

Deutsch-Französische Parlamentarische Versammlung

Arbeitsgruppe Harmonisierung des deutschen und des französischen Wirtschafts- und Insolvenzrechts

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht sowie deutsches und
internationales Unternehmens-,
Wirtschafts- und Kartellrecht

Prof. Dr. Christian Kersting,
LL.M. (Yale)

Telefon +49 211 81-
Telefax +49 211 81-

**Stellungnahme zum Projekt „deutsch-französisches Wirtschafts-
gesetzbuch“ – Wettbewerbsrecht**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der nachfolgenden Stellungnahme liegt das Verständnis zu Grunde, dass der von der Association Henri Capitant erarbeitete Entwurf für ein europäisches Wirtschaftsgesetzbuch (nachfolgend: „**HC-Entwurf**“)¹ als Ausgangsbasis für die Ausarbeitung eines einheitlichen (zunächst) deutsch-französischen Wirtschaftsgesetzbuchs herangezogen werden soll. Betrachtet werden nachfolgend unter Ausklammerung des Beihilfenrechts ausschließlich die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des Entwurfs. Vorausgeschickt sei, dass gerade die angedachte Transformation von einem als europäischer Legislativakt geplanten Vorhaben hin zu einem gemeinsamen *nationalen* bzw. *binationalen* deutsch-französischen Rechtsakt erheblichen Anpassungsbedarf an den Regelungen des HC-Entwurfs auslöst – unabhängig davon, wie man diese bewertet. So kann sich beispielsweise ein deutsch-französischer Rechtsakt nicht an alle Mitgliedstaaten richten (vgl. aber Art. 5 HC-Entwurf). Zudem müsste etwa dessen territorialer Anwendungsbereich beschränkter sein (vgl. aber Art. 6 HC-Entwurf). Eine Anpassung des Entwurfs an diese geänderte Perspektive oder eine Kommentierung und Bewertung aller Entwurfsregelungen kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Daher liegt der Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen auf der grundsätzlichen Konzeption eines derartigen Gesetzgebungsvorschlags, während eine Auseinandersetzung mit den Einzelregelungen des HC-Entwurfs nur beispielhaft erfolgt.

Düsseldorf, 16.03.2021

Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 24.81
www.hhu.de

¹ Association Henri Capitant, Projet de Code Européen Des Affaires, Avant-projet relatif au droit du marché, November 2020, abrufbar unter, <http://henricapitant.org/storage/app/media/Avant-projets%20CEA/avant-projet-relatif-au-droit-du-marche-23-11-2020.pdf> [16.03.2021].

Da jetzt eine binationale Regelung in Rede steht, war auch nicht zu prüfen, ob sich nicht aufgrund des Subsidiaritätsprinzips Einwände gegen eine umfassende Kodifikation des europäischen Wirtschaftsrechts in einem Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch ergeben oder welche Rechtsgrundlage hierfür in Betracht käme.

1. HC-Entwurf bedarf erheblicher Überarbeitung

Die Vorschriften des HC-Entwurfs bedürfen einerseits einer grundlegenden Überarbeitung, um anstelle des anvisierten Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs eine binationale Regelung für Deutschland und Frankreich zu schaffen. Dazu müssen viele der vorgeschlagenen Normen individuell angepasst werden, während andere komplett entfallen können. Die Regelungen zur behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung (Art. 37-55 HC-Entwurf) können beispielsweise gestrichen werden, soweit sie Regelungen beinhalten, die in der Verordnung (EG) 1/2003 („VO 1/2003“) bereits abschließend europäisch geregelt sind. Hierzu gehört auch die Kompetenzabgrenzung zwischen EU-Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden sowie deren Zusammenarbeit. Die vorhandenen europäischen Regelungen können durch einen deutsch-französischen Legislativakt nicht überschrieben werden. Lediglich soweit die VO 1/2003 Raum für nationale Regelungen lässt, kann (bi-)nationales Recht ins Spiel kommen.² Die in dem HC-Entwurf enthaltenen Regelungen zur europäischen Fusionskontrolle sind ebenfalls zu streichen, weil insofern die Verordnung (EG) 139/2004 („Fusionskontrollverordnung“) greift, die ebenfalls nicht durch (bi-)nationales Recht verdrängt werden kann.

