

Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle)

Stellungnahme des GDV im Rahmen der Verbändeanhörung

1 Einleitung

Die deutsche Versicherungswirtschaft bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der Verbändeanhörung zum Referentenentwurf der 11. GWB-Novelle („RefE“).

Wir merken jedoch kritisch an, dass die Frist für die Stellungnahme im Rahmen der Verbändeanhörung mit nur neun Arbeitstagen vollkommen unzureichend ist. Eine seriöse Stellungnahme ist in einem solch kurzen Zeitraum unseres Erachtens nicht möglich. Das ist umso bedauerlicher, als der RefE wichtige Richtungsentscheidungen beinhaltet. Auch ist eine besondere Eilbedürftigkeit des Gesetzesentwurfs (anders als z. B. in Bezug auf die diversen in Bezug auf Corona erforderlichen Gesetzesänderungen) nicht erkennbar. Nicht zuletzt erscheint uns die immer häufiger anzutreffende Vorgehensweise bedenklich, die Verbändeanhörung noch vor der Ressortabstimmung durchzuführen, da sich auch als Ergebnis dieser Abstimmung noch relevante Änderungen ergeben können, zu denen eine Verbandsstimmung sinnvoll erscheint. In seiner wettbewerbspolitischen Agenda hatte das BMWK noch angekündigt, dass die Evaluierung und Weiterentwicklung des GWB ein Prozess sein würde, der partizipativ ausgestaltet wird.

2 Anmerkungen im Einzelnen

2.1 Eingriffsinstrumente nach kartellrechtlicher Sektoruntersuchung

Die vorgeschlagenen neuen Eingriffsinstrumente in der Folge einer kartellrechtlichen Sektoruntersuchung (§ 32f GWB-E) halten wir für nicht erforderlich und auch rechtsstaatlich bedenklich. Dies gilt vor allem für das verstoßunabhängige Entflechtungsinstrument (§ 32f Abs. 4 GWB-E).

Mit dieser geplanten verstoß- und missbrauchsunabhängigen Marktstrukturkontrolle soll das Kartellrecht eine vierte Säule erhalten, die neben dem Kartellverbot, der Missbrauchsaufsicht und der (präventiven) Fusionskontrolle gelten soll. Das bisherige Paradigma, dass nur die Fusionskontrolle präventive Eingriffe erlaubt, ein Eingriff aber ansonsten einen Verstoß gegen das Kartellrecht erfordert, wird damit aufgegeben. Unternehmen, die vollkommen legal am Markt agieren, könnten sich tiefgreifenden, auch strukturellen Maßnahmen ausgesetzt sehen. Unternehmensinternes Wachstum, Effizienz und wirtschaftlicher Erfolg im Leistungswettbewerb könnten künftig Anlass für Eingriffe sein. Angesichts dessen ist es unseres Erachtens dringend erforderlich, die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts wenigstens schärfer zu konturieren, als dies bisher der Fall ist.

Vor allem erscheint uns der Vorschlag über ein verstoßunabhängiges Entflechtungsinstrument kritikwürdig. In seiner jetzigen Form dürfte dies gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Grundgesetz verstoßen; es liegt auf der Hand, dass die Veräußerung von Geschäftsanteilen unter den Voraussetzungen einer Entflechtungsanordnung nicht annähernd Marktpreise erzielen würde. Ferner sollte die Zuständigkeit für solche Maßnahmen dem Gesetzgeber vorbehalten sein: der Auftrag zur Gestaltung der Rahmenbedingungen des Marktgeschehens fällt allein dem Gesetzgeber zu.

Ob die Lücken in der Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs, die mit diesen Instrumenten geschlossen werden sollen, tatsächlich bestehen, erscheint zudem fraglich. Für die Problematik hoher Benzinpreise, die wohl Anlass für die vorgeschlagenen Änderungen sind, wäre jedenfalls eine Entflechtung von Mineralölkonzernen wohl kaum eine Lösung. Auch sonst dürfte gezielte sektorale Regulierung besser geeignet sein, um die Probleme langfristig vermachteter Märkte zu lösen.

