

Stellungnahme 11. GWB Novelle

GWB-Novelle bedarf Nachbesserung und mehr Detaildiskussion

- Zu weitreichende Eingriffsmöglichkeiten nach der Sektoruntersuchung
- Gleichlauf mit DMA und Harmonisierung muss sichergestellt bleiben
- Eingriffstiefe der vorgeschlagenen Änderungen bedürfen vertiefter Analyse und Diskussion – Beteiligungs- und Stellungnahmemöglichkeit werden durch zu kurze Fristen erschwert

Berlin,
07. Oktober 2022

Bitkom e.V.

Rebekka Weiß, LL.M.
Leiterin Vertrauen &
Sicherheit
T +49 30 27576-161
r.weiss@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Einleitung und Überblick

Am 26. September veröffentlichte das BMWK den Referentenentwurf (noch nicht ressortabgestimmt) für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB Novelle) und rief die beteiligten Kreise im Rahmen der Verbändebeteiligung zu Stellungnahmen auf. Mit dem Gesetzesentwurf werden umfangreiche und tiefgreifende Änderungen hinsichtlich der Sektoruntersuchung vorgeschlagen, indem das Bundeskartellamt im Anschluss an eine Sektoruntersuchung umfangreiche Befugnisse erhält. So kann das Bundeskartellamt gegen eine Störung des Wettbewerbs strukturelle oder verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen vorschreiben. Dies beinhaltet auch die Möglichkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung. Darüber hinaus werden die Möglichkeiten der Kartellbehörden zur Abschöpfung des durch einen Kartellrechtsverstoß erlangten Vorteils ausgeweitet und Befugnisse hinsichtlich der DMA-Durchsetzung (insb. Ermittlungen) und der Rechtsdurchsetzung vorgeschlagen.

Wir halten den Referentenentwurf für nachbesserungs- und klarstellungsbedürftig. Inhaltlich müssen die Eingriffsmöglichkeiten nach der Sektoruntersuchung angepasst werden und insbesondere auch der Gleichlauf des europäischen Wettbewerbsrechts sichergestellt bleiben.

Die geplanten neuen Eingriffsbefugnisse bedeuten für das Kartellrecht einen Paradigmenwechsel, da unternehmensinternes Wachstum, Effizienz und wirtschaftlicher Erfolg im Leistungswettbewerb Anlass für Eingriffe sein können ohne dass Marktversagen und Wettbewerbschädigung nachgewiesen sind. Der auf Deutschland beschränkte Gesetzesentwurf riskiert zudem das Auseinanderdriften der Regulierungsentwicklungen, da auf europäischer Ebene bereits Diskussionen beispielsweise zur Fusionskontrolle stattfinden. Planungs- und Rechtssicherheit ist für Unternehmen vor allem bei den lange

laufenden Verfahren und Verhandlungen zu Unternehmenskäufen essentiell. Diese werden aber durch nationale Sonderregeln oder -befugnisse beeinträchtigt.

Bei der Vorteilsabschöpfung müssen aus unserer Sicht nochmals genau die grundrechtlichen Maßstäbe geprüft und beachtet werden. Dies gilt im Allgemeinen aber auch insbesondere mit Blick auf die Verschuldensunabhängigkeit und die Vermutungen hinsichtlich des „Verletzergewinns“. Hier sollten auch die Erwägungen und Empfehlungen der Monopolkommission stärker berücksichtigt werden.

Wir möchten zudem darauf hinweisen, dass die gesetzlich vorgesehene Beteiligung von Fachkreisen und Verbänden nach § 47 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien – GGO, durch eine Frist zur Stellungnahme von nur 9 Werktagen bei einem Gesetzentwurf von 40 Seiten faktisch ausgehebelt wird.

