

RECHT UND KAPITALMARKT

Erhebliche Verschärfung des Kartellrechts

Die Pläne des Bundeswirtschaftsministeriums – Abhilfebefugnisse auch ohne Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes

Von Max Hauser, Dr. Jan Höft
und Judith Jacop *)

Börsen-Zeitung, 14.1.2023

Nicht einmal zwei Jahre nach Inkrafttreten der letzten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) legt das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) seine Pläne zur weiteren Verschärfung des GWB vor. Laut dem Entwurf für ein „Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“ sollen dem Bundeskartellamt (BKartA) weitreichende neue Befugnisse zur Abwehr von Wettbewerbsstörungen verliehen werden. Ebenfalls vorgesehen ist eine Stärkung der Abschöpfung von Vorteilen aus Kartellverstößen sowie der behördlichen und privaten Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen den Digital Markets Act (DMA). Das Gesetz könnte bereits Mitte 2023 in Kraft treten.

Paradigmenwechsel

Die wohl bedeutendste Änderung ist die Einführung unmittelbarer Abhilfebefugnisse für das BKartA im Anschluss an eine Sektoruntersuchung; Vorbild ist das „Market Study Tool“ der britischen Wettbewerbsbehörde CMA. Bereits nach geltendem Recht darf das BKartA Sektoruntersuchungen durchführen. Bei wettbewerbsrechtlichen Bedenken muss es jedoch ein förmliches Verfahren gegen einzelne Unternehmen eröffnen und unternehmensspezifisch einen Wettbewerbsverstoß feststellen, bevor es konkrete Abhilfemaßnahmen anordnen kann.

Der Gesetzesentwurf sieht insofern einen Paradigmenwechsel vor: Das BKartA könnte schon dann – unmittelbar – Maßnahmen anordnen, wenn es im Rahmen einer Sektoruntersuchung eine „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs“ feststellt.

Die Feststellung eines Verstoßes gegen das deutsche oder europäische Wettbewerbsrecht ist hingegen nicht notwendig, eine fundamentale Abweichung vom aktuellen Wettbewerbsrecht und dessen Anforderungen. Ob eine Wettbewerbsstörung vorliegt, soll das BKartA unter anderem anhand folgender Faktoren ermitteln: Marktkonzentration und Finanzkraft der betroffenen Unternehmen, Überkreuzbeteiligungen oder

personelle Verflechtungen, Marktzutrittsschranken, Marktergebnisse (z. B. Preise, Innovationslevel), die auf Marktmacht schließen lassen. Zur Abhilfe der Wettbewerbsstörung dürfte das BKartA – vorbehaltlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – alle Maßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art anordnen, als Ultima Ratio sogar eine eigentumsrechtliche Entflechtung (es sei denn, das BKartA oder die Europäische Kommission hatten in den vergangenen fünf Jahren den Erwerb der betreffenden Vermögenssteile freigegeben).

Verfahrensrechtlich hat das BKartA maximal 36 Monate Zeit: 18 Monate für die Sektoruntersuchung und 18 Monate für die Anordnung bestimmter Maßnahmen. Betroffene Unternehmen können gegen die Anordnung von Abhilfemaßnahmen Rechtsmittel einlegen. Außerdem kann das BKartA im Anschluss an eine Sektoruntersuchung strengere Meldepflichten für geplante Unternehmenszusammenschlüsse in den zuvor untersuchten Wirtschaftszweigen anordnen. Das gilt, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass künftige Zusammenschlüsse den Wettbewerb erheblich behindern könnten.

Nach entsprechender Anordnung besteht eine Anmeldepflicht, wenn der Erwerber Inlandserlöse von mehr als 50 Mill. Euro und das Zielunternehmen einen Inlandsumsatz über 0,5 Mill. Euro erzielt hat. Der letztgenannte Schwellenwert ist deutlich niedriger als der aktuell geltende (17,5 Mill. Euro), der erst letztes Jahr erhöht wurde. Die Meldepflicht gilt für drei Jahre und kann verlängert werden.

Es ist derzeit unklar, ob sich die neuen Befugnisse auf stark konzentrierte Märkte, die für die Gesamtwirtschaft oder Verbraucher wesentlich sind, beschränken werden. Vergangene Sektoruntersuchungen betrafen unter anderem Online-Werbung, Krankenhäuser, Ladesäulen und Entsorgungsunternehmen.

Auch wenn aus heutiger Sicht lediglich vereinzelt unmittelbar mit rechtlichen Maßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung zu rechnen ist, wird mit dem Konzept der Wettbewerbsstörung und der Möglichkeit zur Anordnung von Maßnahmen ohne eine tatsächliche Rechtsverletzung ein grundlegend

neues Instrument eingeführt, das dem Amt Befugnisse von enormer Reich- und Tragweite verleiht. Das BMWK rechnet mit zwei zusätzlichen Verfahren pro Jahr.

