Stellungnahme

11. GWB-Novelle

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Stand: 10.10.2022

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....3

Zu den einzelnen Punkten des Vorschlags Fehler! Textmarke nicht definiert.

1. Sektoruntersuchungen (§§ 32e und 32f RefE).....8

Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (§32e Absatz 3):.....8

Neue Eingriffsbefugnisse nach § 32 f RefE 11

Weitere Überlegungen zur Missbrauchsunabhängigen Entflechtung als Ultima Ratio (§ 32g, Absatz 4 RefE) 22

2. Änderungen bei der Vorteilsabschöpfung (§ 34 RefE).....28

3. Umsetzung des DMA (§§ 32g, 33h, 89e RefE).....31

4. Weiteres Anliegen: Gebührenaufsicht im Kartellrecht wieder einführen 31

Über den BDI 32

Impressum.....32

Einleitung

Der Referentenentwurf stellt einen klaren **Paradigmenwechsel** im deutschen Wettbewerbsrecht dar. Das Bundeskartellamt soll in einer neuen Funktion als **Regulierungsbehörde** künftig die Befugnis erhalten, aufgrund wettbewerbspolitischer Erwägungen gestaltend in den Markt und die Unternehmensstrukturen einzugreifen – auch gegenüber Unternehmen, die sich völlig rechtskonform verhalten haben. Dies stellt einen **erheblichen Eingriff in unternehmerische Rechtspositionen** dar und schadet dem **Wirtschaftsstandort** Deutschland zutiefst.

Die geplante Einführung struktureller Maßnahmen ohne vorangegangenes kartellrechtlich vorwerfbares Verhalten ist auch keine bloße Vervollständigung des kartellbehördlichen Instrumentariums, sondern dessen politisch gewollte Erweiterung **über die bisherigen ordnungspolitischen Grenzen hinaus**.

Angesichts derart massiver Systemänderungen und neuer Befugnisse im GWB ist es unverständlich, dass das Bundeswirtschaftsministerium hier – ohne Not – einen **derart eng getakteten Zeitrahmen** für den wichtigen Austausch mit den Verbänden vorgibt. Innerhalb von vier Werktagen (bis zur Anhörung) und von sieben Tagen (für die Abgabe einer Stellungnahme) ist es nicht möglich, eine vertiefte und mit der Mitgliedschaft abgestimmte Position zu den vielen wichtigen Einzelfragen des Vorschlages aufzuzeigen. Wir behalten uns daher vor, die nachfolgenden Punkte auch nach diesen ersten Überlegungen weiter zu vertiefen. Wir möchten ausdrücklich anregen, das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle) mit der bereits für 2023 angekündigten 12. GWB-Novelle zu verbinden und die umwälzenden Vorschläge im Sinne demokratischer Entscheidungsstrukturen von einer breiteren Öffentlichkeit in einem angemessenen Zeitraum diskutieren zu lassen.

- **Verkennung des Unterschieds zwischen wettbewerbsrechtlichem und wettbewerbspolitischem Instrument**

Durchsetzungsziele, die auf die Abstellung *konkreter* Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht gerichtet sind, unterstützt der BDI. Die Vorschläge des Ministeriums zu Eingriffsmaßnahmen nach Sektoruntersuchungen beziehen sich jedoch nicht auf Zuwiderhandlungen einzelner Unternehmen gegen das Wettbewerbsrecht und eine damit im Zusammenhang stehende etwaige ungenügende Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, sondern sie setzen

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Lobbyregisternummer
R000534

Hausanschrift
Breite Straße 29
10178 Berlin
Postanschrift
11053 Berlin

Ansprechpartner
Dr. Ulrike Suchsland
T: +493020281408
F: +49 170 7961104
E-Mail:
u.suchsland@bdi.eu
Internet
www.bdi.eu

unterhalb des Radars des Wettbewerbsrechts, insbesondere unterhalb der etablierten Eingriffsschwellen in der Missbrauchsaufsicht, und außerhalb konkreter Rechtsverstöße an, wobei sogar eine strukturelle Neuordnung von Märkten und Marktteilnehmern durch das Bundeskartellamt in Rede steht („*Market by Design*").

Die Vorschläge sind somit keine Umsetzung von Wettbewerbs**recht**, sondern sind wettbewerbs**politische** Vorstöße, die in behördliche Regulierungsmaßnahmen einmünden sollen. Es geht in dieser Novelle eines „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes" mit neuen Eingriffsbefugnissen in Folge einer Sektoruntersuchung nicht mehr um die Ahndung oder Umkehr der Ergebnisse von Rechtsverstößen, die zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, sondern allein darum, Struktur- und Verhaltensvorgaben zu ermöglichen, wenn die Ergebnisse von Marktprozessen als unzureichend oder unbefriedigend angesehen werden. Die Schaffung der strukturellen Voraussetzungen für Wettbewerb sollte nicht auf das Bundeskartellamt übertragen werden, sondern ist und bleibt Aufgabe der Politik, der sie sich nicht entziehen darf.

- **Ausbremsung Deutschlands in schwieriger Lage: Signal für De-Investitionen und De-Industrialisierung**

Der Referentenentwurf sendet zudem ein fatales Signal mit Blick auf notwendige Transformationsprozesse in einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft. Unternehmensinternes Wachstum, Effizienz und wirtschaftlicher Erfolg im Leistungswettbewerb – **alles bislang äußerst erstrebenswerte Ziele** - könnten künftig Anlass für strukturelle Eingriffe und Vorgaben zur Änderung von Geschäftsmodellen und Unternehmensverträgen durch das Kartellamt sein.

Die Durchführung der grünen und digitalen Transformation, die Bewältigung der Wirtschaftskrisen und das wichtige Ziel der Souveränität gegenüber autokratischen Regimen erfordern in Deutschland **Unternehmensgrößen, die Investitionen und Innovationen hervorbringen können**. Innovationsanstrengungen und internes Wachstum müssen belohnt werden; **Recht muss „Enabler" und kein „Disabler" sein.** Ein Ausbremsen kann sich Deutschland hier nicht leisten. **Rechtmäßiges internes Wachstum** sollte der Staat fördern und gerade nicht durch eine verdoppelte Verschärfung von niedrigeren Eingriffsschwellen und schärferen Eingriffsbefugnissen im deutschen Wettbewerbsrecht bestrafen.

Mehr als zwei Jahre hat es gedauert, bis sich die deutsche Wirtschaft halbwegs von der Corona-Pandemie erholen konnte. Die Verwerfungen auf den internationalen Rohstoff- und Energiemärkten sind spürbare Folgen des Krieges in der Ukraine und haben das Potenzial, die deutsche Konjunktur stärker in Mitleidenschaft zu ziehen als die noch anhaltende Corona-Pandemie oder die weltweite Wirtschafts- und Finanzkrise Ende der Nullerjahre. Insbesondere das Verarbeitende Gewerbe leidet unter den sprunghaft angestiegenen Energiekosten und dürfte in den nächsten Monaten, je nach dem weiteren Verlauf des Krieges, in eine schwere Rezession rutschen.

Jetzt mit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung oder anderen strukturellen Eingriffen vorzustoßen, wäre kontraproduktiv und setzt ein **Signal für De-Investitionen und De-Industrialisierung**.

Die Pläne des Ministeriums führen zu einer „**Insellösung**“ zum Schaden der deutschen Wirtschaft und machen den Standort unattraktiv für multinational agierende Unternehmen, die im globalen Wettbewerb stehen. Welches Unternehmen wäre bereit, erhebliche Investitionen für internes Wachstum in Deutschland zu tätigen, wenn zu befürchten ist, dass das Bundeskartellamt später einen Zwangsverkauf anordnen könnte? Die Pläne verstärken zudem bereits bestehende, teilweise branchenspezifische Wettbewerbsnachteile gegenüber Unternehmen an anderen Standorten.

Auch ist die Grundannahme des Referentenentwurfs, dass starke Marktpositionen stets angreifbar sein müssen, weil andernfalls Innovationstätigkeit oder unternehmerische Eigeninitiative erlahmen, falsch. Das Gegenteil ist der Fall, wie ein Blick in die Unternehmenslandschaft zeigt: Digitalunternehmen, aber auch Biotechnologieunternehmen halten ihre starken Marktpositionen gerade wegen ihrer Innovationskraft. Nicht nur in digitalen Ökosystemen ist schnelles Wachstum und Skalierbarkeit Voraussetzung, um im Wettbewerb mitzuhalten. Sprunginnovationen wie die mRNA-Technologie im Bereich Impfstoffentwicklung führen schnell zu sehr großen Marktanteilen. Selbst erfolgreiche „Vorzeigeunternehmen“ in diesen Sparten müssten sich aber bald Sorgen machen, entflochten zu werden oder mit anderen Maßnahmen reguliert zu werden und nicht weiter in die Impfstoffforschung investieren zu können.

