

Stellungnahme

zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen und anderer Gesetze
(„11. GWB-Novelle“)

Bundestagsdrucksache Nr. 20/6824



I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland 300 000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450 000 Standorten einen Umsatz von rund 535 Milliarden Euro jährlich. Im HDE sind Unternehmen aller Branchen, Größenklassen und Vertriebswege mit rund 100 000 Betriebsstätten organisiert. Sie stehen für rund 75 Prozent des Einzelhandelsumsatzes in Deutschland. Der HDE setzt sich seit vielen Jahren für die Freiheit des Wettbewerbs als Grundlage von Wachstum, Innovation, gesellschaftlichen Wohlstand und Verbraucherwohlfahrt ein.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf für eine 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollen primär verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen einschließlich der Entflechtung von Unternehmen zur Beseitigung oder Verringerung erheblicher, andauernder oder wiederholter Wettbewerbsstörungen ermöglicht werden. Um unterstellte Vorteile in Folge eines Kartellrechtsverstößes unproblematisch abschöpfen zu können, soll die Beweislast im Hinblick auf den Unrechtsgewinn auf die betroffenen Unternehmen verlagert werden. Schließlich soll die Möglichkeit geschaffen werden, die Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle deutlich abzusenken, um auch Zusammenschlüsse zu erfassen, die nach der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers keine hinreichende gesamtwirtschaftliche Bedeutung haben. Daneben sollen Sektoruntersuchungen beschleunigt und die Durchsetzung der EU-Vorgaben des DMA gewährleistet werden.

Der Gesetzentwurf wurde von der Bundesregierung ohne nachvollziehbaren Grund als „besonders eilbedürftig“ i. S. d. Art. 76 Abs. 2 S. 4 GG bezeichnet und dem Bundesrat zugeleitet. Das parlamentarische Verfahren wurde so erheblich abgekürzt. Bereits im Rahmen der Anhörung zum Referentenentwurf waren die Beteiligungsmöglichkeiten stark eingeschränkt. So wurden die Verbände aufgefordert, zu dem komplexen Gesetzentwurf binnen zwei Wochen Stellung zu nehmen. Diese Beschleunigung des Verfahrens wird der Bedeutung der geplanten gesetzlichen Änderungen, die in Teilen einem Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht entsprechen und weitgehende Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Unternehmen vorsehen, in keiner Weise gerecht. Allgemein erscheint es befremdlich, dass hier ein Gesetzgebungsprojekt mit so weitreichenden Änderungen im „Hau-Ruck-Verfahren“ durchgezogen wird, anstatt eine breite Diskussion in der (Fach-)Öffentlichkeit und im Parlament über die Notwendigkeit und Angemessenheit der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen zu ermöglichen. Die Feststellung der „besonderen Eilbedürftigkeit“ ist auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil weder wegen EU-Vorgaben noch wegen akuter Störungen des Wettbewerbs gesetzliche Änderungen dringend geboten erscheinen. Im Gegenteil gebieten die Bedeutung der geplanten Neuregelungen und die damit im Zusammenhang stehenden ordnungspolitischen, aber auch verfassungs- und rechtsstaatlichen Fragen eine umfassende gesellschaftliche Debatte. Diese kann sich aber innerhalb von wenigen Wochen nicht in angemessener Weise entfalten. Wir bedauern außerordentlich, dass die Bundesregierung durch die unverhältnismäßige Beschleunigung des Verfahrens



eine angemessene Beteiligung der betroffenen gesellschaftlichen Gruppen an der politischen Debatte ausgeschlossen hat.

Weiterhin möchten wir daran erinnern, dass die aktuelle Lage insbesondere im Einzelhandel, aber auch in der gesamten deutschen Wirtschaft von großen Risiken gekennzeichnet ist. Die mit dem Krieg in der Ukraine verbundenen Unsicherheiten bleiben. Auch die Lieferschwierigkeiten bei vielen Produkten sind weiterhin relevant. Zudem leiden noch immer Teile des Einzelhandels unter den Folgen der Corona-Pandemie, die durch staatliche Restriktionen bis hin zu monatelangen Geschäftsschließungen die Nonfood-Unternehmen unmittelbar getroffen hat. In einzelnen Branchen des Handels liegt der Umsatz auch heute noch um rund 10 Prozent unter dem Vorkrisenniveau aus 2019.

Nach diesen harten, existenzgefährdenden Coronajahren mit jährlich rund 11.000 Standortschließungen mangelt es im Handel zudem vielfach an finanziellen Rücklagen, um die drastischen Energiepreiserhöhungen kurzfristig auffangen zu können. Hinzu kommt eine eingetrübte Konsumstimmung als Folge stark gestiegener Verbraucherpreise.

Unter dem Strich rechnet der HDE für das laufende Jahr damit, dass der Einzelhandel an Boden verlieren wird. Die Zahl der Betriebe im Handel wird weiter sinken. In unserer Umsatzprognose für 2023 gehen wir von einem realen Umsatz-Minus von drei Prozent für den gesamten Einzelhandel aus.

Der Gesetzgeber wäre daher gut beraten, diese außergewöhnlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen und zusätzliche und unnötige Belastungen der Wirtschaft zu vermeiden. In dieser labilen Phase sollte der Gesetzgeber mit Fingerspitzengefühl sowie Augenmaß agieren und sich unnötiger Eingriffe in die bewährte Wettbewerbsordnung enthalten. Auf die Einführung neuer Instrumente im Wettbewerbsrecht, die Unternehmen ohne Not verunsichern und deren Wachstum und damit die Wettbewerbsintensität dämpfen, sollte daher unbedingt verzichtet werden.

II. Grundsätzliches

Mit dem Gesetzentwurf wird primär das Ziel verfolgt, Eingriffsbefugnisse für die Kartellbehörde zu schaffen, auch wenn kein ein- oder mehrseitiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten vorliegt. Die derzeit fehlenden Möglichkeiten, in konzentrierte Märkte einzugreifen, auch wenn die hier tätigen Unternehmen sich rechtskonform verhalten und die Marktsituation Ergebnis eines freien und unbeschränkten Wettbewerbs ist, wird in der Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich als Manko hervorgehoben. Zwar wird darauf hingewiesen, dass internes Wachstum in der Regel „positiver“ bewertet werde, da es Ausdruck eines erfolgreichen Leistungswettbewerbs sei. Gleichwohl lässt bereits diese Formulierung eine bedenkliche Skepsis gegenüber erfolgreichem Unternehmertum erkennen. Auch wenn eingeräumt wird, dass Anreize für Unternehmen, eine starke Marktstellung erlangen zu können, für die Funktionsweise einer Marktwirtschaft zentral seien und erhalten werden müssten, sind



die vorliegenden Änderungen in der Praxis geeignet, genau diese Anreize zu minimieren und die Wettbewerbsprozesse empfindlich zu stören.