Die Bundesregierung plant zudem, die Möglichkeiten des BKartA, Vorteile aus Kartellrechtsverstößen abzuschöpfen, erheblich zu erweitern. Schon heute kann das BKartA den gesamten wirtschaftlichen Vorteil aus einer Zuwiderhandlung schätzen und dessen Einbehaltung anordnen. Dies erfordert aber komplexe Berechnungen.

Um hier eine Erleichterung zu schaffen, enthält der Gesetzesentwurf eine Vermutung hinsichtlich der Entstehung eines wirtschaftlichen Vorteils sowie einer pauschalen Mindesthöhe in Höhe von 1 % der Umsätze, die im Inland mit den betroffenen Produkten erzielt wurden. Diese Vermutung kann das Unternehmen nur durch den Nachweis widerlegen, weltweit im Abschöpfungszeitraum keinen Gewinn in dieser Höhe erwirtschaftet zu haben. Zudem sieht der Gesetzesentwurf eine Deckelung des Abschöpfungsbetrags von 10 % des Umsatzes des Unternehmens (und seiner Wirtschaftseinheit) im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vor.

Auch muss das BKartA zur Anordnung einer Abschöpfung nicht länger ein Verschulden nachweisen. Bislang kann die Vorteilsabschöpfung nur innerhalb einer Frist von bis zu sieben Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren angeordnet werden. Der Gesetzesentwurf verlängert diese Frist auf zehn Jahre und erlaubt die Abschöpfung für die gesamte Zeit einer Zuwiderhandlung. Das BMWK rechnet mit zwei Abschöpfungsprozessen pro Jahr.

Zur Untersuchung von Verstößen gegen den DMA verleiht der Gesetzesentwurf dem BKartA dieselben Untersuchungsbefugnisse wie bei klassischen Kartellrechtsverstößen; möglich wären etwa Durchsuchungen, Auskunftsverlangen oder Beschlagnahmungen. Das BKartA kann eigenständig Vorermittlungen anstellen und der Europäischen Kommission den Fall vorlegen; Letzterer obliegt dann die alleinige Entscheidung über etwaige Sanktionen.

Dessen unbenommen könnte das

BKartA durchaus einen Anreiz haben, mutmaßliche Verletzungen des DMA künftig zu untersuchen; dies vor allem dann, wenn dieselbe Verhaltensweise bereits unter der quasi-regulatorischen Plattformvorschrift (§ 19a GWB) oder als Marktmissbrauch verfolgt wird.

Der Gesetzesentwurf erlaubt privaten Klägern auf das gesamte Instrumentarium privater Klagemöglichkeiten auch im Falle von DMA-Verstößen zurückzugreifen. So könnten diese etwa Schadenersatz- und Unterlassungsklagen vor deutschen Gerichten gegen von der Europäischen Kommission als Gatekeeper designierte Unternehmen erheben.

Als Vorreiter in der Gesetzgebung zu privaten DMA-Klagen könnte sich Deutschland damit zu einem (noch) bedeutenderen Gerichtsstand für

private Rechtsstreitigkeiten entwickeln. Deutsche Gerichte werden damit über den Umfang der Verhaltenspflichten nach dem DMA entscheiden (müssen), gegebenenfalls unter Rückgriff auf Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof.

Rechtsunsicherheit

Der Gesetzesentwurf erweitert nicht nur das Instrumentarium des BKartA, sondern führt zu einer noch deutlicheren Abkehr von der klassischen evidenzbasierten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zugunsten von Vermutungen, neuartigen Konzepten und sogar Abhilfebefugnissen, ohne dass ein tatsächlicher Wettbewerbsverstoß unternehmensbezogen festgestellt wurde. Die Möglichkeit, mit Maßnahmen jed-

weder Art eine Wettbewerbsstörung abzustellen, könnte den etablierten Rahmen traditioneller Kartellrechtsdurchsetzung verwässern und zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

Bisherige Versuche, dem BKartA solch weitreichende Befugnisse einzuräumen, waren in der Vergangenheit gescheitert. Der im Jahr 2010 veröffentlichte Entwurf eines Entflechtungsgesetzes etwa scheiterte am breiten Widerstand von Politik und Wirtschaft. Es bleibt abzuwarten, ob sich der politische Kurs nun zugunsten eines offensiveren Ansatzes wenden wird.

.....
*) Dr. Max Hauser und Dr. Jan Höft sind Partner von Latham & Watkins. Judith Jacop ist Associate der Kanzlei.