- **Kein Nachweis der Notwendigkeit oder einer Gesetzeslücke**

Die Gesetzesbegründung stellt auch nicht überzeugend dar, welche Regelungslücke besteht und durch neue Eingriffsbefugnisse des Kartellamtes unbedingt geschlossen werden müsste. In Bezug auf das Wettbewerbsrecht ist keine Regelungslücke ersichtlich. Der Entwurf nennt keine konkreten Fälle oder Branchen, für die eine Notwendigkeit solch weitgehender Befugnisse bestehen soll. Es geht vielmehr um die Neuordnung und Regulierung von noch nicht näher bezeichneten Märkten in allen Wirtschaftsbereichen im Zuge einer Sektoruntersuchung (einschließlich bereits national oder europäisch regulierter Märkte). Das richtige Instrumentarium für die Schaffung von strukturellen Voraussetzungen für mehr Wettbewerb wären sektorspezifische Regulierungsinstrumente, wenn ein Markt tatsächlich versagt. Neue auf die gesamte Wirtschaft anwendbare strukturelle Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts lehnt der BDI daher entschieden ab.

- **Wettbewerbspolitische, verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken**

Der BDI spricht sich nachdrücklich insbesondere gegen den Vorschlag für eine **missbrauchsunabhängige Entflechtung** aus. Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung wäre ein erheblicher Eingriff in unternehmerische Rechtspositionen. Schon 2010, als bereits über ähnliche Vorschläge diskutiert wurde, hatte der BDI auf die großen wettbewerbspolitischen, verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Bedenken hingewiesen und ein entsprechendes Gutachten vorgelegt.[1]

Es ist unverständlich, dass der aktuelle Referentenentwurf **sogar noch deutlich über die damaligen Vorschläge hinausgeht.** So werden die Anhörungs- und Stellungnahmemöglichkeiten der Unternehmen, ihre Mitentscheidung hinsichtlich der konkreten Durchführung der Entflechtung und erforderliche Entschädigungszahlungen völlig ausgespart. Auch ein Ausschluss bereits sektorspezifisch regulierter Märkte ist nicht mehr vorgesehen. Es ist äußerst fraglich, ob die Maßnahmen einer Prüfung an dem **Eigentumsgrundrecht** von Unternehmen und deren Anteilseignern, Art. 14 GG, und der **Unternehmensfreiheit**, Art. 12 GG, standhalten werden. Nach dem aktuellen Entwurf soll **nicht einmal mehr eine marktbeherrschende Stellung erforderlich sein**, um tiefgreifende Veränderungen in erfolgreichen und

[1] Nettesheim/Thomas, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, Tübingen 2011.

rechtmäßig handelnden Unternehmen anzuordnen. Damit kann je nach Struktur der Märkte potentiell jedes Unternehmen von einer strukturellen Anordnung durch das Bundeskartellamt betroffen sein. Es könnte also bereits internes Unternehmenswachstum auf dem Weg zu einer marktstarken Stellung als kritisch eingestuft werden. Die wenigen für Eingriffe heranzuziehenden Indizien sind zudem nur Anhaltspunkte für das Bundeskartellamt und nicht verbindlich. Das lähmt die Antriebskräfte im Wettbewerb. Das Leistungsstreben der Wirtschaft sollte nicht von vornherein durch den Staat beschränkt werden.

Auch die **anderen nach §32f angedachten Abhilfemaßnahmen nach Sektoruntersuchungen** können zu tiefen Eingriffen in der Unternehmenspraxis führen, von der Vertragsgestaltung über die Gewährung des Datenzugangs bis hin zu Liefervereinbarungen. Auch hier geht es um die Neuordnung von Marktverhältnissen aus Sicht einer Behörde bzw. einer Beschlussabteilung, ohne dass dies durch den Vorwurf eines Missbrauchs oder Unrechts durch die betroffenen Unternehmen gerechtfertigt werden soll.

Wenn das Bundeskartellamt künftig nach jeder Sektoruntersuchung „**alle" Maßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art** anordnen kann, ohne den konkreten Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes, eines bestimmten Marktanteils oder einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung", dann stellt sich zudem die Frage, ob das Amt künftig komplexe Instrumente wie §19a GWB eigentlich noch benötigt. Die Voraussetzungen für den Nachweis einer „**erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs**" nach §32f Absatz 5 **erscheinen zumindest äußerst vage** und eröffnen dem Bundeskartellamt einen sehr weiten Ermessensspielraum, um gestaltend in die Unternehmen und in den Markt einzugreifen.

- **Der Entwurf lässt eine bessere Verzahnung von Vorteilsabschöpfung mit Sanktionen und Schadensersatzzahlungen außer Acht**

Auch die angedachten Verschärfungen bei der **Vorteilsabschöpfung** hält der BDI – genau **wie die Monopolkommission – für den falschen Weg. Der durch einen Kartellverstoß erlangte** Vorteil kann bereits heute über Bußgelder und private Schadenersatzklagen mitabgeschöpft werden. Es gilt, dabei eine bessere Verzahnung dieser unterschiedlichen Ahndungs- und Abschöpfungsinstrumente zu bewirken, damit vor allem Schadensersatzkläger zu ihren Rechten kommen; der BDI hatte hierzu schon im Rahmen der 10 GWB-Novelle konstruktive Vorschläge unterbreitet, wie eine bessere

Verzahnung gelingen kann.[2] Durch die Einführung einer pauschalen Vermutungsregelung besteht die Gefahr, dass Unternehmen, die sich nicht entlasten können, rechtmäßige Gewinne entzogen werden. Nach dem Vorschlag des Referentenentwurfes wird es den Unternehmen aber kaum möglich sein, die Vermutung für die vorgesehene Mindesthöhe zu widerlegen.

- **Fazit**

Aus den genannten Gründen lehnen wir die Vorschläge des Referentenentwurfes zu neuen Eingriffsbefugnissen nach Sektoruntersuchungen und zu Verschärfungen der Vorteilsabschöpfung ab. Die Industrie ist der innovativste und wettbewerbsfähigste Sektor der deutschen Wirtschaft. Ihre Unternehmen sind Basis für Beschäftigung, Wohlstand und sozialen Frieden in Deutschland und in Europa. Das Hauptaugenmerk einer GWB-Novelle sollte vielmehr darauf liegen, die Unternehmen in einem sich zuspitzenden globalen Technologiewettlauf und systemischen Wettbewerb bestmöglich zu unterstützen. Die Rechtssicherheit bei Unternehmenskooperationen, gerade im Bereich datenbasierter digitaler Geschäftsmodelle, muss weiter erhöht werden. Nur so können wir den Industriestandort Deutschland in Europa für Unternehmen attraktiv halten.

Einzelheiten

1. Sektoruntersuchungen (§§ 32e und 32f RefE)

Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (§32e Absatz 3):

Für eine Sektoruntersuchung und die damit verbundenen Befragungen soll nun ein Zeitfenster von maximal 18 Monaten vorgesehen werden (§ 32e Abs. 3 RefE). Die darauffolgende mögliche Phase der Anordnung von Maßnahmen soll ebenfalls maximal 18 Monate dauern (§32f Abs. 7 RefE).

Bislang lieferten Sektoruntersuchungen eine Sammlung von Informationen über Märkte und die Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse und waren als „vorgelagerte Ermittlung“ Grundlage der weiteren eigenständigen Verfolgung von kartellrechtlich relevanten Sachverhalten. In gesonderten Verfahren gegen betroffene Unternehmen wurden vermutete Verstöße gegen

[2] BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (bdi.eu), S. 40 ff..

kartellrechtliche Vorschriften des Kartellverbots, der Missbrauchsaufsicht und ggf. der Fusionskontrolle aufgegriffen. Auf der Grundlage von Sektoruntersuchungen wurden bereits Entflechtungsmaßnahmen auf Basis des Artikels 101 AEUV praktisch durchgeführt.[3]

Eine Sektoruntersuchung kann – nicht zuletzt mit dem neuen gestrafften Zeitfenster – stets nur einen verkürzten Blick auf den nationalen Markt bzw. einzelne Aspekte dieses Markts ermöglichen. Es ist zu befürchten, dass das Bundeskartellamt Umstände wie einen globalen Wettbewerb und unterschiedliche und komplexe internationale Wettbewerbssituationen, Erfordernisse und Regularien nicht ausreichend berücksichtigen kann, sondern sich auf einzelne, als vermeintliche Probleme erfasste Umstände des nationalen Markts beschränken wird, wenn die Fristen zu kurz gesetzt sind. Dies geht jedoch an der Wettbewerbsrealität vieler Branchen vorbei. Eine Sektoruntersuchung – zumal mit nachfolgenden erheblichen Eingriffsmöglichkeiten – muss die ganze Marktsituation in den Blick nehmen. In manchen Sektoren erscheinen 18 Monate knapp bemessen, in anderen ggf. nicht. Ein *One-Size-fits-all*-Ansatz könnte den verschiedenen Sektoren daher nicht gerecht werden.

