



REFERENTENENTWURF FÜR EIN WETTBEWERBSDURCHSETZUNGSGESETZ

Bearbeitungsstand 15.09.2022, 12:58

1. Einführung

Der Markenverband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz). Die Fristsetzung für die Stellungnahme vom 26. September bis zum 7. Oktober, mithin von lediglich 8 Arbeitstagen, stellt den Markenverband, wie jeden Verband vor erhebliche Herausforderungen. Innerhalb eines derart kurzen Zeitraumes ist eine detaillierte Positionsbestimmung des Verbandes mit der notwendigen Abstimmung innerhalb der Gremien kaum möglich. Die Situation wird noch einmal dadurch verschärft, dass die Verbändeanhörung bereits auf den 4. Oktober terminiert ist; Aussagen im Rahmen dieser Anhörung bedeuteten also, dass nur vier Arbeitstage zur Abstimmung innerhalb der Verbände zur Verfügung stehen. Die Herausforderung werden nicht dadurch geringer, dass die adressierten Themenfelder bereits im Juni angekündigt waren, denn die Ausgestaltung blieb bis zur Vorlage des Referentenentwurfs im Unklaren. Der Markenverband hält daher eine deutliche Verlängerung des Stellungnahmezeitraums für angemessen und notwendig; gleichwohl nehmen wir im Folgenden vorläufig und in einer überschlägigen Weise zum Referentenentwurf aus Sicht der Markenwirtschaft in Deutschland Stellung.

Die Markenwirtschaft steht in Deutschland für einen Markenumsatz in Höhe von knapp 1,1 Bill. Euro und rund 5,2 Mio. Arbeitsplätze. Der 1903 in Berlin gegründete Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Markenwirtschaft und mit seinen rund 400 Mitgliedern der größte Verband dieser Art in Europa. Die Mitgliedsunternehmen stammen aus vielfältigen Branchen – von Automobil, Finanzen, Nahrungs- und Genussmittel über Telekommunikation bis hin zu Luxus und Lifestyle. Zu den Mitgliedern zählen Unternehmen aller Größenordnungen, vom Mittelstand bis zu internationalen Konzernen, wie ABUS, Beiersdorf, Hugo Boss, Coca-Cola, Deutsche Bank, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Deutsche Telekom, Dr. Doerr Feinkost, Falke, Miele, Nestlé, Procter & Gamble, Dr. Oetker, Schamel Meerrettich, August Storck, WMF und viele andere renommierte Firmen. Die Markenartikelhersteller vertreiben dabei ihre Produkte in Deutschland weit überwiegend über den Groß- und Einzelhandel. Besonders im Bereich der schnell drehenden Konsumgüter des täglichen Bedarfs stehen sie dabei dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel gegenüber, in dem vier Händler mehr als 85 % des Marktes unter sich aufteilen. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs steht dabei immer wieder infrage. Zuletzt in den

Zusammenschlussvorhaben Kaufland/Real¹ und Edeka/Real² stellte das Bundeskartellamt eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs als Folge der Zusammenschlussvorhaben fest, den allerdings mit Mitteln der Fusionskontrolle schon nicht mehr begegnet werden konnte, da nach der Bewertung des Bundeskartellamtes im kontrafaktischen Szenarium zu den Vorhaben dieselbe Beeinträchtigung eingetreten wäre. Die Preissetzungszyklen mit regelmäßigen Preisabsenkungen und Wiederanstiegen, wie sie aus dem Tankstellenmarkt bekannt sind, dürften auch im Lebensmitteleinzelhandel zu finden sein, wenn auch nicht in der hohen Frequenz. Aus gutem Grund erwähnt daher die Pressemitteilung des BMWK vom 20.9.2022 die Untersuchungen der britischen Competition and Markets Authority, deren Kompetenzen als Vorbild für Eingriffsbefugnisse infolge von Sektoruntersuchungen dienen, im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels.

