

Stellungnahme

Referentenentwurf eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (12. GWB-Novelle)

Kartellrecht effizienter gestalten; Kooperierendem Mittelstand mehr Freiraum geben

Der Bundesverband Kooperierender Mittelstand (BKM) vertritt als Spitzenverband der deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 200.000 mittelständischen Unternehmen, die in über 250 Verbundgruppen organisiert sind. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer Marke auf, z.B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP: ElectronicPartner, expert und BÄKO. Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung und Trendforschung.

Der BKM unterstützt grundsätzlich das Ziel des Gesetzgebers, das Wettbewerbs- und Kartellrecht weiterzuentwickeln, um dadurch die effektive Anwendung des Rechts sicherzustellen und die Verfahren schneller und effizienter auszugestalten. Dabei muss allerdings der rechtsdogmatische Rahmen gewahrt werden.

Bei der Weiterentwicklung des Kartellrechts müssen zudem die Belange von kleinen und mittleren Handels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen, die sich in Einkaufs- und Verbundgruppen organisiert haben, stärker Berücksichtigung finden. Der Nachteilsausgleich gegenüber Filialsystemen und Großkonzernen muss dabei insbesondere im Bereich des Informationsaustausches im deutschen Wettbewerbsrecht wesentlich breiter verankert werden.

Zu den für den kooperierenden Mittelstand relevanten Regelungen des Referentenentwurfs eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird im Folgenden Stellung genommen.

Anhebung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifschwellen

Der kooperierende Mittelstand begrüßt die vorgesehene Anhebung der Aufgreifschwellen in der Fusionskontrolle. Die Anpassung trägt dazu bei, die Fusionskontrolle stärker auf solche Zusammenschlüsse zu konzentrieren, bei denen tatsächlich wettbewerbliche Bedenken bestehen können, und vermeidet zugleich unnötige bürokratische Belastungen für Unternehmen. Gerade für Einkaufs- und Verbundgruppen sowie deren mittelständischen Anschluss Häuser aus Handel, Handwerk und Dienstleistung ist es von großer Bedeutung, dass wirtschaftlich sinnvolle Transaktionen nicht mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand verbunden werden.

Die Anhebung der Umsatzschwellenwerte nach § 35 Abs. 1 GWB um bis zu 50 Prozent stellt vor diesem Hintergrund einen sachgerechten Schritt dar. Sie berücksichtigt nicht nur die sehr hohe Anzahl von angemeldeten und letztlich freigegebenen Fusionsvorhaben der letzten Jahre, sondern stärkt darüber hinaus zugleich die Effizienz der Fusionskontrolle, indem wettbewerblich regelmäßig unbedenkliche Zusammenschlüsse künftig häufiger von der Anmeldepflicht ausgenommen werden. Dies entlastet insbesondere mittelständische Unternehmen, ohne die Wirksamkeit der Fusionskontrolle in ihrem Kern nachhaltig zu beeinträchtigen.

Unterstützenswert ist auch das Ziel, die Rechtssicherheit bei der Anwendung der Transaktionswertschwelle zu erhöhen, um wettbewerblich relevante Zusammenschlüsse im Bereich sog. „killer acquisitions“ künftig wirksamer erfassen zu können. Positiv zu bewerten ist dabei insbesondere die Klarstellung, dass die Transaktionswertschwelle und die sich daraus ergebende Anmeldepflicht gleichrangig neben dem Umsatzschwellenwert steht. Ebenso erscheint es sachgerecht, den Anwendungsbereich auf Vorgänge zu erstrecken, bei denen die Zielunternehmen zwar bislang nur geringfügig in Deutschland tätig sind, jedoch ein erhebliches zukünftiges Marktpotenzial aufweisen.

