

11. November 2022

Prof. Dr. Stefan Thomas
Universität Tübingen

Thesepapier

Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE 11. GWB-Novelle

- 1) § 32f Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle¹ schlägt vor, dem Amt die Befugnis zu weitreichenden Verfügungen bis hin zur Entflechtung zu geben, um Wettbewerbsstörungen zu beseitigen, die aus Sicht des Amtes bestehen, obwohl die Unternehmen sich rechtstreu verhalten. Im Gegensatz zum bisherigen Prinzip des deutschen und europäischen Kartellrechts sollen diese weitreichenden Befugnisse also nicht vom Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes abhängen.
- 2) Damit käme es zu einem Paradigmenwechsel in der Wettbewerbspolitik. Die Kartellbehörde wäre künftig mit der Möglichkeit ausgestattet, wettbewerbliche Handlungsspielräume zu definieren. Das war bislang dem Gesetzgeber vorbehalten. Unternehmen hätten keine Möglichkeit, den Erlass solcher behördlicher Verhaltensvorgaben oder gar Entflechtungsanordnungen vorherzusehen oder zu vermeiden, da diese Maßnahmen nicht an einen Verstoß gegen geltendes Kartellrecht anknüpfen.
- 3) Ein wettbewerbspolitisches Bedürfnis für eine solche Generalbefugnis besteht nicht. Der Referentenentwurf nennt verschiedene Wettbewerbsszenarien, in denen das geltende Kartellrecht angeblich zu kurz greift. Eine umfassende Analyse bestehender Gesetze und ihrer Anwendungspraxis zeigt jedoch, dass diese vermeintlichen Regelungslücken nicht bestehen. Wettbewerb kann nach geltender Rechtslage in Deutschland effektiv geschützt werden.
- 4) Das Gesetz würde sich mit seiner Entflechtungsbefugnis faktisch auf Unternehmen mit Sitz in Deutschland beschränken, weil eine Entflechtung ausländischer Unternehmen illusorisch wäre. Ein solches Vorgehen würde zu einer Diskriminierung deutscher Unternehmen im internationalen Wettbewerb führen. § 32f RefE begründet zudem die Gefahr von De-Investitionsanreizen hinsichtlich deutscher Unternehmen mit möglichen Folgen für den Fiskus und die Arbeitnehmer*Innen. Solche Gefahren müssten bei einem so gravierenden Gesetzgebungsvorschlag hinreichend geprüft und berücksichtigt werden.
- 5) Das Gesetz kollidiert in verschiedener Hinsicht mit vorrangigem EU-Recht. Die EU hat insoweit eine vorrangige Gesetzgebungskompetenz in Kartellrechtsfragen, die nicht durch nationale Gesetzgebung im Kartellrecht unterminiert werden darf. Die entsprechenden EU-rechtlichen Einwände wurden bereits anlässlich eines ähnlichen (letztlich gescheiterten) Vorschlags im Jahr 2010 aufgezeigt, und sie greifen weiterhin. Ebenso bestehen verfassungsrechtliche Einwände gegen die weitreichenden Eingriffsbefugnisse, die bis hin zu einer kompensationslosen Zerschlagung von Unternehmen reichen würden.

Eine schriftliche Ausarbeitung der Thesen ist veröffentlicht in:

Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR) 2022, S. 333-355

Der Artikel ist frei verfügbar (open access) unter:

https://www.zwer-online.de/fileadmin/user_upload/ZWeR/ZWeR_2022_04_Aufsatz_Stefan_Thomas.pdf

¹ RefE Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (= 11. GWB-Novelle) vom 15. September 2022, verfügbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 11.11.2022).