Die Tatsache, dass die neuen Eingriffsbefugnisse vordergründig lediglich an bestehende Marktstrukturen anknüpfen, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit den Neuregelungen im Ergebnis verhaltensunabhängig die aus eigener Kraft gewachsene Größe und Marktstärke eines Unternehmens in den Fokus behördlicher Tätigkeit gerückt werden soll. Diese Tendenz wurde mit den letzten Änderungen des Regierungsentwurfs sogar noch verstärkt. Insgesamt betrachtet stellen die geplanten Änderungen nicht weniger als einen Paradigmenwechsel in der deutschen Wettbewerbsordnung dar.

Bisher war es das Ziel des Kartellrechts, den ungestörten Wettbewerb sicherzustellen, indem wettbewerbsbeschränkendes Verhalten unterbunden wurde und externes Wachstum durch Fusionen einer behördlichen Kontrolle unterlag. Auch eine marktbeherrschende Stellung wird dabei wettbewerbspolitisch ausdrücklich nicht missbilligt, solange kein Missbrauch vorliegt. Mit den geplanten Änderungen will der Gesetzgeber nun mit behördlichen Maßnahmen selbst in die Wettbewerbsprozesse eingreifen und dem Bundeskartellamt Aufgaben übertragen, die ihm den Charakter einer Supra-Regulierungsbehörde verleihen. Politisch unerwünschte Ergebnisse erfolgreichen Unternehmertums sollen in Zukunft also durch behördliche Vorgaben, welche das Bundeskartellamt im eigenen weiten Ermessen formulieren kann, korrigiert werden. Auf diese Weise wird ein Ordnungsrahmen für die Wirtschaftsverfassung geschaffen, der zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen wird. Es besteht die Gefahr, dass Wettbewerb und Innovation willkürlichen Markteingriffen ausgesetzt werden. Nicht einmal in regulierten Märkten steht die Eingriffsschwelle in einem so deutlichen Missverhältnis zur potenziellen Schwere des Markteingriffs, wie dies vorliegend mit der vagen und weiterhin offen gehaltenen Begründung eines „gestörten“ Wettbewerbs ohne konkret nachgewiesenen Wettbewerbsverstoß der Fall ist.

Hier kommt ein grundsätzliches Misstrauen gegenüber der Richtigkeit der Ergebnisse freier Wettbewerbsprozesse zum Ausdruck. Während strukturelle Maßnahmen bislang nur unter der Voraussetzung eines Rechtsverstosses ergriffen werden konnten, geraten völlig legal und erfolgreich agierende Unternehmen in Zukunft allein wegen ihrer Marktbedeutung in den Zugriffsbereich der Kartellbehörde. Wirtschaftlicher Erfolg und daraus resultierende starke Marktstellungen werden damit unter Generalverdacht gestellt. Die Triebfedern einer funktionierenden Marktwirtschaft mit ihren positiven Folgen für die Verbraucherwohlfahrt und das Wachstum gesellschaftlichen Wohlstands werden faktisch in Frage gestellt, indem internes Wachstum für die Unternehmen an Attraktivität verliert, weil dies zu staatlichen Eingriffen und Beschränkungen in die unternehmerische Handlungsfreiheit führen kann, die bei Entflechtungen sogar existenzbedrohende Formen annehmen können.

Die Zielsetzung des Gesetzentwurfs geht daher von vornherein in die falsche Richtung, weil er meint, durch behördliches Handeln politisch unerwünschte Marktverhältnisse korrigieren zu müssen, obwohl diese das Ergebnis freier Wettbewerbsprozesse sind und bestehende Marktstärke nicht wettbewerbsbeschränkend missbraucht werden. Eine risikomindernde Compliance-Beratung wäre unter diesen Voraussetzungen nicht mit dem Zweck der wirtschaftlichen Tätigkeit der Unternehmen in Einklang zu



bringen. Die Beratung müsste dann nämlich darauf gerichtet sein, Wachstum zu unterlassen und von Investitionen, insbesondere in bereits konzentrierten Märkten, abzusehen, um auf diese Weise das Risiko eines Eingriffs in die unternehmerische Tätigkeit aufgrund der neuen Regelungen zu vermeiden. In diesem Fall werden die Unternehmen in Zukunft hinter ihren Wachstums- sowie Innovationsmöglichkeiten zurückbleiben und Investitionen reduzieren. Letztlich wird dies auch Auswirkungen auf die Position der betroffenen Unternehmen auf internationalen Märkten haben. Sollte dieser – vom Einzelhandel entschieden abgelehnter – Effekt tatsächlich gewünscht sein, wäre es umso wichtiger, die Eingriffsvoraussetzungen zu konkretisieren, damit die Unternehmen ihr Verhalten anpassen und behördliche Eingriffe im Vorfeld rechtssicher abwenden können.

Ebenso verfehlt und verfassungsrechtlich bedenklich ist die erleichterte Möglichkeit der Gewinnabschöpfung, die aufgrund der unmittelbaren Anknüpfung an einen Kartellverstoß und wegen des fehlenden Nachweises in Bezug auf die Existenz eines Unrechtsgewinns den Charakter einer Nebensanktion im Gewand einer „Verwaltungsmaßnahme“ erhält.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass mit dem Gesetzentwurf die Rolle des Staates im Wettbewerb neu definiert werden soll. Die neuen Eingriffsmöglichkeiten gehen deutlich über eine Kontrolle und Gewährleistung des freien Wettbewerbs hinaus. Die Ergebnisse legaler Marktprozesse werden nicht mehr akzeptiert. Vielmehr will der Staat selbst gestaltend in den Markt eingreifen. Auf diese Weise werden die Freiheit der Wettbewerbsordnung und der Anreiz zur Innovation beschädigt und nicht geschützt. Es drohen Nachteile für die Verbraucher und Wohlstandsverluste. Aber auch wegen rechtsstaatlicher und verfassungsrechtlicher Bedenken sollte der Gesetzgeber auf die zentralen Elemente der vorliegenden Novelle verzichten.

Unsere Kritikpunkte und Bedenken werden im Folgenden detailliert erläutert.

III. Zu den Änderungen im Einzelnen

1. Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (32 e Abs. 3 GWB-E)

Es ist vorgesehen, das Bundeskartellamt mit einer „Soll-Vorschrift“ dazu anzuhalten, Sektoruntersuchungen in Zukunft 18 Monate nach der Eröffnung abzuschließen. Die Frist von 18 Monaten ist nach der Gesetzesbegründung als Regeldauer zu verstehen. Die Vorgabe stellt für die Arbeit des Bundeskartellamts damit lediglich einen Orientierungspunkt dar. Eine Überschreitung der Frist soll allerdings ausweislich der Gesetzesbegründung nur in Ausnahmefällen erfolgen und ist vom Bundeskartellamt zu begründen. Wird die Regeldauer vom Bundeskartellamt nicht eingehalten, sind damit allerdings keine Rechtsfolgen verbunden.

