

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf für ein Wettbewerbs-
durchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle)

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Kontakt:

Sophie Jordan

Telefon: +49 30 2021-2326

Telefax: +49 30 2021-192300

E-Mail: s.jordan@bvr.de

Berlin, 23. Mai 2023

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Die Deutsche Kreditwirtschaft (kurz DK) ist als Zusammenschluss des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, des Bundesverbandes deutscher Banken, des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands, des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes und des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken die Interessenvertretung der kreditwirtschaftlichen Spitzenverbände. Die Deutsche Kreditwirtschaft steht für eine gemeinsame Meinungs- und Willensbildung der kreditwirtschaftlichen Verbände in Deutschland – in bankrechtlichen, bankpolitischen und bankpraktischen Fragen. Zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, 11. GWB-Novelle) nehmen wir wie folgt Stellung:

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

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 und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend“ (s. § 32f Abs. 3 GWB-E).

Diese fundamentale Abkehr von dem in Deutschland und Europa geltenden Grundsatz des Nichtvorgehens gegen rechtstreue Unternehmen, lehnen wir ausdrücklich ab.

Zwar ist mit dem Regierungsentwurf der Versuch unternommen worden, die Regelung zu konkretisieren, um der breiten Kritik an der Fassung im Referentenentwurf zu entsprechen. Dies ist aber nur in Ansätzen gelungen.

Positiv festzustellen ist die nun im Regierungsentwurf enthaltene Definition des Begriffs der „fortwährenden Störung“. Jedoch fehlt eine eindeutige und bestimmbare Definition des Begriffs der „erheblichen Störung“: Es ist nicht ersichtlich, wann diese Erheblichkeitsschwelle überschritten sein soll.

Es ist zudem zu begrüßen, dass der Begriff des „Adressaten“ dahingehend konkretisiert wurde, dass davon nur noch Unternehmen erfasst werden, die durch ihr Verhalten wesentlich zu einer Störung des Wettbewerbs beigetragen haben und die eine gewisse Markstellung haben.

Die Regelung ist weiter als zu unbestimmt und damit unausgewogen anzusehen.

Angesichts der tiefgreifenden Eingriffsbefugnisse nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E bis hin zu einer Entflechtung erscheinen die für den Eingriff nötigen Voraussetzungen allerdings auch im Regierungsentwurf 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. So ist dem Gesetzentwurf nicht unmittelbar zu entnehmen, wann das Bundeskartellamt eine „erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs“ feststellen wird.

Aufgrund dieser ungewissen und unbestimmten Voraussetzungen für eine Untersuchung durch das Bundeskartellamt kann das neue Eingriffsinstrument des § 32f GWB-E zu einem Standortnachteil für Deutschland führen, da es sich bei den GWB-Regelungen um eine deutsche Eigenheit handelt, die in keinem anderen Mitgliedstaat und auch nicht europaweit gelten. Denn vergleichbare Überlegungen auf EU-Ebene zur Einführung eines New Competition Tools wurden 2020 verworfen.

Es steht daher zu befürchten, dass Unternehmen in Zukunft davon absehen, sich in Deutschland niederzulassen, weil es sich bei der Regelung des § 32f GWB-E um eine gegenüber dem Recht in anderen europäischen Mitgliedsstaaten hinausgehende Verschärfung handelt. Zumindest dürfte die Sorge, bei geschäftlichem Erfolg trotz rechtstreuen Verhaltens Adressat der einschneidenden Maßnahmen des § 32f GWB-E sein zu können, dazu führen, dass die Bereitschaft von Unternehmen, Investitionen vorzunehmen oder sich überhaupt für den Standort Deutschland zu entscheiden, deutlich sinkt. Die Norm ist daher investitionsfeindlich und als solche abzulehnen.

Schließlich ist vor dem Hintergrund des kürzlich erst eingefügten § 19a GWB der Bedarf verschärfender Regelungen zu hinterfragen, wenn § 19a GWB durch diese Regelung im Rahmen der Subsidiarität wieder abbedungen werden kann. Jedenfalls sollten zunächst die Erfahrungen in Deutschland mit den neuen, spezifischeren Regelungen des § 19a GWB und in der Europäischen Union mit dem Digital Markets Act abgewartet werden.

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

Sollte an der Ausweitung der Eingriffsbefugnisse nach § 32f GWB-E 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.

Ein erster Schritt in die richtige Richtung war es insoweit, dass die Maßnahmen nach § 32 Abs. 3 GWB-E nach dem Regierungsentwurf nur subsidiär gegenüber den „sonstigen Befugnisse nach Teil 1“ des GWB anwendbar sind. Diese Einschränkung reicht aber nicht aus. Vielmehr ist notwendig, dass es sich hierbei auch um eine „harte“ Subsidiarität handelt, und nicht, wie in der Gesetzesbegründung dargelegt, das Bundeskartellamt bei der Prognose („voraussichtlich“) auf die zum Zeitpunkt der Feststellung vorliegenden Erkenntnisse zurückgreifen kann und keine eigenen Ermittlungen anstellen muss. Ansonsten ist zu befürchten, dass die enthaltene Subsidiarität in der Praxis nicht zur Anwendung kommen wird.

Eine weitere Verbesserung gegenüber dem Regierungsentwurf ist zudem, dass das Verfahren nun zweistufig ausgestaltet ist.

Richtig ist auch die Aufnahme einer Regelung im Regierungsentwurf, dass der Adressat nun schon die Verfügung gerichtlich überprüfen lassen kann.

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

Mit dem Regierungsentwurf soll das Ziel verfolgt werden, die Vorteilsabschöpfung zu vereinfachen. Der Entwurf sieht dafür wesentliche Änderungen des aktuell geltenden § 34 GWB vor.

Wir begrüßen zunächst die durch den Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf vorgenommene Änderung dahingehend, dass ein Verschulden weiterhin erforderlich ist und damit dem notwendigen Interesse der betroffenen Unternehmen, welche im Einzelfall erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen aufgrund der Vermögensabschöpfung zu tragen haben, Rechnung getragen wird.

Allerdings soll auch nach dem Regierungsentwurf mit § 34 Abs. 4 GWB-E eine Vermutungsregel eingefügt werden, nach der zum einen bei einem Verstoß ein wirtschaftlicher Vorteil zu vermuten ist und zum anderen 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. Diese Vermutung kann auch dann nicht widerlegt werden, wenn kein wirtschaftlicher Vorteil angefallen ist.

Aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft ist die Einführung dieser Vermutungsregel abzulehnen.

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.

Es handelt sich somit lediglich um den Einwand der „leeren Tasche“, wohingegen es praktisch ausgeschlossen ist, den fingierten wirtschaftlichen Vorteil tatsächlich zu widerlegen.

Es begegnet rechtsstaatlichen Bedenken, die Vermutung eines wirtschaftlichen Vorteils als eine so gut wie nicht widerlegbare Fiktion auszugestalten.

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. Dafür gibt es die Bußgeldregeln. 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.

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