Damit stellt sich aber andererseits die Frage, ob nicht zumindest die nationalen Fusionskontrollvorschriften vereinheitlicht werden sollten. Dies läge bei einem binationalen Gesetzgebungsvorhaben nahe. Der HC-Entwurf verzichtet hierauf ganz bewusst (siehe S. 2, 4 sowie Art. 69 Abs. 1 HC-Entwurf). Die Gründe hierfür mögen in den unterschiedlichen nationalen Vorschriften über die Fusionskontrolle liegen, da sich insbesondere die Aufgreifschwellen unterscheiden.³ Dennoch sollte vor dem Hintergrund des Perspektivwechsels, der von einer europäischen Regelung für alle Mitgliedstaaten zu einer binationalen deutsch-französischen Regelung geführt hat, überlegt werden, inwieweit eine Vereinheitlichung der nationalen Fusionskontrolle in Deutschland und Frankreich sinnvoll und

² Der Spielraum des nationalen Gesetzgebers wird freilich durch die Richtlinie (EU) 2019/1 sowie die Richtlinie (EU) 2014/104 begrenzt (dazu unten 2. und 9.).

³ Gem. § 35 Abs. 1 GWB müssen die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro erzielen. Außerdem muss im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 50 Mio. Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen von mehr als 17,5 Mio. Euro erzielt haben. In Frankreich hingegen muss der weltweite Gesamtumsatz nach Art. L.430-2 Code de commerce 150 Mio. Euro betragen und der in Frankreich von mindestens zwei der beteiligten Unternehmen erzielte Umsatz 50 Mio. Euro übersteigen.

möglich ist. Es sind schließlich nicht mehr 27, sondern nur noch zwei Rechtsordnungen zusammenzuführen.

2. Wettbewerbsrecht in der Europäischen Union bereits stark harmonisiert

Die vom HC-Entwurf angestrebte Harmonisierung des Wirtschaftsrechts auf Ebene der Europäischen Union beruht auf der Annahme, dass das Kartellrecht als Teilaspekt des Marktrechts in der derzeitigen Fassung „für europäische Unternehmen nicht ausreichend lesbar und verständlich ist“ (S. 4 HC-Entwurf). Ein gemeinsames Gesetzbuch soll daher den aktuellen Regelungsbestand „strukturieren und modernisieren“ (vgl. S. 4 HC-Entwurf). Ein einheitlicher Rechtsrahmen für den Binnenmarkt ist grundsätzlich erstrebenswert. Jedenfalls im Kartell- und Wettbewerbsrecht trifft die Prämisse des HC-Entwurfs jedoch nur sehr eingeschränkt zu. Eine Vielzahl europäischer Regelungen, die zum Teil auch zum Vorbild für nationale Vorschriften wurden, hat bereits dazu geführt, dass das Kartellrecht der einzelnen Mitgliedsstaaten in großer Übereinstimmung mit der Rechtslage der Europäischen Union steht. Die VO 1/2003 regelt die Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten (vgl. Art. 3, 5, 11 VO 1/2003). Auch die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2014/104 („**Kartellschadensersatzrichtlinie**“) hat die Rechtssysteme innerhalb der Union in Bezug auf die private Kartellrechtsdurchsetzung gestärkt und vor allem harmonisiert. Die Richtlinie (EU) 2019/1 („**ECN+-Richtlinie**“), deren Umsetzungsfrist vor gut einem Monat abgelaufen ist, soll die nationalen Wettbewerbsbehörden stärken und die Anwendung des EU-Kartellrechts harmonisieren. Es stellt sich daher die Frage, ob das Wettbewerbsrecht tatsächlich einer weiteren Harmonisierung bedarf.

Selbst wenn man eine weitere Kartellrechtsharmonisierung für erforderlich hält, so ist doch festzuhalten, dass die deutsche und französische Wettbewerbsbehörde bereits eng kooperieren. Das Bundeskartellamt und die Autorité de la concurrence haben schon mehrere Projekte gemeinsam durchgeführt. Hervorzuheben sind die Studien bzw. Stellungnahmen zum Einsatz von Algorithmen und den damit verbundenen Risiken für den Wettbewerb⁴ sowie zu Daten und ihren Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht⁵. Die dort erzielten Ergebnisse verdeutlichen, dass im Ausgangspunkt eine Annäherung auch ohne einheitliche Rechtsgrundlage möglich ist. In jedem Fall wäre es wünschenswert, dass die in den Studien

⁴ Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Algorithms and Competition, November 2019, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5 [16.03.2021].

⁵ Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10 May 2016, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [16.03.2021].

gewonnenen Erkenntnisse auch Eingang in den Entwurf finden (siehe auch noch unter 4.).