Die geplante Beschleunigung der Sektoruntersuchungen halten wir für problematisch. Gerade wegen der in § 32 f GWB-E vorgesehenen weitgehenden Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im An-



schluss an eine Sektoruntersuchung ist eine gründliche und fundierte Erarbeitung der Sektoruntersuchung dringend geboten. Eine eingehende Untersuchung erfordert aber Zeit und steht damit im Widerspruch zu der geplanten Beschleunigung. Daran ändert auch die Tatsache, dass die Frist von 18 Monaten lediglich einen Orientierungspunkt darstellt, nichts. Die Regeldauer baut nämlich in jedem Fall Druck gegenüber dem Bundeskartellamt auf, Sektoruntersuchungen soweit irgendwie möglich innerhalb dieser Frist abzuschließen. Dies ist auch die erklärte Intention des Gesetzgebers. Es besteht damit die Gefahr, dass dieser bewusst aufgebaute Zeitdruck die Qualität der Sektoruntersuchungen negativ beeinflussen wird.

Die Frist von 18 Monaten ist auch nicht erforderlich, da das Bundeskartellamt keinen Anlass zur Annahme gegeben hat, den Abschluss von Sektoruntersuchungen zu verschleppen. Im Gegenteil wurden diese vom Bundeskartellamt regelmäßig zügig geführt, häufig verbunden mit erheblichen Belastungen für die betroffenen Unternehmen, die wiederholt umfangreiche Auskunftersuchen binnen kurzer Fristen beantworten mussten. Es liegt auf der Hand, dass eine Beschleunigung zu zusätzlichen Belastungen und Zeitdruck bei der Datenerhebung in den Unternehmen führen wird. Im Rahmen der im September 2014 abgeschlossenen Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel mussten zum Beispiel Daten in den Unternehmen zum großen Teil manuell zusammengestellt werden. Verbunden mit den vom Bundeskartellamt gesetzten Fristen hat dies die Unternehmen bereits nach geltendem Recht an den Rand der Belastungsfähigkeit geführt. Eine weitere zeitliche Beschleunigung wäre daher auch mit dem Risiko verbunden, die Unternehmen bei der Zulieferung vollständig zu überfordern.

Auf die mit § 32 e Abs. 3 GWB-E geplante Beschleunigung der Sektoruntersuchung sollte daher verzichtet werden, da diese Maßnahme nicht erforderlich ist, zu erheblichen Belastungen bei den Unternehmen führen wird und mit der Gefahr verbunden ist, die Qualität der Ergebnisse von Sektoruntersuchungen zu beeinträchtigen.

Stattdessen halten wir es allerdings – gerade mit Blick auf die in § 32 f GWB-E vorgesehen Rechtsfolgen im Zusammenhang mit möglichen Ergebnissen der Sektoruntersuchung – für geboten, das Verfahren und die Beteiligungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen klar und eindeutig gesetzlich zu regeln. Hierbei muss ein transparentes Verfahren gewährleistet werden, welches auch die Möglichkeit der betroffenen Unternehmen vorsieht, sich aktiv z. B. durch Stellungnahmen einzubringen und vorläufige Ergebnisse der Sektoruntersuchung vor Veröffentlichung des finalen Berichts kommentieren zu können. Nur so wird die notwendige Qualität der Ergebnisse und die Akzeptanz etwaiger Maßnahmen im Zusammenhang mit Sektoruntersuchungen sichergestellt.

Zwar sollen betroffene Unternehmen nach dem Regierungsentwurf die Möglichkeit erhalten, im Rahmen ihres Vorgehens gegen konkrete, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung erlassene Verfügungen des Bundeskartellamts mit Rechtsmitteln auch gegen die in den Berichten des Bundeskartellamts enthaltenen Aussagen vorzugehen. Diese Möglichkeit reicht aber keinesfalls aus. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben sollen, so dass die Behörde vollendete Tatsache schaffen kann, die zu nicht heilbaren Schäden bei den Unter-



nehmen führen können. Generell sollten potenziell betroffenen Unternehmen daher Rechtsmittel bereits dann zur Verfügung stehen, wenn die Ergebnisse einer Sektoruntersuchung Rechtsfolgen (wie z. B. die Feststellung einer Wettbewerbsstörung), die das Bundeskartellamt zu einem zeitverzögerten Eingriff ermächtigen, nach sich ziehen. Rechtsmittel müssen daher entweder unmittelbar innerhalb der üblichen Fristen nach Erlass der Feststellung der Wettbewerbsstörung für alle potenziell betroffenen Unternehmen zur Verfügung stehen oder es muss die Möglichkeit einer inzidenten Überprüfung der Feststellungen des Bundeskartellamts im Zuge der Anfechtung des eingreifenden Verwaltungsakts unter Durchbrechung der Rechtskraft und mit aufschiebender Wirkung geschaffen werden.

2. Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten nach abgeschlossenen Sektoruntersuchungen (§ 32 f GWB-E)

a) Möglichkeit zur Verpflichtung von Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen (§ 32 f Abs. 2 GWB-E)

Das Bundeskartellamt soll die Möglichkeit erhalten, nach Veröffentlichung der Ergebnisse einer Sektoruntersuchung Unternehmen zu verpflichten, innerhalb von drei Jahren Zusammenschlüsse anzumelden, soweit

- objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte bestehen, dass durch Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb erheblich behindert werden könnte;
- der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsätze im Inland von mehr als 50 Mio. Euro erzielt hat;
- das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsätze im Inland von mindestens 500 Tsd. Euro erzielt hat.

Die Möglichkeiten, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, gehen deutlich über die bisher geltende Regelung des § 39 a GWB hinaus, weil die Umsatzschwelle des Erwerbers von 500 Mio. Euro auf 50 Mio. Euro signifikant abgesenkt wird. Die neue Umsatzschwelle des erwerbenden Unternehmens ist dagegen mit 500 Tsd. Euro so niedrig angesetzt, dass damit nur der Erwerb von Kleinunternehmen von der Anmeldepflicht ausgenommen wird und diese zusätzliche Voraussetzung kein wirksames Korrektiv zur erheblich erweiterten Möglichkeit des Bundeskartellamts, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, darstellt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 32 f Abs. 2 GWB-E - anders als § 39 a Abs. 2 Nr. 2 GWB geltender Fassung – keinen wesentlichen Inlandsbezug der Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens voraussetzt, so dass auch Erwerbe unter diese Vorschrift fallen würden, bei denen das zu erwerbende Unternehmen nur unbedeutende unternehmerische Aktivitäten in Deutschland entfaltet. Dies ist völker- und kollisionsrechtlich problematisch. Das Kriterium des § 32 f Abs. 2 S. 1 GWB-E („objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch



künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland ... erheblich behindert werden könnte“) ist zudem ebenso konturlos wie die bestehende Regelung des § 39 a GWB.

Die Neuregelung des § 32 f Abs. 2 GWB-E ist auch deshalb problematisch, weil die Regelung zu einer unverhältnismäßigen Belastung sowohl der Ressourcen des Bundeskartellamts als auch der Unternehmen führen wird. Die mit § 32 f Abs. 2 GWB-E beabsichtigte Absenkung der Umsatzschwellen konterkariert die vom Bundeskartellamt im Rahmen der 10. GWB-Novelle geforderten Erhöhung der Umsatzschwellen in § 35 GWB. Damit sollten aus der Sicht des Bundeskartellamts die Anzahl von wettbewerblich unproblematischen Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt verringert und damit die begrenzten Ressourcen des Amts für die wettbewerblich bedeutenden Fälle geschont werden. Auch wenn das Bundeskartellamt bei der Frage, ob es eine Verfügung nach § 32 f Abs. 2 GWB-E erlässt, ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen hat, wird die Regelung gleichwohl zu einer Erhöhung der Fallzahlen im Bereich der Fusionskontrolle beitragen, weil die Umsatzschwellen noch einmal weiter abgesenkt werden und das Bundeskartellamt ggf. nicht kontrollieren kann, wie viele Zusammenschlüsse danach von den Adressaten seiner Verfügung angemeldet werden (müssen).

