

Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

(Bundestags-Drucksache 17/9852)

Stand: 20. Juni 2012

Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist seit 90 Jahren die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels für rund 400.000 selbstständige Unternehmen mit insgesamt 2,9 Millionen Beschäftigten und 400 Milliarden Euro Jahresumsatz. Er vertritt die Belange und Interessen des gesamten Einzelhandels - aller Branchen, Standorte, Vertriebsformen und Betriebsgrößen. Zu den Mitgliedern des HDE gehören neben den großen deutschen Einzelhandelsunternehmen aus dem food und non-food-Bereich auch Versand- und Online-Händler sowie zahlreiche kleine und mittelständische Betriebe und Fachgeschäfte. Die wettbewerbspolitische Interessenvertretung wird vom HDE für alle seine Mitglieder wahrgenommen, wobei Grundlage seines Handelns die gemeinsame Überzeugung der Mitglieder ist, dass ein freier und fairer Wettbewerb letztlich allen Marktbeteiligten unabhängig von ihrer Größe zugutekommt, zu Effizienzsteigerungen führt und damit nicht zuletzt Vorteile für die Verbraucher generiert.

Grundsätzliches

Der HDE ist der Auffassung, dass sich das GWB in der Praxis grundsätzlich bewährt hat und die Vorschriften prinzipiell einen freien Wettbewerb garantieren. Überregulierungen sind jedoch zu vermeiden, um das an Effizienzgesichtspunkten orientierte Handeln der Marktteilnehmer nicht übermäßig einzuschränken. Aus dem gleichen Grund müssen die Akteure aber auch Rechtssicherheit erhalten, damit ihr Verhalten nicht als Resultat einer Risikoprävention de facto eingeschränkt und so ein Negativreiz für an sich effizientes Verhalten und Innovationen gesetzt wird. Diese Prämissen sollte der Gesetzgeber bei der anstehenden Reform des GWB im Auge behalten und dafür Sorge tragen, dass sie insbesondere im Bereich der Missbrauchsaufsicht weiter gewährleistet werden.

Zu den geplanten gesetzlichen Änderungen - Zusammenfassung

Der HDE hält Teile der geplanten gesetzlichen Änderungen für sinnvoll und praxisgerecht. Dies gilt insbesondere für

- die Einführung einer konkreten Zusammenrechnungsklausel bei der Zweiten Inlandsumsatzschwelle, soweit noch ergänzend geregelt wird, dass eine Zusammenrechnung nur bei Zusammenschlüssen in Betracht kommt, die in einem engen sachlichen und räumlichen Zusammenhang stehen und auf einem einheitlichen Entschluss beruhen;
- die Abschaffung des absoluten Vollzugsverbots bei öffentlichen Übernahmen;
- die geplante Anhebung der Vermutungsschwelle für Marktbeherrschung auf 40 Prozent und
- die Beibehaltung der Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1, 2. HS GWB sowie der Ministererlaubnis.

Bedenken bestehen aus Sicht des Einzelhandels jedoch in Bezug auf folgende geplante gesetzgeberische Maßnahmen:

- Die Einführung eines SIEC-Tests zur gleichlaufenden Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene ist mit der Gefahr neuer Rechtsunsicherheit verbunden und wird daher abgelehnt. Sollte die Einführung eines SIEC-Tests aus politischen Gründen für unverzichtbar gehalten werden, muss mindestens sichergestellt werden, dass der Prüfungsmaßstab nicht verschärft und die Verfahren nicht verkompliziert, verlängert und schließlich für die Unternehmen verteuert werden.
- Der deutsche, erheblich und unnötig belastende Sonderweg, welcher durch den Zusammenschlusstatbestand „Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses“ beschritten wurde, sollte aufgegeben werden.
- Die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB sollte komplett gestrichen werden. Mindestens muss aber über das vorgesehene Auslaufen der befristeten Verschärfung aus dem Jahr 2007 auch die Verschärfung aus dem Jahr 2005 (Versuchstatbestand) gestrichen werden.
- Die Regelung des § 20 Abs. 4 GWB (Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis) ist komplett zu streichen. Mindestens muss die Verschärfung aus dem Jahr 2007 planmäßig auslaufen und darf nicht - wie im Regierungsentwurf vorgesehen - bis zum Jahr 2017 verlängert werden.
- Die Notwendigkeit und der Sinn der geplanten Entflechtungsregelung sind fraglich. Wenn der Gesetzgeber auf die Einführung einer solchen strukturellen Maßnahme nicht verzichten will, muss aber sichergestellt werden, dass eine Entflechtung nur im Fall des wiederholten Marktmachtmissbrauchs angewandt werden darf.
- Die neuen Befugnisse der Kartellbehörden, bei Auskunftsverlangen die Form der Angaben vorzugeben (§ 59 Abs. 1 S. 3 GWB-E), bergen ernst zu nehmende Risiken und können für die betroffenen Unternehmen zu einem nicht unerheblichen Aufwand führen. Wenn die geplante Ergänzung der Norm nicht fallen gelassen wird, muss mindestens sichergestellt werden, dass die zuständigen Kartellbehörden auf die Belange der betroffenen Unternehmen in besonderem Maße Rücksicht zu nehmen haben.
- Richtigerweise wird nach dem Regierungsentwurf das einfachgesetzliche Aussageverweigerungsrecht betroffener juristischer Personen nur in Bezug auf die Umsätze des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung eingeschränkt. Damit die Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze aber sicher ausgeschlossen ist, sollte auch im Gesetz klargestellt werden, dass die Angaben nur zur Festsetzung der Geldbuße erhoben und nicht zur Tatermittlung verwendet werden dürfen.
- Die vorgesehenen Verbandsklagebefugnisse einschließlich des Anspruchs auf Vorteilsabschöpfung sind systematisch verfehlt, überflüssig und mit einer erheblichen Gefahr des Missbrauchs verbunden. Die bestehenden Klagebefugnisse der Verbände sollten daher auf keinen Fall erweitert werden.