2. Allgemeines

Mit dem Entwurf des Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes wird der bereits mit der 10. GWB-Novelle begonnene Weg einer aktiv gestaltenden Wettbewerbspolitik fortgesetzt, auch wenn jetzt im Titel des Gesetzes nicht mehr der Terminus des „proaktiven Wettbewerbsrechts“ enthalten ist. Die Problembeschreibung des Referentenentwurfs zeigt deutlich, dass die bisherige Konzeption einer Ahndung von Rechtsverstößen und Marktstrukturkontrollen bei Zusammenschlüssen überwunden werden soll, um Struktur- und Verhaltensvorgaben zu ermöglichen, wenn die Ergebnisse von Marktprozessen als unzureichend angesehen werden.³ Aus Sicht des Markenverbandes stellt dies einen Paradigmenwechsel von der Kontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen hin zu einer gezielten Marktordnung dar. Markt und Wettbewerb werden nicht mehr als spontane Ordnung angesehen, sondern als staatliche Einrichtung und Umsetzung bestimmter ökonomischer Modelle. Soll dieser Weg beschritten werden, bedarf es einer breiten öffentlichen Diskussion, für die mehr Zeit anzusetzen ist, als dies im aktuellen Gesetzgebungsverfahren vorgesehen wird. Zudem sollte der Paradigmenwechsel auch terminologisch hinreichend verdeutlicht werden. Der Titel des Gesetzes sollte von „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ zu „Marktordnungsgesetz“ geändert werden.

Aus Sicht des Markenverbandes ist bisher nicht hinreichend begründet, warum ein durch Ergebniskontrolle geprägtes System der aktuellen, offenen Ordnung von Markt und Wettbewerb überlegen sein soll, in der lediglich diese offene Ordnung beeinträchtigendes Verhalten kontrolliert wird. Plausibler erscheint eine konsequente Stärkung der Missbrauchskontrolle, gerade auch in Situationen der Abhängigkeit und kollektiver Marktmacht. Die Referenz, gerade zu den erweiterten Eingriffsbefugnissen im Ergebnis einer Sektoruntersuchung, zu den Kompetenzen der britischen CMA erscheint aber nicht ausreichend, da das angloamerikanische Wettbewerbsverständnis sich von dem deutschen durch eine stärkere Geschlossenheit mit dem vorrangigen Ziel der Effizienz unterscheidet.

3. Stärkung von Sektoruntersuchungen

Der Markenverband steht dem Ziel einer Stärkung von Sektoruntersuchungen positiv gegenüber. Das gilt sowohl für die Notwendigkeit eines zügigen Abschlusses der Untersuchungen wie auch für

¹ BKartA, 22.12.2020, B2-83/20, Rn. 528, 647 – Kaufland/Real

² BKartA, 17.03.2021, B2-85/20, Rn. 884 -Edeka/real

³ Ausdrücklich § 32f Abs. 5 Nr. 4 GWB-E

die Aussage, dass es sich nicht um einen Papiertiger handeln dürfe, bei denen es mit einem umfassenden Bericht zum Abschluss sein Bewenden haben müsse.

Kartellrechtliche Sektoruntersuchungen, die infolge der VO 1/2003 auch in das deutsche Gesetz übernommen wurden, sollen sich aber ohnehin nicht in einem Abschlussbericht erschöpfen. Sie sind ein Instrument zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln, mit dem Transparenz über die tatsächlichen Verhältnisse in einem Sektor geschaffen und damit die Grundlage für Verfahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelegt wird. Entsprechend findet sich das Instrument der Sektoruntersuchung in der VO 1/2003 auch im Kapitel der Ermittlungsbefugnisse der Kommission, entsprechend im GWB in den Vorschriften über das Verfahren vor den Kartellbehörden (§§ 54 ff.) und nicht unter den Entscheidungskompetenzen neben der Abstellungsverfügung, einstweiligen Maßnahmen oder Verpflichtungszusagen. Der Markenverband regt an, diese Ermittlungsorientierung von Sektoruntersuchungen auch im GWB nachzuvollziehen und den bisherigen § 32e in den Abschnitt über das Verfahren vor den Kartellbehörden zu verschieben.

4. Neue Eingriffsbefugnisse

Wie bereits angedeutet, ist der Markenverband skeptisch, ob es darüber hinaus einer Ergänzung der Befugnisse der Kartellbehörden bedarf, wie sie jetzt in § 32f vorgesehen werden soll. Bisher hatte der deutsche Gesetzgeber selbst von den Möglichkeiten, abstrakte Mindestanforderungen an Vertragsgestaltungen im Bereich der Milch und Milcherzeugnisse gemäß Art. 168 VO 1308/2013 vorzugeben, bewusst keinen Gebrauch gemacht. Jetzt soll deutlich darüber hinausgegangen werden. Weit über den traditionell stark regulierten landwirtschaftlichen Bereich hinaus kann das Bundeskartellamt zukünftig nicht nur vorgeben, welche Fragestellungen in den Verträgen aufgegriffen werden müssen, sondern auch wie konkret die Antworten ausfallen sollen. Dabei stand bisher fest, dass „es allerdings nicht Aufgabe der Kartellbehörden oder Gerichte sein [kann], ihre Auffassung über den angemessenen Preis einer Leistung an die Stelle der in einem Wettbewerbsprozess gewonnenen Einschätzung der Vertragsparteien zu setzen“, weshalb eine Kontrolle von Austauschgerechtigkeit im Rahmen einer kartellrechtlichen Prüfung kaum möglich sei.⁴ Jetzt wird, auch ohne dass ein Missbrauch vorliegt, auch diese Prüfung Aufgabe des Bundeskartellamtes.