Die beiden Behörden veranstalten zudem zweijährlich einen gemeinsamen Wettbewerbstag.⁶ Dort werden kartellrechtliche Fragestellungen aufgegriffen, die insbesondere für das bilaterale Verhältnis bedeutsam sind oder besondere wettbewerbliche Herausforderungen für die beiden Länder präsentieren. Obwohl dort bereits über die wettbewerbliche Analyse digitaler Plattformmärkte (2016) und die Herausforderungen für die Fusionskontrolle in digitalen Märkten und die Standards und Erwartungen hinsichtlich der Missbrauchsaufsicht (2018) gesprochen wurde⁷, finden diese Fragestellungen keine Erwähnung im vorliegenden Gesetzesentwurf. Soweit diese Bereiche umfassend binational aufeinander abgestimmt werden können, könnten derartige Kooperationen schon zum jetzigen Zeitpunkt langwierige Gesetzesverfahren ersetzen. Die fehlende Berücksichtigung im HC-Entwurf könnte jedoch auch Ausdruck eines allgemeineren Problems des derzeitigen Kartellrechts sein, das nicht schnell genug auf neue Herausforderungen reagieren kann. Zweifel bestehen daher, ob die Schaffung eines von zwei Parlamenten zu verabschiedenden Gesetzes zukünftig besser dazu geeignet ist, auch auf sich ggf. kurzfristig ändernde wirtschaftliche Gegebenheiten zu reagieren und entsprechende Gesetzesänderungen zu veranlassen.

3. Vereinheitlichung in der Praxis erfordert einheitliche Rechtsprechung

Allein die Verabschiedung eines zwischen Deutschland und Frankreich abgestimmten Wirtschaftsgesetzes garantiert den Unternehmen nicht zwangsläufig Rechtssicherheit. Es muss zusätzlich sichergestellt werden, dass die Gerichte diese Gesetzestexte auch einheitlich auslegen und anwenden. Ein einheitlicher deutsch-französischer Rechtsakt müsste auch dafür Vorkehrungen treffen. Der HC-Entwurf muss diese Thematik hingegen nicht berücksichtigen. Da dieser als europäischer Rechtsakt erlassen werden soll, wäre der EuGH letztinstanzlich zur Auslegung der jeweiligen Vorschriften berufen.

Es erscheint noch unklar, auf welche Weise eine einheitliche Auslegung eines deutsch-französischen Rechtsakts sichergestellt wird. Ist dafür ein eigenständiges deutsch-französisches Gericht zu errichten? Sollen Verfahrensregelungen eine Abstimmung zwischen der Cour de cassation und dem BGH sicherstellen, ggf. unter Bildung eines „großen Senats“, der sich aus Mitgliedern der beiden Gerichte zusammensetzt? Den EuGH letztverbindlich über die Auslegung der Vorschriften des deutsch-französischen

⁶ https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-FranzoesischerWettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag_node.html [16.03.2021].

⁷ Siehe Fn. 6.

Legislativakts entscheiden zu lassen käme – vorbehaltlich einer vertieften Prüfung – wohl nur in Betracht, wenn für die beiden nationalen Rechtsordnungen nur unionsrechtliche Regelungen übernommen oder unmittelbar für anwendbar erklärt werden.⁸

4. HC-Entwurf berücksichtigt aktuelle kartellrechtliche Entwicklungen unzureichend

Sofern das deutsch-französische Gesetz als Vorbild für einen späteren europäischen Rechtsakt dienen soll, muss die deutsch-französische Regelung Lösungsvorschläge für aktuelle Herausforderungen bereithalten.

Der HC-Entwurf berücksichtigt hingegen die aktuellen kartellrechtlichen Entwicklungen nicht. Seinem Anliegen, den aktuellen Regelungsbestand zu „modernisieren“ (vgl. S. 4 HC-Entwurf), wird der HC-Entwurf im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht gerecht. Im Zentrum der kartellrechtlichen Debatten stehen derzeit u.a. die sich aus der digitalen Plattformökonomie ergebenden Herausforderungen für den Wettbewerb. Auf europäischer Ebene existiert mit dem Draft Digital Markets Act vom 15. Dezember 2020 (COM(2020) 842 final) ein erster Gesetzgebungsvorschlag, um diese Probleme zu adressieren. In Deutschland greift seit Anfang des Jahres 2021 mit § 19a GWB ein spezieller Missbrauchstatbestand für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb, der weltweit Beachtung findet und insbesondere auf die großen Plattformunternehmen zielt. Vergleichbare Regelungen fehlen im HC-Entwurf. Auch die Vorschriften des § 18 Abs. 2a, Abs. 3a, Abs. 3b, § 19 Abs. 2 Nr. 4 sowie § 20a Abs. 1a GWB finden keine Entsprechung. Lediglich die Definition der marktbeherrschenden Stellung (Art. 29 HC-Entwurf) erwähnt, dass technologischer Fortschritt und vorhandene Daten ein Kriterium der Marktmacht darstellen können. Diese Aussage ist für sich genommen aber sehr generisch und kaum zur Lösung der sich stellenden Probleme geeignet.⁹

⁸ Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 30.01.2020, C-394/18 – I.G.I. Rn. 45 ff. m.w.N.