Im Zuge der 10. GWB-Novelle haben wir bereits die Regelung des § 39 a GWB wegen rechtsstaatlicher Bedenken entschieden abgelehnt. Mit der Möglichkeit, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, werden bestimmte Branchen und Unternehmen einer spezifischen Fusionskontrolle erheblich unterhalb der gesetzlichen Kriterien des § 35 GWB unterworfen.

Positiv ist immerhin zu bemerken, dass sich die Neuregelung, anders als die geltende Bestimmung, enger an dem bereits bekannten materiellen Kriterium des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“) orientiert. Gleichwohl stellen die erheblich abgesenkten Umsatzvoraussetzungen eine sachlich nicht zu rechtfertigende Vorverlagerung der Fusionskontrolle dar. Die Anwendung der präventiven Fusionskontrolle wird wegen der unzureichend konturierten Voraussetzungen unvorhersehbar.

§ 32 f Abs. 2 GWB-E ist außerdem auch zur Beseitigung von Wettbewerbsproblemen nicht notwendig. Vielmehr hat sich das bis zur 10. GWB-Novelle bestehende Fusionskontrollregime bewährt. Problematische Fälle sind davon immer erfasst worden. Dies gilt erst recht seit Inkrafttreten der neuen Transaktionswertschwelle (§ 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB).

Wir halten es daher für erforderlich, den § 32 f Abs. 2 GWB-E ersatzlos zu streichen.

b) Erleichterung der Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen (§ 32 f Abs. 3 GWB-E)

Anders als bisher soll das Bundeskartellamt in Zukunft auch ohne Kartellverstoß Maßnahmen anordnen können, wenn auf einem Markt oder marktübergreifend eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ vorliegt. Dabei soll eine Störung nach der Gesetzesbegründung bereits



dann erheblich sein, wenn sie „mehr als nur geringfügig negative Effekte auf den Wettbewerb auf ‚mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend‘ hat“. § 32 f Abs. 5 GWB-E nennt zentrale Kriterien, die bei der Feststellung einer solchen Wettbewerbsstörung und der Prüfung berücksichtigt werden sollen. Diese Kriterien sind allerdings nach der Gesetzesbegründung weder abschließend noch müssen alle genannten Kriterien für die Feststellung der Wettbewerbsstörung tragend sein. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Wettbewerbsstörung“ wird mit diesen Regelbeispielen – insbesondere mit Blick auf die damit im Zusammenhang stehenden weitreichenden Eingriffsbefugnisse – daher keineswegs hinreichend konturiert. Da eine abschließende Regelung fehlt, wird dem Bundeskartellamt damit ein weitreichender Ermessensspielraum eingeräumt, welcher der Behörde auch Raum für unvorhersehbare und bis an die Willkürgrenze reichende Entscheidungen gibt. Der Regelung fehlt damit als „blankettartiger Ermächtigung“ (Martin Nettesheim) sowohl die erforderliche Bestimmtheit als auch die notwendige Vorhersehbarkeit im Hinblick auf mögliche behördliche Maßnahmen. Sie verstößt damit gegen das Bestimmtheitsgebot und den Gesetz- bzw. Wesentlichkeitsvorbehalt und widerspricht daher dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 GG (vgl. hierzu detailliert: Martin Nettesheim: Die Ermächtigung des BKartA zur Bekämpfung von Störungen des Wettbewerbs, S. 33 ff.). Unternehmen wird auf diese Weise jede Möglichkeit genommen, ihr Verhalten zur Abwendung behördlicher Maßnahmen anzupassen. Letztlich muss das Unternehmen damit entweder das Risiko eines nicht näher spezifizierten Eingriffs mit ggf. erheblichen wirtschaftlichen Folgen auf sich nehmen oder versuchen, nach Möglichkeit unterhalb der nicht näher bestimmten, ungenauen bzw. vermuteten Eingriffsschwelle zu bleiben oder „auf Verdacht“ präventive Maßnahmen zu ergreifen, die in einer Übercompliance (inklusive der damit verbundenen Behinderungen ihrer wirtschaftlichen Entscheidungen und Mehrkosten) münden können.

Eine verfassungskonforme Regelung setzt voraus, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der „Störung des Wettbewerbs“ abschließend legal definiert wird. Hierzu schlagen wir die folgende Formulierung des § 32 f Abs. 5 GWB-E vor:

Eine Störung des Wettbewerbs kann nur insbesondere in folgenden Fällen vorliegen:

1. ...
2. ...
3. ...

Mindestens muss aber eine Konkretisierung des Konzepts der „Störung des Wettbewerbs“ durch eine abschließende Benennung von positiven oder negativen Merkmalen erfolgen.

Soweit die Begründung in Bezug auf § 32 f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E im Kontext von unilateraler Nachfragemacht „einige Handelsketten“ hervorhebt (S. 36), beruht diese Aussage offenkundig nicht auf einer tatsächlichen wettbewerblichen Analyse oder sonstigen fundierten Erkenntnissen. Tatsächlich hat nämlich z. B. das Bundeskartellamt in jüngster Vergangenheit für den Lebensmitteleinzelhandel festgestellt, dass dort „ausgeprägter Wettbewerb“ herrsche (Beschluss vom



22.12.2020, Az. B2-83/20, Rn. 618; Beschluss vom 17.03.2021, Az. B2-85/20, Rn. 1002). Für den Möbeleinzelhandel hat das Oberlandesgericht Düsseldorf festgestellt, dass sich dort keine oligopolistischen Strukturen feststellen lassen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.2022, Az. Kart 2/21 (V), Rn. 232). Der Gesetzgeber sollte daher im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens den Eindruck vermeiden, dem Bundeskartellamt in der Gesetzesbegründung durch die Hintertür vermeintliche Ergebnisse etwaiger Sektoruntersuchungen vorzugeben. Auf unsubstantiierte, im Widerspruch zu den Feststellungen des Bundeskartellamts und der Rechtsprechung stehende Beispiele sollte verzichtet werden.

Unabhängig von der spezifischen Situation im Einzelhandel ist zudem festzustellen, dass sich „Marktmacht“ nicht zwingend als gut oder schlecht bewerten lässt. Um den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts (Art. 20 GG) zu genügen und die Feststellung einer Marktstörung wegen bestehender Marktmacht nicht in das freie Ermessen des Bundeskartellamts zu stellen, müssen in Bezug auf § 32 f Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GWB-E daher gesetzliche Maßstäbe formuliert werden, wann der Gebrauch von Marktmacht eine „Störung des Wettbewerbs“ im Sinne der Norm darstellt. Dies kann z. B. bei Feststellung bestimmter Missbrauchstatbestände in Betracht kommen.

