

STELLUNGNAHME

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)

Berlin, 06.10.2022

Der Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU) vertritt über 1.500 Stadtwerke und kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Mit rund 283.000 Beschäftigten wurden 2019 Umsatzerlöse von 123 Milliarden Euro erwirtschaftet und mehr als 13 Milliarden Euro investiert. Im Endkundensegment haben die VKU-Mitgliedsunternehmen signifikante Marktanteile in zentralen Ver- und Entsorgungsbereichen: Strom 62 Prozent, Gas 67 Prozent, Trinkwasser 91 Prozent, Wärme 79 Prozent, Abwasser 45 Prozent. Sie entsorgen jeden Tag 31.500 Tonnen Abfall und tragen durch getrennte Sammlung entscheidend dazu bei, dass Deutschland mit 67 Prozent die höchste Recyclingquote in der Europäischen Union hat. Immer mehr Mitgliedsunternehmen engagieren sich im Breitbandausbau: 203 Unternehmen investieren pro Jahr über 700 Millionen Euro. Beim Breitbandausbau setzen 92 Prozent der Unternehmen auf Glasfaser bis mindestens ins Gebäude. Wir halten Deutschland am Laufen – klimaneutral, leistungsstark, lebenswert. Unser Beitrag für heute und morgen: #Daseinsvorsorge. Unsere Positionen: 2030plus.vku.de.

Interessenvertretung:

Der VKU ist registrierter Interessenvertreter und wird im Lobbyregister des Bundes unter der Registernummer: R000098 geführt. Der VKU betreibt Interessenvertretung auf der Grundlage des „Verhaltenskodex für Interessenvertreterinnen und Interessenvertreter im Rahmen des Lobbyregistergesetzes“.

Verband kommunaler Unternehmen e.V. · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin
Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · info@vku.de · www.vku.de

Der VKU ist mit einer Veröffentlichung seiner Stellungnahme (im Internet) einschließlich der personenbezogenen Daten einverstanden.

Der VKU bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz Stellung zu nehmen.

Positionen des VKU in Kürze

- › Die Ausweitungen der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen in Fällen, in denen kein Wettbewerbsverstoß vorliegt, lehnen wir als zu weitgehend ab. Das Bundeskartellamt würde durch die Regelungen letztlich zum Bestimmer des Marktdesigns einzelner Märkte. Diese Aufgabe sollte beim Gesetzgeber verbleiben. Wann auch ohne Kartellrechtsverstoß ein behördlicher Eingriff möglich ist, bleibt nach den Vorschlägen vollkommen offen. Ein entsprechender kartellrechtlicher Paradigmenwechsel müsste klarer konturiert und vor allem ausführlicher diskutiert werden.
- › Für die Verschärfung der Vorteilsabschöpfung gibt es weder eine inhaltliche Rechtfertigung noch ein praktisches Bedürfnis. Die Vorteilsabschöpfung in der vorgesehenen Ausgestaltung würde zu einem Sanktionsinstrument führen, das einschneidender sein kann als Bußgelder, ohne dass entsprechende Verteidigungsmöglichkeiten bestehen.
- › Der VKU begrüßt die Verstärkung der Durchsetzung des Digital Market Acts. Die Kontrolle der Anbieter zentraler Plattformdienste, um die Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten im digitalen Sektor zu sichern, ist ein wichtiges Anliegen für die gesamte Wirtschaft.

Stellungnahme

Zu Artikel 1, Ziffer 2 (zu § 32e GWB)

Regelungsvorschlag:

(3) ~~Das Bundeskartellamt~~ Die Kartellbehörde veröffentlicht die Einleitung einer Untersuchung nach Absatz 1 auf seiner Internetseite. ~~Es~~ Sie soll die Untersuchung spätestens 18 Monate nach der Einleitung abschließen.

(4) ~~Das Bundeskartellamt~~ Die Kartellbehörde veröffentlicht einen Bericht über die Ergebnisse der Untersuchung nach Absatz 1, ~~die obersten Landesbehörden können einen solchen Bericht veröffentlichen.~~ Das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden Die Kartellbehörde kann können Dritte um Stellungnahme bitten. Das Bundeskartellamt kann im Bericht wettbewerbspolitische Empfehlungen aussprechen; es leitet in diesem Fall den Bericht der Bundesregierung zu.