⁹ Die unzureichende Berücksichtigung aktueller Entwicklungen belegt – jedenfalls für den unionsrechtlichen Bereich – wohl auch die nach Art. 17 HC-Entwurf angefügte „Observation“, wonach seit 2003 keine individuellen Freistellungen mehr erlangt worden seien. Diese Feststellung trifft im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV sicherlich zu, ist aber die natürliche Folge des mit Inkrafttreten der VO 1/2003 bewirkten Systemwandels von einer Genehmigungs- bzw. Freistellungsmöglichkeit zu einem System der Legalausnahme. Individuelle Freistellungen kann es daher im Bereich des Art. 101 AEUV nicht mehr geben. Es sind keine durchgreifenden Gründe ersichtlich, von diesem bewährten System wieder abzuweichen. Das System der Legalausnahme scheint insbesondere angesichts der damit verbundenen Entlastung der Wettbewerbsbehörden auch für ein harmonisiertes deutsch-französisches Gesetzbuch vorzugswürdig. Zu den Freistellungsmöglichkeiten im französischen Recht vgl. *Mainguy/Depincé/Cayot*, *Droit de la concurrence*, 3. Aufl. 2019, Rn. 345-353; *Malaurie-Vignal*, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8. Aufl. 2020, Rn. 662 – 669).

Ein deutsch-französisches Gesetz kann daher nur einen Mehrwert bieten, wenn die aktuellen Erkenntnisse der Kartellrechtswissenschaft und -praxis Berücksichtigung finden. Eine Orientierung an den mit der 10. GWB-Novelle, aber auch schon im Zuge der 9. GWB-Novelle, in Deutschland eingeführten Änderungen bietet sich an, um gleichzeitig die mit Neuregelungen verbundenen Kosten für die Unternehmen gering zu halten. Jedenfalls dürfen etwaige Neuregelungen durch den geplanten Digital Markets Act nicht obsolet werden, sondern müssen mit diesem abgestimmt werden. Da sich der Draft Digital Markets Act noch in einem frühen Stadium befindet, lässt sich indes noch nicht absehen, in welche Richtung sich dieser zukünftig entwickelt.

5. Möglichkeiten der bilateralen Harmonisierung des Wettbewerbsrechts begrenzt

Ohnehin kann eine weitergehende Harmonisierung des deutschen und französischen Wettbewerbsrechts nur in Bereichen erfolgen, in denen das Unionsrecht Raum für eigenständige nationale Regelungen lässt.

Der HC-Entwurf kodifiziert hingegen an vielen Stellen lediglich die Rechtsprechung des EuG oder EuGH (z.B. Art. 8 ff. HC-Entwurf) oder übernimmt bereits kodifiziertes EU-Recht (z.B. Art. 41 ff. HC-Entwurf). Gegenüber beiden Vorgehensweisen ist eine gewisse Skepsis angebracht. Eine Kodifikation der Rechtsprechungspraxis kann zwar unter Umständen die Gesetzesanwendung erleichtern. Im Anwendungsbereich der Art. 101, 102 AEUV ist eine Abweichung von diesen allerdings nicht möglich. Die Kodifikation der Rechtsprechung birgt daher die Gefahr, einige von Art. 101, 102 AEUV erfasste Verhaltensweisen unabsichtlich nicht zu erfassen oder sich auf andere Weise zu Art. 101, 102 AEUV in Widerspruch zu setzen. Eine Regelung wie beispielsweise Art. 15 HC-Entwurf kann im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV allenfalls klarstellend sein. Der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV kann nur durch eine Anpassung des AEUV geändert werden, nicht hingegen durch ein gemeinsames deutsch-französisches oder europäisches Gesetzbuch. Die Art. 41-46 HC-Entwurf sind weitgehend der VO 1/2003 entnommen. Laut der Begründung (vgl. Art. 42, 43 HC-Entwurf) wurden die diesbezüglichen Normen vereinfacht wiedergegeben. Hier besteht die Gefahr einer Abweichung des binationalen Rechts vom europäischen Recht. Eine solche ist im genuinen Anwendungsbereich des nationalen Rechts zwar möglich. Sie dient aber insofern nicht der Rechtssicherheit, als für die Rechtsanwender, insbesondere die rechtsunterworfenen Unternehmen, Zweifel entstehen können, ob und inwieweit doch eine Übernahme des europäischen Rechts beabsichtigt war.