Hinzu kommt die Ressourcenfrage: Sektoruntersuchungen sind nicht nur für das Kartellamt, sondern insbesondere auch für die befragten Unternehmen mit hohem personellem und zeitlichem Aufwand verbunden. Aus Unternehmenssicht wird der Druck durch die nun vorgeschlagenen Eingriffsmöglichkeiten nach einer Sektoruntersuchung nun noch zunehmen, die Untersuchungen intensiv mitzubegleiten. Das Bundeskartellamt wird zur schnelleren Durchführung der Untersuchungen laut Begründung des Referentenentwurfes neue Kapazitäten erhalten – in den meisten Unternehmen ist das jedoch nicht der Fall. Daher **sehen wir ein pauschales Fristenregime für Sektoruntersuchungen kritisch**.

Der Aufwand für die Industrie dürfte um einiges höher liegen als in der Begründung prognostiziert. Der Mehraufwand beim Bundeskartellamt wird in der Begründung mit 19,5 Planstellen angegeben. Die Hinweise auf S. 2, 21 der Begründung, dass Mehrkosten für gesetzeskonform handelnde Unternehmen nicht anfallen, ist nicht zutreffend. Denn die Eingriffsbefugnisse richten sich ausdrücklich auch gegen gesetzeskonform, nicht schuldhaft handelnde Unternehmen. Die Kosten und der Aufwand bei einer von Rechtsanwälten

[3] Vgl. Fallbericht des Bundeskartellamts zur „Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Transportbeton“ (Az: B1-216/17 – Fallbericht vom 20. Juli 2020).

und Ökonomen unterstützten Rechtsverteidigung dürften sehr deutlich über den prognostizierten EUR 150.000 je Fall liegen.

Zum Zeitraum bis zum Erlass potenzieller Folgemaßnahmen (§32f Abs. 7):

Es ist zwar nachzuvollziehen, dass das Ministerium zwischen Abschluss der Sektoruntersuchung und Erlass der Maßnahmen keinen allzu großen Zeitraum verstreichen lassen möchte, damit sich die Ausgangsprämissen nicht zum Zeitpunkt der Verfügung schon wieder geändert haben. Beispiele von US-amerikanischen Entflechtungsfällen zeigen, dass oft mehrere Jahre zwischen Untersuchung und Durchführung der Entflechtung vergehen können und die Maßnahmen daher oft nicht mehr die anvisierte Wirkung haben. Ein pauschaler Zeitraum von 18 Monaten scheint mitunter zu kurz gegriffen zu sein. Denn die vorgeschlagenen Maßnahmen, bis hin zur Entflechtung, stellen schwerwiegende Eingriffe in die Rechte der Unternehmen und ihrer Aktionäre dar, was **zwangsläufig zu inhaltlich aufwendigen und zeitintensiven Auseinandersetzungen mit den betroffenen Kreisen führen muss**. Unverhältnismäßig ist es, dass der Referentenentwurf hier nicht zwingend vor Erlass der Verfügung wenigstens eine Gelegenheit zur Stellungnahme der betroffenen Unternehmen vorsieht, wie es noch im Entflechtungsvorschlag 2010 der Fall war. Den Unternehmen müssen angemessene Anhörungsrechte eingeräumt werden.

Gegen den Erlass der Verfügung müsste einer Beschwerde automatisch aufschiebende Wirkung zukommen, da es sich um Verfügungen gegen nach dem Kartellrecht rechtmäßiges unternehmerisches Handeln handelt. Es sollte nicht dem Beschwerdegericht überlassen werden, die aufschiebende Wirkung anzuordnen. Es ist davon auszugehen, dass bei derart einschneidenden Maßnahmen eine gerichtliche Nachprüfung – gegebenenfalls auch auf die Einhaltung verfassungsrechtlicher Grundsätze – sehr wahrscheinlich ist. Unabhängig, ob die aufschiebende Wirkung von vorneherein besteht oder angeordnet wird, dürften sämtliche Verfahren zu einer langen zeitlichen Verzögerung führen. Es stellt sich die Frage, ob die Maßnahmen dann noch die ursprünglich intendierte Wirkung zeigen können oder ob sich die Märkte bis zum Abschluss der Verfahren komplett verändert haben. Die Erfahrungen aus den USA für eine missbrauchsabhängige Entflechtung belegen das Letztere (vgl. unten).

Neue Eingriffsbefugnisse nach § 32 f RefE

1. Fusionskontrolle - Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse (§ 32f Abs. 2 RefE)

Der erst in der letzten GWB-Novelle eingeführte §39a GWB soll in den neuen § 32f überführt und gleichzeitig deutlich verschärft werden: Wenn nach einer Sektoruntersuchung objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der untersuchten Wirtschaftszweige erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen verpflichten, jeden Zusammenschluss in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren (oder länger) anzumelden. Diese Anmeldepflicht gilt für Zusammenschlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro im Inland (bislang: 500 Mio. Euro weltweit + Marktanteil von 15%) und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mehr als 500.000 Euro Umsatz (bislang: 2 Mio. Euro + mehr als zwei Drittel davon im Inland) erzielt hat.

Der BDI hat sich schon bei der letzten GWB-Novelle deutlich gegen den aktuellen § 39a GWB ausgesprochen und **lehnt daher auch jetzt die – nochmal deutlich verschärfte – Vorschrift in § 32f RefE ab**.

Die Fusionskontrolle soll nun bereits dann eingreifen, wenn der Erwerber einen Inlandsumsatz von 50 Mio. Euro hat – auf den weltweiten Umsatz oder Marktanteile wird überhaupt nicht mehr abgestellt. **Damit wird nun auch der Mittelstand in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen – mit potenziell erheblichen bürokratischen Belastungen**. Die Schwelle beim zu erwerbenden Unternehmen wurde von 2 Mio. EUR Umsatz auf nur 500.000 EUR herabgesetzt, ohne Prüfung, welcher Teil davon im Inland erzielt wurde. Der für die Fusionskontrolle erforderliche Nexus zum deutschen Markt würde folglich nur noch über den Erwerber hergestellt werden. Und die Bagatellmarktklausel soll auch nicht gelten, was eine Untersagung von Zusammenschlüssen selbst auf sehr kleinen Märkten erlauben würde, in denen jährlich insgesamt weniger als 20 Mio. EUR in Deutschland umgesetzt werden.

Durch die Neuregelungen könnten künftig Transaktionen von der Fusionskontrolle erfasst werden, die aufgrund der geringen Umsatzgröße **typischerweise wettbewerblich keine problematische Wirkung** entfalten. Für die Unternehmen sind Anmeldepflichten aber mit hohem bürokratischem Aufwand verbunden – insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Anmeldeerfordernis laut Entwurf ja auch mehrfach um drei Jahre verlängert werden kann.

Außerdem bleiben die **Begrifflichkeiten mehr als unbestimmt und das Ermessen damit weit**. Es müssen objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen erheblich behindert werden könnte. „Objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte" sind ein materielles Kriterium, das nicht in die formelle Fusionskontrolle gehört. Damit zielt diese Norm auch weiter als nur auf die Erfassung der sog. „Killerakquisitionen", mit denen marktbeherrschende Unternehmen des Digitalbereichs neue Start-ups aufkaufen. Eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung auf einem bestimmten Markt soll gerade keine Anwendungsvoraussetzung sein. Im Ergebnis hat das Bundeskartellamt damit einen Beurteilungsspielraum, der für die betroffenen Unternehmen juristisch kaum nachprüfbar ist.

Es sei angemerkt, dass die Wettbewerbskommission 4.0 im Bereich der Digitalwirtschaft lediglich den Aufkauf von Start-ups in einer frühen Entwicklungsphase durch *marktbeherrschende* Digitalunternehmen als eventuell problematisch eingestuft hat, **ohne jedoch konkreten Handlungsbedarf anzumelden**. Es ist nämlich für Kartellbehörden äußerst schwierig zu prognostizieren, ob ein Zukauf eines kleineren Wettbewerbs tatsächlich zu einem „weniger" (infolge Geschäftseinstellung) oder doch „mehr" (kommerzieller Durchbruch einer neuen Produktidee durch neue Kapitalzuführung) an Innovation führen wird.

Für die Anwender ist das zudem mit erheblicher **Rechtsunsicherheit** verbunden. Zum Beispiel könnten die Vertragsparteien eines Zusammenschlusses kurz vor Unterzeichnung eines M&A-Vertrages eine Aufforderung zur Fusionsanmeldung nach der neuen Vorschrift erhalten; sie hätten dann keine Möglichkeit mehr, etwaige damit verbundene Risiken im M&A-Vertrag zuvor entsprechend abzubilden.