Begründung:

Der VKU begrüßt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Abschlussberichtes einer Sektoruntersuchung, würde aber eine Erstreckung auch auf die obersten Landesbehörden anregen. Ebenso ist es sinnvoll, dass wie vorgeschlagen die Einleitung der Untersuchung veröffentlicht wird. Veröffentlichung und Erstellung eines Berichts ist ohnehin gängige Praxis der meisten Kartellbehörden. Mit dieser Verpflichtung kann besser sichergestellt werden, dass § 32e GWB nicht als eine niederschwellige Methode der Informationssammlung durch Kartellbehörden genutzt wird, sondern nur, wenn tatsächlich eine systematische Untersuchung eines Wirtschaftszweiges beabsichtigt wird. Gerade die Unternehmen der Versorgungswirtschaft waren in den letzten Jahren Gegenstand einer Vielzahl von Sektoruntersuchungen auf Bundes- und Landesebene, die einen erheblichen Aufwand bei der Informationsbeschaffung und -bereitstellung verursachen können.

Zu Artikel 1, Ziffer 3 (zu § 32f GWB)

Regelungsvorschlag:

§ 32 f GWB-E wird gestrichen, § 39a GWB im jetzigen Wortlaut belassen.

Begründung:

Mit § 32f GWB-E wird es dem Bundeskartellamt ermöglicht, nach einer Sektoruntersuchung weitreichende Maßnahmen zu ergreifen, auch wenn sich kein Kartellrechtsverstoß feststellen ließ. Voraussetzung soll eine „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs“ sein. Wenn eine solche vorliegt, kann das

Bundeskartellamt alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art ergreifen.

Der Katalog der möglichen Maßnahmen nach Abs. 3 und Abs. 4 der neuen Regelung umfasst dabei praktisch jeglichen vorstellbaren behördlichen Markteingriff, ohne dass Voraussetzung ein Kartellrechtsverstoß wäre. Explizit wird so zum Beispiel vorgesehen, dass die Kartellbehörde die Entflechtung eines Zusammenschlusses anordnen kann, der vor mehr als fünf Jahren freigegeben wurde. Und dies, ohne dass ein Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bewiesen oder überhaupt dargelegt werden muss. Im Falle einer Ministererlaubnis könnte das Bundeskartellamt einen bereits einmal untersagten Zusammenschluss fünf Jahre nach der Ministererlaubnis auch wieder entflechten.

Dem Bundeskartellamt kommt in dieser Konzeption nicht mehr die Aufgabe zu, Wettbewerbsverstöße zu ahnden, sondern allgemeines Marktdesign zu betreiben, wenn die Marktstrukturen aus Sicht des Amtes nicht wettbewerbsfördernd genug sind. Die Schwelle der „Störung des Wettbewerbs“ ist dabei praktisch vollkommen unerprobt, so dass die tatsächliche Reichweite der Befugnisse des Amtes im Unklaren bleibt. Dazu kommt, dass Rechtsbehelfe gegen die Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 und Abs. 4 GWB nicht einmal aufschiebende Wirkung hätten, weil der Katalog des § 64 GWB nicht ergänzt werden soll. Diese Regelungen geben dem Bundeskartellamt einen erheblichen Hebel, weil es mit Verfügungen in den Märkten vollendete Tatsachen schaffen kann, die auch durch nachträglichen Rechtsschutz nur schwer wieder korrigiert werden können.

Das Marktdesign, die Umgestaltung von Märkten sollte – soweit nicht kartellrechtswidriges Verhalten vorliegt – grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Dies gilt umso mehr, als der Wettbewerb bei der Gestaltung von Märkten und Marktbedingungen nur einer von mehreren Gesichtspunkten ist, die bei einer gesetzgeberischen Entscheidung zu beachten sind. Der Gesetzgeber kann soziale, ökologische und andere Erwägungen in seine Entscheidungen einbeziehen, das Bundeskartellamt bleibt allein dem Wettbewerb verpflichtet. Deswegen ist die weite und konturenlose Ermächtigung des Bundeskartellamtes in § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E abzulehnen. Sinnvoll bleibt die in § 32e Abs. 4 S. 3 GWB-E vorgesehene Lösung, dass das Bundeskartellamt im Bericht über eine Sektoruntersuchung wettbewerbliche Empfehlungen aussprechen kann und den Bericht dann an die Bundesregierung weiterleitet.

Die Gesetzesbegründung führt als eine Rechtfertigung für die neuen Befugnisse aus, dass in engen Märkten mit wenigen Marktteilnehmern auch nicht explizit abgestimmte Verhaltensweisen der Marktteilnehmer zu einem hohen Preisniveau führen, wenn die