Auch die Argumente für die Erforderlichkeit derartiger neuer Befugnisse in der Begründung des RegE überzeugen nicht. Das von der EU-Kommission in Erwägung gezogene *New Competition Tool* ist eben gerade nicht weiterverfolgt worden. Die Unternehmenskonzentration in den USA mag tatsächlich in besorgniserregender Weise zunehmen; aber in der EU und gerade in Deutschland ist dies nicht der Fall. Dies spricht unseres Erachtens eher dafür, dass die konsequente deutsche und europäische Fusionskontrolle funktioniert. Wo es doch weiterhin Defizite gibt, sind die konsequente Anwendung der schon vorhandenen Instrumente unseres Erachtens vorzugswürdig.

Anmerkungen zu einzelnen Aspekten der vorgeschlagenen Regeln:

- Bei § 32f Abs. 3 S. 2 GWB-E halten wir es für nicht sachgerecht, lediglich auf § 32 Abs. 2 GWB als „entsprechend anwendbar“ zu verweisen. Da dort ein Kartellverstoß als „Vortat“ erforderlich ist, sind beide Tatbestände sehr unterschiedlich. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 32f Abs. 3 GWB-E sollten genau und explizit in

der Norm aufgezählt werden. Dies gilt umso mehr, als die Vorschrift ganz neuartige Befugnisse regeln soll.

- Die Abgrenzung zwischen § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E erscheint nicht klar. Nach der Begründung des RefE gehen die Befugnisse zu Abhilfemaßnahmen nach Abs. 3 den Befugnissen nach Abs. 4 voraus.¹ Zumindest im Anwendungsbereich des § 32 Abs. 2 ist jedoch unstreitig, dass strukturelle Maßnahmen auch bereits die Möglichkeit der Entflechtung mit einschließen. Dies legt eher den Schluss nahe, dass Abs. 4 als *lex specialis* gegenüber diesem Aspekt von Abs. 3 zu verstehen wäre.

2.2 Gewinnabschöpfung

Wir begrüßen ausdrücklich, dass – anders als zwischenzeitlich offenbar geplant – ein Kartellverstoß weiterhin Voraussetzung einer Gewinnabschöpfung nach § 34 GWB bleiben soll. Dennoch halten wir den Vorschlag für überflüssig und auch nicht sachgerecht.

Die Monopolkommission hat in ihrem XXIV. Hauptgutachten zutreffend ausgeführt, dass die Kartellbehörden wirtschaftliche Vorteile aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten schon heute durch die Verhängung von Bußgeldern neutralisieren können. Ferner kann ein etwaiger Vorteil für Unternehmen, dem ein entsprechender Schaden auf der Marktgegenseite entspricht, im Rahmen von Schadenersatzklagen abgeschöpft werden.²

Zudem erscheint der Mindestbetrag eines vermuteten kartellbedingten Vorteils von 1 % des nationalen tatbezogenen Umsatzes deutlich zu hoch. Bekanntermaßen liegt die durchschnittliche Umsatzrendite vieler Branchen bei nur wenigen Prozentpunkten. Ein denkbarer „Übergewinn“ aus einem Kartellverstoß dürfte daher in sehr vielen Fällen deutlich geringer als diese Mindestgrenze ausfallen. Die Vorteilsabschöpfung würde damit *de facto* einen Strafcharakter erhalten, die ihrem eigentlichen Sinn und Zweck zuwiderlaufen würde.

Außerdem ist nicht nachvollziehbar, warum die Vermutung nur dann widerlegt werden können soll, wenn die weltweiten Gewinne der gesamten Unternehmensgruppe im Abschöpfungszeitraum die entsprechende Höhe nicht erreicht haben. Diese Gewinne können ohne weiteres deutlich höher ausfallen als der für die Abschöpfung maßgebliche Anteil am nationalen tatbezogenen Umsatz. Dann wäre eine Widerlegung der Vermutung (bis auf die Härtefallregelung des Abs. 3 Abs. 1) überhaupt nicht möglich.

Berlin, den 07.10.2022

¹ Ebda. S. 27.

² Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Rn. 397.