Zu den geplanten gesetzlichen Änderungen - Im Einzelnen:

1. Übernahme weiterer Elemente der europäischen Fusionskontrolle:

- a) *Einführung eines SIEC-Tests zur Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs als Voraussetzung für die Untersagung einer Fusion (Art. 1 Nr. 20)*

Die Entscheidung des BMWi, in § 36 Abs. 1 GWB den Prüfmaßstab des Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG zu übernehmen und in diesem Zuge einen SIEC-Test zur Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs als Voraussetzung für die Untersagung einer Fusion einzuführen, wird nach Auffassung des HDE die Rechtsunsicherheiten für die Unternehmen erhöhen und daher abgelehnt. Durch das neue, weitgefaste und unbestimmte Kriterium der „erheblichen Wettbewerbsbehinderung“ würden die Beurteilungsspielräume des Bundeskartellamts nämlich in problematischer Weise erhöht. Vorabesinschätzungen der Unternehmen könnten durch den SIEC-Test deshalb erschwert werden, da sich der Ausgang der Verfahren nicht mehr an streng objektiven Kriterien orientiert. Es könnte daher auch die Gefahr bestehen, dass sinnvolle Fusionen unter Umständen sogar ganz unterlassen werden, weil die Parteien das aufwendige Verfahren mit ungewissem Ausgang scheuen.

Sollte aber die Einführung des SIEC-Tests aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung für unverzichtbar gehalten werden, so muss bei der geplanten Harmonisierung der Regelung des § 36 Abs. 1 GWB mit europäischem Recht in jedem Fall darauf geachtet werden, dass es durch die Änderungen in der Praxis nicht zu einer Verschärfung der Fusionskontrolle kommt. In diesem Zusammenhang muss auch sichergestellt werden, dass die Verfahrensdauer nicht durch komplexere Anforderungen an die Prüfung verlängert wird. Dem wird die vorliegende Neufassung des § 36 Abs. 1 GWB-E nicht gerecht. Die gesetzliche Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ als Voraussetzung für die Untersagung einer Fusion wird nämlich zu neuen Rechtsunsicherheiten bei den Unternehmen und weniger greifbaren Entscheidungen des Bundeskartellamts führen. Es besteht damit die Gefahr, dass sich die Kosten für die Fusionsverfahren auf diese Weise erhöhen und die Vorabesinschätzungen der Unternehmen erschwert werden.

Unabhängig von der Einführung des SIEC-Tests sollte eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung in die Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB aufgenommen werden, im Rahmen der Fusionskontrolle zu prüfen, ob die Behinderung wirksamen Wettbewerbs - z. B. durch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung - spürbar ist. In der europäischen Praxis ist ein solches „Spürbarkeitskriterium“ allgemein anerkannt. So schreibt Rdnr. 1 der Horizontalleitlinien vor, dass gemäß Art. 2 Abs. 2, 3 VO 139/2004/EG zu ermitteln ist, ob ein Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb spürbar behindert. Davon weicht die deutsche Rechtsprechung ab, nach der jede Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Untersagungsgrund ausreicht. Dies ist nicht angemessen, weil nicht jede auch noch so geringfügige Verstärkung einer marktstarken Stellung wettbewerbsrelevant ist. Mit einer (geringfügigen) Verstärkung ist nicht immer eine messbare und vom Wettbewerb nicht mehr zu kontrollierende Erweiterung der Verhaltensspielräume der fusionierenden Unternehmen verbunden, die gesamtwirtschaftliche Belange negativ beeinträchtigen könnte und damit eine Untersagung rechtfertigen würde.

Auch aus Gründen der mit dem Gesetzentwurf explizit intendierten Harmonisierung des nationalen und europäischen Kartellrechts sollten die Befugnisse des Bundeskartellamts, Fusionen zu untersagen, eingeschränkt und ausdrücklich auf Fälle beschränkt werden, die zu einer spürbaren Behinderung des Wettbewerbs führen.

Soweit entgegen dem Petitum des HDE die Planung, einen SIEC-Test zur Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs einzuführen, nicht fallen gelassen wird, muss auch in diesem Fall aus den oben genannten Gründen sichergestellt werden, dass die im Zuge des SIEC-Tests wesentliche Tatbestandsvoraussetzung der „Erheblichkeit“ einer Wettbewerbsbehinderung immer auch deren Spürbarkeit voraussetzt.

b) Streichung des Verbots von Verhaltenszusagen im Zusammenhang mit einer Fusion (Art. 1 Nr. 23 Buchstabe b.)

Aus Flexibilitätsgründen unterstützt der HDE den ursprünglich im Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie enthaltenen und im Referenten- sowie im Regierungsentwurf nicht mehr weiter verfolgten Ansatz, das Verbot von Verhaltenszusagen im Zusammenhang mit einer Fusion (§ 40 Abs. 3 S. 2 GWB) zu streichen und die Vorschrift damit an das europäische Recht anzupassen. Soweit Verhaltenszusagen dazu geeignet sind, wettbewerbliche Bedenken effektiv auszuräumen, sollten diese auch zugelassen werden. In den Gesetzentwurf sollte daher eine entsprechende Streichung des § 40 Abs. 3 S. 2 GWB vorgesehen werden.

c) Zusammenrechnungsklausel für die Zweite Inlandsumsatzschwelle (Art. 1 Nr. 21 Buchstabe b.)

