Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz)
Stellungnahme
DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V.
Oktober 2022

DER MITTELSTANDSVEBRUND bedankt sich, im Rahmen der aktuellen Konsultationsphase zu dem Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz Stellung nehmen zu können. Die folgenden Ausführungen basieren auf den Erfahrungen, die mittelständische Groß- und Einzelhändler, Dienstleister und Handwerker sowie deren Kooperationen im Umgang mit dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der jüngeren Zeit gemacht haben.

Mit Blick auf den vorgeschlagenen Regelungsumfang, die potenzielle Tragweite für Unternehmen sowie die äußerst kurz bemessene Konsultationsfrist behält sich DER MITTELSTANDSVERBUND vor, die vorliegende Stellungnahme weiter zu ergänzen. Die folgenden Anmerkungen sind damit als vorläufig zu verstehen.

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Einführend möchten wir auf folgende Aspekte eingehen, die nur mittelbar durch den Referentenentwurf adressiert wurden.

a. Unzureichende Rechtsdurchsetzung

Zum einem weisen wir darauf hin, dass die Durchsetzung von wettbewerbsrechtlichen Verstößen in Deutschland nicht in allen Fällen reibungslos funktioniert. So sind immer wieder Berichte von Kooperationen und deren Anschlusshäusern zu vernehmen, dass beim Bundeskartellamt oder den zuständigen Landesbehörden eingereichte Hinweise auf mögliche Wettbewerbsverstöße unbearbeitet bleiben. Dies basiert nach unserem Informationsstand unter anderem auf einer erheblichen Anzahl von Fusionskontroll-Verfahren, die beim Bundeskartellamt anhängig sind und die Kapazitäten desselben erheblich binden.

Aufgrund dieser Ausgangslage bleibt vielen betroffenen Unternehmen oftmals nur der Weg einer zivilrechtlichen Klage (auf Grundlage eines Wettbewerbsverstoß). Die damit verbundenen Kosten, das immer bestehende Prozessrisiko sowie die langen Verfahrensdauern schrecken viele Unternehmen von einer gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche ab. Dies hat zur Folge, dass vermeintliche Wettbewerbsverstöße unaufgeklärt bleiben und viele Unternehmen die daraus resultierenden negativen Folgen akzeptieren müssen.

Mit Blick auf den Wettbewerb in Deutschland – und dem europäischen Binnenmarkt – ist diese Situation geeignet, bestehende wettbewerbsrechtliche Missstände zu verfestigen und die Marktposition gerade der Handels- und Dienstleistungsstufen nachhaltig zu schwächen.

Auf den Aspekt der im Referentenentwurf vorgeschlagenen Schadensvermutung gehen wir an der entsprechenden Stelle in unserer Stellungnahme ein.

Insgesamt bleibt jedoch festzuhalten, dass wettbewerbspolitische Erwägungen auch in Richtung der mittelständischen Wirtschaft gedacht werden müssen. Hierbei insbesondere mit Blick auf eine effektive Rechtsdurchsetzung sowie die behördliche Rechtsverfolgung.

Wünschenswert wäre aus diesem Grund eine Ausweitung der personellen Ressourcen insbesondere des Bundeskartellamts, um die große Anzahl von wettbewerbsrechtlichen Eingaben aus dem Mittelstand wirksam und zeitnah bearbeiten zu können.

b. Nachhaltige Unternehmen

Viele mittelständische Unternehmen implementieren derzeit Mechanismen und Prozesse, um den Anforderungen an eine Nachhaltigkeitsberichterstattung, Compliance nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz sowie den mittelbaren Auswirkungen der EU-Taxonomie-Vorschriften zu erfüllen.

Gerade in Verbundgruppen-Strukturen stellt sich dabei oftmals die Frage, ob und inwieweit selbstständige Unternehmer und deren Verbundgruppen-Zentrale gemeinsame Ansätze gegenüber Lieferanten und Industrie (teilweise auch unter Einbindung derselben) entwickeln können.

Nach aktuellem deutschen Wettbewerbsrecht bestehen kaum Anhaltspunkte dazu, in welchen Bereichen ein solches gemeinsames Auftreten zulässig ist. Auch

die von der Europäischen Kommission vorgestellten Ansätze über neue Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit von Unternehmen belassen nach dem aktuellen Stand ein großes Maß an Unsicherheit in diesem Bereich.