Positiv zu bewerten ist zwar die Tatsache, dass eine fortwährende Störung des Wettbewerbs nur vorliegen soll, wenn sie über den klar und abschließend definierten Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist. Problematisch ist aber in diesem Zusammenhang, dass unklar ist, wann „dieselbe Wettbewerbsstörung“ vorliegt bzw. wann von einem neuen Sachverhalt auszugehen ist. Der Gesetzgeber sollte daher sicherstellen, dass es zu keiner Konstruktion verfassungsrechtlich kritisch zu bewertender Fortsetzungszusammenhänge kommt.

Soweit § 32 f Abs. 5 S. 3 GWB-E darüber hinaus bestimmt, dass beim Erlass der Verfügung außerdem keine Anhaltspunkte dafür bestehen dürfen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird, ist dieser Zeitraum zudem zu kurz bemessen. Hier ist eine Prognoseentscheidung über eine zukünftige Wettbewerbsentwicklung erforderlich, wie sie das Bundeskartellamt u. a. auch in der Fusionskontrolle regelmäßig treffen muss. Dort sind allerdings Prognosezeiträume von drei bis fünf Jahren anerkannt. Es ist kein Grund ersichtlich, diese in der Fusionskontrolle bewährten Prognosezeiträume bei § 32 f Abs. 5 GWB-E zu unterschreiten. Wir schlagen daher vor, § 32 f Abs. 5 S. 3 wie folgt zu formulieren:

*Eine Störung des Wettbewerbs ist fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Störung innerhalb von **zwei fünf** Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.*

Als (nicht abschließende) Regelbeispiele von Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen nennt der Abs. 3 des Entwurfs u. a.



- Gewährleistung des Zugangs zu Daten etc.;
- Vergaben zu Geschäftsbeziehungen;
- Verpflichtung zur Etablierung von Normen und Standards;
- bestimmte Vertragsformen oder -gestaltungen;
- Verbot der Offenlegung von Informationen;
- organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.

Ohne konkrete Definition der Voraussetzungen und somit ebenfalls nicht hinreichend bestimmt sind dadurch sehr weitgehende und unverhältnismäßige Eingriffe in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit und das Eigentum der Unternehmen möglich (vgl. hierzu detailliert: Martin Nettesheim: Die Ermächtigung des BKartA zur Bekämpfung von Störungen des Wettbewerbs, S. 51 ff.). So schützt Art. 14 GG nicht nur den Bestand des Eigentums, sondern gewährleistet auch dessen Nutzung, so dass z. B. auch die Verpflichtung zum Abschluss von Verträgen über die Nutzung von Eigentumspositionen einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Eigentumsgarantie darstellt. Art. 12 GG garantiert daneben auch diejenigen rechtlichen Rahmenbedingungen, die für die freiheitliche Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet von grundlegender Bedeutung sind wie z. B. die Vertragsautonomie. Diese Grundrechtspositionen der Unternehmen könnten durch die in § 32 f Abs. 3 S. 6 lediglich beispielhaft und damit nicht hinreichend bestimmt genannten Maßnahmen empfindlich eingeschränkt werden, selbst wenn sich die betroffenen Unternehmen völlig rechtskonform verhalten haben, so dass die in der Norm vorgesehenen Eingriffe auch als unverhältnismäßig zu bewerten sind. Darüber hinaus werden die verfassungsrechtlichen Bedenken verstärkt, weil eine Regelung zur Kostenkompensation bzw. Entschädigung für die durch die Umsetzung der Anordnung verursachten Aufwendungen fehlt.

Erschwerend tritt hinzu, dass der Entwurf von einer Aufnahme des § 32 f Abs. 3 GWB-E in § 66 Abs. 1 GWB abgesehen hat und Rechtsbehelfe gegen die vom Bundeskartellamt nach Abs. 3 erlassenen Maßnahmen somit keine aufschiebende Wirkung haben. Angesichts der möglichen Eingriffsintensität – die angesichts der in Form von Regelbeispielen im Gesetzentwurf nur umrissenen möglichen Abhilfemaßnahmen nicht belastbar prognostiziert werden kann – und des Umstands, dass bestimmte Maßnahmen wie die Gewährleistung des Zugangs zu Daten im Zweifel irreversibel sind, sind Rechtsschutzmöglichkeiten mit aufschiebender Wirkung mit Blick auf eine effektive gerichtliche Überprüfung des Handelns der Exekutiven aber zwingend erforderlich und wegen Art. 19 Abs. 4 GG auch verfassungsrechtlich geboten (vgl. hierzu detailliert: Martin Nettesheim: Die Ermächtigung des BKartA zur Bekämpfung von Störungen des Wettbewerbs, S. 74 f.). Zu begrüßen ist immerhin, dass der Regierungsentwurf dies jedenfalls für Entflechtungsmaßnahmen nach § 32 f Abs. 4 GWB-E (vgl. unten Gliederungspunkt III.2.c.) zwischenzeitlich anerkannt



hat. Ein sachlicher Grund, der den Verzicht auf die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Maßnahmen nach § 32 f Abs. 3 GWB-E – anders als bei der Entflechtung gemäß § 32 f Abs. 4 GWB-E – rechtfertigen könnte, liegt allerdings nicht vor.

Zwar soll das Bundeskartellamt Maßnahmen zur Verringerung oder Beseitigung von Wettbewerbsstörungen nach § 32 f Abs. 3 GWB-E nur ergreifen können, wenn die sonstigen Befugnisse der Behörde „voraussichtlich“ nicht ausreichen. Für diese Feststellung reicht aber nach der Gesetzesbegründung eine „kursorische“ Prüfung des Bundeskartellamts aus. Weitere Ermittlungen sind hierzu ausdrücklich nicht erforderlich. Damit wird die in der Norm vorgesehene Subsidiarität der neuen Eingriffsbefugnisse nach § 32 f Abs. 3 GWB-E in problematischer Weise durch die Gesetzesbegründung relativiert. Damit die in der Norm vorgesehene Subsidiarität der Eingriffsbefugnisse auch in der Praxis gewährleistet wird, schlagen wir folgende Änderung des § 32 f Abs. 3 S. 1 GWB-E vor:

Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt, soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes ~~nach der im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen~~ voraussichtlich nicht ausreicht, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.

§ 32 f Abs. 3 S. 6 GWB-E sollte wie folgt ergänzt werden:

*Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind, **soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 dieses Gesetzes nicht ausreicht, um dem Beitrag des betroffenen Unternehmens zu der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken.***

Die in § 32 f Abs. 3 S. 6 und 7 vorgesehenen Abhilfemaßnahmen „können“ nach § 32 f Abs. 3 S. 3 GWB-E an Unternehmen gerichtet werden, welche durch ihr Verhalten einen Beitrag zur Störung des Wettbewerbs leisten. Nach der Gesetzesbegründung stellt jedes am Markt spürbare Verhalten einen „wesentlichen Beitrag“ im Sinne der Norm dar. Mit dem Wort „können“ wird zudem klargestellt, dass es sich hierbei nicht um eine zwingende Vorgabe für das Verwaltungshandeln des Bundeskartellamts, sondern lediglich um eine den behördlichen Ermessensspielraum einschränkende Sollvorschrift handelt. Es fehlt damit auch hier ein abschließender, die behördlichen Handlungsspielräume begrenzender Rechtsrahmen.