Ferner unterstützt der HDE das Vorhaben, eine Zusammenrechnungsklausel für die Zweite Inlandsumsatzschwelle (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB) einzuführen. Richtiger Weise wird in der Neufassung des § 38 Abs. 5 S. 3 GWB-E klargestellt, dass eine Zusammenrechnung nur erfolgt, wenn Zusammenschlüsse zwischen denselben Personen oder Unternehmen innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren getätigt werden und deshalb in einem zeitlichen Zusammenhang stehen. Darüber hinaus muss allerdings auch ergänzend geregelt werden, dass eine Zusammenrechnung der Umsatzerlöse im Inland nur in Betracht kommt, wenn Zusammenschlüsse in einem engen sachlichen und räumlichen Zusammenhang erfolgen und auf einem einheitlichen Entschluss beruhen. Hierzu sollten die entsprechenden zusätzlichen Tatbestandsmerkmale in die Norm eingefügt werden. Mit diesen Ergänzungen würde die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt werden.

d) Möglichkeit, bei öffentlichen Übernahmen Zusammenschlüsse schon vor der Freigabe zu vollziehen (Art. 1 Nr. 24 Buchstabe b.)

Der HDE unterstützt ebenfalls das Vorhaben, bei öffentlichen Übernahmen den Vollzug von Zusammenschlüssen schon vor der Freigabe zu ermöglichen und hierzu eine neue Regelung in § 41 als Abs. 1 a GWB einzufügen. Damit folgt der nationale Gesetzgeber nicht nur dem Vorbild des europäischen Rechts (Art. 7 Abs. 2 FKVO), sondern leistet einen wesentlichen Beitrag zur flexiblen und praxisorientierten Umsetzung von Fusionsvorhaben.

e) *Erhöhung der Marktanteilsschwelle im Zusammenhang mit der Marktbeherrschungsvermutung (Art. 1 Nr. 5)*

Völlig zu Recht wird nach Ansicht des HDE in der Begründung des Gesetzentwurfs festgestellt, dass die gegenwärtige Höhe der Marktanteilsschwelle den wirtschaftlichen Realitäten nicht mehr gerecht wird. Die geplante Anhebung der Schwelle auf 40 Prozent (§ 18 Abs. 4 GWB-E) wird daher vom HDE ausdrücklich begrüßt. Dasselbe gilt für die geplante Beibehaltung der Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1, 2. Hs. GWB - Art. 1 Nr. 20 des Gesetzentwurfs) und das Instrument der Ministererlaubnis (§ 42 GWB - Art. 1 Nr. 25 des Gesetzentwurfs).

f) *Hemmung der Prüffrist für das Bundeskartellamt (Art. 1 Nr. 23 Buchstabe a.)*

Das Bundeskartellamt soll nach dem Gesetzentwurf in Zukunft die Möglichkeit erhalten, unter bestimmten Voraussetzungen über den Erlass eines Auskunftsbeschlusses eine Fristhemmung auszulösen. Die Fristhemmung soll unter der Voraussetzung eintreten, dass das Unternehmen, welches einen Zusammenschluss anmeldet, aus von ihm zu vertretenden Gründen angeforderte Auskünfte nicht fristgerecht oder nicht konkret genug erteilt und deshalb das Bundeskartellamt innerhalb der Prüffrist keine fundierte Entscheidung treffen kann.

Der vorgesehene Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 5 GWB-E stellt die Voraussetzungen für die Hemmung der Frist nicht hinreichend klar. Die Bestimmung könnte nämlich dahingehend missverstanden werden, dass eine Fristhemmung auch dann herbeigeführt werden könnte, wenn ein Auskunftsverlangen in irgendeinem anderen Verfahren nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet worden ist. Eine solche Deutung würde aber unabsehbare Rechtsunsicherheiten mit sich bringen, die vom Gesetzgeber sicherlich nicht intendiert sind und auch unbedingt vermieden werden sollten. Wir halten es daher für erforderlich, in § 40 Abs. 2 S. 5 GWB-E klarzustellen, dass die Frist nach Satz 2 nur gehemmt wird, wenn das Bundeskartellamt von einem anmeldenden Unternehmen eine Auskunft nach § 59 GWB erneut anfordern muss, weil das Unternehmen im Rahmen des betreffenden Fusionskontrollverfahrens ein vorheriges Auskunftsverlangen nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet hat.

Darüber hinaus sollte sichergestellt werden, dass die Fristhemmung nur dann eintritt, wenn das Auskunftsverlangen auch für das Verfahren erheblich ist und es deshalb berechtigt war.