wenigen verbliebenen Wettbewerber wechselseitig Wettbewerbsverstöße beobachten und antizipieren und ein geringes Interesse an Wettbewerbsverstößen haben. Dies gilt sicher umso mehr, wenn durch staatliche Maßnahmen noch zusätzliche Transparenz in den Markt gebracht wird. Für die Fälle des wettbewerbslosen engen Oligopols könnte es in der Tat sinnvoll sein, zusätzliche Befugnisse zu etablieren. Diese sollten dann allerdings auch klar auf solche Situationen zugeschnitten sein. Die Befugnisse des § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E enthalten allerdings noch nicht einmal eine Beschränkung auf enge Marktstrukturen, sondern erlauben jeglichen Markteingriff. Soweit § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E auch Eingriffe in Vertragsstrukturen erlaubt (vgl. § 32f Abs. 3 S. 2 Ziff. 4 und Ziff. 6 GWB-E) ist allerdings darauf hinzuweisen, dass gem. Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 das nationale Kartellrecht nicht zu einem Verbot von Verträgen, die Auswirkungen auf den Handel der Mitgliedstaaten haben und nicht gegen Art. 81 Abs. 1 AEUV verstoßen oder gem. Art. 81 Abs. 3 AEUV freigestellt sind, führen darf. Diese Einschränkung wird u.E. vom Wortlaut des § 32f Abs. 3 GWB-E nur unzureichend gespiegelt.

Als sinnvoll wird dagegen in Bezug auf die möglichen Wettbewerbsprobleme in vermachteten Märkten die Verpflichtung zur Anmeldung von Zusammenschlüssen auch unterhalb der bestehenden Aufgreifschwelle gesehen. Hier sollte es aber bei der bestehenden Regelung im § 39a GWB bleiben.

Zu Art. 1, Ziffer 9 (§ 34 GWB)

Regelungsvorschlag:

§ 34 GWB wird in der bestehenden Form belassen.

Begründung:

Mit den Neuregelungen in § 34 Abs. 1, 4 und 5 GWB-E soll die Vorteilsabschöpfung nach Kartellverstößen erleichtert werden. Es muss schon bezweifelt werden, ob es ein wirkliches praktisches Bedürfnis für eine erleichterte Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht gibt. Die Kartellbehörden nützen neben den Bußgeldverfahren in vielen Fällen auch § 32 Abs. 2a GWB, der die Anordnung der Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile ermöglicht. Im Rahmen solcher Anordnungen wurden auch schon praktikable Lösungen für die Rückerstattung von Streuschäden erzielt. Des Weiteren wird die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen praktisch immer wichtiger. Es ist nicht zu erkennen, wie die Vorteilsabschöpfung in dieser Systematik einen sinnvollen Beitrag leisten kann.

Die vorgesehenen Änderungen führen auch dazu, dass die Vorteilsabschöpfung de facto zu einem Ersatzbußgeld wird, auch wenn die Gesetzesbegründung einen reinen Verwaltungscharakter der Maßnahme behauptet. Die vorgesehenen Vermutungen und Ausweitungen der zeitlichen Anwendbarkeit ermöglichen die Abschöpfung der gesamten

Gewinne einer Sparte rückwirkend für einen Zeitraum von 10 Jahren, ohne dass ein Verschulden nachgewiesen werden müsste. Die in § 34 Abs. 4 Satz 6 GWB-E festgelegte Beschränkung der Widerlegung der Vermutung führt praktisch dazu, dass die einzige Verteidigung bleibt, dass das gesamte Unternehmen in dem genannten Zeitraum keinen entsprechenden Gewinn gemacht habe. Von den Auswirkungen ist die hier konzipierte Vorteilsabschöpfung also potenziell schwerwiegender als ein Bußgeld. Die Konstruktion ist damit auch schon rechtsstaatlich fraglich.

Die jetzt vorgesehene weitgehende und kurzfristige Änderung kommt zudem zur Unzeit, da derzeit ein Verfahren der Vorteilsabschöpfung vor dem Bundesgerichtshof überprüft wird (Az. KVZ 38/20). Diese Entscheidung sollte sinnvollerweise abgewartet werden, bevor weitreichende Neuregelungen vorgenommen werden.

Zu Art. 1, Ziffer 16 bis 22 (Durchsetzung des Digital Market Acts)

Wir begrüßen die vorgesehenen Maßnahmen, um dem Bundeskartellamt die Befugnisse zur Durchsetzung des Digital Market Acts einzuräumen. Die Kontrolle der Anbieter zentraler Plattformdienste, um die Bestreitbarkeit und Fairness von Märkten im digitalen Sektor zu sichern, ist ein wichtiges Anliegen für die gesamte Wirtschaft. Die zusätzlichen Befugnisse des Bundeskartellamtes und die Erleichterungen des Private Enforcements des Digital Market Acts sind aus unserer Sicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen.

Bei Rückfragen oder Anmerkungen steht Ihnen zur Verfügung:

Dr. Andreas Zuber
Geschäftsführer Abteilung Recht, Finanzen und Steuern

Telefon: +49 30 58580-130
E-Mail: zuber@vku.de