Verbände und Organisationen, die berechtigte Interessen von Gruppen der Gesellschaft vertreten, verfügen über ein erhebliches Maß an Sachkunde in dem betreffenden Bereich. Ihre Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren ist für den Gesetzgeber unentbehrlich, denn sie stellt sicher, dass er Belange der betroffenen Gruppen rechtzeitig erkennt und berücksichtigen kann.¹ Verbände sind stets Zusammenschlüsse gesellschaftlich relevanter Gruppen und bedürfen zur Meinungsfindung auch interner Abstimmungs- und Meinungsbildungsprozesse. Die informierten Kreise müssen dazu auch die Zeit bekommen, die Vorlagen ausreichend zu studieren und zu diskutieren. Eine funktionierende, inhaltlich substantielle Verbändebeteiligung ist bei einer Stellungnahmefrist von 9 Werktagen und einer durchgeführten Anhörung (nach durch Feiertag verlängertem Wochenende) mit nur 5 Tagen Vorlauf unmöglich. Die GGO sieht für die Beteiligung von anderen Stellen und Ministerien wenigstens 4 Wochen, in komplexen Fällen sogar 8 Wochen vor. Diese Regelzeitspanne sollte den Verbänden ebenfalls gewährt werden, um ihrer Funktion in einer gelebten Demokratie ausreichend nach zu kommen.

Vor diesem Hintergrund ist eine Stellungnahme auf die nachfolgenden kurzen Ausführungen beschränkt.

Eingriffsmöglichkeiten nach Abschluss einer Sektoruntersuchung

Das Bundeskartellamt darf kein Mandat zur Einführung sektorspezifischer Regulierung erhalten.

Schon nach aktueller Gesetzeslage hat das Bundeskartellamt einen sehr weiten Spielraum bei der Einleitung einer Sektoruntersuchung. Es genügt schon die bloße Vermutung, der Wettbewerb in einer bestimmten Branche könne möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht sein. Ein konkreter Anfangsverdacht hinsichtlich eines tatsächlichen Kartellverstoßes ist nicht erforderlich. Durch die Streichung des Merkmals der „starrten Preise“ in § 32e Abs. 1 als möglichen Anknüpfungspunkt für die Einleitung einer

¹ Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages vom 29.5.2009 – WD3 – 3000 – 166/09.

Sektoruntersuchung will der Referentenentwurf diesen ohnehin schon weiten Spielraum noch ausdehnen.

Vor allem aber soll das Bundeskartellamt ermächtigt werden, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung einschneidende Maßnahmen gegen einzelne Unternehmen zu treffen. Ein solches Eingreifen soll vollkommen unabhängig von dem Verhalten des Unternehmens möglich sein, insbesondere setzt es gerade keinen Kartellrechtsverstoß voraus. Auch ein Unternehmen, das sich stets wettbewerbskonform verhalten hat, kann somit Adressat einer Abhilfemaßnahme des Bundeskartellamts werden. Auf einen individuellen Beitrag des Unternehmens zu einer angeblichen Wettbewerbsstörung soll es nicht ankommen. Und indem die Maßnahmen pauschal gegen „Unternehmen“ getroffen werden können, ist noch nicht einmal sichergestellt, dass sich die Eingriffsbefugnis auf Unternehmen beschränkt, die zumindest überwiegend in dem jeweiligen Sektor tätig sind. Die Maßnahmen selbst können dann sowohl verhaltens- als struktureller Art sein, also ex ante wirken, und bis hin zu eigentumsrechtlichen Entflechtungen reichen (dazu noch unten).

Im Ergebnis läuft dies auf eine Carte Blanche für das Bundeskartellamt hinaus, nach eigenem Ermessen neue Regulierungssysteme für ganze Wirtschaftszweige zu schaffen. Damit entfernt sich der Referentenentwurf ganz erheblich (und laut Begründung auch sehr bewusst) von der etablierten, auf eine ex-Post-Kontrolle angelegte Kartellrechtsdurchsetzung.

