

en2x-POSITION zum Referentenentwurf vom 15. September 2022 eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz / 11. GWB - Novelle)

## Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz

**Das Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz soll dem Instrument der Sektoruntersuchung zu einer höheren Wirksamkeit verhelfen und damit den Wettbewerb fördern. Dabei greift der Gesetzesentwurf allerdings Ideen auf, die zwar den politischen Gestaltungswillen zum Ausdruck bringen, aber europa- und verfassungsrechtlich hoch bedenklich und als solche bereits in der Vergangenheit verworfen worden sind. En2x und seine Mitgliedsunternehmen sehen sich von den geplanten Gesetzesänderung betroffen und möchten mit der nachfolgenden Stellungnahme auf ihre Bedenken hinweisen.**

### 1. Vorstellung des en2x - Verbands

Der Wirtschaftsverband Fuels und Energie e. V. (im Folgenden: en2x) wurde im November 2021 aus dem Zusammenschluss des Mineralölwirtschaftsverbands (MWV) und des Instituts für Wärme und Mobilität (IWO) gegründet. Mitglied im en2x sind Unternehmen, die flüssige oder gasförmige kohlenwasserstoff- und wasserstoffbasierte und entsprechende biogene Produkte, insbesondere Kraft-, Heiz- und Schmierstoffe sowie Vorprodukte der chemischen Industrie, herstellen, verarbeiten, vertreiben, transportieren oder lagern. Die Mitgliedsunternehmen sichern einen großen Teil der heutigen Energieversorgung Deutschlands. Ziel und Aufgabe des en2x ist es, gemeinsam mit seinen Mitgliedern auf das Erreichen der Klimaziele von Paris hinzuarbeiten. Zum Erreichen dieses Ziels ist ein gewaltiger Transformationsprozess notwendig, den der en2x im Interesse seiner Mitglieder begleiten, vorantreiben und mitgestalten will.

### 2. Zum Referentenentwurf des Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes

Die nachfolgende Stellungnahme bezieht sich auf die branchenrelevanten Inhalte des o.g. Referentenentwurfs des Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (11. GWB-Novelle; im Folgenden: GWB RefE). Angesichts der Kürze der für eine Verbändeanhörung zur Verfügung stehenden Zeit, beschränken wir uns auf einige grundlegende Bemerkungen. Zur Durchsetzung des DMA, der den en2x und seine Mitglieder nicht unmittelbar betrifft, nehmen wir keine Stellung.

#### 2.1 Vorbemerkung

##### Besondere Eilbedürftigkeit des Gesetzes nicht ersichtlich

Der Entwurf wurde aus dem Rahmen der 11. GWB-Novelle herausgelöst und vorgezogen. Er soll jetzt in höchstmöglicher Eile beschlossen und im Parlament verabschiedet werden. Den Verbänden werden lediglich zwei Wochen für eine erste Stellungnahme eingeräumt und das Vorhaben soll insgesamt bis Jahresende abgeschlossen werden. Für diese Eile ist in Anbetracht der Tragweite des Gesetzesentwurfs kein sachlicher Grund ersichtlich. Insbesondere die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnis und des Begriffs der „Störung des Wettbewerbs“ stellt sowohl aus Sicht des GWB als auch des EU-Kartellrechts völliges Neuland und einen wettbewerbsrechtlichen Paradigmenwechsel dar. Es handelt sich gerade nicht um ein zeitlich drängendes Thema, sondern um eine wettbewerbspolitische Grundsatze Frage. Da auch die anderen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs keine besondere Eilbedürftigkeit aufweisen, sollte dem demokratischen Prozess der nötige Raum gegeben werden.

## Keine Regelungslücke

Der Referentenentwurf unterstellt, dass die vorhandenen kartellbehördlichen Befugnisse bisher nicht ausreichen, um erhebliche, andauernde oder wiederholte Störungen des Wettbewerbs zu beseitigen. Aus Sicht des en2x trifft das jedenfalls in Bezug auf Märkte, auf denen seine Mitglieder tätig sind, nicht zu. Im Gegenteil, die sowohl in der Vergangenheit als auch aktuell laufenden Untersuchungen zeigen, dass dem Bundeskartellamt entsprechende Handlungsinstrumente zur Verfügung stehen. Sofern es ein Durchsetzungsproblem geben sollte, scheint das eher an ggf. unzureichenden Ressourcen des Bundeskartellamtes zu liegen und weniger an einem unzureichenden Gesetz. Eine Regelungslücke, die mit dem Gesetz zu schließen wäre, liegt nicht vor. Etwaigen Ressourcenproblemen mit einer Erweiterung der Durchsetzungsbefugnisse zu begegnen, ist dagegen rechtsstaatlich bedenklich.