Vorteile könnte ein zwischen Deutschland und Frankreich harmonisiertes Gesetz indes in den Bereichen des Wettbewerbsrechts bieten, in denen

ein nationaler Regelungsspielraum besteht. Beispielsweise können die Mitgliedstaaten über das Unionsrecht hinausgehende Regelungen „zur Unterbindung oder Ahnung einseitiger Handlungen von Unternehmen“ erlassen (Art. 3 Abs. 2 VO 1/2001). In Deutschland wurde mit § 20 GWB eine eigenständige Vorschrift zur Verhinderung des Missbrauchs einer relativen oder überlegenen Marktmacht geschaffen, die die Regelungen zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ergänzt. In diesem Bereich könnte eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften die Rechtsanwendung für die Unternehmen erleichtern. Gleiches kann für Vorschriften gelten, die die wettbewerbsrechtlichen Probleme der Plattformökonomie adressieren (dazu oben 4.). Konterkariert wird das Harmonisierungsziel hingegen, wenn eigene nationale Sonderregelungen verbleiben, wie dies Art. 7 Abs. 2 HC-Entwurf u.a. in Bezug auf den französischen Tatbestand des Missbrauchs der wirtschaftlichen Abhängigkeit („abus de dépendance économique“) vorsieht. Es sollte daher kritisch geprüft werden, ob Öffnungsklauseln für derartige nationale Sonderregelungen auch im Rahmen eines deutsch-französischen Wirtschaftsgesetzbuchs beibehalten werden sollen.

6. Kartellschadensersatzrecht für bilaterale Harmonisierung ungeeignet

Das Kartellschadensersatzrecht ist in Section III nur cursorisch geregelt. Der Mehrwert einer binational harmonisierten Regelung erscheint – auch vor dem Hintergrund der durch die Kartellschadensersatzrichtlinie bereits erfolgten EU-weiten Harmonisierung – zweifelhaft.

Der zivilrechtliche Kartellschadensersatzanspruch ist – auch für Verstöße gegen Art. 101, 102 AEUV – dem jeweiligen nationalen Recht zu entnehmen¹⁰. Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen Art. 101, 102 AEUV jedoch spezifische Anforderungen an den von den Mitgliedstaaten zu gewährleistenden Schadensersatzanspruch. Soweit das Recht auf Schadensersatz aufgrund von Verstößen sowohl gegen Art. 101, 102 AEUV als auch gegen (rein) nationales Kartellrecht in den Mitgliedstaaten nicht vollständig eigenständig kodifiziert ist, bedarf es auch (ergänzend) des Rückgriffs auf Regelungen des allgemeinen Zivil- bzw. Deliktsrechts. Ebenso ist das nationale Zivilprozessrecht von großer Bedeutung.

Die Kartellschadensersatzrichtlinie hat das Kartellschadensersatzrecht der Mitgliedstaaten bereits erheblich harmonisiert. Auf die derzeit anhängigen Kartellschadensersatzprozesse finden intertemporal indes zumeist noch nicht die zur Umsetzung der Richtlinie dienenden Vorschriften, son-

¹⁰ Die genaue Abgrenzung zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht ist freilich nicht zweifelsfrei, vgl. *Kersting*, WuW 2019, 290, 292 f.; *Hauser/Otto*, WRP 2020, 812, 813 ff.

dern deren Vorgängerregelungen Anwendung. Die Wirksamkeit der harmonisierten Vorschriften kann daher derzeit noch nicht hinreichend belastbar beurteilt werden. Eine weitere bilaterale Vereinheitlichung, die sowohl mit der Auslegung der sich aus Art. 101, 102 AEUV ergebenden Anforderungen in der Interpretation durch den EuGH als auch mit den Vorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie in Einklang stehen müsste, erscheint (zumindest derzeit) nicht angebracht. Die vom HC-Entwurf beabsichtigte (siehe Art. 64 HC-Entwurf) Abweichung von den Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie lässt sich in einem bilateralen Gesetz ohnehin nicht realisieren.

Eine deutsch-französische Vereinheitlichung würde wohl in noch stärkerem Maße ein eigenständiges Kartell(sonder)deliktsrecht schaffen. Die Verankerung des Schadensersatzanspruchs in den nationalen Schadensersatzregelungen würde (teilweise) aufgehoben. Es drohen dadurch Fiktionen mit den von der Vereinheitlichung nicht betroffenen Regelungen des allgemeinen Deliktsrechts und insbesondere des Zivilprozessrechts, ohne dass dies einen erkennbaren Mehrwert für die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen bedeuten würde. Sinnvoll erschiene in diesem Bereich allerdings die Schaffung von effizienten Regelungen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung in Kartellschadensfällen, an denen es bislang sowohl auf europäischer als auch deutscher Ebene fehlt. Seit 2014 besteht im französischen Recht zwar eine Möglichkeit für Verbraucherschutzverbände, Schadensersatzansprüche stellvertretend für eine Gruppe gleichartig geschädigter Verbraucher gerichtlich geltend zu machen (Art. L. 623-24 Code de la consommation).¹¹ Seit Einführung dieser Klagemöglichkeit wurden allerdings lediglich 14 Gruppenklagen in Verbraucherangelegenheiten eingeleitet, von denen keine zur Haftung eines Unternehmens geführt hat. In ihrem Bericht spricht die Assemblée nationale insofern von einer „enttäuschenden Bilanz“.¹² Insoweit müsste der Entwurf um genuin prozessrechtliche Regelungen zur effizienten Rechtsdurchsetzung ergänzt werden.