Wir schlagen daher vor, § 40 Abs. 2 S. 5 und 6 GWB-E wie folgt zu formulieren:

„Die Frist nach Satz 2 wird gehemmt, wenn das Bundeskartellamt von einem anmeldenden Unternehmen eine Auskunft nach § 59 erneut anfordern muss, weil das Unternehmen im Rahmen des bisherigen Verfahrens zu dem angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ein für die Entscheidung relevantes vorheriges Auskunftsverlangen nach § 59 aus Umständen, ... nicht ... beantwortet hat. Die Hemmung endet, wenn das Unternehmen dem Bundeskartellamt die für die Entscheidung erforderliche Auskunft vollständig übermittelt hat.“

g) Form für Angaben bei Auskunftsverlagen der Kartellbehörde (Art. 1 Nr. 32 Buchstabe a)

Die Kartellbehörde soll die Befugnis erhalten, den betroffenen Unternehmen die Form, in der Angaben im Rahmen eines behördlichen Auskunftsverlangens (§ 59 GWB) zu machen sind, vorzugeben. Die damit den Kartellbehörden übertragenen Befugnisse sind sehr weitgehend. Hierbei ist zu beachten, dass derartige Abfragen eine Vielzahl von Problemen mit sich bringen können: Gerade bei den im Rahmen von § 59 GWB üblicherweise abgefragten sehr sensiblen Unternehmensdaten hat die Datensicherheit - nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Schutzes des Wettbewerbs - überragende Bedeutung. Darüber hinaus haben die im Rahmen von § 59 GWB angeforderten Daten - dies zeigt sich gerade im Rahmen der jüngsten Sektoruntersuchung des Lebensmitteleinzelhandels - oft einen erheblichen Umfang. Unter diesen Umständen würde z. B. ein notwendiges händisches Eingeben von Zahlen die Grenze der Unzumutbarkeit weit überschreiten. Hinzu kommen die üblichen Unsicherheiten im Hinblick auf die Stabilität von Websites ("Time out" etc.).

Die Regelung birgt somit große Risiken und kann ggf. auch zu nicht unerheblichen Aufwand für die Beteiligten führen. Die vorgesehene Ergänzung des § 59 Abs. 1 GWB durch den Satz 3 sollte daher gestrichen werden. Soll es gleichwohl bei der Ergänzung des § 59 Abs. 1 bleiben, sollte die zuständige Kartellbehörde zu einer besonderen Rücksichtnahme auf die Belange der betroffenen Unternehmen verpflichtet werden. Dies könnte z.B. durch folgende Formulierung geschehen:

"Dabei sind die Belange der betroffenen Unternehmen, insbesondere im Hinblick auf Datensicherheit und entstehenden Aufwand, in besonderer Weise zu berücksichtigen."

h) Beibehaltung des Zusammenschlusstatbestands „Erwerb eines wettbewerblichen erheblichen Einflusses“

Der HDE tritt jedoch entschieden für die Abschaffung des deutschen Sonderwegs ein, der mit Einführung des Zusammenschlusstatbestands „Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) eingeschlagen wurde. Dieser Tatbestand ist in der Praxis mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Gründe für eine Abkehr von beinahe sämtlichen anderen Fusionskontrollgesetzgebungen einschließlich der EU-Fusionskontrollverordnung sind nicht nachvollziehbar. Während die übrigen Zusammenschlusstatbestände den Wettbewerb bereits hinreichend schützen, stellt § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB einen erheblichen Nachteil insbesondere auch für Investitionen in Deutschland dar. Sofern, wie in dem Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie als einzige Begründung für die Beibehaltung und damit Abkehr von der Harmonisierung mit der FKVO angeführt, der scharfe Sonderzusammenschlusstatbestand in dem Wirtschaftsbereich Energieversorgung sinnvoll sein sollte, ist nicht ersichtlich, weshalb sämtliche Branchen ebenfalls damit belastet werden müssen.

2. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen

a) Auslaufen der bis Ende 2012 geltenden, im Jahr 2007 eingeführten Verschärfung des § 20 Abs. 3 GWB (Art. 1 Nr. 7 Buchstabe c)

Der HDE vertritt die Auffassung, dass das Verbot des § 20 Abs. 3 GWB den Wettbewerb nicht sichert, sondern beschränkt. Dies gilt insbesondere für die 2005 und 2007 vorgenommenen Verschärfungen. Nach Auffassung des HDE sollte die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB daher vollständig gestrichen werden, da sie die Verhandlungsspielräume und damit die Vertragsfreiheit in ineffizienter Weise beschränkt und nicht geeignet ist, einen Beitrag zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit zu leisten. Tendenziell dürfte sie zu höheren Verbraucherpreisen zu führen.

Die Regelung wird zudem den tatsächlichen Verhandlungssituationen zwischen Handel und Industrie nicht gerecht, indem sie der Illusion folgt, es würden ausschließlich Netto-Netto-Preise, Leistungen und Gegenleistungen isoliert von einander verhandelt. Tatsächlich werden aber umfangreiche Leistungspakete mit einer Vielzahl an Konditionen gemeinsam vereinbart, wobei jede Vertragspartei vor dem Vertragsschluss das Paket insgesamt bewertet. Die Konditionen werden also nicht isoliert betrachtet, sondern im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Beurteilung mit Blick auf das Gesamtgeschäft geprüft. Dieser Ansatz verbietet daher schon a priori eine Diskussion über die Frage, ob einzelne Konditionen eines Gesamtpakets abstrakt betrachtet als „gerechtfertigt“ oder „unfair“ zu bewerten sind. Gerechtfertigt sind sie vielmehr immer, wenn sie im Rahmen freier Vertragsverhandlungen vereinbart wurden.