Bei der Auswahl der Adressaten der behördlichen Maßnahme ist nach § 32 f Abs. 3 S. 4 GWB-E die Marktstellung der Unternehmen zu berücksichtigen. Je stärker die Stellung des adressierten Unternehmens auf dem betroffenen Markt ist, desto intensivere Abhilfemaßnahmen sollen zulässig



sein. Damit fokussieren die Änderungen die neuen Eingriffsbefugnisse stärker auf marktstarke Unternehmen und stellen insbesondere wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmertum unter Generalverdacht. Da jedes (legale) spürbare Marktverhalten einen Eingriff rechtfertigen kann, führt die neue Einschränkung zudem nach unserer Einschätzung in der Praxis auch zu keiner grundlegenden Verbesserung für Unternehmen mit geringerer Marktbedeutung.

Zu einem späteren Zeitpunkt können die Maßnahmen nach § 32 f Abs. 3 S. 5 GWB-E außerdem auch auf „weitere Unternehmen“ ausgedehnt werden, so dass keine abschließende Beschränkung des Adressatenkreises stattfindet. Bei einer solchen späteren Erweiterung der Maßnahmen sollen diese im Übrigen auch noch nicht einmal unter der Voraussetzung stehen, dass die davon betroffenen Unternehmen einen relevanten Verursachungsbeitrag zu der bereits zuvor festgestellten Wettbewerbsstörung geleistet haben.

Die Marktprozesse würden beim Einsatz dieses Instrumentariums einer staatlichen Lenkung und Steuerung unterworfen, die aufgrund ihrer Unbestimmtheit weit über die Möglichkeiten hinaus geht, wie es sie bisher nur in eng abgegrenzten, „regulierten“ Sektoren (z. B. Telekommunikation, Post, Energie, Eisenbahn) gibt (vgl. zu diesem „rechtsstaatlichen Paradox“ detailliert: Martin Nettesheim: Die Ermächtigung des BKartA zur Bekämpfung von Störungen des Wettbewerbs, S. 43). Die Feststellung einer besonderen Regulierungsbedürftigkeit dieser Sektoren hat dort aber stets der Gesetzgeber selbst getroffen. Anlass dafür war zumeist eine Prägung des entsprechenden Sektors durch ein staatliches Monopolunternehmen.

Das vorgeschlagene Instrument stellt damit einen problematischen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition der Berufsausübungsfreiheit und der Eigentumsgarantie (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG) dar. Da Unternehmen ein natürliches Interesse haben, einen solchen behördlichen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und ihre Eigentumsposition zu vermeiden, werden Anreize geschaffen, das Erreichen einer kritischen Marktstärke zu vermeiden. Die Motivation erfolgreichen Unternehmertums mit dem Ziel, eine starke Marktposition zu erlangen, wird dagegen auf unnatürliche Weise reduziert. Die an die Marktsituation und damit mittelbar an die Marktbedeutung der betroffenen Unternehmen anknüpfenden behördlichen Möglichkeiten, die Handlungsspielräume einzuschränken, werden daher zwangsläufig die Wettbewerbsintensität negativ beeinflussen.

Allein die Existenz der geplanten Eingriffsbefugnisse ohne Nachweis eines Marktmachtmissbrauchs wird den Wettbewerbsprozess stören, auch wenn diese Instrumente in der Praxis überhaupt nicht oder nur selten zum Einsatz kommen sollten. Wenn nämlich eine aus eigener Kraft erreichte Marktstärke vom Gesetzgeber missbilligt wird, haben die Unternehmen nur noch ein beschränktes Interesse, sich im nationalen Markt zu engagieren. Auf diese Weise wird geradezu marktwidriges Verhalten provoziert, denn ein Unternehmen mit einer guten Marktposition wird die Zunahme seiner Marktmacht aktiv verhindern, um behördlichen Eingriffen in seine unternehmerischen Entscheidungen entgegenzuwirken. Dies widerspricht der Logik der Wettbewerbsprozesse und stärkt Konkurrenten, die mit gutem Grund eine weniger starke Marktstellung einnehmen. Hinzu



kommt, dass die Regelbeispiele für Störungen nicht notwendigerweise an Marktmacht (sogar unterhalb der Beherrschungsschwellen) anknüpfen, sondern auch andere Faktoren einbeziehen. Insbesondere Marktzutrittsschranken können sich z. B. aus externen Faktoren ergeben (wie z. B. regulatorische Schranken), die sich dem Einflussbereich der betroffenen Unternehmen entziehen, aber den Rahmen für ihr Verhalten darstellen.

Bisher ist unklar, welche Märkte der Gesetzgeber jenseits der Kraftstoffe im Visier hat. Ein konkreter Bedarf wird auch in der Gesetzesbegründung nicht benannt. Obwohl die öffentliche Debatte im Zusammenhang mit dem „Tankrabatt“ offensichtlich den vorliegenden Gesetzentwurf veranlasst hat, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz in seinem im Juni 2022 veröffentlichten Papier „Verschärfung des Wettbewerbsrechts“ eingeräumt, dass die geplanten Verschärfungen des Wettbewerbsrechts keine Lösung dieser Problematik darstellen. Während also der Nutzen der gesetzlichen Änderungen mehr als fraglich ist, wird allein die Existenz der geplanten Eingriffsmöglichkeiten unzweifelhaft schädliche Auswirkungen auf den Standort Deutschland haben.

Soweit die Regelung des § 32 f Abs. 3 GWB-E nicht vollständig gestrichen wird, ist mindestens durch eine Ergänzung von Satz 3 einschränkend klarzustellen, welche Unternehmen im Rahmen eines Konzepts der normativen Verantwortung zum Objekt einer Verfügung nach Satz 7 gemacht werden können. Hierzu schlagen wir die folgende Formulierung vor:

*Adressaten von Maßnahmen können **nur** Unternehmen sein, die durch ihr **unbilliges** Verhalten zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen.*

In der Konsequenz ist Satz 5 wie folgt zu ergänzen:

*Das Bundeskartellamt kann die Verfügung nach Satz 1 durch Beschluss zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Unternehmen ausdehnen; **Satz 3 gilt insofern entsprechend.***

Weiterhin ist mit Satz 7 eine abschließende Liste der zulässigen Abhilfemaßnahmen festzulegen, welche die nach aktuellem Wissen als schädlich anzusehenden Konstellationen berücksichtigen, und der Entscheidungsspielraum der Behörde damit einzuschränken. Hierzu wäre der erste Halbsatz wie folgt zu formulieren:

Die Abhilfemaßnahmen können insbesondere Folgendes zum Gegenstand haben:

1. ...
2. ...
3. ...

c) Entflechtung (§ 32 f Abs. 4 GWB-E)

Zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen ist als „ultima ratio“ sogar eine Verpflichtung des Unternehmens vorgesehen, Anteile oder Vermögen zu veräußern, soweit andere Abhilfemaßnahmen nicht gleich wirksam sind. Damit wird als zusätzliches Eingriffsinstrument eine



eigentumsrechtliche Entflechtung von Unternehmen ermöglicht, selbst wenn kein Wettbewerbsverstoß vorliegt. Als Adressaten dieser Maßnahmen sollen nach dem Regierungsentwurf ausschließlich marktbeherrschende Unternehmen oder Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb gemäß § 19 a GWB in Betracht kommen. Ein angeordneter Zwangsverkauf steht außerdem unter der Voraussetzung, dass der Erlös mindestens 50 Prozent des Marktwertes des Unternehmens beträgt.