Zum konkreten Vorschlag für einen neuen § 32f ist zunächst bemerkenswert, dass die Einleitung der Sektoruntersuchung noch die Vermutung einer Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs voraussetzt, also mögliche Rechtsverstöße. Für die Eingriffsbefugnisse wird dann allerdings in Abs. 3 „**Störung** des Wettbewerbs“ zum zentralen Begriff. Für dessen Untersuchung sieht auch der Referentenentwurf keine Ermächtigungsgrundlage vor. Weiterhin fehlt es aus Sicht des Markenverbandes gerade wegen der Zentralität dieses Begriffs an einer klaren Definition im Gesetzestext. Sie ist auch nicht in Abs. 5 enthalten, der lediglich beispielhaft Kriterien aufführt, die bei der Feststellung berücksichtigt werden können. Die Unklarheit wird dadurch verstärkt, dass nach unserem Verständnis der Begründung die genannten Kriterien weder einzeln noch zusammen hinreichende oder notwendige Voraussetzung für eine Störung des Wettbewerbs sind, ja noch nicht einmal zwingend in die Prüfung einbezogen werden müssen, wenn sich im konkreten Sektor andere unbenannte Elemente als besser geeignet für eine statische oder dynamische Analyse der

⁴ BGH, Urteil vom 23.01.2018, KVR 3/17, Rn. 19 – Hochzeitsrabatte.

Wettbewerbsbedingungen erweisen. Sicher scheint jedenfalls, dass Rechtsverstöße keine Voraussetzung für eine Wettbewerbsstörung sind. Damit sind weder Kriterien noch Maßstäbe für die Beurteilung durch das Bundeskartellamt für die Marktteilnehmer transparent und nachvollziehbar. Es gibt folglich auch keine Möglichkeit für sie, ihr Verhalten so einzustellen, dass sie einen Beitrag dazu leisten, Wettbewerbsstörungen zu vermeiden.

Der weitere Inhalt des Begriffs der Störung erhellt sich auf S. 25 des Referentenentwurfs im 3. Absatz: Preise werden als zu hoch empfunden, die Effizienz des Ressourceneinsatzes als zu niedrig oder die Innovationsleistung als zu gering. Mit anderen Worten zeigen ökonomische Modelle (oder politische Überzeugungen), dass im Markt eigentlich andere Ergebnisse erzielt werden sollten, während sich die Realität des Marktes nicht an die Modelle hält. Es wirkt wie eine Anlehnung an Hegels „Umso schlimmer für die Wirklichkeit“, dass dem Bundeskartellamt dann in Abs. 4 die Kompetenz eingeräumt wird, nicht etwa nur bestimmte wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen zu unterbinden, sondern den Unternehmen konkret vorzugeben, wie sie sich im Wettbewerb in einer bestimmten Form positiv zu verhalten haben.

Das Verhältnis von verhaltensorientierten, quasistrukturellen und strukturellen Vorgaben in § 32f Abs. 3 ist nicht eigenständig geregelt, sondern allenfalls über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz determiniert. Insoweit lassen sich allerdings gegenläufige Argumentationen sowohl für eine geringere Eingriffsintensität von Verhaltensmaßnahmen wie auch von quasistrukturellen oder strukturellen Maßnahmen bilden. Ähnlich wie im Verhältnis der Maßnahmen nach Abs. 3 zur eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Abs. 4 wäre auch innerhalb des Abs. 3 eine konkretere Priorisierung angezeigt: Sollen verhaltensorientierte Maßnahmen Vorrang vor quasistrukturellen und strukturellen Maßnahmen haben oder umgekehrt. Weiterhin ist anders als in der Fusionskontrolle (§ 40 Abs. 3 S. 2), die über die Marktstrukturkontrolle einen funktionierenden Wettbewerb gewährleisten soll, bei Maßnahmen zur Behebung von Wettbewerbsstörungen nicht explizit geregelt, ob verhaltensorientierte Maßnahmen eine laufende Verhaltenskontrolle der betroffenen Unternehmen zur Folge haben dürfen. Eine Klarstellung erscheint angezeigt.