Bei der Bestimmung von Umfang und Gegenstand einer Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt allerdings nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (WuW/E DE-R 1193, 1996 f. – Außenwerbflächen) einen weiten, gerichtlich kaum überprüfbaren Beurteilungsspielraum. Wenn daran nun noch die Befugnis anknüpfen soll, den in dem Sektor tätigen Unternehmen ex-ante-Verpflichtungen aufzuerlegen, dann bestimmt letztlich die behördeninterne Agenda des Bundeskartellamts, welcher Wirtschaftszweig einer sektorspezifischen, weit über die allgemeine Wettbewerbsaufsicht hinausgehenden Regulierung unterworfen wird. Ob ein Wirtschaftszweig Gegenstand von sektorspezifischer Regulierung sein sollte oder nicht, ist jedoch eine Frage der Wirtschaftspolitik, nicht des Ermessens einer Wettbewerbsbehörde bzw. der dort im Einzelfall tätigen Beschlussabteilung. Wie in anderen Sektoren auch (z.B. Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Post), muss der Gesetzgeber eine solche wettbewerbspolitische Entscheidung selbst treffen. Schon wegen des Parlamentsvorbehalts darf er sie nicht auf die Verwaltung verlagern. Sonst würde das Bundeskartellamt zu einer branchenübergreifenden „Super“-Regulierungsbehörde in unkontrollierter Konkurrenz zu sachnäheren Regulierern wie insbesondere der Bundesnetzagentur.

Die Feststellung einer Wettbewerbsstörung muss an einen relevanten Markt anknüpfen und kann nicht einen gesamten Wirtschaftszweig adressieren. Nach geltendem Recht kann das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung für einen bestimmten Wirtschaftszweig durchführen. Laut Entwurf soll das Bundeskartellamt nun im Anschluss an eine solche Sektoruntersuchung gegen bestimmte Unternehmen einschreiten können, wenn es eine erhebliche Störung des Wettbewerbs "auf einem Markt oder marktübergreifend" feststellt. Der Wortlaut des Entwurfs beschränkt die

Feststellungsbefugnis des Bundeskartellamts aber schon nicht auf den spezifischen Wirtschaftszweig, der Gegenstand der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts war. Auch soll sich das Bundeskartellamt nicht festlegen müssen, jedenfalls mit der Anordnung von Maßnahmen einen relevanten Markt zu definieren, den die Maßnahmen betreffen sollen. Stattdessen soll sich das Bundeskartellamt damit begnügen können, "marktübergreifend[e]" Störungen festzustellen. Laut der Begründung können damit Störungen „in einem ganzen Wirtschaftszweig oder in verschiedenen Branchen“ erfasst werden (S. 13). Die Festlegung auf einen von der Störung betroffenen Markt soll damit nicht erforderlich sein. Damit verabschiedet sich der Referentenentwurf vollständig von wesentlichen kartellrechtlichen Grundprinzipien. Für die Feststellung einer Störung des Wettbewerbs soll es nach dem vorgeschlagenen Eingriffsmechanismus weder auf das Verhalten der betroffenen Unternehmen ankommen, noch soll die Abgrenzung eines relevanten Marktes erforderlich sein. Es müsste deshalb klargestellt werden, dass das Bundeskartellamt eine Störung des Wettbewerbs nur in Bezug auf eine konkret zu bestimmenden Markt (und auch nicht „marktübergreifend“) feststellen kann.