Die Einschränkung ändert aber nichts an der Tatsache, dass die neue Möglichkeit, Zwangsverkäufe anzuordnen, unabhängig von dieser Einschränkung des Adressatenkreises aus den unter II.2.b) genannten Gründen eine hochproblematische wettbewerbsdämpfende Wirkung entfalten kann.

Die Tatsache, dass der zu realisierende Marktpreis eines von der Zerschlagung bedrohten Unternehmens zwangsläufig sinkt, wird zudem zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen führen. Konkurrenten erhalten auf diese Weise nämlich die Möglichkeit, Unternehmensteile ihres Wettbewerbers weit unter den marktüblichen Preisen im Rahmen des Zwangsverkaufs zu erwerben.

Da sich die Entflechtungsbefugnis nur auf den nationalen Markt beschränkt, können in der Praxis auch nur national und nicht international tätige Unternehmen mittels des Entflechtungsinstrumentariums zerschlagen werden. Dies führt im Ergebnis zu einer Diskriminierung ausschließlich national tätiger Unternehmen, weil deutlich größere international tätige Konzerne von der nationalen Regelung naturgemäß nur sehr begrenzt erfasst werden können. Damit gefährdet die Entflechtungsbefugnis die Entwicklungsmöglichkeiten nationaler Unternehmen und wird den globalen Marktverhältnissen des 21. Jahrhunderts nicht gerecht. Sie wird zudem die Investitionsbereitschaft insbesondere internationaler Konzerne in Deutschland reduzieren und damit dem Standort Deutschland schaden.

Es ist zudem sehr fraglich, ob die Befugnis, ein Unternehmen unabhängig von einem konkreten Marktmachtmissbrauch zu entflechten, mit Artikel 14 GG vereinbar ist. Hier stellt sich insbesondere die Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, die ein rechtmäßig am Markt agierendes Unternehmen trifft. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass allein die Diskussion über den Einsatz des Entflechtungsinstrumentariums zum Wertverfall und damit zum Vermögensverlust der Eigentümer führen wird. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz stellt in der Begründung des Gesetzentwurfs daher zu Recht fest, dass die vorgesehene strukturelle Maßnahme der Entflechtung eines Unternehmens einen "erheblichen Eingriff in die unternehmerische Autonomie" darstellt. Es ist deshalb auch sehr fraglich, ob ein solcher Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Rechtsposition marktstarker Unternehmen tatsächlich – wie in der Gesetzesbegründung angenommen – mit dem Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden kann. An dieser grundsätzlichen Kritik und den verfassungsrechtlichen Bedenken ändert auch die neu in den Regierungsentwurf aufgenommene Kompensationsmöglichkeit für den Fall, dass der Verkaufserlös beim Zwangsverkauf hinter dem Marktwert des Unternehmens zurückbleibt, nichts. Da der Regierungsentwurf aus „wirtschaftspolitischen Gründen“ keine vollständige Kompensation vorsieht, sondern



lediglich 50 Prozent der Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem Marktwert kompensieren will, können von der Entflechtung betroffene Unternehmen Vermögensverluste von bis zu 25 Prozent hinzunehmen haben. Dies stellt einen massiven Eingriff in die Eigentumsrechte der Unternehmen dar.

Die in § 32 f Abs. 4 GWB-E vorgesehene Entflechtungsmöglichkeit sollte daher komplett gestrichen werden.

3. Erleichterte Vorteilsabschöpfung (§ 34 Abs. 1, 4 GWB-E)

Bei Wettbewerbsverstößen soll in Zukunft unterstellt werden, dass diese mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden waren. Der Gesetzgeber will in Zukunft vermuten, dass der im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverstoß stehende wirtschaftliche Vorteil mindestens ein Prozent der Umsätze im Inland mit den Produkten, die mit dem Rechtsverstoß in Zusammenhang stehen, betragen hat. Im Übrigen besteht die Möglichkeit, den Vorteil zu schätzen. Als Grundlage für die Schätzung soll eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ausreichen. Schätzunsicherheiten sollen nach dem erklärten Willen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz das betroffene Unternehmen treffen. Die Vermutung kann nur widerlegt werden, wenn das betroffene Unternehmen nachweist, dass in dem relevanten Zeitraum weltweit kein Gewinn in Höhe des abzuschöpfenden Vorteils erzielt wurde. Damit können bei niedrigen Margen faktisch alle Gewinne als Unrechtsgewinne definiert werden, was aber offensichtlich lebensfremd ist. Bei Handelsunternehmen soll es nach der Gesetzesbegründung wegen der geringen Wertschöpfung zwar möglich sein, gemäß § 34 Abs. 3 GWB die Vorteilsabschöpfung auf einen angemessenen Betrag auch unterhalb der Mindestschwelle von einem Prozent des Umsatzes zu beschränken. Die damit in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Zweifel an Angemessenheit des lediglich gegriffenen Werts belegen die mit dieser Regelung verbundene Willkür des Gesetzgebers. Ob und in welchen Fällen die Behörde von der Ausnahmemöglichkeit des § 34 Abs. 3 GWB Gebrauch macht, ist zudem völlig offen. Der Wortlaut der Norm des § 34 Abs. 4 GWB-E gibt der Aufsichtsbehörde jedenfalls grundsätzlich auch in Branchen mit geringen Margen die Möglichkeit, zunächst einmal weitgehend risikolos einen Unrechtsgewinn von einem Prozent zu unterstellen.

Auch wenn in der Gesetzesbegründung beteuert wird, bei der erleichterten Vorteilsabschöpfung handle es sich um ein verwaltungsrechtliches und nicht um ein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument, gewinnt die geplante Regelung wegen der Anknüpfung an den Kartellverstoß und die (strafrechtlich unzulässige) Beweislastumkehr im Hinblick auf die Höhe des Unrechtsgewinns de facto den Charakter einer problematischen Nebensanktion. Diese verstößt wegen der geplanten Beweislastumkehr aber gegen rechtsstaatliche Grundsätze.

Auf die geplanten Änderungen des § 34 Abs. 1 und 4 GWB-E sollte daher vollständig verzichtet werden.