2. Anordnung verhaltensbezogener oder struktureller Maßnahmen einschließlich eigentumsrechtlicher Entflechtung (§ 32f Abs.3 und 4 RefE)

*Das Bundeskartellamt soll künftig **alle** zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen **Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art** vorschreiben können, wenn eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt. Als Ultima Ratio kann das Bundeskartellamt auch die Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen anordnen, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Die Veräußerung von Vermögensteilen, die das betroffene Unternehmen aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat, ist grundsätzlich erst nach fünf Jahren zulässig. Die veräußerten Vermögensteile dürfen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nicht zurückerworben werden, es sei denn, das Unternehmen weist nach, dass sich die Marktverhältnisse soweit geändert haben, dass eine Störung des Wettbewerbs nicht mehr vorliegt.*

Die Kriterien für die Feststellung einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs" finden sich in § 32f Absatz 5 GWB-E. Zu den möglichen Abhilfemaßnahmen zählen laut Referentenentwurf insbesondere:

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

7. *die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen;*

8. *und als Ultima Ratio: Entflechtung.*

- **Wettbewerbspolitische Maßnahmen sektorspezifischer Regulierung vorbehalten**

Die direkten Eingriffsmöglichkeiten des Amtes, künftig nach Sektoruntersuchungen – unabhängig von einem Rechtsverstoß - „alle" Maßnahmen verhaltensorientierter und struktureller Art anordnen zu können, um eine Störung des Wettbewerbs zu beheben, sehen wir äußerst kritisch. Dem Bundeskartellamt würden dadurch weitreichende Befugnisse eingeräumt werden, gestaltend in den Markt einzugreifen. Der Gesetzesentwurf stellt zudem einen **Systembruch im ordnungspolitischen Leitbild des GWB** dar, da für Eingriffe des Bundeskartellamts nicht mehr an wettbewerbsschädliches Fehlverhalten angeknüpft wird.

Bei den neuen Instrumenten verhaltensbezogener und struktureller Maßnahmen einschließlich einem Entflechtungsinstrument handelt es sich um **wettbewerbspolitische und nicht um wettbewerbsrechtliche Instrumente**, die einen als unzureichend oder unbefriedigend empfundenen Markt neu gestalten, ordnen und perfekter machen sollen („Market-by-Design"). Das Bundeskartellamt darf und kann solche Instrumente jedoch nicht anwenden; das Bundeskartellamt ist als politisch unabhängige Institution auf wettbewerbsrechtliche Instrumente beschränkt; notwendige wettbewerbspolitische Zielsetzungen zur Neuordnung von Märkten und der Vertragsgestaltungen von Marktteilnehmern müssen **sektorspezifischer Regulierung** vorbehalten werden, die ein Marktversagen und demokratische Entscheidungsprozesse unter Einbeziehung der Betroffenenkreise voraussetzt.

Dort, wo heute wettbewerbspolitische Instrumente im GWB verankert sind, ist vorgesehen, dass der Minister und nicht das Bundeskartellamt das Instrument anwendet (heute noch Ministererlaubnis bei der Fusionskontrolle, früher Ministerkartell – abgeschafft mit der 7. GWB Novelle). Die Instrumente sollten nicht im unpolitischen wettbewerbsrechtlichen Raum angewandt werden, da sie automatisch politischen Einflüssen und Erwartungen ausgesetzt wären. Es fehlt – insbesondere bei den Entflechtungsvorschlägen - auch an einer Abwägung mit anderen Gemeinwohlaspekten, wie dies etwa bei der Ministererlaubnis der Fall ist. Dies wäre aber bei der Anwendung eines politischen Market-by-Design-Instrumentes erforderlich.

- **Rechtsstaatliche Defizite der Eingriffskriterien und „Aushöhlung" der Missbrauchsaufsicht**

Regelbeispiele des § 32f Abs. 3 enthalten äußerst weitreichende Eingriffsbefugnisse in die Unternehmensführung.

Die Eingriffsmöglichkeiten gem. § 32f Abs. 3, die als vermeintlich milderes Mittel gegenüber einer eigentumsrechtlichen Entflechtung (Abs. 4) zur Anwendung kommen sollen, greifen tief in die Privatautonomie und den Leistungswettbewerb ein (Zugangsgewährung, Belieferungszwang und Zwangslizenzen, Vertragsgestaltung). Mit dem Erfordernis einer „erheblichen Behinderung des Wettbewerbs", die „andauernd oder wiederholt" sein muss, steht dem eine vergleichsweise lapidare Eingriffsvoraussetzung mit bemerkenswert unbestimmtem Inhalt gegenüber. Die Faktoren, die gemäß § 32f Abs. 5 zu Grunde gelegt werden sollen, sind überwiegend der etablierten Missbrauchsaufsicht entlehnt. Der zu Recht hohe Maßstab der Missbrauchsaufsicht wird dadurch ausgehöhlt (kein Verschulden, kein Missbrauch mit Unwerturteil erforderlich).

Insbesondere die durch Kartellbehörden verfügte Gewährung von Teilhaberechten oder dem Zugang zu Netzen, die Einräumung von Schutzrechten, die Vorwegnahme von Normung und Standardisierung sind Eingriffe, die tief in die unternehmerische Verantwortung und das Eigentum eingreifen. Sie wird abgelehnt. Die Anordnung der organisatorischen Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen (Entflechtung) und die Veräußerung von Unternehmensteilen oder Vermögen (Zerschlagung) verletzen den Adressaten in seinen Grundrechten des Eigentums, der Berufsausübung und der unternehmerischen Handlungsfreiheit. Sie wird ebenfalls abgelehnt.

Die Eingriffskriterien des § 32 Abs. 5 sind darüber hinaus weder abschließend, noch müssen alle genannten Kriterien für die Feststellung der Wettbewerbsstörung tragend sein. Anders als noch im 2010er-Entwurf wird nun auch nicht mehr zwingend vorausgesetzt, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende oder marktstarke Position hat – diese Tatsache dient nur noch als ein (nicht zwingend erforderliches) Indiz für die Störung des Wettbewerbs.

Es fehlt zudem auch an einer klaren Definition des Begriffs der „Störung". Die Kriterien in Absatz 5 tragen nicht zur Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit dieses zentralen Begriffs bei, sondern sind lediglich beispielhaft aufgeführt, nicht kumulativ anwendbar und keinesfalls abschließend. Es fehlt damit an

konkreten, transparenten und nachvollziehbaren Maßstäben, an denen Unternehmen ihr zukünftiges Verhalten ausrichten könnten, um keine "Störung" zu verursachen. Ein konkreter Wettbewerbsverstoß bzw. Missbrauch durch ein Unternehmen stellt kein Indiz für eine „Störung" dar. Damit werden sehr weitgehende Eingriffe in die Vertragsfreiheit und Struktur der Unternehmen möglich. Es steht ganz im Ermessen des Bundeskartellamts, was es als „Störung" ansieht und wie es deren Grad („erheblich") einstuft.

Die Unbestimmtheit und Breite der möglichen Eingriffskriterien genügt angesichts der Tragweite der Eingriffe in die Unternehmensfreiheit und das Unternehmenseigentum rechtsstaatlichen Anforderungen nicht.

Insbesondere hinsichtlich Prüfungen in der Digitalwirtschaft kann sich die **Abgrenzungsfrage zu §19a GWB** stellen – so könnte es nach einer Sektoruntersuchung für das Amt künftig einfacher sein, gegenüber einem Unternehmen, bei dem möglicherwiese die Anwendung von §19 a in Frage käme, Maßnahmen nach § 32f durchzusetzen und sich so das komplexe zweistufige Verfahren nach § 19a und die entsprechenden Nachweispflichten (unter anderem Nachweis des Vorliegens einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb") zu sparen. Die Regelbeispiele in § 32f Absatz 3 sind nicht abschließend und das Amt könnte durchaus auch Maßnahmen im Sinne des § 19a anordnen. Hier könnte man auch von einer „Aushöhlung der Missbrauchskontrolle" sprechen. Jedenfalls ist das Ermessen des Amtes – auch hinsichtlich der zu prüfenden Kriterien in Absatz 5 – extrem weit.

Es verbleiben weitere offene Fragen: Wie entscheidet das Amt, für welche Unternehmen im Markt Abhilfemaßnahmen angeordnet werden, wenn es weder auf einen Verstoß noch auf eine besonders geartete marktstarke Position ankommt? Werden alle Unternehmen im Markt mit vergleichbarer Größe gleich reguliert? Oder nur einzelne, so dass ihre Wettbewerbsposition gegenüber den Konkurrenten plötzlich geschwächt wird?

- **Keine Gesetzeslücke, fehlender Handlungsbedarf**

Angebliche Defizite werden nicht näher benannt.