7. HC-Entwurf stark an französischem Wettbewerbsrecht orientiert

Eine Vereinheitlichung setzt grundsätzlich voraus, dass Unterschiedliches aufeinander abgestimmt und auf einen gemeinsamen Nenner gebracht wird. Für den Gesetzgebungsvorschlag sollten daher die deutschen und französischen kartellrechtlichen Regelungen in Einklang gebracht und ggf. um innovative Regelungen ergänzt werden. Allerdings entsteht der Eindruck, dass sich der HC-Entwurf stark am französischen Kartellrecht

¹¹ Vgl. *Bien*, NZKart 2014, 507.

¹² Assemblée nationale, Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, Juni 2020, S. 6, abrufbar unter https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/15b3085_rapport-information.pdf [16.03.2021].

orientiert. Wie bereits erörtert fehlen viele Aspekte, die aktuell in Deutschland diskutiert werden oder bereits umgesetzt wurden. Insbesondere die Neuregelungen der 10. GWB-Novelle bieten in Anbetracht der aus der Entwicklung der Plattformökonomie für den Wettbewerb resultierenden Gefahren und dem allgemeinen technischen Fortschritt im internationalen Vergleich einen großen Mehrwert. Die vollständige Außerachtlassung dieser Themenbereiche bewirkt letztlich hauptsächlich die Kodifikation der französischen Rechtslage. Hier wäre im Einzelfall zu prüfen, welche der nationalen Regelungen in das gemeinsame Recht übernommen werden sollten und inwieweit Modifikationen angezeigt sind.

Beispielsweise wird nach Art. 29 Abs. 2 HC-Entwurf eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 50% vermutet. Die Rechtsprechung in Frankreich geht für das französische Recht ebenfalls davon aus, dass ab diesem Schwellenwert eine Vermutung der Marktbeherrschung greift.¹³ Das deutsche Recht setzt für die Vermutung indes bereits bei einem Marktanteil von 40 % an (§ 18 Abs. 4 GWB), wobei die Schwelle erst 2014 von 30 % auf 40 % angehoben wurde. Auch wenn man in der Anhebung auf 50 % eine Annäherung an das Unionsrecht¹⁴ sehen mag, lässt sich ohne nähere Begründung aus deutscher Kartellrechtsperspektive eine erneute Erhöhung der Marktanteilsschwelle auf 50 % nur schwer nachvollziehen.

Darüber hinaus normieren weder das deutsche noch das europäische Kartellrecht aktuell Freistellungsmöglichkeiten für Fälle des Marktmachtmisbrauchs. Gleichlaufend zu Art. L. 420-4 al.1 2 Code du commerce kodifiziert Art. 17 HC-Entwurf indes eine – an Art. 101 Abs. 3 AEUV orientierte – Freistellung nicht nur für das Kartellverbot, sondern auch für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Dieser rechts- und wettbewerbspolitisch äußerst schwierige Punkt bedarf einer sorgfältigen Analyse¹⁵.

¹³ Die französische Rechtsprechung orientiert sich auch für das nationale Recht am europäischen Recht, so z.B. Cour de cassation, Urt. v. 02.09.2020, n° 18-18.501, n° 18-18.582, n° 18-19.933, Rn. 200; Cour de cassation, Urt. v. 16.09.2020, n° 18-11.034, Rn. 54.

¹⁴ Eine Vermutung für eine Marktbeherrschung ist im europäischen Recht nicht kodifiziert. Während die Europäische Kommission in ihren Erläuterungen zur Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags (2009/C 45/02) annimmt, dass eine Marktbeherrschung bei einem Marktanteil unter 40 % unwahrscheinlich sei (Rn. 14), geht der EuGH von einer Marktbeherrschung jedenfalls ab einem Marktanteil von 50 % aus (siehe dazu EuGH, Urt. v. 3.7.1991, C-62/86 – AKZO/Kommission, Rn. 60).

¹⁵ Vgl. Eilmansberger/Bien, in: Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2020, Art. 102 Rn. 14 ff.; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage 2018, § 19 Rn. 41 f.

Weiterhin übernimmt der Entwurf im Hinblick auf das Kartellschadensersatzrecht teilweise den Code de commerce.¹⁶ Auch wenn dieser seinerseits der Kartellschadensersatzrichtlinie entsprechen muss und sich daher im Ergebnis keine Abweichungen vom deutschen Recht ergeben dürften, sofern dieses nur die Richtlinienvorgaben umsetzt,¹⁷ sollte bei einem einheitlichen Gesetzbuch sorgfältig geprüft werden, dass die Regelungsanliegen beider Seiten berücksichtigt werden. Es ist sicherzustellen, dass sich das Kartellschadensersatzrecht möglichst friktionsfrei in das allgemeine Deliktsrecht und das Zivilprozessrecht beider Staaten einfügt. Das ist eine erhebliche Herausforderung.

8. Zweifel an der Umsetzbarkeit aufgrund Verfahrensdauer

Die Entwicklung eines einheitlichen Rechtsrahmens auch für die nationalen Märkte ist ein bedeutsames und wichtiges Thema, das Optimierungspotential bietet und größere Rechtssicherheit schaffen kann. Allerdings können auch nur kleine Veränderungen erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf die Marktstrukturen in den Mitgliedsstaaten haben. Anvisierte Änderungen müssen daher sorgfältig überlegt und detailliert geprüft werden. Insbesondere der Austausch mit Wissenschaft und Praxis ist unerlässlich, um praktikable und effiziente Regelungen zu schaffen. Gleichzeitig birgt diese Verfahrensweise die Gefahr, dass das Regelungsvorhaben zeitlich durch die Entwicklung auf den Märkten überholt wird. Im Hinblick auf die Schnellebigkeit der Märkte und die fortschreitende Digitalisierung ergeben sich kurzfristig neue Fragestellungen und Herausforderungen, die schneller (gesetzgeberischer) Antworten bedürfen. Es ist daher besonders darauf zu achten, dass das gesamte Gesetzgebungsverfahren nicht nur anpassungsfähig bleibt, sondern auch die aktuellen Entwicklungen auf den Märkten berücksichtigt. Nur so hat ein entsprechendes Regelungsvorhaben Aussicht auf Erfolg und bietet einen Mehrwert zum aktuellen Kartellrecht. Die Anpassungsfähigkeit scheint insbesondere dann gefährdet, wenn nicht nur ein von beiden Staaten separat verabschiedetes Mustergesetz geschaffen wird, sondern ein völkerrechtlicher Vertrag geschlossen wird, dessen Änderung wesentlich aufwendiger als ein rein

¹⁶ Siehe z.B. Art. 57 HC-Entwurf und Art. L. 482-1 Code de commerce, Art. 62 Abs. 1 HC-Entwurf und Art. L. 481-8 Code de commerce, Art. 62 Abs. 1 HC-Entwurf und Art. L. 481-8 Code de commerce, Art. 64 Abs. 1 HC-Entwurf und Art. L. 481-9 Code de commerce, Art. 64 Abs. 2 HC-Entwurf und Art. L. 481-10 S. 1-2 Code de commerce sowie Art. 64 Abs. 4 S. 2 HC-Entwurf und Art. L. 481-13 S. 2 Code de commerce.

¹⁷ Diskrepanzen können hingegen insoweit entstehen, als die Kartellschadensersatzrichtlinie Umsetzungsspielräume belässt.

nationales Gesetzgebungsverfahren ist¹⁸. Erneut ist daher die Frage zu stellen, ob sich gerade der Bereich des Kartellrechts für dieses zweifellos ambitionierte Projekt eines vereinheitlichten Wirtschaftsgesetzbuchs anbietet.

9. Binationales Gesetzbuch als Motor für die Europäische Union

Die Idee eines einheitlichen Wirtschaftsgesetzbuchs ist ausgesprochen interessant und durchaus vielversprechend. Ein binationales Gesetz für Deutschland und Frankreich kann dafür im ersten Schritt eine Vielzahl neuer Impulse bieten und möglicherweise als Vorbild für eine sich anschließende Einigung auf europäischer Ebene dienen.

Da die Rechtsvereinheitlichung in Europa im Kartellrecht unter anderem durch Art. 101, 102 AEUV in der Auslegung durch den EuGH, die VO 1/2003, die Fusionskontrollverordnung sowie die ECN+-Richtlinie und die Kartellschadensersatzrichtlinie sehr stark vorangeschritten ist (s. bereits unter 2.), verbleiben indes nur wenige Bereiche, die nicht bereits harmonisiert sind. Ein binationales Gesetzbuch sollte sich daher zunächst auf diese noch nicht harmonisierten Bereiche konzentrieren, um einen Mehrwert zur derzeitigen Rechtslage zu bieten. Hinsichtlich der vollständig vom HC-Entwurf ausgenommenen nationalen Fusionskontrolle könnte z.B. eine Vereinheitlichung der materiellen Regeln und Aufgreifschwelen mit gleichzeitiger Kompetenzzuweisung an die jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden erwogen werden (siehe bereits 1.). Mit einer derartigen Harmonisierung verbunden ist die Herausforderung, dass die einzelnen Besonderheiten der nationalen Märkte umfassend Berücksichtigung finden müssten. Hier erscheint aber in einem ersten Schritt die binationale Vereinheitlichung deutlich leichter als die europäische.

Die Harmonisierung auf europäischer Ebene in einem zweiten Schritt sieht sich der Schwierigkeit ausgesetzt, dass sich die Wettbewerbsregeln der Union auf unterschiedlichen Stufen der Normenhierarchie finden. Während die grundlegenden materiell-rechtlichen Vorschriften des Kartell- und Missbrauchsverbots auf der Ebene des Primärrechts (Art. 101, 102 AEUV) angesiedelt sind, finden sich die weiteren Vorschriften auf der Ebene des Sekundärrechts. Eine umfassende Integration des Kartellrechts in ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch würde daher möglicherweise auch eine Änderung der EU-Verträge erfordern (s. bereits unter 5. sowie S. 14 HC-Entwurf). Nur so ließen sich Friktionen zwischen

¹⁸ Der Vorschlag eines Digital Markets Act (dazu oben 4.) sieht die Möglichkeit einer Anpassung durch delegierte Rechtsakte vor (siehe Art. 3 Abs. 5, Art. 10 Abs. 1, Art. 37 Draft Digital Markets Act). Wollte man für ein deutsch-französisches Wirtschaftsgesetzbuch Anpassungsmöglichkeiten über Verordnungsermächtigungen schaffen, so würde dies voraussetzen, dass ein Gremium hierfür geschaffen oder ein bestehendes Gremium hiermit beauftragt würde. Inwiefern dies – gerade im binationalen Kontext – verfassungsrechtlich möglich ist, kann in dieser Stellungnahme nicht erörtert werden.

dem primärrechtlich geregelten zwischenstaatlichen Bereich und dem rein nationalen Bereich sowie ein möglicher Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip sicher vermeiden. Inwieweit die Streichung des Zwischenstaatlichkeitserfordernisses in Art. 101, 102 AEUV oder gar eine Verlagerung der materiell-rechtlichen Vorschriften vom Primärrecht in das Sekundärrecht politisch möglich und rechtspolitisch sinnvoll ist, kann hier nicht untersucht werden. Sicher erscheint, dass dieser Weg nicht einfach sein wird.

10. Zusammenfassung

Im internationalen Vergleich ist die Idee, durch die Angleichung von Rechtsvorschriften, die Harmonisierung des Binnenmarkts weiter zu fördern, Verfahrensschritte zu vereinfachen und dadurch mehr Rechtssicherheit zu schaffen, grundsätzlich begrüßenswert. Gerade mit Blick zum einen auf die USA, die bereits einen großen Teil des Wirtschaftsrechts durch ein Mustergesetz (Uniform Commercial Code) weitgehend vereinheitlicht haben, und zum anderen auf Teile Afrikas, die ein einheitliches Handelsgesetz (OHADA) haben, bringt die Stärkung des europäischen Rechts durch Harmonisierung sicherlich einen Mehrwert.

Die Prämisse, ein einheitliches Wirtschaftsgesetz für alle Mitgliedsstaaten in der Europäischen Union zu schaffen, ist sehr ambitioniert und wirft aktuell noch viele formelle und inhaltliche Fragen auf. Die Vorteile eines zunächst zwischen Frankreich und Deutschland abgestimmten Gesetzes sind im Bereich des Wettbewerbsrechts aktuell noch nicht hinreichend erkennbar. Solche binationalen Anpassungen sind aufgrund des intensiven Abstimmungsbedarfs aufwendig und insofern sehr zeitintensiv. Unklar ist daher – von den vorgebrachten Einwänden gegen die Regelungen im Einzelnen abgesehen –, ob das notwendige Gesetzgebungsverfahren überhaupt schnell genug abgeschlossen werden kann, um den Herausforderungen für den Wettbewerb zu begegnen, ohne zugleich von europäischen Gesetzgebungsvorhaben überholt zu werden. Auch nach Inkrafttreten dürften selbst geringfügige Änderungen voraussichtlich nur mit erhöhtem Verfahrensaufwand erreichbar sein. Diese Aspekte sollten bei den weiteren Überlegungen berücksichtigt werden.

Professor Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)