Obwohl durch ein Eingriffsbefugnis das für die Marktwirtschaft typische überlegene Wissen der Vielen (Hayek) durch das Wissen der einen Behörde um das auf dem Markt richtige Verhalten ersetzt wird, ist eine ex post-Evaluation dahingehend, ob die angeordneten Verhaltensweisen zu den gewünschten Veränderungen der Marktergebnisse führen, nicht vorgesehen. Eine solche Überprüfung durch einen Dritten, etwa die Monopolkommission, wäre angezeigt.

5. Insbesondere: missbrauchsunabhängige Entflechtung

Die vorgesehene missbrauchsunabhängige Entflechtungsbefugnis in § 32f Abs. 4 greift die fallengelassenen Gedanken des § 41a des Entwurfs eines Gesetzes zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung des BMWI von 2010 auf, modifiziert sie jedoch grundlegend. Der seinerzeitige Entwurf sah eine Entflechtung bei Vorliegen einer Vielzahl von materiellen Voraussetzungen vor. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Bedingungen:

- Der oder die Adressaten der Entflechtungsanordnung erfüllen die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB in Verbindung mit §§ 38 Abs. 1 bis 4 und 36 Abs. 2 GWB.
- Es ist ein Markt von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung betroffen.
- Es wurde Einzelmarktbeherrschung oder oligopolistische Marktbeherrschung festgestellt.

- Das Fortbestehen der Marktbeherrschung ist für absehbare Zeit zu erwarten.
- Wettbewerb auf dem relevanten Markt ist grundsätzlich technisch und wirtschaftlich möglich.

Damit wäre die Entflechtung zu einer Art „umgekehrter Fusionskontrolle“ geworden. Demgegenüber ist der heutige Vorschlag wiederum rein ergebnisorientiert an das Vorliegen von Wettbewerbsstörungen geknüpft, die auf anderem Wege oder mit geringerer Belastung für die betroffenen Unternehmen nicht beseitigt oder erheblich gemindert werden kann. Verfahrensvoraussetzungen sollen sicherstellen, dass es sich bei der Anordnung der Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen tatsächlich um eine in diesem Sinne erforderliche Ultima Ratio handelt.

Bereits der Entwurf 2010 zum Entflechtungsinstrument unterlag umfassender Kritik. Die seinerzeitigen Argumente treffen die heutige Regelung in gleicher Weise. Das gilt für die anreizmindernde Wirkung einer Entflechtungsmöglichkeit zum Schaden für den Wirtschaftsstandort Deutschland über die Bestimmtheit der Entflechtungsermächtigung und der Auswahl der zu entflechtenden Unternehmen in kaum, wenn überhaupt überprüfbar Ermessen des Bundeskartellamtes bis hin zu den verfassungsrechtlichen Bedenken. Auf diese Diskussionen kann daher hier verwiesen werden. Hinzu kommt jedoch, dass es sich bei der jetzt vorgesehenen Regelung nicht um die Schließung einer Lücke in der Marktstrukturkontrolle handelt, die sich aus der Beschränkung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse, d. h. externes Wachstum, resultiert. Wie dargestellt, sind es die Marktergebnisse, die über eine Veränderung der Struktur in Richtung eines gewollten, weil richtigen Ergebnisses korrigiert werden sollen. Das verstärkt die Bedenken erheblich.

6. Vorteilsabschöpfung

Unzweifelhaft richtig ist der Grundgedanke, der für eine erleichterte Vorteilsabschöpfung spricht. Unrechtsgewinne aus Kartellrechtsverstößen sollen nicht bei den das Recht brechenden Unternehmen verbleiben. Der Aussage (Unrechtsgewinne) immanent ist allerdings, dass den Unternehmen aus dem Rechtsverstoß auch tatsächlich ein Vorwurf gemacht werden kann. Die Streichung jedes Schuldverhältnisses widerspricht dem. Es ist auch nicht erklärbar, warum im Verhältnis zu den von einem rein objektiven Kartellrechtsverstoß betroffenen Dritten kein Ausgleich im Wege des Schadenersatzes vorgesehen ist (§ 33a Abs. 1), sondern diese zusätzliche Einnahmequelle der Vorteilsabschöpfung ausschließlich dem Staat eröffnet werden soll.