Das in der Begründung des Gesetzentwurfs zu Art. 1 Nr. 8 Buchstabe d. vorgesehene Auslaufen der Verschärfung aus dem Jahr 2007 (Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf abhängige Unternehmen jeder Größenordnung) reicht daher jedenfalls nicht aus. Wenn die Vorschrift nicht vollständig gestrichen werden soll, muss mindestens gleichzeitig die im Jahr 2005 beschlossene Verschärfung des § 20 Abs. 3 GWB (Versuchstatbestand) auch im Rahmen der nächsten GWB-Novelle zurückgenommen werden, sodass mindestens der Status quo ante, also die mit der Korrektur 1988 formulierte Regelung, wieder hergestellt wird. Dies ist auch deshalb wünschenswert, weil damit eine Harmonisierung mit dem geltenden EU-Recht herbeigeführt werden würde. Damit könnte auch im Bereich der Missbrauchsaufsicht der wesentlichen Intention des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der 8. GWB-Novelle Rechnung getragen werden.

Zur weiteren Erläuterung wird auf das Positionspapier des HDE zum derzeitigen Verbot des Forderns ungerechtfertigter Vorteile (§ 20 Abs. 3 GWB) vom 17. Mai 2011 verwiesen.

b) Verlängerung der im Jahr 2007 befristet eingeführten Verschärfung des § 20 Abs. 4 GWB bis 2017 (Art. 1 Nr. 7 d.)

Der HDE lehnt die geplante Verlängerung des Verbots des gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis bis 2017 ab. Die mit dieser Verschärfung aus dem Jahr 2007 verfolgten Ziele widersprechen dem Zweck des GWB. Intendiert wird dadurch nämlich der Schutz bestimmter Branchen, wie z. B. der Landwirtschaft bzw. der Lebensmittelhersteller, vor Preiswettbewerb und eine Verbesserung der Le-

bensmittelqualität. Es ist aber völlig verfehlt und mit dem Ziel des GWB unvereinbar, einzelne Branchen vor Wettbewerbsdruck schützen zu wollen. Ein solcher Schutz ist auch nicht erforderlich, weil im Lebensmitteleinzelhandel zwar Konzentrationstendenzen erkennbar sein mögen, der in der Gesetzesbegründung unterstellte „hoch konzentrierte Lebensmitteleinzelhandel“ in dieser Form aber nicht existiert. Wenn nämlich in der Öffentlichkeit immer wieder darauf hingewiesen wird, dass sich große Teile des Einzelhandelsumsatzes auf vier bis fünf Handelsunternehmen konzentrieren, so gibt diese Feststellung gleichwohl wenig Aufschluss über die tatsächlichen Machtverhältnisse zwischen dem Handel und seinen Lieferanten. Es bleibt dabei nämlich unberücksichtigt, dass der Absatzmarkt der Hersteller tatsächlich deutlich größer ist und die großen Lebensmitteleinzelhändler deshalb auch keineswegs 85 Prozent dieses Absatzmarktes beherrschen. Neben den großen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels stehen den Herstellern nämlich als Absatzkanäle z. B. der Lebensmittelfachhandel, der Großhandel und der vielfach intensiv genutzte Direktvertrieb zur Verfügung. Ein immer wichtigerer Absatzkanal ist daneben der Export. So wurde in einer aktuellen Studie des Markenverbandes festgestellt, dass dieser Vertriebsweg den Hauptwachstumstreiber der Markenwirtschaft darstellt und sich die Auslandsumsätze der Markenartikler im verarbeitenden Gewerbe in den letzten zehn Jahren durchschnittlich um 5,5 Prozent jährlich erhöht haben¹. Damit wird klargestellt, dass der Lebensmitteleinzelhandel unabhängig von möglichen Konsolidierungstendenzen für die Hersteller lediglich eine relative Bedeutung hat.

Aber auch wenn der Blick ausschließlich auf die sogenannten großen Unternehmen des stationären Lebensmitteleinzelhandels gerichtet wird, ergibt eine genaue Analyse ein deutlich differenzierteres Bild der Wettbewerbsverhältnisse. So wurde in einer wissenschaftlichen Untersuchung von Heinen und Lademann im Jahr 2011 dargelegt, dass die Besonderheiten kooperativ organisierter Handelsorganisationen mit ihren selbständigen Einzelhändlern häufig unterschätzt werden². Die Selbständigen agieren in diesen Organisationen nämlich mit großen, in der Öffentlichkeit wenig wahrgenommenen Freiheiten im lokalen Wettbewerb, indem sie z. B. die Sortimente individuell gestalten und alternative Beschaffungsquellen nutzen. Aber auch kapital- oder vertragsseitig verbundene Unternehmen können mit hoher Autonomie ausgestattet sein, sodass sie auf dem Absatzmarkt in der Praxis als Konkurrenten auftreten. Hier werden z. B. Regal und Aktionspreise von den einzelnen Unternehmen unabhängig voneinander festgelegt und Sortimente nicht abgestimmt. Nicht immer liegt deshalb bei kapital- oder vertragsseitigen Verbindungen eine wettbewerbliche Einheit vor. Insgesamt betrachtet ist die „faktische Konzentration“ (Lademann) des Lebensmittelmarktes damit deutlich geringer als sich dies aus der reinen Betrachtung der Umsatzzahlen ergibt.

Die Hersteller und Händler stehen sich deshalb grundsätzlich - unbeschadet der existierenden Machtüberhänge zur einen oder anderen Seite in Einzelfällen - auf Augenhöhe bei den Vertragsverhandlungen gegenüber, so dass eine Einschränkung des Wettbewerbs zum Schutz einer Seite durch gesetzliche Restriktionen unnötig und verfehlt ist.

Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis ist auch ungeeignet, höhere Erträge für die Landwirtschaft zu gewährleisten. Tatsächlich resultieren die geringeren Erträ-

¹ Die Marke macht's. Die Bedeutung der Markenindustrie in Deutschland. November 2011, S. 5.

² Lademann, Rainer, Heinen, Carolin: Die Abgrenzung der wettbewerblichen Einheit als Problem der Marktstrukturbeurteilung im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. In: WRP 2011, S. 1418 ff.

ge der Landwirtschaft häufig aus dem politisch gewollten Strukturwandel³. Die Erhöhung des Verkaufspreises des Einzelhändlers verpflichtet zudem weder den Händler noch die Hersteller, den höheren Preis an die folgende Stufe der Wertschöpfungskette weiterzureichen. Nicht auszuschließen ist dagegen, dass die Hersteller versuchen werden, auf Grundlage eines tendenziell höheren Ladenverkaufspreises einen höheren Abgabepreis in den Verhandlungen mit den Einzelhändlern durchzusetzen und diesen dann aber zur eigenen Gewinnmaximierung einsetzen. Die Landwirtschaft wird von höheren Preisen im Einzelhandel daher nicht zwangsläufig profitieren. Geschädigt wird aber womöglich der Verbraucher durch tendenziell höhere Preise.

Weiterhin entspricht es nicht dem Zweck des GWB, als Instrument zur Verbesserung der Lebensmittelqualität zu dienen, zumal das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis zur Zweckerreichung auch völlig ungeeignet ist. Die Händler sind nämlich keineswegs verpflichtet, bei höheren Verbraucherabgabepreisen auch höherwertige Produkte anzubieten. Zudem kann vom Preis eines Produkts auch keineswegs auf seine Qualität geschlossen werden. Die zahlreichen Handelsmarken beweisen das Gegenteil und werden gerade wegen ihres guten Preis-Leistungsverhältnisses besonders häufig vom Verbraucher nachgefragt. Auch stellt ein höherer Preis keinen Beleg dafür dar, dass ein Produkt per se gesünder ist.

Der HDE lehnt aber nicht nur die Verlängerung der befristeten Verschärfung des § 20 Abs. 4 S. 2 GWB ab, sondern tritt darüber hinaus dafür ein, das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis komplett zu streichen. Das Verbot ist nämlich insgesamt nicht sinnvoll, da es eher wettbewerbsbeschränkend als -sichernd wirkt. Es verursacht zudem hohe Verwaltungskosten und verteuert auch ohne die Verschärfung aus dem Jahr 2007 tendenziell die Preise zulasten der Verbraucher.

Zur weiteren Erläuterung wird auf das Positionspapier des HDE zum derzeitigen Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 S. 2 GWB) vom 17. Mai 2011 verwiesen.

c) Einführung einer Entflechtungsbefugnis (Art. 1 Nr. 12 Buchstabe b.)

Grundsätzlich vertritt der HDE die Auffassung, dass die Notwendigkeit und der Sinn von Entflechtungsmaßnahmen fraglich sind. Die geltenden strengen deutschen kartellrechtlichen Regelungen genügen, um den freien Wettbewerb zu gewährleisten. In der politischen Diskussion konnte bislang der konkrete Handlungsbedarf daher auch noch nicht hinreichend dargelegt werden.

Der HDE begrüßt aber grundsätzlich die Tatsache, dass die Bundesregierung von der 2010 geplanten Regelung einer Entflechtungsbefugnis, die strukturelle Maßnahmen des Bundeskartellamts auch ohne einen konkreten Missbrauchstatbestand des marktmächtigen Unternehmens ermöglicht hätte, Abstand genommen hat. Das Bundeskartellamt hätte mit einem solchen Entflechtungsinstrumentarium unter diesen Voraussetzungen auch im Hinblick auf den ursprünglich vorgesehenen weiten Ermessensspielraum eine unangemessen weitreichende Machtbefugnis erhalten, was willkürliche oder politisch motivierte Entscheidungen begünstigt hätte. Dieser Weg, der die Wettbewerbsprozesse empfindlich gestört und einen erheblichen Standortnachteil für die deutschen Unternehmen bedeutet hätte, wird erfreulicherweise nicht weiter verfolgt.

³ Bundeskartellamt: Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009.

Grundsätzlich ist aber auch in Bezug auf die nun vorgesehene Entflechtungsbefugnis als „Ultima Ratio“ bei Vorliegen eines Missbrauchstatbestands fraglich, ob solche strukturellen Maßnahmen überhaupt zur Verbesserung der Wettbewerbssituation geeignet sind. Dies ist in der Literatur umstritten. In der Praxis sind in Bezug auf die notwendige Feststellung des Bundeskartellamts, dass keine anderen Maßnahmen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstößen in Betracht kommen (Ultima Ratio-Entscheidung), erhebliche Schwierigkeiten und Fehleinschätzungen bei der notwendigen Prognose vorprogrammiert.

Wenn nun weiterhin aus politischen Gründen unbedingt eine Entflechtungsbefugnis in das deutsche Kartellrecht integriert werden soll, so darf eine solche jedenfalls nur für den Fall des wiederholten schweren Marktmachtmissbrauchs als Ultima Ratio vorgesehen werden. Diese Voraussetzung sollte in die neu gefassten Ermächtigungsnorm des § 32 Abs. 2 GWB-E ergänzend aufgenommen werden.

3. Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht - Einschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts (Art. 1 Nr. 38)

Der HDE begrüßt die Tatsache, dass das einfachgesetzliche Aussageverweigerungsrecht betroffener juristischer Personen nach dem Regierungsentwurf ausschließlich in Bezug auf Auskünfte über die Umsätze des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung eingeschränkt werden soll. Damit beachtet der Gesetzgeber die einschränkenden Vorgaben des EuGH (EuGH-Urteil vom 18.10.1989, Rs. 374/87), wonach lediglich Auskünfte rein tatsächlicher Art im Rahmen von Ordnungswidrigkeitenverfahren von juristischen Personen bzw. von deren Organen zu erteilen sind, aber kein Zwang zur Selbstbezeichnung erfolgen darf. Die Beschränkung auf Angaben zu den Umsätzen stellt zudem sicher, dass eine klare und nach der Rechtsprechung gebotene Grenze zwischen den (zulässigen) Tatsachangaben und Bewertungen gezogen wird.

Eine weitergehende Einschränkung des einfachgesetzlichen Aussageverweigerungsrechts, wie sie noch im Referentenentwurf vorgesehen war, ist auch im Hinblick auf allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze sehr problematisch, nicht zielführend und wird daher vom HDE kategorisch abgelehnt.

Das Aussageverweigerungsrecht ist ein wesentlicher Grundsatz in einer rechtsstaatlichen Ordnung. Es bewahrt den Beschuldigten davor, sich selbst zu belasten. Da juristische Personen nur durch ihre Organe handeln können und mit diesen eine Einheit bilden, würde die geplante Verpflichtung der Organe zur Auskunftserteilung - soweit diese sich dadurch nicht persönlich selbst belasten - dazu führen, dass die juristische Person gegen sich selbst aussagen müsste. Das Bundesverfassungsgericht hat daher 1975 richtigerweise entschieden, dass juristische Personen ein Aussageverweigerungsrecht haben, das durch ihre Organe ausgeübt wird (BVerfG, Beschluss vom 26.02.1975, Az. 2 BVR 820/74). Dieses Aussageverweigerungsrecht darf - wenn überhaupt - nur in sehr engen Grenzen eingeschränkt werden. Wünschenswert wäre daher allerdings eine Klarstellung im Gesetz, dass die nun im Zuge der Einschränkung des Aussageverweigerungsrechts zu machenden Angaben lediglich der Festsetzung der Geldbuße dienen und nicht die Tat selbst betreffen dürfen.

4. Beteiligung der Verbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (Art. 1 Nr. 16 Buchstabe b.)

Das vorgesehene Verbandsklagerecht für Verbände der Verbraucher und der Marktgegenseite ist systematisch verfehlt, überflüssig und mit einer erheblichen Gefahr des Missbrauchs verbunden. Insbesondere ist auch die geplante Klagebefugnis der Marktgegenseite entbehrlich, weil die Aktivlegitimation des unmittelbar Verletzten (§ 33 Abs. 1 GWB) völlig ausreicht. Die vorgesehenen Änderungen der bestehenden Regelungen in §§ 33, 34 GWB sollen daher unterbleiben und werden vom HDE strikt abgelehnt.

Mit der Regelung sollen Verbände zu Hilfsorganen des Bundeskartellamts gemacht werden, um die Kartellrechtsdurchsetzung zu verbessern. Hierzu besteht kein Bedarf, denn die bestehenden Instrumentarien reichen absolut für eine hinreichende Kartellrechtsdurchsetzung aus. Im Gegenteil ist eine solche Lösung stark durch gesamtwirtschaftliche Nachteile und Risiken belastet. Die geplante erhebliche Ausweitung der Möglichkeiten von Verbänden zur Kartellrechtsdurchsetzung würde neben den bereits bestehenden Instrumentarien der Kartellrechtsdurchsetzung - öffentlich-rechtliche Rechtsverfolgung sowie die zuletzt in der Siebten GWB-Novelle gestärkte private Kartellrechtsdurchsetzung durch unmittelbar Betroffene - ein weiteres Instrumentarium zur privaten Rechtsverfolgung installieren. Die Erfahrungen aus den USA lehren, dass eine verstärkte private Rechtsverfolgung durch nicht unmittelbar Betroffene oft nicht der Rechtsdurchsetzung dient. Die privaten Rechtsverfolger nutzen vielmehr die Tatsache, dass die betroffenen Unternehmen regelmäßig kostspielige Rechtsstreitigkeiten vermeiden wollen und deshalb fast immer bereit sind, einen Vergleich abzuschließen, bewusst aus. Auf diese Weise können die Unternehmen leicht zu Zahlungen auch ohne Rechtsgrund veranlasst werden. Eine solche Situation steht aber im krassen Widerspruch zu einer an objektiven Maßstäben orientierten Rechtsdurchsetzung des Bundeskartellamts. Entsprechende Fehlentwicklungen konnten auch in Deutschland bereits im Zusammenhang mit Abmahnvereinen beobachtet werden. Die insoweit wichtige Filterfunktion des Bundeskartellamts würde daher ausgehöhlt. Stattdessen würde einer kleinteiligen Rechtsverfolgung mit erheblichen Kostenrisiken Raum gegeben und die Unternehmen der deutschen Wirtschaft unnötig und wesentlich belastet. Dies gilt umso mehr, als dass im Unterschied zum Kartellverfahren im Rahmen von kartellrechtlichen Verbandsklagen sicherlich nicht der Amtsermittlungsgrundsatz gelten würde, sondern es Aufgabe der Unternehmen wäre, dem Gericht entlastende Umstände gegen jedweden, und sei es noch zu hanebüchenen, Vorwurf vorzutragen mit allen medialen Konsequenzen, die ein solches öffentliches Verfahren auch für ein unschuldiges Unternehmen mit sich brächte.

Die drohenden wirtschaftlichen Belastungen resultieren nicht zuletzt auch aus dem Missbrauchspotential, das mit Verbandsklagebefugnissen immer verbunden ist. Die Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Abmahnmissbrauch im Lauterkeitsrecht sowie der Blick in die USA zeigen, dass hier Anwaltskanzleien und Verbände neue Geschäftsfelder entdecken und regelrechte Abmahn- bzw. Klageindustrien entstehen, welche die gesetzlichen Klagemöglichkeiten missbrauchen, um Einnahmen zu generieren. Nicht ohne Grund bemüht sich das Bundesministerium der Justiz seit einigen Monaten, diesen Missbrauch durch gesetzliche Änderungen zu beschränken. Es ist allerdings noch offen, welche konkreten Erfolge mit den geplanten Maßnahmen verbunden sein werden.

Dies gilt umso mehr, als dass durch eine Verbandsklage angegriffene Unternehmen - unabhängig von der Berechtigung der Klage - versucht sein werden, zur Vermeidung negativer Publicity eine gütliche Einigung herbeizuführen. Auf diese Weise könnten sie von Verbraucherverbänden und der Marktgegenseite dazu gezwungen werden, ein zwar zulässiges, aber eben nicht im Interesse der Verbraucherverbände bzw. der Marktgegenseite liegendes - möglicherweise bei näherer Betrachtung sogar wettbewerbslich wünschenswertes - Verhalten zu unterlassen.

Eine Erweiterung des Kreises der Klageberechtigten sollte auch unterbleiben, weil dadurch Ineffizienzen bei der Rechtsverfolgung wahrscheinlicher werden. Wenn z. B. mehrere Verbände (Verbraucher, Marktgegenseite) gerichtlich einen Unterlassungsanspruch bei verschiedenen Gerichten geltend machen und gleichzeitig das Bundeskartellamt im Rahmen des Verwaltungshandels tätig wird, bindet dies nicht nur unnötige Ressourcen bei den Gerichten und verursacht überflüssige Verwaltungskosten, ohne dass die Rechtsverfolgung verbessert wird. Besonders problematisch ist dies im Hinblick auf den Abschöpfungsanspruch: Wenn unterschiedliche Verbände bei verschiedenen Gerichten einen Abschöpfungsanspruch gegen ein Unternehmen geltend machen können, ist nicht auszuschließen, dass ein nur einmal bestehender Anspruch mehrfach gerichtlich eingefordert wird. Es besteht dann in der Praxis die Gefahr, dass mehrere Verbände einen Titel zur Durchsetzung des Abschöpfungsanspruchs erhalten, obwohl dieser natürlich nur einmal geltend gemacht werden kann. Wie dieses Problem ohne unnötigen Verwaltungsaufwand praktisch gelöst werden soll, ist noch vollständig offen. Außerdem besteht die erhebliche Gefahr abweichender rechtlicher Beurteilungen ein und desselben Verhaltens.

Abgelehnt wird auch der geplante Abschöpfungsanspruch für Verbände. Dieser würde die oben unter dem Stichwort „Klageindustrie“ beschriebene Missbrauchsgefahr zusätzlich verstärken, weil dieser Anspruch für die Verbände mit der Möglichkeit verbunden ist, die Kosten für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruch vor der Abführung an die Staatskasse in Abzug zu bringen. Die Versuchung, den Anspruch auf Vorteilsabschöpfung auf diese Weise als indirekte Einnahmenquelle zu missbrauchen, wird noch dadurch gesteigert, dass gesetzlich nicht definiert werden kann, unter welchen Voraussetzungen getätigte Aufwendungen den Grundsätzen der „Erforderlichkeit“ entsprechen. Eine fehlende summenmäßige Begrenzung der „erforderlichen“ Aufwendungen wird mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass exzessiver Aufwendungen getätigt werden, um Einnahmen zu generieren. Die dadurch entsprechend geminderte Höhe des abgeschöpften Vorteils geht zulasten der Steuerzahler.

Besser, kostengünstiger und ohne Missbrauchsrisiken kann der Abschöpfungsanspruch direkt von den staatlichen Organen geltend gemacht werden.

Die vorgesehenen Ansprüche sind aber auch systematisch verfehlt, denn das GWB soll die Freiheit des Wettbewerbs schützen und ist kein Verbraucherschutzgesetz. Weiterhin kann auch nicht jede (mittelbare) Betroffenheit eine Verbandsklagebefugnis rechtfertigen.

Insbesondere gilt dies, soweit die Verbandsklagebefugnis schwächere Unternehmen der Marktgegenseite vor ungerechtfertigten Forderungen ihrer marktstärkeren Vertragspartner schützen und damit womöglich einen Beitrag zur Lösung der sogenannten „Ross- und Reiterproblematik“ leisten soll. Unternehmen der Marktgegenseite sind im vertikalen Verhältnis von dem Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB nämlich nur

mittelbar betroffen, weil diese Norm den horizontalen Wettbewerb und nicht den Vertragspartner im vertikalen Verhältnis schützen soll.

Die Planungen, die Verbände stärker an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu beteiligen, sollten daher ersatzlos fallen gelassen werden, auch weil kein praktisches Bedürfnis für ihre Einführung ersichtlich ist.

Rückfragen bitte an:

Dr. Peter J. Schröder

Telefon: 030/726250-46

E-Mail: schroeder@hde.de