4. Durchsetzung des DMA

Dem Bundeskartellamt sollen diejenigen Ermittlungsbefugnisse eingeräumt werden, die nach dem DMA nationalen Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf Art. 5, 6 und 7 des DMA eröffnet werden können. Weiterhin soll das Bundeskartellamt für die Mitwirkung an Verfahren der EU-Kommission zuständig sein. Schließlich werden Vorschriften zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen im DMA-Kontext für anwendbar erklärt.

Die vorgesehenen Änderungen orientieren sich eng an den entsprechenden EU-Vorgaben. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

Für problematisch und nicht erforderlich halten wir allerdings die offensichtlich vorgesehenen Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf die Vorgaben des DMA (vgl. Begründung S. 17). Die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung mittels Verwaltungsverfahren und Bußgeldern reicht aus, um die Einhaltung der neuen EU-Vorgaben zu gewährleisten. Eine daneben implementierte private Rechtsdurchsetzung ist nach den EU-Vorgaben zwar möglich, aber nicht zwingend erforderlich. Da die private Rechtsdurchsetzung zu einer Vielzahl zivilrechtlicher Streitigkeiten bei unterschiedlichen nationalen Gerichten führen wird, kann dieses Instrument auch im Hinblick auf die parallel stattfindende Rechtsdurchsetzung durch Behörden zu unterschiedlichen Rechtsauslegungen und damit zu zusätzlichen und vermeidbaren Rechtsunsicherheiten bei den Marktteilnehmern führen.

Auf die Möglichkeit, die Vorgaben des DMA auch privat durchzusetzen, sollte daher verzichtet werden.

IV. Zusammenfassung

Die mit dem Regierungsentwurf geplanten Änderungen des GWB gehen an zentraler Stelle in die falsche Richtung. Nach dem Willen der Bundesregierung soll das GWB danach nicht mehr allein dem Schutz des freien Wettbewerbs dienen. Vielmehr soll das Bundeskartellamt ermächtigt werden, unter wenig konturierten Voraussetzungen selbst lenkend und gestaltend in die Marktprozesse sämtlicher Wirtschaftssektoren einzugreifen. Damit soll das GWB erstmals mit Möglichkeiten zur Marktregulierung durch das Bundeskartellamt ergänzt werden. Geplant ist damit nicht weniger als eine Neuausrichtung des Kartellrechts.

Auch die weiteren geplanten Änderungen sind ganz überwiegend entweder nicht erforderlich oder unangemessen. Auf die folgenden Änderungen sollte daher aus den dargestellten Gründen verzichtet werden:

- Die Beschleunigung der Sektoruntersuchungen (§ 32 e Abs. 3 GWB-E) kann deren Qualität negativ beeinträchtigen. Für die betroffenen Unternehmen drohen unverhältnismäßige Belastungen bei der Datenlieferung. Fristvorgaben für den Abschluss der Sektoruntersuchungen sind auch



nicht erforderlich, da das Bundeskartellamt bisher zügig gearbeitet und laufende Untersuchungen keineswegs verzögert hat.

- Die Möglichkeiten, Unternehmen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen zu verpflichten, auch wenn die Voraussetzungen der gesetzlichen Fusionskontrolle nicht vorliegen (§ 32 f GWB-E), verschärft die Möglichkeiten einer spezifischen Fusionskontrolle unterhalb der gesetzlichen Kriterien, ohne die Voraussetzungen hinreichend zu konturieren. Auf diese Weise werden erhebliche Rechtsunsicherheiten für die im Anwendungsbereich befindlichen Unternehmen geschaffen. Die Regelung ist zur Beseitigung von Wettbewerbsproblemen nicht erforderlich und wird zu einer Erhöhung der Fallzahlen beim Bundeskartellamt führen. Damit wird die mit der 10. GWB-Novelle verfolgte Effektivierung der Fusionskontrolle konterkariert.
- Die geplanten Erleichterungen zur Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung oder Verringerung von Wettbewerbsstörungen (§ 32 f Abs. 3 GWB-E) ermöglicht dem Bundeskartellamt ohne hinreichend konkretisierte Voraussetzungen weitgehende Eingriffe in die Eigentumspositionen und die unternehmerische Handlungsfreiheit rechtskonform agierender Unternehmen und kann zu einer staatlichen Lenkung bzw. Steuerung von Marktprozessen führen. Die geplante Regelung des § 32 f Abs. 3 i. V. m. Abs. 5 verstößt nach gutachterlicher Feststellung von Martin Nettesheim (vgl. im Anhang dessen Studie: Die Ermächtigung des BKartA zur Bekämpfung von „Störungen des Wettbewerbs“) gegen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) und kann zu ungerechtfertigten Eingriffen in die Freiheitsrechte (Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 und Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 GG) führen. Die verfassungsrechtliche Tragfähigkeit der geplanten Neuregelung ist daher ernsthaft in Frage zu stellen. Bereits die gesetzliche Ermächtigung des Bundeskartellamts wird zudem voraussichtlich die Wettbewerbsintensität dämpfen, selbst wenn von den Möglichkeiten zunächst kein Gebrauch gemacht werden sollte. Soweit eine ersatzlose Streichung der Regelung des § 32 f GWB-E aus politischen Gründen nicht in Betracht kommen sollte, müssen zumindest die in dieser Stellungnahme unter Gliederungspunkt III.2.b) vorgeschlagenen Änderungen in den Abs. 3 und 5 umgesetzt werden, um die Verfassungskonformität der Neuregelungen sicherzustellen.
- Die als „ultima ratio“ geplante Entflechtungsmöglichkeit unabhängig von einem konkreten Wettbewerbsverstoß (§ 32 f Abs. 4 GWB-E) kann in Folge angeordneter Zwangsverkäufe zu Wettbewerbsverzerrungen führen und diskriminiert national tätige Unternehmen. Da keine vollständige Kompensation vorgesehen ist, soweit der Erlös aus dem Zwangsverkauf hinter dem Marktwert des Unternehmens zurückbleibt, ist fraglich, ob die mit dem Zwangsverkauf verbundene Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechte (Art. 14 Abs. 1 GG) mit dem Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden kann. Da viel dafürspricht, dass eine solche Maßnahme wegen der damit verbundenen Wertverluste als unverhältnismäßig zu bewerten ist, begegnet sie auch verfassungsrechtlichen Bedenken.
- Die erleichterte Vorteilsabschöpfung (§ 34 Abs. 1 und 4 GWB-E) hat de facto den Charakter einer Nebensanktion. Wegen der Beweislastumkehr verstößt die geplante Maßnahme daher gegen rechtsstaatliche Grundsätze.



Allein die Umsetzung der EU-Vorgaben zur Durchsetzung des DMA kann in weiten Teilen unterstützt werden. Sie orientiert sich eng an der entsprechenden EU-Verordnung. Weder erforderlich noch EU-rechtlich geboten ist allerdings die Implementierung von Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung. Die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung mit Bußgeldern reicht zur Durchsetzung der Vorgaben des DMA aus. Auf das Instrument der privaten Rechtsdurchsetzung zur Einhaltung der Vorgaben des DMA sollte daher zur Vermeidung unterschiedlicher Rechtsauslegungen auch im Interesse der Rechtssicherheit verzichtet werden.