Die Wirkung der vorgesehenen Vermutung, mit dem Kartellrechtsverstoß sei ein wirtschaftlicher Vorteil für das Unternehmen verbunden, der nicht nur geschätzt werden kann, sondern dessen Höhe wiederum vermutet wird, ist fragwürdig. Die Vermutung kann nicht bedeuten, dass das Bundeskartellamt zur Frage eines wirtschaftlichen Vorteils und seiner Höhe keine Ermittlungen mehr anstellen muss. Nach wie vor bleiben die Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde dem Amtsermittlungsgrundsatz, der Ausdruck der Wahrheitspflicht ist, unterworfen. Erst in einer non-liquet-Situation nach Ausschöpfung der gebotenen Beweismöglichkeiten kann die Vermutung greifen. Nachdem bereits heute gemäß § 34 Abs. 4 S. 1 die behördliche Schätzung der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils möglich ist, zu der die Kartellbehörde die tatsächlichen Grundlagen und ihre Auswertung objektiv nachprüfbar darlegen muss, kann die Wirkung der Vermutungen faktisch

nur darin bestehen, das Niveau der gebotenen Beweiserhebung für die Existenz eines wirtschaftlichen Vorteils dem Grunde und der Höhe nach (weiter) abzusenken. Für dieses Ziel wären konkrete Hinweise darauf, wann die durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezogene Grenze der Verpflichtung zur Amtsermittlung erreicht oder überschritten wird, hilfreicher. Notwendig ist in diesem Zusammenhang eine Abwägung zwischen dem öffentlichen (und gegebenenfalls auch privaten) Interesse an einer schnellen Erledigung des kartellbehördlichen Verwaltungsverfahrens einerseits und dem Interesse an einer gründlichen und umfassenden, der objektiven Wahrheit verpflichteten Sachverhaltsermittlung andererseits. Dabei dürfen fehlende Haushaltsmittel oder das bloße Ziel der Arbeitserleichterung für sich genommen keine Begründung für eine mangelnde Aufklärung sein.

Klarstellungsbedürftig ist in der aktuellen Regelung in jedem Fall, welche Auswirkung die Vermutungen und ihre begrenzten Widerlegungsmöglichkeiten auf zivilrechtliche Schadenersatzverfahren hat oder haben kann.

7. Koalitionsvertrag und wettbewerbspolitische Agenda

Der Markenverband bedauert, dass sich der Entwurf des Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes, auch bei Berücksichtigung der Ankündigung für eine 12. GWB-Novelle, von Koalitionsvertrag und wettbewerbspolitischer Agenda des BMWK entfernt. Dort wurde eine Stärkung der Missbrauchskontrolle angekündigt. Dieser Weg ist, wie bereits oben dargestellt, aus Sicht des Markenverbandes zutreffend und notwendig, in jedem Fall dem hier vorgesehenen Paradigmenwechsel vorzuziehen. Davon ist jetzt aber nicht mehr die Rede.

Der Markenverband mahnt daher die Umsetzung des Koalitionsvertrages und der wettbewerbspolitischen Agenda an. Notwendig ist eine Stärkung der Missbrauchsaufsicht gerade in Abhängigkeitssituationen. Hierzu sollten klare und einfach anwendbare Vermutungen etabliert werden. Nachfragebedingte Abhängigkeit kann etwa in Anlehnung an die Feststellungen des BGH in der Hochzeitsrabatt-Entscheidung vermutet werden, wenn die Umsatzbedeutung eines Nachfragers für den Anbieter im relevanten Markt 10 % überschreitet. Das bedeutet für Verfahren des Bundeskartellamtes wiederum lediglich eine Veränderung in den non-liquet-Situationen. Gleichzeitig legt es allerdings die Grundlage für die notwendige Stärkung des Private Enforcement. Zu diesem Zweck sollte die Vermutungsregelung durch eine explizite Klarstellung ergänzt werden, dass im Rahmen von Verbandsklagen Feststellungsanträge gleichberechtigt neben Unterlassungsklagen treten können. Aufgrund des Ross-und-Reiterproblems, dass in der Richtlinie (EU) 2019/633 und im AgrarOLkG ausdrücklich anerkannt ist, kommt für ein Private Enforcement faktisch nur die Verbandsklage in Betracht. Unterlassungsklagen müssen dabei allerdings aufgrund der Notwendigkeit, die konkret abhängigen Unternehmen namentlich zu benennen, faktisch ausscheiden.

Berlin, den 07.10.2022
gez. Dr. Andreas Gayk