Der Entwurf nennt bestimmte Merkmale für die Feststellung einer Störung des Wettbewerbs, da-runter die Größe und Finanzkraft der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, horizontale und vertikale Verflechtungen, Marktzutrittsschranken und das Vorhandensein von "Verhaltensweisen, die auf wettbewerblich nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume" schließen lassen. Die genannten Faktoren beziehen sich sowohl auf das Verhalten von Unternehmen, als auch auf die Marktstruktur als solche und auf Marktergebnisse wie Preise und Verträge. Damit könnte sich das Bundeskartellamt die „passenden“ Kriterien beliebig herausuchen und die Auswahl der Kriterien von Fall zu Fall anpassen, um eine vermeintliche Wettbewerbsstörung zu begründen. Zudem sollen die Kriterien nicht abschließend sein (Begründung, S. 29), so dass das Bundeskartellamt weitere oder auch ganz andere Faktoren in die Prüfung einbeziehen kann. Erforderlich ist nur, dass das Bundeskartellamt die Schwelle der Erheblichkeit einer Störung nach-weisen kann. Dabei bleibt allerdings unklar, wann diese Schwelle erreicht sein soll. Die Begründung verweist diesbezüglich auf „Wettbewerbsprobleme mit einer gewissen Tragweite“ (S. 27). Dem Bundeskartellamt wird hier – wie schon hinsichtlich der Befugnis, eine Sektoruntersuchung einzuleiten – ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Die Breite des Kriterienkatalogs würde es dem Bundeskartellamt erlauben, ein rein vom Ergebnis gedachtes Regulierungsvorhaben gegen bestimmte Unternehmen zu verfolgen. Der Identifikation von Wettbewerbsstörungen durch das Bundeskartellamt sind damit praktisch keine Grenzen gesetzt. Eine valide, ökonomisch nachvollziehbare Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit bestimmter Sektoren verlangt der Referentenentwurf gerade nicht.

Auch die zeitliche Komponente bleibt bei den Eingriffsbefugnissen zu unbestimmt. Wie lange und ab wann das BkartA von den Befugnissen Gebrauch machen kann ist nicht klar genug geregelt. §32f Abs.7 RefE enthält lediglich eine 18 Monatsfrist als Soll-Vorschrift. In hohem Maße bedenklich ist in diesem Zusammenhang auch die im RefE intendierte Rückwirkung, die bereits vor einem etwaigen künftigen Inkrafttreten des Gesetzes begonnen haben. Der Gesetzentwurf beabsichtigt mit dem Maßnahmenkatalog in §32f RefE nicht weniger als eine fundamentale Änderung der Natur von Sektoruntersuchungen. Schon deshalb verbietet sich die nachträgliche Veränderung der Parameter für unter der bisherigen Rechtslage begonnene Untersuchungen. In der Begründung zum RefE heißt es,

dass über die möglichen neuen Rechtsfolgen erst zu Beginn künftiger Sektoruntersuchungen aufgeklärt werden solle. („In künftigen Sektoruntersuchungen wird das Bundeskartellamt bereits bei der Einleitung der Untersuchung auf die Möglichkeit hinweisen, dass im Nachgang zu der Untersuchung unter anderem Verfügungen nach Absatz 2 ergehen und Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 eingeleitet werden können.“ siehe RefE, Begründung, S. 26.). Dieser Maßnahmenkatalog war so bei der Initiierung früherer Sektoruntersuchungen schlicht nicht existent, somit konnte auch nicht auf ihn hingewiesen werden – was seine nachträgliche Anwendung entsprechend ausschließen muss.

Den betroffenen Unternehmen wird darüber hinaus keine Möglichkeit eingeräumt, die Feststellung des Bundeskartellamtes im Hinblick auf eine Wettbewerbsstörung zu widerlegen. Auch finden sich im Referentenentwurf keinerlei Ausführungen zu etwaigen Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen. Insbesondere soll die Realisierung von Effizienzvorteilen, die in aller Regel den Verbrauchern zugutekommen, unberücksichtigt bleiben.

Abhilfemaßnahmen müssen klar begrenzt sein und dürfen nicht weit über die Feststellungen aus der Sektoruntersuchung hinausgehen.