Aus diesem Grund fordert DER MITTELSTANDSVERBUND zunächst eine Befassung mit dem Thema auch auf deutscher Ebene. Gerade Verbundgruppen haben aktuell ein hohes Potential, effektiv im Verbund gegenüber ihren Vertragspartnern für eine Verbesserung der Menschenrechts- und Umweltstandards einzutreten und damit zu der Zielsetzung des Europäischen Grünen Deals beizutragen. Dieses Potential gilt es durch klare Regelungen eines zulässigen Verhaltens in diesem Bereich zu unterstützen.

Mit Blick auf die neuen Pflichten aus dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz sowie die neuen Nachhaltigkeitsberichtspflichten sollten klare Handlungsempfehlungen zeitnah entwickelt werden.

2. Bemerkungen zum Referentenentwurf

DER MITTELSTANDSVERBUND unterstützt den Ansatz der Bundesregierung, die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung effektiver zu gestalten. Mit Blick auf das vorgeschlagene „New Competition"-Tool gilt es dabei jedoch, klare Eingriffsbefugnisse zu definieren, um das unternehmerische Handeln in Deutschland nicht unverhältnismäßig stark zu beschränken und damit die Innovationskraft deutscher Unternehmen zu senken.

Hinsichtlich der Ansätze zur einer effektiven Sektoruntersuchung, der Vereinfachung der Gewinnabschöpfung sowie einer Verbesserung der Durchsetzung der Regeln aus dem Digital Markets Act bestehen hingegen weniger Bedenken.

a. Verbesserung der Sektoruntersuchung, § 32e GWB-E

DER MITTELSTANDSVERBUND begrüßt zunächst den Ansatz der Bundesregierung, die Sektoruntersuchung als Werkzeug einer effektiven wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung stärker zu etablieren. Die vorgeschlagene Senkung der Eingriffsvoraussetzungen ist geeignet, dieser Zielsetzung nachzukommen.

Die vorgeschlagene Frist von 18 Monate unterstützt das oben genannte Anliegen der Bundesregierung zudem. Auch die Tatsache, dass die Sektoruntersuchungen zukünftig zwingend durch das Bundeskartellamt veröffentlicht werden sollen,

unterstützt DER MITTELSTANDSVERBUND. Hierbei fehlen jedoch weitere Maßnahmen zur Strukturierung des Verfahrens der Erkenntnisgewinnung sowie eine angemessene Beteiligung der betroffenen Unternehmen:

Zum einen erfolgt im Referentenentwurf keine Regelung darüber, inwieweit auch Zwischenberichte durch das Bundeskartellamt zwingend veröffentlicht werden müssen. Da Sektoruntersuchungen bestimmte Märkte als solche und nicht bestimmte Unternehmen betreffen, sollten Zwischenberichte vorgestellt werden, die potenziell betroffenen Unternehmen die Gelegenheit bieten, zu den vom Bundeskartellamt getätigten vorläufigen Annahmen Stellung zu nehmen. Ein solches Vorgehen hat den Vorteil, dass ein viel größerer Adressatenkreis von Unternehmen angesprochen wird. In der Folge könnte das Bundeskartellamt seine Untersuchung auf eine breite Informationsbasis stellen und so dem Anspruch einer umfassenden Betrachtung des entsprechenden Marktes gerecht werden. Ein solches Vorgehen gebietet auch die Tatsache, dass dem Bundeskartellamt nach dem Referentenentwurf weitergehende Eingriffsbefugnisse zugesprochen werden sollen.

Unklar bzw. ungeregelt bleiben zudem die Rechte der von der Sektoruntersuchung betroffenen Unternehmen. Wie auch die Monopolkommission ist DER MITTELSTANDSVERUND der Auffassung, dass die Regeln über die Sektoruntersuchung durch klare und vor allem verbindliche Vorschriften über eine Konsultation der Betroffenen Unternehmen ergänzt werden sollte. Dies zum einem vor dem Hintergrund, dass eine Sektoruntersuchung bereits heute eine gewisse Präjudiz für nachgelagerte wettbewerbsrechtliche Verfahren darstellt. Bereits aus diesem Grund sollte Unternehmen die Gelegenheit gegeben werden, zu den in der Sektoruntersuchung gemachten Feststellungen oder auch Vorwürfen ausreichend Stellung nehmen zu können. Zudem gebieten die vorgestellten direkten Folgemaßnahmen, die das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung treffen können soll, eine umfassende Beteiligung der betroffenen Unternehmen.

DER MITTELSTANDSVERBUND schlägt daher analog dem britischen Modell einen zweistufigen Aufbau der Sektoruntersuchung vor: Zunächst sollte das Bundeskartellamt nach eigenem Ermessen eine Untersuchung einleiten und Informationen nach dem bisherigen Verfahren sammeln und bewerten können. Bereits hierbei sollten die betroffenen Unternehmen jedoch zwingend hinsichtlich der gewonnenen Erkenntnisse konsultiert werden. In einem zweiten Schritt sollte danach zwingend ein Zwischenbericht veröffentlicht werden, welcher insgesamt interessierten Kreisen zu Konsultation gestellt wird. Die aus dem Konsultationsprozess gewonnenen Erkenntnisse können dann in einen Gesamtbericht einfließen.

b. New Competition Tool, § 32f GWB-E

Die Bundesregierung schlägt im Referentenentwurf eine neue Eingriffsbefugnis als direkte Folge der Feststellungen aus einer Sektoruntersuchung vor; Unabhängig von einem wettbewerbsrechtlichen Verstoß sollen danach Verhaltens- und strukturelle Regelungen durch das Bundeskartellamt getroffen werden können. Ansatzpunkt hierbei soll eine erhebliche Störung des Wettbewerbs sein.

Die Bundesregierung schlägt damit eine neue Eingriffsbefugnis für das Bundeskartellamt vor, welches präventiv korrigierend in den Markt eingreifen können soll.

Auch wenn der Ansatz dem Grunde nach unterstützt wird, gibt der MITTELSTANDSVERBUND zu bedenken, dass ein solches Tool aufgrund seiner Tragweite für die betroffenen Unternehmen rechtsicher ausgestaltet werden muss. Dies ist aktuell nicht der Fall.

Zum einem bleibt unklar, in welchen Fällen eine erhebliche Störung des Wettbewerbs angenommen werden kann. Die in § 32f Absatz 5 GWB-E vorgestellten Anhaltspunkte sind insoweit nicht ausreichend, um eine klare Eingriffsbefugnis definieren zu können. Zudem wird in der Gesetzesbegründung auf fusionsrechtliche Grundsätze Bezug genommen, das Verhältnis der Regeln über das Fusionsrecht und dem neuen vorgeschlagenen Tool bleiben hingegen unklar.

Gleichsam spiegelbildlich zur eigentlichen Sektoruntersuchung wiederholt DER MITTELSTANDSVERBUND seine Forderung nach einer effektiven Beteiligung der betroffenen Unternehmen. Gerade mit Blick auf die vorgestellten erheblichen Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs sollten die betroffenen Unternehmen zu einem frühen Zeitpunkt und vor allem zwingend in den Entscheidungsprozess eingebunden werden.

Gerade die Tatsache, dass der nunmehr gewählte Ansatz keine Mehrheit auf europäischer Ebene gefunden hat, sollte verdeutlichen, dass ein möglichst schonender Eingriff in die unternehmerische Freiheit gewählt werden sollte. Zudem gilt es zu beachten, dass der neue regulatorische Rahmen zur Beeinträchtigung der europäischen und internationalen Wettbewerbsfähigkeit führen kann.

c. Erleichterung der Vorteilsabschöpfung, § 34 Absatz 4 GWB-E

Die vorgeschlagene Erleichterung der Gewinnabschöpfung ist nach Ansicht des MITTELSTANDSVERBUNDs geeignet, die Durchsetzung des deutschen

Wettbewerbsrechts effizienter zu gestalten. Gerade die Berechnung des finanziellen Vorteils, den ein Unternehmen durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielt hat, stellt in der Praxis eine erhebliche Schwelle in der Rechtsdurchsetzung dar.

Die vorgeschlagene Beweislastumkehr kann dazu beitragen, die Verfahren des Bundeskartellamts erheblich zu verkürzen. Zudem hat die Beweislastumkehr das Potential, Unternehmen von eventuellen Wettbewerbsverstößen abzuhalten.

Gerade mit Blick auf das in der Einführung aufgezeigte Under-Enforcement vermeintlicher Wettbewerbsverstöße gegenüber mittelständischen Unternehmen könnte damit in Teilen behoben werden.

DER MITTELSTANDSVERBUND

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. vertritt als Spitzenverband der deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in rund 310 Verbundgruppen organisiert sind.

Die kooperierenden Mittelständler erwirtschaften mit 2,5 Mio. Vollzeitbeschäftigten einen Umsatz von mehr als 507 Mrd. Euro (rund 18 Prozent des BIP) und bieten 430.000 Ausbildungsplätze. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer Marke auf, z. B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP:ElectronicPartner, expert, hagebau und BÄKO.

Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, Multi-Channel, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung, Internationalisierung und Trendforschung.

Brüssel, 07.10.2022
Tim Geier