Der Referentenentwurf nimmt an, dass eine Lücke des Kartellrechts vorliegt (S. 12 der Begründung). Es geht um Sachverhalte, die mit den klassischen Normen des Kartellverbots, der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle nicht zu erfassen sind. Mit anderen Worten: Selbst wenn sich die

Marktteilnehmer wettbewerbsrechtlich korrekt verhalten, müssen sie Abhilfemaßnahmen der Kartellbehörden fürchten, weil die Verhältnisse auf dem Markt von der Kartellbehörde als „verbesserungswürdig“ angesehen werden. Konkrete Beispiele nennt die Begründung des Referentenentwurfes nicht. Stattdessen geht die Begründung über pauschale Erörterungen ökonomischer Prinzipien und Schadenstheorien nicht hinaus.

Sofern es dem bestehenden Rechtsrahmen noch an Durchschlagskraft fehlen sollte, müsste zunächst genau festgestellt werden, worin gegebenenfalls Defizite bestehen. Entbrannt ist die Debatte bekanntlich um die Auseinandersetzung um hohe Kraftstoffpreise und den vermeintlich nicht an die Verbraucher (und damit auch die Industrie) durchgereichten Energiesteuerrabatt. Unabhängig davon, dass der BDI - ähnlich wie das Bundeskartellamt in seiner Presseerklärung vom 8. September 2022 - keine durchschlagenden Anzeichen dafür sieht, dass die Energiesteuersenkung zum 1. Juni 2022 von den Mineralölgesellschaften nicht weitergegeben wurde, ist eine missbrauchsunabhängige Entflechtung für transparente, homogene und oligopolistische Märkte, die global aufgestellt sind, ungeeignet. Nationale Entflechtungsinstrumente können nur dann sinnvoll wirken, wenn die Märkte auch national sind, da nur im Inland entflochten werden könnte. 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.

Normale Phänomene auf technologieaffinen, datenbasierten Märkten werden als problematisch eingestuft.

Mit Verweis auf ein Gutachten für die EU-Kommission nennt der Entwurf als schädliche Anhaltspunkte bei Marktunternehmen „Skalenerträge“, „Netzwerkeffekte“, „Wechselkosten“, asymmetrisch und beschränkte Information“, „Voreingenommenheit (bias) von Verbrauchern zugunsten von marktstarken Unternehmen“, stillschweigende Kollusion, Geschäftsstrategien, Marktzutrittsschranken, „common und cross ownership“, „algorithmische Kollusion“, „etc.“ (S.13). Im Referentenentwuf ist an mehreren Stellen von „vermachteten (Markt-)Strukturen“, die Rede, die – in Ausnahmefällen - aufgebrochen werden müssten.

Das klingt danach, als sollten sämtliche in Gutachten der letzten Zeit beschriebenen Phänomene, die auf datenbasierten, technologieaffinen Märkten zu beobachten sind und die alle als neutral einzustufen oder zumindest

unterhalb des Radars eines wettbewerbsrechtlich sanktionierbaren Vorwurfs liegen, nun Regelungen durch die Wettbewerbsbehörde zugänglich gemacht werden. Teilweise beschreiben die Phänomene auch nur die Wirkungen von Marktbeziehungen, ohne negative Konnotationen auszulösen oder Ausdruck anerkannter Schadenstheorien zu sein. So ist die Wirkung von den hier genannten „Netzwerkeffekten“ erst einmal neutral bzw. gehören diese zu den sog. positiven externen Effekten. Netzwerkeffekte beschreiben, dass der Nutzen an einem Standard oder Netzwerk wächst, wenn dessen Nutzerzahl größer wird. Hierzu gehört die positive Rückkoppelung, wenn der Nutzen für alle bei steigender Nutzerzahl weiter anwächst. Problematisch könnten solche Effekte ggf. sein, wenn sie eine Monopolstellung herstellen. Nach dem Entwurf soll es aber gerade nicht auf eine marktbeherrschende Stellung bei den Adressaten einer Verfügung ankommen. Es wird konstatiert, dass „manche der dort aufgeführten Problemlagen in Deutschland inzwischen über die Marktbeherrschungskriterien des § 18 Absatz 3a GWB und das Missbrauchsverbot für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb in § 19a GWB erfasst werden können.“ Nicht Bezug genommen wird auf den Digital Markets Act.

Auch ist höchst fraglich, inwieweit die genannten Fälle der „stillschweigenden Kollusion“ oder „algorithmischen Kollusion“ justiziabel sein sollten. Es ist sicherlich nicht ausgeschlossen, dass Preisalgorithmen in datenintensiven Wirtschaftsbereichen kollusive Verhaltensweisen erleichtern können. Allerdings ist nicht jede Kollusion aus Wettbewerbssicht problematisch. Ein Parallelverhalten als Folge eines Zusammenwirkens von Algorithmen, das von den Marktteilnehmern nicht beherrscht wird und kein wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten enthält, verstößt aktuell nicht gegen das Kartellverbot. Der BDI hat sich bereits dafür ausgesprochen, Märkte mit algorithmenbasierter Preisbildung weiter in den Blick zu nehmen. Weitergehende Maßnahmen sollten jedoch nur dann erwogen werden, wenn sich bei der Beobachtung der Marktentwicklung konkrete Hinweise auf kollusive Marktergebnisse in beträchtlichem Umfang ergeben und wenn sich die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dadurch als unzureichend erweisen würde. Bis jetzt ist das jedoch nicht der Fall. Der BDI warnt vor zu schnellen Eingriffen in die Marktentwicklung, da diese sich negativ auf das Innovationspotential bei der Weiterentwicklung digitaler Preisfindungswerkzeuge auswirken könnten.

Die immer wieder vernommene Befürchtung von Kartellbehörden, dass zwei oder mehr Wettbewerber die gleichen oder vergleichbare Preisalgorithmen

verwenden und die menschliche Steuerung und Preisfestsetzung durch Computerprogramme vollständig ersetzt wird, gehört einer fernen Zukunft an. Selbst wenn diese Fallkategorien in der Praxis auftreten sollten, könnten die Aktivitäten der Computerprogramme ohne weiteres nach anerkannten Grundsätzen der Zurechnung im Kartellrecht den Unternehmen, die solche Programme einsetzen, zugerechnet werden. Die Sorgen der Kartellbehörden sollten kein Anlass sein, jetzt eine fortschrittliche und in der Entwicklung befindliche Technologie durch vorschnelle regulatorische Eingriffe einzuschränken. Von einer allgemeinen und generellen Offenlegungspflicht für Algorithmen sollte ebenfalls Abstand genommen werden, da dies einen tiefgehenden Eingriff in Geschäftsgeheimnisse bedeuten würde, der ganze Geschäftsmodelle ad acta legen könnte.

Hilfreich wäre es sicherlich, wenn es den Kartellbehörden gelänge, zunächst Fachkenntnisse über die Funktionsweise von Preisalgorithmen aufzubauen, zum einen durch die Verstärkung ihrer Expertise und zum anderen aufgrund von Erfahrungen infolge durchgeführter Sektorenuntersuchungen. Ihre Erfahrungen könnten in Form von Fallberichten und gegebenenfalls Leitlinien für die kartellrechtlich zulässige Verwendung von Preisalgorithmen niedergelegt und den Unternehmen damit eine praktische Handhabung für deren Verwendung an die Hand gegeben werden. Das könnte der Verunsicherung auf Seiten der Wirtschaft, die durch behördenseitige Aussagen über ein „compliance-gerechtes Design von Algorithmen“ entstanden ist, entgegenwirken und einen rechtsicheren Umgang mit Algorithmen fördern.

Es entsteht der Eindruck, dass die Regulierung zum Selbstzweck erfolgt. Es handelt sich aber um einen rechtfertigungsbedürftigen Akt der Eingriffsverwaltung.

Vergleich mit anderen Rechtsordnungen belegt keine Defizite.

Auch ist der Vergleich mit anderen Ländern (USA, UK) ist kein Beleg für Defizite des GWB. Die Begründung erwähnt den Bankenbereich, Großhandel, Flughäfen (S. 16), die im Vereinigten Königreich vermeintlich erfolgreich reguliert worden seien. Ob dies nun aber gerade die Bereiche sind, oder andere, die in Deutschland so problematisch sein sollen, wird nicht weiter aufgeschlüsselt.

Bei dem häufig - auch in der Gesetzesbegründung des BMWK - angeführten Beispiel der Entflechtung der **britischen Flughäfen** durch die britische Commission Competition sollte bedacht werden, dass es sich hier um einen

ehemals staatlich kontrollierten Bereich (staatliches Monopol) handelte und gerade nicht um in einem normalen Wettbewerbsumfeld selbständig gewachsene Unternehmen. Hier wurde kein internes Unternehmenswachstum sanktioniert, wie dies nach dem vorliegenden Entwurf der Fall sein soll. Die Entflechtung hatte daher in erster Linie die Aufgabe, eine fehlgeschlagene Privatisierung zu korrigieren und eignet sich nicht als Musterbeispiel für den Bedarf nach einem allgemeinen sektorübergreifenden Entflechtungsinstrument.