In jedem Fall wäre vor der Schaffung einer „neuen Säule“ des deutschen Kartellrechts mit fundamental neuen und weitreichenden Eingriffsbefugnissen eine sorgfältige Vorbereitung durch wissenschaftliche Studien erforderlich, um tatsächliche Vollzugsdefizite zu identifizieren.

## **2.2 Erweiterung des Instruments der Sektoruntersuchung**

### Zeitliche Straffung des Verfahrens

Die 11. GWB-Novelle soll dem Instrument der Sektoruntersuchung zu einer höheren Wirksamkeit verhelfen. Der en2x begrüßt die geplante zeitliche Straffung des Verfahrens. Die Dauer von Sektoruntersuchungen hängt in erster Linie von den personellen Ressourcen des Bundeskartellamtes ab. Insbesondere Bearbeiterwechsel können dazu führen, dass Expertise verloren geht und immer wieder neu von den betroffenen Unternehmen eingeholt werden muss. Insoweit mag es helfen, im bestehenden § 32e GWB eine Regeldauer von maximal 18 Monaten einzuführen. Allerdings würde eine konkretere Bestimmung mit Verlängerungen nur in klar definierten Ausnahmefällen für eine höhere Rechtsicherheit sorgen als eine bloße Soll-Frist.

### Abhilfemaßnahmen (§ 32f GWB RefE)

Die im Anschluss an eine Sektoruntersuchung in dem Referentenentwurf vorgesehenen Abhilfemaßnahmen, die bei einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs angeordnet werden können, stellen dagegen einen Paradigmenwechsel und massiven Grundrechtseingriff in die Eigentums- und Unternehmensfreiheit (Art. 14 und Art. 12 GG) der Unternehmen dar. Insbesondere die Absätze 3 und 4 des § 32f GWB RefE verschaffen dem Bundeskartellamt eine Ermächtigungsgrundlage, auf der Basis unklarer und unbestimmter Kriterien und ohne erkennbaren Regelungsbedarf, marktregulierend einzuschreiten und greifen damit in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte der rechtskonform handelnden Unternehmen ein.

en2x lehnt die Schaffung der neuen Instrumentarien des § 32f GWB RefE aus nachfolgenden Gründen ab:

- Gesetzliche Zielsetzung schafft negative Investitionsanreize und ist aus ökonomischer Sicht kritisch zu beurteilen

Das Gesetz richtet sich gegen Oligopole und eventuell Monopole. Oligopole sind jedoch nicht per se Störfaktor der Wirtschaft, sondern in einer technologiebasierten globalisierten Weltwirtschaft ein weit verbreitetes und „normales“ Phänomen. Wissenschaftlich ist seit langem anerkannt, dass Oligopole einen größeren Nutzen bewirken können als vollständige Konkurrenz (im Rahmen eines „atomisierten“ Wettbewerbs), z. B. durch Skaleneffekte. Warum Unternehmen durch die Schaffung einer missbrauchsunabhängigen Generalklausel neuen und weiteren unabsehbaren Risiken ausgesetzt werden sollen, erklärt der

Entwurf nicht. Auch konkrete Beispiele, von welchen Unternehmen eine erhebliche Störung des Wettbewerbs ausgehen könnte, werden nicht benannt. Diese Unsicherheiten sind in Hinblick auf den Bestimmtheits- und Wesentlichkeitsgrundsatz als sehr bedenklich anzusehen und können schwerwiegende negative wirtschaftliche Folgen haben.

Für Unternehmen kreiert das Gesetz vor allem negative Investitionsanreize. Das Risiko, dass aufwändige Investitionen durch eine Entscheidung des Bundeskartellamtes – möglicherweise sogar trotz vorheriger fusionskontrollrechtlicher Prüfung und Freigabe – rückgängig gemacht oder entwertet werden, kann jedoch so hoch sein, dass die Unternehmen von derartigen Investitionen absehen. Der Gesetzentwurf droht damit eine Investitionsverzögerung oder sogar -blockade zur Folge haben. Gerade angesichts der drohenden Rezession könnte dies dramatische Auswirkungen auf die deutsche Wirtschaft haben.

- Keine Berücksichtigung europäischer Vorgaben

Der Gesetzesentwurf lässt Konflikte der geplanten Regelungen mit dem Europarecht außer Acht. Gerade die Vereinbarkeit der neuen, missbrauchsunabhängigen Eingriffsbefugnisse mit dem Unionsrecht bedarf einer genauen Prüfung. Die Einräumung dieser neuen Befugnisse für das Bundeskartellamt greift insbesondere in die ausschließliche Zuständigkeit des EU-Gesetzgebers ein. Daneben erscheinen die Neuregelungen auch mit der VO Nr. 1/2003, der Fusionskontrollverordnung und dem neuen DMA schwierig vereinbar zu sein. Die Regelungen greifen überdies in die unionsrechtlichen Grundfreiheiten der Niederlassungs-, Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit ein. Auf diese äußerst problematischen Aspekte geht der Entwurf in keiner Weise ein.

