

Stellungnahme

gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
zum Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz
(11. GWB-Novelle)

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Kontakt:

Dr. Andreas von Oppen

Associate Director

Telefon: +49 30 1663-3125

E-Mail: andreas.von.oppen@bdb.de

AZ BdB: RE.32

AZ DK: GWB

Berlin, 7. Oktober 2022

Federführer:

Bundesverband deutscher Banken e. V.

Burgstraße 28 | 10178 Berlin

Telefon: +49 30 1663-0

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Stellungnahme gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz zum Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle), 7. Oktober 2022

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, 11. GWB-Novelle) Stellung nehmen zu können.

Bereits an dieser Stelle möchten wir aber unterstreichen, dass die für die Stellungnahme gesetzte Frist der Bedeutung und Tragweite der beabsichtigten Änderungen im Wettbewerbsrecht nicht gerecht wird, und wir auch keinen Grund erkennen, warum eine Verbändeanhörung während einer noch laufenden Ressortabstimmung innerhalb der Bundesregierung erfolgt.

Wir bitten daher darum, Gelegenheit zur Stellungnahme zu einem ressortabgestimmten Referentenentwurf zu erhalten.

Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Anmerkungen zum Referentenentwurf aus Zeitgründen auf wenige Punkte beschränkt:

1. § 32f GWB-E (Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung)

Die geplante Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamts nach einer abgeschlossenen Sektorenuntersuchung (§ 32f GWB-E) stellt einen – in seiner Breite und Tiefe beispiellosen – Paradigmenwechsel dar. Dies gilt vor allem deshalb, weil der neue kartellbehördliche Eingriff nicht mehr an vorherige Rechtsverstöße oder ein zur Fusionskontrolle anmeldepflichtige Zusammenschlussvorhaben anknüpft, sondern nur an eine im Rahmen einer Sektorenuntersuchung nach § 32e GWB festgestellte „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung auf einem Markt“ (s. § 32f Abs. 3 GWB-E).

Angesichts der tiefgreifenden Eingriffsbefugnisse nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E bis hin zu einer Entflechtung erscheinen die für den Eingriff nötigen Voraussetzungen viel zu weit und unbestimmt. Das neue Instrument trägt gerade wegen der viel zu niedrigen Voraussetzungen die Gefahr in sich, dass es weit über die Fälle, für die es originär gedacht ist, zur Anwendung gebracht werden kann und damit mittelfristig Wettbewerbsgestaltung durch das Bundeskartellamt vom Ausnahme- zum Regelfall werden könnte. Ordnungspolitisch begegnet dieses Instrument, das aufgrund seiner Breite einer Generalermächtigung für Eingriffe in den Markt gleicht, großen Bedenken und erscheint mit Blick auf die mögliche Eingriffstiefe auch verfassungsrechtlich bedenklich[, was hier mit Verweis auf den Parlamentsvorbehalt und Artikel 12 und Artikel 14 nur angedeutet werden kann]. Es ist dem Gesetzentwurf nicht unmittelbar zu entnehmen, wann das Bundeskartellamt eine „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs“ feststellen wird. Insoweit werden in § 32f Abs. 5 GWB-E nur Umstände aufgezählt, die bei dieser Feststellung berücksichtigt werden sollen. Zudem ist unklar, wer Adressat der Maßnahmen des Bundeskartellamts im Anschluss an eine

Stellungnahme gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz zum Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle), 7. Oktober 2022

Sektorenuntersuchung sein kann, da Anknüpfungspunkt der Maßnahmen gerade nicht ein Regelverstoß, sondern eine allgemeine Marktsituation ist.

Wir erachten vor diesem Hintergrund das angedachte Instrument des § 32f GWB-E in dieser Breite und Tiefe weder für notwendig noch für angemessen und deren Voraussetzungen zu niedrig und unbestimmt und lehnen daher dessen Einführung ausdrücklich ab.

Sollte an der Ausweitung der Eingriffsbefugnisse festgehalten werden, so wären u.E. in jedem Fall deutlich restriktivere Voraussetzungen notwendig, um den ordnungspolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken zu begegnen. Das Instrument müsste mittels höherer Anforderungen auf sehr eng begrenzte Ausnahmefälle, insbesondere solche von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, zugeschnitten werden, so dass gewährleistet ist, dass ein Handeln des Bundeskartellamts nur bei besonders gelagerten Umständen als ultima ratio in Betracht kommt.