In den USA können Entflechtungen ohnehin nur bei Verletzung des Kartellverbots der Sec. 1 Sherman Act und des Missbrauchsverbots von Sec. 2 Sherman Act, der sog. Monopolisierung, angeordnet werden. Sec. 2 Sherman Act setzt eine Monopolisierung („monopolize"), eine versuchte Monopolisierung („attempt to monopolize") oder eine Monopolisierungsvereinbarung („combine or conspire [...] to monopolize") voraus. Die Verfahren dauerten durchweg jahrelang. Die Veränderung der Marktverhältnisse stand dann oft mit den Ausgangsprämissen nicht mehr im Einklang. Die Rechtsprechung des US-Supreme Court hat sich mittlerweile klar von dem Gedanken der verhaltensunabhängigen Aufspaltung von Unternehmen zur Beseitigung reiner Markmacht verabschiedet („bigness is not an offense").[4]

Vergleich mit dem New Competition Tool trägt nicht.

Der Entwurf konstatiert zudem große Überschneidungen zur Konzeption des sog. „New Competition Tool" (NCT), das die Europäische Kommission im Vorfeld der Arbeiten zum Digital Markets Act (DMA) vorgeschlagen hatte. Auf europäischer Ebene wurde 2020 im Vorfeld des Digital Markets Act über die Schaffung eines „**New Competition Tools**" als vierte Säule der Wettbewerbsdurchsetzung neben Kartellrecht, Missbrauchskontrolle und Fusionskontrolle diskutiert. Strukturelle Abhilfemaßnahmen bis hin zu missbrauchsunabhängigen Entflechtungen waren im Gespräch. Der größte Handlungsbedarf wurde von der Kommission auf digitalen Märkten gesehen. Aufgrund der starken Kritik an den Vorschlägen **sah die Kommission aber letztlich von der Einführung eines flächendeckenden „New Competition Tools" ab**. Stattdessen legte sie mit dem Digital Markets Act eine sektorspezifische Regulierung vor – nicht für die gesamte Digitalwirtschaft, sondern nur für große digitale Gatekeeper. Für die nationale Ebene ist ebenfalls kein Grund ersichtlich, für alle Branchen und Märkte das Damoklesschwert einer

[4] Vgl. Nettesheim/Thomas, a.a.O. (Fn.1), "Executive Summary".

strukturellen Entflechtung zu schaffen. Mit § 19a GWB ist bereits ein Instrument geschaffen worden, um spezifischen Missständen auf größeren Plattformmärkten abzuhelfen. Stattdessen sollten, falls erforderlich, gegebenenfalls gezielte sektorspezifische Instrumente auf singuläre Situationen in einzelnen Branchen angewandt und, soweit schon vorhanden, auf den Prüfstand gestellt werden.

Unternehmenskonzentration in Deutschland ist nicht besonders hoch

Beim Vergleich mit den USA wird sogar ausdrücklich eingeräumt, dass es in Deutschland keine vergleichbaren Probleme hinsichtlich einer hohen Unternehmenskonzentration gibt (S. 13 unten, „empirisch ermittelten Konzentrationen [sind] in Europa niedriger als in den USA"]). Generell ist die Unternehmenskonzentration in Deutschland nicht besonders hoch. So hat die Monopolkommission in ihrem letzten Hauptgutachten für die Unternehmenskonzentration in Deutschland weiterhin keinen besorgniserregenden Trend und damit keinen unmittelbaren wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf gesehen.[5]

Zwischenfazit

Der Entwurf bleibt eine nähere Begründung für die Notwendigkeit eines solchen Instruments schuldig. Anders als im FDP-Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2010 werden weder einzelne Branchen genannt, noch aktuelle strukturbedingte Probleme benannt. Der allgemeine Hinweis auf vermeintlich „vermachtete (Markt-)Strukturen", die es aufzubrechen gelte, kann allein nicht tragen und lässt an Staatsdirigismus denken.

Ohne konkreten Anlass und nur „zur Vervollständigung des kartellrechtlichen Instrumentariums", das keinesfalls zur Grundausstattung von Wettbewerbsbehörden gehört, fehlt es an einer stichhaltigen Gesetzesbegründung. Es bleibt daher bei dem Zwischenfazit: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen." (Montesquieu); eine erkennbar überflüssige Gesetzgebung muss unterbleiben.

[5] Vgl. Monopolkommission, XXIV Hauptgutachten, "Wettbewerb 2022", Kapitel 1.

Problematische Beschneidung von internem Wachstum und Leistungswettbewerb.

Künftig sollen auch Marktpositionen, die durch internes Wachstum entstanden sind, angreifbar sein (S. 12 der Begründung). Viele deutsche oder national ansässige Unternehmen, vor allem auch im Mittelstand, haben im **Leistungswettbewerb** marktbeherrschende oder überragende Marktstellungen in gesamtwirtschaftlich bedeutenden Märkten errungen. Gerade im industriellen Mittelstand befinden sich viele versteckte Champions (Hidden Champions), die aus eigener Kraft gewachsen sind und international große Erfolge verbuchen können. Angesichts ihrer starken Außenhandelsverflechtung hängt der Erfolg der deutschen Wirtschaft auch ganz erheblich davon ab, dass die Unternehmen im **internationalen Wettbewerb** auch mit häufig weltweit operierenden Konzernen konkurrenzfähig sind. Die nationalen Unternehmen stehen schon lange in einem globalen Wettbewerb. Und im Vergleich mit anderen Staaten spielen deutsche Unternehmen von der Größenordnung eher im Mittelfeld mit. Die geplanten Eingriffsbefugnisse, die insbesondere auf internes Unternehmenswachstum zurückgehende Marktstellungen anwendbar sein sollen, könnten – bei entsprechenden Eingriffen - deutsche Unternehmen in der internationalen Rangfolge weiter zurückwerfen.

Angesichts der Weitreiche der geplanten Eingriffsbefugnisse liest sich folgender Satz in der Gesetzesbegründung wie ein reines Lippenbekenntnis: „Der Anreiz für Unternehmen, starke Marktstellungen zu erlangen und dadurch auch Gewinne zu erwirtschaften, ist für die Funktionsweise einer Marktwirtschaft zentral und muss erhalten bleiben.“ (S. 12). Der Gesetzentwurf lässt Denkanstöße und Argumente aber dahingehend, wie z. B. Kartellrecht schnelles internes Wachstum mit Blick auf die grüne und digitale Transformation gerade befördern und nicht bestrafen kann außen vor. Auch die Problematik, dass Hochtechnologien (z. B. Halbleiter) durch enge Märkte gekennzeichnet sind, aber gleichzeitig mit Blick auf mehr Souveränität politisch gewollt sind, spielen in der Begründung keine Rolle. Der Inhalt des Entwurfs konzentriert sich allein auf die Aussage, dass „Marktpositionen aber auch angreifbar für Wettbewerber bleiben [müssen]“.

Weitere Überlegungen zur Missbrauchsunabhängigen Entflechtung als Ultima Ratio (§ 32g Abs. 4 RefE)

Zusätzlich zu den bereits in der Einleitung und zu § 32, Abs. 3 RefE angestellten Betrachtungen führt der BDI speziell zur missbrauchsunabhängigen eigentumsrechtlichen Entflechtung noch folgende Erwägungen auf.

- **Verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken**

Unsere verfassungsrechtlichen Bedenken gegen missbrauchsunabhängige Entflechtungen haben wir bereits 2011 mit einem Gutachten vorgelegt, diese Bedenken bestehen auch weiterhin. Eine solche Maßnahme stellt einen tiefen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht von Unternehmen und deren Anteilseignern, Art. 14 GG, und die Unternehmensfreiheit, Art. 12 GG, dar.[6] Möchte der Gesetzgeber in bestimmte Märkte eingreifen und die (Markt-) Regeln ändern, muss er wesentliche Entscheidungen durch ein eigenes – konkretes - Gesetz selbst treffen, z.B. eine sektorspezifische Regulierung. Jegliche Abhilfeverfügungen der Kartellbehörden gegenüber Unternehmen, die sich rechtmäßig verhalten, sind als Eingriffsverwaltung an den verfassungsrechtlichen Grundsätzen auszurichten und zu messen. Es dürfte schwierig sein, solche schwerwiegenden Maßnahmen allein mit verbraucher- oder sozialpolitisch geprägten Erwägungen aus Sektoruntersuchungen zu rechtfertigen.

Das GWB sollte nach seiner Grundkonzeption nur existierenden Wettbewerb vor Beschränkungen durch Unternehmen schützen, es sollte Unternehmen nicht verpflichten, durch „Zellteilung“ Wettbewerb zu erzeugen.

- **Eigentumsrechtliche Entflechtung und Entschädigung**

Eingriffe in die Unternehmenssubstanz und die unternehmerische Selbstbestimmung bedürfen immer einer besonderen Rechtfertigung. Das ist verfassungsrechtlich geboten. Ohne adäquate Entschädigungspflicht wäre ein solches Modell nicht tragbar. Es liefe zumindest auf eine (Teil-) Enteignung hinaus. Anders als noch die Entflechtungvorschläge von 2010 enthält der vorliegende Entwurf schon gar keine Entschädigungsregelung mehr. Eines solche hat auch die Monopolkommission in ihrem 24. Hauptgutachten „Wettbewerb 2022“ gefordert. Der Entzug von Eigentumssubstanz als Folge der Entflechtung verlangt eine Entschädigung in Höhe des vollen Verkehrswertes.

Wenn das entflochtene Unternehmen für den abgetrennten Unternehmensteil keine entsprechende Gegenleistung am Markt erzielt, muss der Staat den Verlust kompensieren. Bei einer erzwungenen Veräußerung wird aber nie der Wert als Kaufpreis erreicht werden. Auch das bereits erwähnte Gutachten („Entflechtung in deutschen Kartellrecht“) legt mit guten Gründen dar, dass eine staatlich erzwungene Abgabe von Vermögensteilen im Wege der

[6] Vgl. Nettesheim/Thomas, a.a.O. (Fn.1).

Entflechtung eine Enteignung darstellt, die – ohne vorwerfbares Verhalten – jedenfalls ohne Ausgleichsansprüche nicht verhältnismäßig wäre.

Für die Kosten der Entflechtung deutscher Unternehmen würde damit der deutsche Steuerzahler aufkommen müssen. Ob eine erhoffte Verbesserung des Wettbewerbs diese Kosten durch spätere erhöhte Steuereinnahmen ausgleicht, muss als zweifelhaft gelten.

Ferner genügt der Entwurf nicht den Anforderungen des **Rechtsstaatsprinzips**. Dieses zwingt insbesondere bei Grundrechtseingriffen zu hinreichend bestimmter Festlegung der wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Der Entwurf einer Entflechtungsregelung ist schon bei der Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen so unscharf und vage, dass er rechtsstaatlichen Anforderungen nicht entspricht (vgl. dazu oben). Gänzlich unbestimmt ist er auf der Rechtsfolgenseite. Der herzustellende Zustand bleibt offen. Damit wird Art. 20 GG verletzt. Ebenso wenig sind Vorschriften vorgesehen, auf welche Weise die Unternehmen eine Entflechtungsanordnung ausführen müssten und wie ihre Mitbestimmung und ihre Anhörungsrechte ausgestaltet werden sollen.

- **Wettbewerbspolitische Bedenken**

Die Einführung missbrauchsunabhängiger Abhilfemaßnahmen insbesondere struktureller Natur ist schon *wettbewerbspolitisch* nicht angezeigt. Die Universitätsprofessoren Thomas und Nettesheim haben sich in einer *Executive Summary* zu ihrem, vom BDI angeregten Gutachten „Entflechtung im deutschen Kartellrecht“ folgendermaßen geäußert: „Entflechtungsverfahren 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. Vielmehr ist die These einer Förderung des Wettbewerbs durch Entflechtung bereits grundlegenden Zweifeln ausgesetzt. Die Erfahrungen mit Entflechtungsinstrumenten im Ausland bestätigen die Bedenken eher als dass sie sie widerlegen.“ (…) „Unternehmen droht infolge einer Entflechtung der Verlust von in den betroffenen Bereichen eingesetztem Kapital und erzielten Forschungs- und Entwicklungserfolgen. Dies kann die Investitionsbereitschaft bremsen. Die Möglichkeit zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen setzt den Anreiz, die Erlangung einer beherrschenden Stellung zu vermeiden. Dies kann dem betroffenen Unternehmen Anlass geben, seinen output durch Preisanhebung

zu reduzieren. Die Effekte wären Preisanstiege und Lähmung des Wettbewerbs."[7]

- **Missbrauchsunabhängige Entflechtung nicht erforderlich – punktuelle Nachbesserungen bei Missbrauchsaufsicht prüfen**

Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist aus unserer Sicht 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. Bundeskartellamt und EU-Kommission haben bereits nach geltendem Recht Befugnisse, die deutlich über die bloße Anordnung eines Verbots hinausgehen. In erster Linie sollte das bestehende Wettbewerbsrecht konsequent angewandt werden, und es sollte über einen Ressourcenaufbau nachgedacht werden, um mehr Verfahren in kürzerer Zeit führen zu können. Es wäre ggf. die Missbrauchsaufsicht auf den Prüfstand zu stellen, um zu eruieren, ob dort punktuelle Nachbesserungen erforderlich sind.

- **Problematische Prognoseentscheidungen der Kartellbehörden (sog. Market-by-Design)**

Mit behördlichen „Market-by-Design"- Instrumenten, wie der Entflechtung, mögen sich Märkte dekonzentrieren lassen. Zugleich haben solche Instrumente aber immer auch eine Konzentrierung politischer und regulatorischer Macht zur Folge. Etwaige wettbewerbspolitische Vorteile (die erst noch bewiesen werden müssten) werden durch rechtsstaatliche und demokratiestaatliche Defizite überlagert. Dies gilt insbesondere dann, wenn die demokratische Legitimationskette hin zu der handelnden Behörde durchbrochen ist (wie dies bei fachlich unabhängigen Wettbewerbsbehörden der Fall ist). Zudem ist bislang der Nachweis ausgeblieben, dass Wettbewerbsbehörden mit einem Instrument zur Dekonzentrierung von Märkten einen aus wettbewerbspolitischer Sicht „besseren Markt" designen können. So wie der „Staat nicht der bessere Unternehmer" ist, dürften die Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht die „besseren Unternehmer" sein. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Entscheidung über die neuen Marktverhältnisse in der Praxis nur von einem dreiköpfigen Beschlussabteilungsgremium getroffen werden wird. Das kann

[7] Vgl. Nettesheim/Thomas, a.a.O. (Fn.1), "Executive Summary".

nicht richtig sein. Es bedarf hier der Legitimation durch den Gesetzgeber, etwa über eine sektorspezifische Regulierung (s. o.).

- **Abschreckungswirkung der Entflechtung schon durch Aufnahme ins Gesetz („Vorwirkung“) für Leistungswettbewerb**

Eine Entflechtungsregelung ohne vorangegangenen Verstoß dürfte – bereits in ihrer Vorwirkung – zu einer Überabschreckung führen, was im Kartellrecht auch als Typ 1-Fehler (type 1 error) bezeichnet wird. Diese Fehler führen dazu, dass unternehmerisches Verhalten als Rechtsverstoß sanktioniert wird, obwohl es pro-kompetitive Effekte erbringt, und obwohl diese Sanktionierung andere Unternehmen von pro-kompetitivem Verhalten abschreckt. Dies hat zudem eine negative Signalwirkung für inländische und ausländische Investoren.

- **Rechtsunsicherheit für Fusionskontrollentscheidungen**

Die avisierte Regelung (§32f Abs. 4) stellt die Verlässlichkeit der deutschen und europäischen **Fusionskontrolle** und damit die Rechtssicherheit in Frage. Auf eine Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Kommission könnten Unternehmen nach dem Gesetzentwurf nur noch für einen Zeitraum von fünf Jahren vertrauen. Danach wäre eine Entflechtung möglich.

Auch dies wäre investitionshemmend auf dem "Markt" für Unternehmenskäufe und dürfte ebenfalls bereits im Vorfeld Wirkung zeitigen. Die Regelung führt zudem die im deutschen Recht vorgesehene **Ministererlaubnis** für Fusionen ad absurdum. Nach bisherigem Recht kann der Minister einen vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss wegen "seiner gesamtwirtschaftlichen Vorteile" erlauben. Die neue Regelung würde aber fünf Jahre nach der erteilten Ministererlaubnis eine erneute Entflechtung durch das Bundeskartellamt ermöglichen. Welches Unternehmen wäre bereit, ein solches Investitionsrisiko einzugehen?

Die vorgesehene Regelung ist jedenfalls auch **europapolitisch kontraproduktiv**: Welchen Sinn macht es, Fusionen von europäischem Gewicht einer exklusiven Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission zu unterwerfen, wenn anschließend (fünf Jahre nach Freigabe) eine nationale Behörde wegen der nationalen gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des betroffenen Marktes eine Entflechtung anordnen will?

Davon abgesehen ist anzumerken, dass der Vorschlag – denkwürdigerweise – die Konsequenz hätte, dass externes Wachstum (durch Fusionskontrolle: wenigstens fünf Jahre Schutz) besser behandelt würde als internes Wachstum (keine Schutzfrist).

