und Eingriffsmöglichkeiten, dass das Bundeskartellamt somit statt bislang eine Exekutivbehörde nunmehr eine Regulierungsbehörde sein wird. Dies ist eine weitreichende Änderung und somit ein Paradigmenwechsel. Indem es dem Bundeskartellamt unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein soll, beispielsweise in die Vertragsgestaltung, in geistige Eigentumsrechte einzugreifen, Unternehmens- oder Geschäftsbereiche zu trennen bis hin zu Unternehmensentflechtungen, greift die Behörde in den Markt ein und gestaltet ihn. Ob und eine Behörde hierzu nicht zuletzt auch aufgrund ihrer bisherigen Aufgabenstellung und Ausstattung geeignet ist, darf bezweifelt werden.

Da die Maßnahmen durch das Bundeskartellamt ergriffen werden können, ohne dass ein Marktmachtmissbrauch oder ein Kartellrechtsverstoß vorliegt, somit also trotz eines rechtmäßigen Verhaltens eines Unternehmens, bestehen verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund der weitreichenden Eingriffe in die unternehmerischen grundrechtlich geschützten Freiheiten. Darüber hinaus unterliegen damit Wachstum, Effizienz und wirtschaftlicher Erfolg eines Unternehmens einem grundsätzlichen Verdacht. Diese Unternehmen müssen damit – trotz rechtmäßigem Handeln – rechnen, mit einer Sektoruntersuchung und ggf. mit den beschrieben Eingriffsmaßnahmen konfrontiert zu werden. Eine Untersuchung bindet im Übrigen in nicht unerheblichem Maße auch Kapazitäten im Unternehmen. Die geplanten Regelungen sind in einer Zeit, in der sich nicht nur, aber auch im besonderen Maße die Wirtschaft in einer der größten Krise befindet, kontraproduktiv. Es muss nun eher darum gehen, einen dringend benötigten Rahmen für eine verbesserte Resilienz zu bieten.

Erleichterte Vorteilsabschöpfung (§ 34 RefE):

Der § 34 GWB soll umfangreich geändert werden, um dem Instrumentarium der behördlichen Vorteilsabschöpfung mehr Durchschlagskraft zu verleihen. Zum einen soll das bisher geltende Erfordernis eines Verschuldens des betroffenen Unternehmens entfallen.

Zum anderen soll eine Vermutung für die Erzielung eines Vorteils in Höhe von 1% der tatbefangenen Umsätze im Inland eingeführt werden. Die Vermutung soll zwar widerleglich sein, aber nur durch den Nachweis, dass kein (weltweiter) Konzerngewinn in dieser Höhe erzielt wurde. Darüber hinausgehend darf die Kartellbehörde die Höhe des Vorteils – wie schon bisher – schätzen, allerdings soll künftig eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen. Bei 10% des Vorjahresgesamtumsatzes soll die Abschöpfung gedeckelt sein.

Insbesondere der Verzicht auf ein Verschulden bei einer Sanktionierung ist verfassungsrechtlich unzulässig, insbesondere wenn dieser u.a. auch mit der Begründung eingeführt werden soll, dass eine Feststellung des Verschuldens schwierig sei.

Die Vermutung für die Mindesthöhe wird voraussichtlich in der Praxis schwer zu widerlegen sein, sodass diese Vorschrift im Ergebnis in vielen Fällen dazu führt, dass dieser Betrag nicht unterschritten werden wird.

Bonn/Berlin, 7. Oktober 2022

Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH)