



Ausschussdrucksache 20(9)267

12. Juni 2023

Dr. Georg Böttcher
Siemens AG
81739 München

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze
(„11. GWB-Novelle“)**

BT-Drucksache 20/6824

am 14. Juni 2023

Öffentliche Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

im Ausschuss für Wirtschaft

**Stellungnahme zum Regierungsentwurf des
„Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes“ (11. GWB-Novelle)**

**Dr. Georg Böttcher, Chief Counsel Competition, Siemens AG
12. Juni 2023**

1. Allgemeine Bemerkungen

Der Regierungsentwurf sollte angepasst werden. Die zusätzlichen Eingriffsbefugnisse für das Bundeskartellamt nach einer Sektoruntersuchung (§ 32f GWB-E) sind unverhältnismäßig und sollten nicht umgesetzt werden.

Es besteht keine Regelungslücke, die durch neue Eingriffsbefugnisse geschlossen werden müsste. Das bisherige Eingriffsinstrumentarium, das erst in der 10. GWB-Novelle deutlich erweitert und nachgeschärft wurde, erlaubt bereits eine umfassende Kontrolle durch das Bundeskartellamt.

Anders als bei vorherigen GWB-Novellen wurde im Vorfeld kein konkreter Handlungsbedarf aufgezeigt. Hintergrund der aktuellen GWB-Novelle war die Diskussion um die Weitergabe des Tankrabatts durch die Mineralölkonzerne. Inzwischen ist. Inzwischen hat selbst das Bundeskartellamt festgestellt, dass dieser von den Mineralölkonzernen - anders als von Teilen der Politik anfänglich befürchtet - weit überwiegend an die Verbraucher weitergereicht wurde. In der Gesetzesbegründung werden zudem noch die Branchen der Handelsketten oder der digitalen Vermittlungsplattformen sowie der fehlende Zugang zu notwendigen Daten genannt. Für all diese Branchen und den Datenzugang gibt es bereits ausreichende Regelungen im aktuellen GWB. Der § 20 GWB verbietet es Unternehmen auch unterhalb einer marktbeherrschenden Stellung, ihre relative Marktmacht zu missbrauchen und andere von ihnen abhängige Unternehmen unbillig zu behindern. Der erst in der 10. GWB Novelle eingeführte § 20 Abs 1 a GWB erweitert dieses Behinderungsverbot auf die Verweigerung des Datenzugangs.

Sollten in der Zukunft ein Marktversagen in einem Sektor festgestellt werden, sollte dieses Problem auch sektorspezifisch vom Bundestag adressiert werden. Das wird aus gutem Grund auch in der EU inzwischen so gehandhabt. So wurde auf europäischer Ebene das sogenannte New Competition Tool zugunsten des sektorspezifischen Digital Markets Acts aufgegeben.

Die aktuelle GWB Novelle schafft ohne konkreten Anlass und nur auf Vorrat einschneidende Eingriffsbefugnisse gegenüber sich völlig rechtskonform verhaltenden Unternehmen. Das ist nicht nur unnötig, sondern auch das falsche

Signal und schädlich für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Es erhöht die Rechtsunsicherheit für Unternehmen deutlich und ist damit Gift für ein investitions- und innovationsfreundliches Geschäftsklima, das für die Arbeitsplätze und die anstehenden Aufgaben der Dekarbonisierung und Digitalisierung Deutschlands essentiell wäre.

Mit diesem Gesetzentwurf geht Deutschland einen Sonderweg innerhalb der EU. Dies widerspricht dem Binnenmarktgedanken der EU. Letztlich würde er auch zu einer Diskriminierung deutscher Unternehmen im europäischen und internationalen Wettbewerb führen. Die neuen Eingriffs- und Entflechtungsbefugnisse würden sich nämlich effektiv auf Unternehmen mit Sitz in Deutschland beschränken, denn eine Durchsetzung gegenüber ausländischen Unternehmen erscheint mehr als fraglich.

Die geplante GWB-Novelle wird die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands reduzieren, und letztendlich eher zu weniger als zu mehr Wettbewerb führen. Denn gerade innovationsstarke ausländische Investoren werden diese Regulierung als ein Standortnachteil sehen, der durch eine Ansiedlung in Nachbarländern leicht umgangen werden kann. Auch einheimische Unternehmen werden sich zukünftig sehr gut überlegen, ob sie insbesondere neue Geschäfte und damit verbunden hochwertige Arbeitsplätze noch in Deutschland ansiedeln werden.

Der Vollständigkeit halber sei außerdem darauf hingewiesen, dass auch die Neugestaltung der behördlichen Vorteilsabschöpfung (§ 34 Abs. 4 GWB-E) den Wirtschaftsstandort Deutschland potenziell schwächt. Insbesondere die extensiven Vermutungen, die kaum widerlegbar sind und dazu führen können, dass die Behörde einen höheren Vorteil abschöpft, als mit dem Verstoß erzielt wurde und das unklare Verhältnis zu privaten Schadensersatzforderungen, die häufig erst mit vielen Jahren Verzögerung anfallen, führen zu weiterer Verunsicherung bei Unternehmen. Gleichwohl soll im Folgenden allein der deutlich schwerer wiegende § 32f GWB-E näher betrachtet werden.

2. Komplette Streichung von § 32f GWB-E

Die geplante Einführung verhaltensorientierter und struktureller Maßnahmen ohne vorangegangenes kartellrechtlich vorwerfbares Verhalten (§ 32f Abs. 3 und 4 GWB-E) ist keine bloße Vervollständigung des kartellbehördlichen Instrumentariums, sondern führt zu einem Paradigmenwechsel in der Wettbewerbspolitik. Das Bundeskartellamt hätte künftig als Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, nach einer Sektoruntersuchung unternehmerische Handlungsspielräume festzulegen und massiv in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit und das Unternehmenseigentum einzugreifen und das alles, ohne dass den betroffenen Unternehmen irgendein Fehlverhalten vorgeworfen werden könnte.

Unternehmensintern lässt sich ein solcher Wandel nicht erklären, zumal auch keine Risikominimierungsstrategie für Unternehmen zur Verfügung steht. Nicht erfolgreich zu sein oder nur in Märkten mit sehr vielen anderen Wettbewerbern tätig zu sein, ist keine realistische Option für Unternehmen. In vielen investitionsintensiven Märkten oder kleineren Märkten ist die Anzahl der Wettbewerber naturgemäß begrenzt. Hier wäre ein Rückzug aus dem Markt die einzige Möglichkeit, das Damoklesschwert

eines Eingriffs rechtssicher zu verhindern. Allein dies zeigt schon, dass die GWB Novelle keine sinnvollen ordnungspolitischen Anreize setzt.

Wettbewerb wäre dann auch kein „Entdeckungsverfahren“ (Hayek) mehr, sondern würde behördenseitig definiert. Das widerspricht dem bisherigen Verständnis der gesamten Wettbewerbsordnung – auf nationaler und EU-Ebene. Diese GWB Novelle wäre ein Bruch mit 65 Jahren bundesdeutscher Ordnungspolitik. Deutschland würde seinen ordnungspolitischen Kurs verlassen – weg vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hin zu einem Gesetz zur Lenkung von Wettbewerbsprozessen, die weitgehend im Ermessen einer Behörde bzw. einer Beschlusskammer steht.

Aus Unternehmensperspektive wird dies zu einer sehr problematischen Rechtsunsicherheit und zu einer Politisierung des Wettbewerbsrechts führen. Die Folge werden auch nicht bessere Ergebnisse sein (der Staat ist nicht der bessere Unternehmer) – vielmehr werden Wettbewerbsanreize und Leistungsstreben eingedämmt.

Diese Rechtsunsicherheit und die damit verbundenen Nachteile werden auch nicht nur wenige große Unternehmen treffen, sondern flächendeckend Auswirkungen haben. Viele deutsche oder national ansässige Unternehmen, vor allem auch im Mittelstand, haben im Leistungswettbewerb starke Marktstellungen in gesamtwirtschaftlich bedeutenden Märkten errungen. Gerade im industriellen Mittelstand befinden sich viele sog. Hidden Champions, die aus eigener Kraft gewachsen sind, international große Erfolge verbuchen können und die für die Arbeitsplätze und Innovationskraft im Inland von außerordentlicher Bedeutung sind. Aufgrund der Weite und der Unbestimmtheit des Störungsbegriffs und der oftmals überschaubaren Anzahl an Wettbewerbern auf diesen Märkten, sind auch diese Unternehmen nicht vor Eingriffen geschützt. Der Hinweis, dass das Bundeskartellamt mit Herrn Mundt an der Spitze die Norm schon mit Augenmaß und vernünftig anwenden wird und notfalls die Gerichte das Schlimmste verhindern werden, kann die Bedenken nicht zerstreuen. Im Gegenteil: Sie bestätigt, dass die Sorgen und Verunsicherung rechtstreuer Unternehmen angesichts einer derart weiten Generalklausel berechtigt sind. Zumal die handelnden Personen beim Bundeskartellamt sich naturgemäß über die Zeit verändern werden.

Sofern ein Markt in einem Sektor tatsächlich versagen oder „gestört“ sein sollte, sollte es gemäß dem Demokratieprinzips dem Bundestag obliegen, eine angemessene sektorspezifische Regulierung einzuführen oder eine vorhandene zu adjustieren.

Es ist wichtig, dass die deutsche Wettbewerbsordnung ordnungspolitisch berechenbar und mit höherrangigem EU-Recht vereinbar bleibt. Es bestehen aber erhebliche wettbewerbspolitische, europa- und verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber den Kernanliegen der Novelle (neue verstoßunabhängige Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts nach Sektoruntersuchungen).

Der Deutsche Bundestag sollte aus diesen Gründen von § 32f GWB-E insgesamt Abstand nehmen.

3. Dringender Änderungsbedarf im Einzelnen

Sollte der Deutsche Bundestag gleichwohl an den Prämissen des Gesetzentwurfs festhalten wollen, besteht dringender Änderungsbedarf im Einzelnen. Im Vergleich zum ursprünglichen Referentenentwurf des BMWK finden sich im Gesetzentwurf nun zwar einige wichtige Verbesserungen; diese reichen jedoch bei Weitem nicht aus und müssen besser ausgestaltet werden. Insbesondere muss die Gesetzesbegründung nachgezogen werden, da aktuell zentrale Nachbesserungen im Gesetzestext durch die Gesetzesbegründung wieder verwässert bzw. ausgehöhlt werden.

a) Präzisierung und abschließende Regelung der „Störung“ erforderlich

Es fehlt eine klare Definition des zentralen Begriffs der „Störung“. Die Kriterien in § 32f Abs. 5 GWB-E tragen nicht zur Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit dieses zentralen Begriffs bei. Der Katalog führt nur einige Regelbeispiele auf, die weder kumulativ vorliegen müssen noch abschließend sind. Es bleibt weiterhin völlig offen, wann beispielsweise eine einseitige Nachfrage- oder Angebotsmacht oder Marktzutrittsschranken etc. als Störung angesehen werden und wann sie noch keine Störungsqualität haben. Auch die zu berücksichtigenden Fakten wie Finanzkraft, Größe und Anzahl der auf den Markt tätigen Unternehmen bleiben unbestimmt und abstrakt.

Es fehlt damit an konkreten, transparenten und nachvollziehbaren Maßstäben, an denen Unternehmen ihr zukünftiges Verhalten ausrichten könnten, um keine „Störung“ zu verursachen. Ein konkreter Wettbewerbsverstoß bzw. Missbrauch durch ein Unternehmen wird gerade nicht vorausgesetzt. Es steht damit im (politischen) Ermessen des Bundeskartellamts, was es als „Störung“ ansieht und wie es deren Grad („erheblich“) einstuft. Angesichts der Tragweite der Eingriffe in die Unternehmensfreiheit und das Unternehmenseigentum genügt dieses Wettbewerbsrecht keinen rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen.

b) Wesentlicher Beitrag des betroffenen Unternehmens

Nach dem Gesetzesentwurf soll eine Maßnahme nur gegen Unternehmen erlassen werden können, die durch ihr Verhalten einen wesentlichen Beitrag zur Marktstörung geleistet haben. Laut der Gesetzesbegründung ist allerdings „jedes am Markt spürbare Verhalten“ wesentlich. Nur Verhaltensweisen, die „offensichtlich keinen oder nur einen ganz entfernten oder geringfügigen Beitrag zur Störung geleistet haben“ sollen als unwesentlich angesehen werden. Eine derart weite Interpretation einer „Wesentlichkeit“ widerspricht dem Wortsinn und führt jedenfalls zu keinerlei sinnvollen Einschränkungen. Faktisch ist damit praktisch jedes Verhalten wesentlich.

c) Gleichlauf der Eingriffsmaßnahmen

Die Eingriffsmöglichkeiten gem. § 32f Abs. 3 GWB-E, die als vermeintlich milderes Mittel gegenüber einer eigentumsrechtlichen Entflechtung (Abs. 4) zur Anwendung kommen sollen, greifen tief in die Privatautonomie, den Leistungswettbewerb und die Berufsfreiheit ein (u. a. Zugangsgewährung zu Daten und Netzen, Eingriffe in die

Vertragsgestaltung, Etablierung von Normen und Standards). Diese Eingriffe werden in der Praxis deutlich relevanter werden als die ebenfalls vorgesehene Entflechtungsmöglichkeit als ultima ratio.

Aufgrund der Eingriffsintensität und der Praxisrelevanz sollten hier im Gleichlauf mit der Entflechtung nur Maßnahmen getroffen werden können, welche die Störung beseitigen oder erheblich verringern. Sie sollten auch zeitlich befristet werden müssen.

Weiter sollte auch bei diesen Abhilfemaßnahmen eine Marktbeherrschung oder eine marktübergreifend überragende Stellung zwingende Voraussetzung sein.

Schließlich sollte auch unter dem Gesichtspunkt von notwendiger *checks and balances* verankert werden, dass vor dem Erlass von Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 und 4 GWB-E noch das Einvernehmen mit einer weiteren Institution, etwa der Monopolkommission, herbeizuführen ist.

d) Unverzichtbare Subsidiaritätsklausel zur Geltung bringen

Die im Regierungsentwurf angelegte Subsidiarität der Abhilfemaßnahmen zu den bisherigen Befugnissen der Kartellbehörde infolge von Kartellverstößen oder Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung (§ 32f Abs. 3, Satz 1 GWB-E) ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Subsidiaritätsklausel ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit unverzichtbar und muss daher auch angemessen ausgestaltet werden.

In der jetzigen Ausgestaltung und insbesondere zusammen mit der Gesetzesbegründung läuft sie allerdings ins Leere. Das Bundeskartellamt muss nach der Gesetzesbegründung nur „kursorisch“ prüfen, inwieweit - lediglich nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen – ein Kartell- oder Missbrauchsverfahren nicht ausreichen würden, um die Störung voraussichtlich zu beseitigen. Das Amt muss laut Gesetzesbegründung „keine weiteren Ermittlungen anstellen“.

Das ist ungenügend, um eine Umgehung der Anforderungen der kartellrechtlichen Instrumente und der darin verankerten Betroffenenrechte auszuschließen. Sollte die Sektoruntersuchung Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß oder einen Missbrauch ergeben haben, muss mit den dafür vorgesehenen Instrumenten vorgegangen und nicht die Abkürzung über die Störung genommen werden. Es darf erst nach tatsächlicher Überprüfung und Ausschöpfung der kartellrechtlichen Möglichkeiten auf die neuen (nahezu voraussetzungslosen) Instrumente zurückgegriffen werden.

e) Volle Entschädigung bei Entflechtung und anderen Eingriffen sowie keine Entflechtung nach Fusionskontrolle

Sofern das entflochtene Unternehmen für den abgetrennten Unternehmensteil keine entsprechende Gegenleistung am Markt erzielt, muss der Staat den Verlust kompensieren. Bei einer erzwungenen Veräußerung wird aber nie der Wert als

Kaufpreis erreicht werden. Es müsste mindestens bis zum vollen Unternehmenswert erstattet werden. Nach dem aktuellen Vorschlag müsste ein Unternehmen aber einen Verlust von bis zu 25 % des Unternehmenswerts hinnehmen. Der Entzug von Eigentumssubstanz als Folge der Entflechtung verlangt allerdings nach den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Konstellationen in Bezug auf die Angemessenheit eine Entschädigung in Höhe des vollen Verkehrswertes.

Ferner genügt der Entwurf nicht den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips. Dieses zwingt insbesondere bei Grundrechtseingriffen zu hinreichend bestimmter Festlegung der wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Der Entwurf einer Entflechtungsregelung ist schon bei der Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen so unscharf und vage, dass er rechtsstaatlichen Anforderungen nicht entspricht. Gänzlich unbestimmt ist er auf der Rechtsfolgenseite. Der herzustellen Zustand bleibt offen. Damit wird Art. 20 GG verletzt.

Eine volle eigentumsrechtliche Entschädigung ist auch für die Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-E verfassungsrechtlich erforderlich, sofern die dort möglichen Maßnahmen intensive Eingriffe in die Berufsfreiheit oder eigentumsrechtliche Positionen vorsehen, wie z. B. die organisatorische Trennung oder Stilllegung von Geschäftsbereichen. Hierfür fehlt es bislang an einer notwendigen Regelung.

Keine Entflechtung nach Fusionskontrolle: Eine behördlich angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen, die das betroffene Unternehmen nach Freigabe eines Zusammenschlusses durch die EU-Kommission erworben hat, soll grundsätzlich nach zehn Jahren zulässig sein. Hiergegen spricht eine Kollision mit der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO), da eine Freigabeentscheidung der Kommission nicht im Nachhinein zur (nationalen) Disposition steht; das wäre nicht EU-konform. Ein einmal freigegebener Zusammenschluss kann aber später nicht untersagt und entflochten werden. Das Prognoserisiko hinsichtlich der Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss trägt also nach erfolgter Freigabe die Kommission. Abhilfemaßnahmen im Nachhinein, struktureller Natur oder in Form einer Verhaltensmaßnahme, würden dem Prinzip der präventiven Marktstrukturkontrolle und damit der Grundentscheidung des Rates in der Fusionskontrolle widersprechen.

f) Rechtsschutz verbessern durch eine aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen

Nach dem Regierungsentwurf kann gegen die Feststellung einer Störung sowie gegen die auferlegten Maßnahmen gerichtlich vorgegangen werden. Diese Rechtsbehelfe sollen aber mit Ausnahme bei der Entflechtungsanordnung keine aufschiebende Wirkung haben (§ 66 Abs. 1 GWB-E).

Aufgrund der Bedeutung und der Tragweite der Störungsfeststellung für die Unternehmen und erst recht bei Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB-E sollte auch hier eine aufschiebende Wirkung vorgesehen werden. Bei den Maßnahmen handelt es sich um Eingriffe gegen rechtmäßiges unternehmerisches Handeln mit erheblichen

Auswirkungen für den Geschäftsbetrieb. Diese Eingriffe für die Zeit der oftmals langwierigen gerichtlichen Nachprüfung aufrechtzuerhalten ist unbillig. Es sollte daher nicht dem Beschwerdegericht überlassen werden, die aufschiebende Wirkung anzuordnen.

g) Keine Verschärfung von § 39a GWB durch Überführung in § 32f Abs. 2 GWB-E

Die neue GWB-Novelle erhöht Unsicherheit und Bürokratiekosten nicht nur für Großunternehmen, sondern auch für den deutschen Mittelstand. Eine erweiterte Fusionskontrolle kann nach einer vorausgegangenen Sektoruntersuchung (bisher § 39a GWB seit der 10. GWB-Novelle) nach § 32f Abs. 2 GWB-E nun bereits dann für Fälle angeordnet werden, wenn der Erwerber einen Inlandsumsatz von 50 Mio. EUR hat. Auf den weltweiten Umsatz oder Marktanteile wird überhaupt nicht mehr abgestellt. Damit wird auch der Mittelstand in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen – mit potenziell erheblichen bürokratischen Belastungen. Die Schwelle beim zu erwerbenden Unternehmen wurde von 2 Mio. EUR Umsatz auf nur 500.000 EUR herabgesetzt, ohne Prüfung, welcher Teil davon im Inland erzielt wurde. Der für die Fusionskontrolle erforderliche Nexus zum deutschen Markt würde folglich nur noch über den Erwerber hergestellt werden. Und die Bagatellmarktklausel soll auch nicht gelten, was eine Untersagung von Zusammenschlüssen selbst auf sehr kleinen Märkten erlauben würde, in denen jährlich insgesamt weniger als 20 Mio. EUR in Deutschland umgesetzt werden. Durch die Neuregelungen könnten künftig Transaktionen von der Fusionskontrolle erfasst werden, die aufgrund der geringen Umsatzgröße typischerweise wettbewerblich keine problematische Wirkung entfalten. Für die Unternehmen sind Anmeldepflichten aber mit hohem bürokratischem Aufwand verbunden – insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Anmeldeerfordernis laut Entwurf ja auch mehrfach um drei Jahre verlängert werden kann. Hier sollte es bei der Regelung in § 39a GWB bleiben und § 32f Abs. 2 daher gestrichen werden.

Höchstvorsorglich weise ich darauf hin, dass ich bei der Siemens AG entgeltlich angestellt bin und die Siemens AG zukünftig möglicherweise Adressat der neuen Eingriffsbefugnisse sein kann, insbesondere da diese keinerlei Rechtsverstoß durch die Siemens AG voraussetzen. Mir persönlich erwächst durch meine Stellungnahme keinerlei wirtschaftlicher Vor- oder Nachteil.