Stellt das Bundeskartellamt eine erhebliche Wettbewerbsstörung in einem Markt oder marktübergreifend fest, soll das Bundeskartellamt „alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen“ ergreifen können. Die genannten Maßnahmen sind aber nicht abschließend, sondern lediglich als beispielhafte Auflistung zu verstehen (Begründung, S. 27). Hier erhält das Bundeskartellamt erneut einen weiten Beurteilungsspielraum, dem keinerlei Grenzen gesetzt werden. Vor allem aber fehlt jeder Bezug zum Gegenstand der Sektoruntersuchung. Das Bundeskartellamt muss nicht nachweisen, dass die jeweilige Maßnahme sich gegen die in der Sektoruntersuchung festgestellten Defizite richtet. Es muss auch nicht nachweisen, dass die behauptete Wettbewerbsstörung durch die Abhilfemaßnahme beseitigt wird. Bereits eine bloße Verringerung der vermeintlichen Wettbewerbsstörung soll ausreichen, die Auferlegung eingriffsintensiver Maßnahmen zu rechtfertigen.

Eine eigentumsrechtliche Entflechtung, die unabhängig vom Verhalten des betroffenen Unternehmens angeordnet werden kann, ist in jedem Fall unverhältnismäßig.

Hat das Bundeskartellamt eine Störung des Wettbewerbs festgestellt, soll es sogar eine Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen anordnen können. Vorausgesetzt wird diesbezüglich nur, dass die Wettbewerbsstörung durch die eigentumsrechtliche Entflechtung beseitigt oder erheblich verringert werden kann. Der Entwurf sieht vor, dass eine derartige Entflechtung nur als Ultima Ratio in Betracht kommt, soweit kein anderes, milderer Mittel gleich geeignet ist, die Störung mindestens erheblich zu verringern. Damit möchte der Entwurf die Verfassungsmäßigkeit der Regelung wahren.

Der Entwurf ist in seiner jetzigen Form jedoch verfassungswidrig. Eine eigentumsrechtliche Entflechtung, die unabhängig vom Verhalten des betroffenen

Unternehmens angeordnet werden kann, verletzt in jedem Fall den verfassungsrechtlich garantierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Wird ein Unternehmen gezwungen, eine Eigentumsposition aufzugeben, die es im Rahmen der Rechtsordnung unter Gebrauch von Freiheit und Einsatz von Leistung aufgebaut hat, erleidet es einen intensiven Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG). Darüber hinaus greift eine solche Maßnahme auch in die Unternehmensfreiheit (Art. 12 GG) des Unternehmens ein. Das politische Interesse an der Verwirklichung einer bestimmter Marktstruktur kann einen Eingriff dieser Intensität nicht rechtfertigen. Unternehmen tragen keine Verantwortung für die Aufrechterhaltung einer bestimmten Marktstruktur. Sie sind auch nicht für den Erfolg oder Misserfolg ihrer Wettbewerber verantwortlich. Solange einem Unternehmen keinerlei Verhaltensvorwurf gemacht werden kann, ist eine Entflechtung deshalb verfassungswidrig.

Das folgt des Weiteren auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, wonach insbesondere bei Grundrechts-eingriffen die wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen und Rechtsfolgen hinreichend bestimmt sein müssen. Die Eingriffsvoraussetzungen bleiben im Entwurf jedoch insgesamt so vage, dass für die betroffenen Unternehmen nicht erkennbar ist, unter welchen Umständen, sie mit einer Entflechtung zu rechnen haben. Der Entwurf enthält auch keine Regelung, um einer diskriminierenden Anwendung des Entflechtungsinstrumentes vorzubeugen. Vielmehr soll es erneut dem Bundeskartellamt vorbehalten bleiben zu entscheiden, gegen welches der Unternehmen es vorgeht. Damit droht das Entflechtungsbefugnis zum Instrument der Wirtschaftslenkung zu werden.