2. § 34 GWB-E (Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde)

Mit dem Referentenentwurf soll das Ziel verfolgt werden, die Vorteilsabschöpfung zu vereinfachen. Der Entwurf sieht dafür wesentliche Änderungen des § 34 GWB vor. So soll § 34 GWB dahingehend geändert werden, dass ein Verschulden der betroffenen Unternehmen nun nicht mehr erforderlich sein soll. Zudem soll in § 34 Absatz 4 GWB-E eine Vermutungsregel eingefügt werden, nach der bei einem Verstoß ein wirtschaftlicher Vorteil zu vermuten ist sowie der wirtschaftliche Vorteil ein Prozent der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt wurden.

Aus Sicht der deutschen Kreditwirtschaft ist das Wegfallen eines Verschuldens als Voraussetzung für die Vorteilsabschöpfung sowie die Einführung der Vermutungsregel abzulehnen.

Es greift zu kurz, hier den Verzicht auf ein Verschulden nur mit dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb zu begründen. Vielmehr sind auch die Interessen des betroffenen Unternehmens zu berücksichtigen, das im Einzelfall erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen aufgrund der Vermögensabschöpfung zu tragen hat, die auch Auswirkungen auf Mitarbeiter und Geschäftspartner des betroffenen Unternehmens haben können. Insofern sehen wir hier einen Bedarf, dem in der Gesetzesbegründung genannten Allgemeininteresse das Interesse des Unternehmens entgegen halten zu können. Das aktuell einschlägige Verschuldensprinzip ist unseres Erachtens geeignet, diesen Ausgleich der Interessenlagen sicherzustellen.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass auch bei der privaten Rechtsdurchsetzung aufgrund eines Kartellverstoßes ein Verschulden notwendige Voraussetzung ist. Auch die private Durchsetzung von Kartellrechtsverstößen dient der Durchsetzung des Kartellrechts im

Stellungnahme gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz zum Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle), 7. Oktober 2022

öffentlichen Interesse, indem das für den Kartellverstoß schuldhaft verantwortliche Unternehmen den Schaden zu tragen hat. Da ein Gericht an die Feststellung des Verstoßes durch die Kartellbehörde in einem Schadensersatzverfahren gebunden ist, ist ein Verschulden elementar notwendig.

Die im Gesetzentwurf vorgeschlagene gesetzliche Vermutung zur Höhe des wirtschaftlichen Vorteils halten wir für verfehlt. Nach dem Gesetzentwurf soll der wirtschaftliche Vorteil in Höhe von mindestens einem Prozent der Umsätze, die im Inland mit Produkten und Dienstleistungen, die „mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang“ stehen, vermutet werden. Die gesetzliche Vermutung kann nach dem Gesetzentwurf nur widerlegt werden, soweit das Unternehmen nachweist, dass es im relevanten Zeitraum keinen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat.

Durch die eingeschränkte Widerlegbarkeit der Vermutung besteht die offensichtliche Gefahr, dass über den aus dem Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteil hinaus legal erzielte Gewinne entzogen werden. Hieran kann kein öffentliches Interesse bestehen, gerade weil die Norm nur einen tatsächlich erlangten Vorteil abschöpfen und nicht das Unternehmen zusätzlich sanktionieren soll. Die Vermutungsregel kann u.E. auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils im Einzelfall schwierig und aufwändig sein kann. Soweit überhaupt eine gesetzliche Vermutung in Betracht gezogen wird, müsste sich diese auf den Gewinn im relevanten Zeitraum beziehen und nicht auf den Umsatz. Denn die Umsatzrendite, also das Verhältnis von Gewinn zu Umsatz eines Unternehmens, kann je nach Branche gravierende Unterschiede aufweisen. Schließlich ist zu bedenken, dass kartellwidriges Verhalten zwar einen Schaden bei Dritten verursachen kann, aber nicht notwendigerweise auch ein Vorteil bei den Kartellanten entsteht. Die Vermutungsregelung würde hier wie eine verschuldensunabhängige Sanktionierung wirken.

Die in § 34 Abs. 4 letzter Satz GWB-E genannte Begrenzung auf 10 Prozent des Gesamtumsatzes im abgeschlossenen Geschäftsjahr ist jedenfalls keine ausreichende Deckelung.