- Verstoß gegen Art. 12 und Art. 14 GG wegen Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Der Staat ist stets gehalten, eine Eingriffsform zu wählen, die die Rechte der Betroffenen am wenigsten belastet. Die geplanten Abhilfemaßnahmen halten der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand. Unterstellt, dass der Gesetzgeber ein legitimes Ziel (Schutz des Wettbewerbs und damit mittelbar der Verbraucher) verfolgt, ist es nicht ersichtlich, wie insbesondere die eingriffsintensiveren Maßnahmen geeignet sein sollten, zu einem niedrigeren Preisniveau für Verbraucher zu führen. Sie scheinen nicht geeignet zu sein, Wettbewerbsstörungen nachhaltig zu beseitigen. Erfolgreiche Entflechtungen aus der Vergangenheit (z. B. im Energiesektor), bei denen es trotz marktregulierender Maßnahmen zu keinen Preissenkungen gekommen ist, können als prominente Beispiele genannt werden.

Jedenfalls fehlt es den geplanten Regelungen zu Abhilfemaßnahmen an der Angemessenheit. Intensive Eingriffe in die Eigentums- und Unternehmensfreiheit können nur durch die Beeinträchtigung von gravierenden Verbraucherinteressen gerechtfertigt werden. Selbst bei einem festgestellten Kartellrechtsverstoß sind solche Maßnahmen, die über eine Abstellung des Kartellrechtsverstoßes hinausgehen, wenn überhaupt, dann nur unter konkret benannten Voraussetzungen denkbar. Vor diesem Hintergrund sind entsprechende Maßnahmen gegenüber Unternehmen, die keinen Rechtsverstoß begangen und den kartellrechtlichen Tatbestand nicht erfüllt haben, generell unangemessen. Der Referentenentwurf enthält indes keinerlei konkret benannten Voraussetzungen für einen Eingriff, sondern knüpft lediglich an den offenen Tatbestand einer Wettbewerbsstörung an.

Mit Bezug auf Art. 14 GG ist zudem anzumerken, dass der Gesetzentwurf keine Bestimmungen bezüglich einer Kompensation des Adressaten im Falle einer Entflechtungsanordnung vorsieht. Zumindest eine Regelung für den Fall, dass der durch eine angeordnete Veräußerung eingebrachte Erlös den Wert des zur Veräußerung bestimmten Vermögenteils nicht deckt, ist zwingend notwendig.

- Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört es zu den Grundprinzipien rechtsstaatlichen Handelns, dass gesetzliche Regelungen inhaltlich so bestimmt sein müssen, dass ihr Adressat erkennen kann, welches Verhalten ihm abverlangt wird. Die potenziellen Normadressaten müssen ohne Weiteres erkennen können, wie sie ihr Verhalten auszurichten haben, damit ihnen kein rechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Die geplanten Regelungen erfüllen diese Kriterien nicht. Aufgrund der Vielzahl der in §32f Abs. 5 GWB RefE genannten unbestimmten Rechtsbegriffe und Faktoren, die bei der Bestimmung einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs“ zu berücksichtigen sind, ist der Grad der Offenheit dieser Kriterien sehr hoch. Das macht es für die Normadressaten praktisch unmöglich zu erkennen, wie ihr Verhalten auszurichten ist. Dies gilt umso mehr, weil hier Unternehmen betroffen sind, denen gerade kein kartellrechtswidriges Verhalten vorzuwerfen ist.

Auch auf der Rechtsfolgenseite genügt der § 32f GWB RefE nicht den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen. Bei wettbewerbsrechtlichen Missbrauchstatbeständen definiert die Beseitigung des Missbrauchs den Zustand, an dem die zu ergreifende Maßnahmen zu messen ist. Bei den neu geplanten Abhilfemaßnahmen bleibt es vollständig dem Bundeskartellamt überlassen, welche Maßnahmen und in welchem Umfang angeordnet werden, um das erwünschte Marktdesign zu erreichen.

- Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Da die neu geplanten Abhilfemaßnahmen auch für Sektoruntersuchungen, die innerhalb eines Jahres vor Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen worden sind, angeordnet werden sollen, verstößt die Regelung des § 187 Abs. 11 gegen den Vertrauensgrundsatz und ist im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot kritisch zu sehen. Die betroffenen Unternehmen haben an einer Sektoruntersuchung mitgewirkt, ohne dass sie mit den geplanten Maßnahmen rechnen mussten. Den Unternehmen wird auf diese Weise der Vertrauensschutz bei ihrer Mitwirkung an der Sektoruntersuchung entzogen. Wir plädieren daher dafür, die Ergänzung des § 187 um Abs. 11 [Art. 1 Nr. 24 des Referentenentwurfs] zu streichen.

- Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

Die neuen Regelungen des §§32f ff. GWB RefE enthalten keine verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu Rechtsschutzbefugnissen der potenziellen Normadressaten. Das Fehlen jeglicher Regelung zu den Rechten der betroffenen Unternehmen verstößt gegen die Anforderungen der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG. Wir regen an, den Gesetzesentwurf ggf. um entsprechende verfahrensrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten zu ergänzen. Dabei sollten insbesondere Rechtsbehelfe mit aufschiebender Wirkung vorgesehen werden.

## 2.3 Vereinfachung der Vorteilsabschöpfung

Die 11. GWB-Novelle soll die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden erleichtern, indem die Nachweisanforderungen im Hinblick auf den konkret erlangten Vorteil abgesenkt werden, damit wirtschaftliche Vorteile, die durch Kartellrechtsverstöße erlangt wurden, nicht bei den Unternehmen verbleiben, welche die Verstöße begangen haben. Die Vorschrift geht in der aktuellen Form im Wesentlichen auf die 7. GWB-Novelle von 2005 zurück, jedoch mit einer Vorgängervorschrift mit etwas eingeschränkterem Anwendungsbereich aus der 5. GWB-Novelle 1989. Keine dieser Vorschriften hat je praktische Bedeutung gewonnen. Das liegt einerseits an den praktischen Schwierigkeiten der Bestimmung des Vorteils und andererseits an dem fehlenden Bedarf, denn Bußgelder und Schadensersatzforderungen sind zur Gewinnabschöpfung ausreichend.

Die geplante unklare Formulierung des § 34 Abs. 4 GWB RefE verstößt gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Die gesetzliche Vermutung des erlangten Vorteils erlaubt es auch Umsätze und damit verbundene Vorteile bei der Ermittlung des Abschöpfungsbetrages zu berücksichtigen, die pauschal „im Zusammenhang mit dem Kartellrechtsverstoß stehen“, ohne dass diese direkt und kausal auf dem Verstoß beruhen. Die Vermutung eines Gewinns gemessen an der Höhe der weltweiten Umsätze ist bei einem Verstoß, der sich ggf. auf einen (lokalen) Markt beschränkt, ohne gesetzliches Vorbild. Zudem müsste klargestellt werden, dass auch im Rahmen von § 34 Abs. 4 GWB RefE die § 34 Abs. 2 und 3 GWB Anwendung zu finden haben.

Auch das bisher geltende Erfordernis eines Verschuldens des oder der betroffenen Unternehmen soll entfallen. Der Referentenentwurf begründet dies mit der Funktion des Instruments und vermeintlichen Schwierigkeiten bei der Feststellung des Verschuldens. Das ist nicht überzeugend.

## **2.4 Nachhaltigkeitsgrundsatz nicht ausreichend berücksichtigt**

Aus Sicht des en2x setzt der Referentenentwurf mit seinem Schwerpunkt auf den Schutz des Wettbewerbs durch die Erweiterung der Befugnisse der Kartellbehörden den falschen Fokus. Statt einer derart umfassenden Erweiterung der Befugnisse von Kartellbehörden, erscheint es angezeigt, die Unternehmen bei ihren Bemühungen um nachhaltiges Wirtschaften zu unterstützen. Die Entwicklung von Nachhaltigkeitsaspekten als Unterscheidungsmerkmal zwischen den Marktteilnehmern könnte zur Stärkung des Wettbewerbs beitragen. Aktuell werden die Nachhaltigkeitsaspekte nur randständig unter Bezugnahme auf die allgemeine Nachhaltigkeitsstrategie der Koalition, Indikator 8.4 und 9.1, erwähnt. Damit wird der Entwurf den aktuellen Anforderungen nicht gerecht. Der en2x würde es begrüßen, wenn Nachhaltigkeitsaspekte ausdrücklich als Effizienzgewinn berücksichtigt würden, wie dies z. B. in Österreich bereits geschehen ist. Seit dem Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2021 (KaWeRÄG 2021), das am 8. Juli 2021 vom Nationalrat beschlossen worden ist, sind unternehmerische Kooperationen, die zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beitragen, ausdrücklich vom Kartellverbot freigestellt, wenn deren ökologischer Nutzen die Nachteile für den Wettbewerb überwiegt. Da auch die Leitlinien der EU-Kommission zu horizontalen Vereinbarungen nur wenig Orientierungshilfe für Nachhaltigkeitsziele enthalten, könnte hier der nationale Gesetzgeber für eine ausreichende Rechtssicherheit und zugleich Stärkung des Wettbewerbs sorgen.