Die Entflechtung droht darüber hinaus stets, Effizienzen unwiederbringlich zu beseitigen. Skaleneffekte und Effizienzvorteile lassen sich nach einer Entflechtung oft nicht erhalten. Der infolge einer eigentumsrechtlichen Trennung eintretende Verlust an wirtschaftlichen Vorteilen wird sich mit großer Wahrscheinlichkeit auch negativ auf die Volkswirtschaft auswirken und damit insbesondere auch negative Effekten für Verbraucherinnen und Verbraucher bedeuten. Eine Entflechtung schadet auch den Innovationsanreizen der betroffenen Unternehmen, wenn sie nicht mehr von ihren durch Leistung hervorgebrachten Innovationen profitieren können, und verhindert damit langfristig wünschenswerte dynamische Effizienzen (so auch Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV 2022, S. 249).

Wenn die Entflechtung verhaltensunabhängig angeordnet werden kann, kommt ihr - anders als z.B. beim Missbrauchsverbot - auch keine verhaltenssteuernde Wirkung zu. Ihre Vorfeldwirkung beschränkt sich auf das Setzen der genannten Fehlanreize. Ein Entflechtungsinstrument wird in aller Regel einen so großen volkswirtschaftlichen Schaden anrichten, den eine selbst gelungene Entflechtung im Einzelfall nicht aufwiegen kann. Des Weiteren bereitet sie kaum lösbare praktische Schwierigkeiten, insbesondere bei international aufgestellten Konzernen.

Ein Entflechtungsinstrument ist daher insgesamt abzulehnen. Zumindest sollte der Gesetzgeber das Instrument nur auf Basis einer sorgfältigen Abwägung und Diskussion aller relevanten Aspekte ein-führen. Eine solche Diskussion kann innerhalb des von der Bundesregierung geplanten Zeitrahmens für diese Gesetzesnovelle nicht stattfinden. Des Weiteren wäre jedenfalls erforderlich, dass der Gesetzgeber die Eingriffsvoraussetzungen spezifiziert. So fordert die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten, dass eine Entflechtung nur im Fall des Vorliegens von schwerwiegenden strukturellen

Wettbewerbsproblemen in über lange Zeit verfestigten Sektoren in Betracht kommen kann. Von diesen Voraussetzungen ist der Referentenentwurf weit entfernt. Des Weiteren dürfte der Monopolkommission nicht nur eine beratende Funktion in Bezug auf eine geplante Entflechtung zukommen. Vielmehr müsste sie mit einem faktischen Vetorecht ausgestattet sein.

Darüber hinaus müsste auch die EU-Kommission beteiligt werden, um eine einheitliche Anwendung der Wettbewerbspolitik in der EU zu gewährleisten und eine Fragmentierung des Binnenmarktes zu vermeiden. In der jetzigen Ausgestaltung beschreitet der Referentenentwurf einen deutschen Sonderweg abseits der bewährten Prinzipien und Verfahren eines einheitlichen europäischen Kartellrechts. Das ist rechtlich nicht haltbar, und es widerspricht dem politischen Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes. Die Kompetenz zum Erlass jener Wettbewerbsregelungen, die zur Herstellung des Binnenmarktes erforderlich sind, liegt ausschließlich bei der EU. Eine mitgliedstaatliche Entflechtungsregelung dürfte daher nur Sachverhalte erfassen, die unterhalb der Schwelle unionsweiter Bedeutung liegen.

Vermutungsbasierte Gewinnabschöpfung

Ebenfalls abzulehnen sind die Vorschläge des Referentenentwurfs zur Erweiterung des § 34 GWB.

Das Wettbewerbsrecht darf sich nicht auf gesetzliche Vermutungen stützen. Um die Voraussetzungen für die Gewinnabschöpfung zu senken und dem Bundeskartellamt damit eine Durchsetzung der Regelung zu ermöglichen, schlägt der Entwurf jedoch gleich zwei Vermutungsregelungen vor. Das Bundeskartellamt soll erstens vermuten können, dass ein Verstoß gegen kartellrechtliche Pflichten einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht (Kausalitätsvermutung). Außerdem soll das Bundeskartellamt die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils schätzen können. Bezüglich der Höhe des Vorteils soll dann zweitens die Vermutung gelten, dass der im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverstoß stehende wirtschaftliche Vorteil mindestens ein Prozent der Umsätze im Inland beträgt, die das Unternehmen mit den Produkten erzielt hat, die mit dem Rechtsverstoß in Zusammenhang stehen (Vermutung der Schadenshöhe).