- **Widerspruch zur Kompetenzordnung der EU-FKVO**

Die Tatsache, dass die erwogenen verhaltensunabhängigen Abhilfemaßnahmen einschließlich Entflechtungen sich gemäß §32f Abs. 4 auch auf die bestandskräftige Freigabe eines Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission beziehen, dürfte zudem mit dem Grundsatz der Kompetenzordnung der EU-Fusionskontrollverordnung des Rates (FKVO) im Widerstreit stehen.[8] Die FKVO hat eine präventive Marktstrukturkontrolle zum Gegenstand. Untersagt werden solche Zusammenschlüsse, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen. Erforderlich ist eine Prognoseentscheidung der EU-Kommission. Diese muss vorausschauend beurteilen, ob sich der Eintritt derartiger wettbewerbsbehindernder Effekte infolge des Zusammenschlusses erwarten lässt. Ist das nicht der Fall, kommt es zu einer Freigabe des Zusammenschlusses. Ein einmal freigegebener Zusammenschluss kann aber später nicht untersagt und entflochten werden. Das Prognoserisiko hinsichtlich der Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss trägt also nach erfolgter Freigabe die Kommission. Die Kommission kann ihre Freigabe mit Auflagen und Bedingungen versehen, um etwaige wettbewerbliche Bedenken auszuräumen. Insoweit führt aber nur ein Verstoß gegen diese Nebenbestimmungen zum nachträglichen Entfallen bzw. zur Widerrufbarkeit der Freigabe. Werden die Nebenbestimmungen hingegen eingehalten, und es stellen sich wider Erwarten doch wettbewerbliche Behinderungen ein, ist auch hier die Freigabe unwiderruflich.

Abhilfemaßnahmen im Nachhinein, struktureller Natur oder in Form einer Verhaltensmaßnahme, würden dem Prinzip der präventiven Marktstrukturkontrolle und damit der Grundentscheidung des Rates in der Fusionskontrolle widersprechen.

[8] Vgl. dazu ausführlich Nettesheim/Thomas, a.a.O. (Fn.1), m. w. N..

2. Änderungen bei der Vorteilsabschöpfung (§ 34 RefE)

Der Referentenentwurf schafft eine Vermutungsregelung bei der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung (§ 34 GWB-E), nach der davon ausgegangen wird, dass ein Unternehmen auf der Grundlage eines nachgewiesenen Kartellrechtsverstoßes einen Vorteil in Höhe von mindestens 1% seiner Inlandsumsätze mit dem Produkt oder der Dienstleistung erzielt hat, das mit dem Kartellrechtsverstoß in Zusammenhang steht. Eine Obergrenze von 10 % des Vorjahresgesamtumsatzes bezogen auf die Behördenentscheidung soll Härten abfangen. Die Vermutung soll nur widerlegt werden können, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen insgesamt im relevanten Zeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat. Anders als bislang, soll es auf ein Verschulden des Unternehmens nicht mehr ankommen. Die Vorteilsabschöpfung soll für die gesamte Dauer der Zuwiderhandlung möglich sein (bislang: Begrenzung auf 5 Jahre).

Der BDI lehnt die deutlichen Verschärfungen in der Vorteilsabschöpfung ab. Dies gilt insbesondere für die **vorgeschlagene Vermutungswirkung**, nach der pauschal von einem Vorteil von 1 % des Inlandsumsatzes ausgegangen wird.

- Durch den Vorschlag soll die Beweisführung für das Bundeskartellamt erleichtert werden. In der Konsequenz könnten aber rechtmäßige Gewinne der Unternehmen eingezogen werden, sofern es den Unternehmen nicht gelingt, die Vermutung zu widerlegen. Dies kann insbesondere Unternehmen mit nur geringen Gewinnmargen sehr hart treffen, deren Gewinn dann zum großen Teil als „Unrechtsgewinn" eingestuft werden würde.

- Denn in der Praxis wird es für die Unternehmen in den meisten Fällen unmöglich sein, die vorgesehene Vermutung zu widerlegen. Dies könnte nach dem Entwurf nur erfolgen, „soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen im relevanten Zeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat". Hierbei soll es aber auf die weltweiten Gewinne im gesamten Unternehmenskonzern ankommen. Bei den meisten auch international aufgestellten Unternehmen werden die weltweiten Gewinne im gesamten Unternehmensportfolio aber regelmäßig bei mindestens 1% der Umsätze mit kartellierten

Produkten in Deutschland liegen. Eine Vermutungswiderlegung wäre dann nach dem Entwurf unmöglich.

- Dass die Vorteilsabschöpfung **verschuldensunabhängig** ausgestaltet werden soll, ist zudem systemwidrig und unbillig. Bisher mussten hier klar Verschulden oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden. Auch im UWG ist die Gewinnabschöpfung, die seinerzeit als Vorbild für § 34 GWB gedient hat, verschuldensabhängig ausgestaltet. Die unbilligen Folgen zeigen sich vor allem dann, wenn ein Vorteil nicht mehr vorhanden ist. Ziel der Vorteilsabschöpfung ist keine zusätzliche Strafe, sondern die Verhinderung einer ungerechtfertigten „Bereicherung". Andererseits sind die Kartellbehörden aber nicht gehalten, eine entsprechende „Entreicherung" zu berücksichtigen, wenn der Vorteil nicht mehr vorhanden ist. Dies stellt eine nicht akzeptable Benachteiligung des nicht schuldhaft handelnden im Vergleich zu einem schuldhaft – insbesondere vorsätzlich – handelnden Unternehmen dar, das aufgrund seines Verhaltens mit einer Vorteilsabschöpfung rechnen musste.

- Überhaupt nicht thematisiert werden das **Verhältnis zu Schadensersatzzahlungen und eine denkbare Privilegierung von Kronzeugen**. Hier sollte vor allem nachgebessert werden. Durch die vorgesehenen Verschärfungen ist sonst das Risiko sehr hoch, potenzielle Kronzeugen von einer Meldung abzuschrecken.

  Notwendig ist eine bessere Verzahnung von Schadensersatzansprüchen, Sanktionen und der Vorteilsabschöpfung. Diese Instrumente müssen zusammengedacht werden. Der BDI hat dies schon im Rahmen der 10. GWB-Novelle thematisiert und angeregt. 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.

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. Ein mögliches alternatives Konzept, um doppelte Sanktionen und eine mehrfache Abschöpfungen desselben Schadens zu vermeiden, wäre es, wenn die Kartellbehörden in einem Bußgeldverfahren zunächst einen Verstoß dem Grunde nach feststellten und dann den Unternehmen Gelegenheit gäben, den Kartellschaden selbst zu regulieren. Das Bußgeld könnte dann im Anschluss im Lichte und in Anrechnung einer etwaigen Wiedergutmachung festgesetzt werden; so wäre ein komplizierter Erstattungsmechanismus, wie nach deutschem Recht, nicht notwendig. Doppelte Sanktionen und Schadenauskehrungen könnten so vermieden werden, und auf diese Weise ließe sich ein effektives Instrument zur Abwicklung von Kartellschäden installieren, das zu einer zeitnahen Restitution führen und viele Klagen von vorneherein entbehrlich machen würde.

Dann müsste auch nicht die Voraussetzungen der Vorteilsabschöpfung verschärft weden.

3. Umsetzung des DMA (§§ 32g, 33h, 89e RefE)

Der BDI konzentriert sich aufgrund der äußerst knappen Zeit auf die Kapitel 1 und 2. Er behält sich daher vor, zur Umsetzung des DMA weitere Ausführungen zu machen.

4. Gebührenaufsicht im Kartellrecht wieder einführen

Der BDI setzt sich dafür ein, die kartellrechtliche Gebührenaufsicht wieder im Gesetz zu verankern. *Fairer* Wettbewerb heißt nicht nur „gleiche Regeln für alle Marktteilnehmer“, sondern auch „gleiche Kontrolle deren Einhaltung“: Die kartellrechtliche Gebührenaufsicht muss wieder im GWB verankert werden: § 130 Abs. 1 GWB a. F. sollte wieder eingeführt werden, wonach das GWB auch Anwendung auf Unternehmen findet, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden und Gebühren erheben, statt Entgelte zu nehmen. Denn sonst bleibt es beim Fehlanreiz, sich dem GWB zu entziehen.

Das Wettbewerbsrecht soll Unternehmen nicht nur vor unlauteren Praktiken anderer privater Marktteilnehmer schützen. Auch der Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern muss gewahrt werden. Im Bereich der Leistungserbringung des Staates hat sich ein spürbarer Wandel vollzogen. Der unter dem unscharfen Begriff der „Daseinsvorsorge“ gefasste Bereich, der früher von Bund, Ländern und Kommunen hoheitlich wahrgenommen wurde, wird als Dienstleistung heute in immer größerem Umfang auch von privaten Unternehmen angeboten. Denn die wirtschaftliche Betätigung gehört nicht zu den originären Aufgaben der öffentlichen Hand. Die Liberalisierung der Telekommunikations-, Post- oder Energiemärkte hat die Grundversorgung der Bürger spürbar verbessert. Umso wichtiger ist es, faire Wettbewerbsbedingungen zwischen kommunalen und privaten Anbietern zu schaffen.

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, LL.M.
Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik
T: +49 30 2028-1408
U.Suchsland@bdi.eu

Nadine Rossmann, LL.M.
Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik
T: +32 2 7921005
N.Rossmann@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D 1658