In beiden Fällen wird die Darlegungs- und Beweislast in unzulässiger Weise auf das betroffene Unternehmen verlagert, ohne dass dafür eine Notwendigkeit oder Rechtfertigung besteht. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum das Bundeskartellamt den erforderlichen Nachweis, dass der jeweilige Wettbewerbsverstoß tatsächlich einen konkreten Schaden verursacht hat, nicht selbst führen kann. Vielmehr verwischt die Vermutung der Kausalität die notwendige Unterscheidung zwischen einer (tatsächlichen) Gewinnabschöpfung und der Erhebung einer sanktionierenden Geldbuße. Nicht anderes gilt für die Vermutung der Schadenshöhe. Auch hier ist es Aufgabe des Bundeskartellamts, einen konkreten Nachweis des durch eine vermeintliche Wettbewerbsstörung eingetretenen Schadens zu führen. Der Referentenentwurf vollzieht mit der doppelten Beweislastumkehr hinsichtlich Kausalität und Schadenshöhe einen kritischen Paradigmenwechsel. Zumindest müsste dem Unternehmen möglich sein, auch hinsichtlich

der Kausalität die Vermutung zu widerlegen. Der Entwurf beschränkt sich in dieser Hinsicht ohne weiteren Grund aber auf die Widerlegung der Schadenshöhe.

In der jetzigen Ausgestaltung kommt der Regelung zur Gewinnabschöpfung der Charakter einer Bußgeldvorschrift zu. Bußgeldtatbestände sind im GWB jedoch bereits enthalten. Daher hat auch die Monopolkommission betont, dass neben Bußen und Schadensersatz keine Notwendigkeit für eine Gewinnabschöpfung besteht (Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV 2022, S. 204).

Fragmentierte Durchsetzung des DMA und europäische Harmonisierung

Der Referentenentwurf will die materiellen Verpflichtungen aus dem DMA dem Katalog der Kartellrechtsbestimmungen hinzufügen, die Gegenstand von zivilrechtlichen Beseitigungs- und Schaden-ersatzansprüchen sein können. Es mag sein, dass der DMA ein private enforcement seiner Verhaltenspflichten zulässt. Eine diesbezügliche Verpflichtung an die Mitgliedstaaten, dafür im nationalen Recht entsprechende Anspruchsgrundlagen zu schaffen, enthält der DMA aber gerade nicht. Der Referentenentwurf riskiert, hier wieder einen deutschen Alleingang einzuschlagen und damit zu einer weiteren Fragmentierung des europäischen Rechts beizutragen. Der Gesetzgeber muss anerkennen, dass der Europäischen Kommission die alleinige Kompetenz zukommt, den DMA durchzusetzen. Daher sollte von Regelungen zu einer privaten Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene Abstand genommen werden.

Zum Gleichlauf bzw einer harmonisierten Auslegung und Entwicklung des DMA trägt der Gesetzesentwurf auch in anderer Hinsicht nicht bei. Gemäß der DMA Regelungen sollten nationale Behörden nach Aufruf der Kommission tätig werden, nicht jedoch selbstständig und unabgestimmt. Es sollte dringend verhindert werden, dass BKartA und Kommission gleichzeitig das Gleiche untersuchen. Das würde zum einen zu doppelten Aufwänden auf allen Seiten führen und die Gefahr bergen und zu mehr Rechtunsicherheit führen.

Der Gatekeeper-Begriff aus dem DMA und die Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung nach §19a sind nicht deckungsgleich. Das Bundeskartellamt sollte daher nur noch in den Bereichen tätig werden können, die nicht durch den DMA abgedeckt werden.