Stärkung des Rechtsschutzes bei Ministererlaubnisentscheidungen

Die Rückkehr zu den vor der 9. GWB-Novelle geltenden Verfahrensstrukturen beim Ministererlaubnisverfahren ist angezeigt und trägt dazu bei, den besonderen Ausnahmecharakter der Ministererlaubnis zu unterstreichen und zugleich einen effektiven Rechtsschutz für die Verfahrensbeteiligten sicherzustellen.

Ausweitung des Anspruchs auf behördliche Entscheidung

Seit der 10. GWB-Novelle besteht mit § 32c Abs. 4 GWB ein Anspruch für Unternehmen auf eine Entscheidung des Bundeskartellamts, wenn dieses keinen Anlass zum Tätigwerden sieht. Dieser Anspruch besteht allerdings bislang nur für horizontale Kooperationen. Es ist richtig und wichtig, diesen Anspruch nun auch auf vertikale Konstellationen auszuweiten. Durch eine frühzeitige kartellrechtliche Bewertung möglicher Vorhaben durch das Amt kann für die Unternehmen mehr Rechtssicherheit, insbesondere bei innovativen und neuartigen Kooperationen gewährleistet werden. Der ausgeweitete Anspruch auf kartellbehördliche Entscheidung sorgt damit auch für eine Entlastung der Wirtschaft.

Geplante Änderung von § 34 Abs. 1 GWB

Wie im Rahmen der Verbändeanhörung mitgeteilt, schlägt das Bundesministerium der Finanzen über die im Referentenentwurf vorgesehenen Reformen hinaus eine Änderung der Regelung zur Vorteilsabschöpfung vor. Die insoweit geplante Änderung des § 34 Abs. 1 GWB dahingehend, dass der kartellrechtliche Verstoß nicht mehr „vorsätzlich oder fahrlässig“ erfolgt sein muss, begegnet aus Sicht des BKM erheblichen Bedenken. Die vorgesehene Ausgestaltung birgt die Gefahr, dass die Vorteilsabschöpfung zunehmend in Richtung einer verschuldensunabhängigen wirtschaftlichen Sanktion verschoben wird. Dies würde eine erhebliche Abkehr vom im Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich verankerten Schuldprinzip darstellen. Die wirtschaftliche Abschöpfung eines durch einen Kartellrechtsverstoß erlangten Vorteils ist zwar ihrem Wesen nach kein klassisches Bußgeld, entfaltet jedoch in der praktischen Anwendung eine vergleichbare Eingriffsintensität. Wird die Anknüpfung an vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten faktisch entwertet, entsteht eine Nähe zu einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung, die mit den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar erscheint.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass die vom BMF vorgeschlagene Änderung von § 34 Abs. 1 GWB erhebliche Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung hervorruft. Insbesondere die Bestimmung eines „erlangten wirtschaftlichen Vorteils“ sowie dessen kausale Zuordnung zu einem konkreten Kartellrechtsverstoß sind bereits heute in der Praxis mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden. Eine gleichzeitige Absenkung der Verschuldensanforderungen würde die Prognosesicherheit für Unternehmen weiter reduzieren und damit zu einer Übervorsicht in der unternehmerischen Entscheidungsfindung führen.

Schließlich besteht die Gefahr einer systematischen Überlagerung mit bestehenden Sanktionsinstrumenten des Kartellrechts, insbesondere Bußgeldverfahren nach § 81 GWB sowie zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Eine zusätzliche, potentiell verschuldensnahe oder -unabhängige Vorteilsabschöpfung könnte zu einer unverhältnismäßigen Gesamtbelastung der Unternehmen führen und das Gleichgewicht des kartellrechtlichen Sanktionssystems beeinträchtigen.

Vor diesem Hintergrund fordert der BKM, an dem Verschuldenserfordernis in seiner klaren und rechtsdogmatisch verankerten Funktion festzuhalten und etwaige Reformüberlegungen stärker auf eine präzise und praktikable Abgrenzung der Vorteilsberechnung zu konzentrieren, anstatt die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm weiter zu flexibilisieren.

Informationsaustausch im kooperierenden Mittelstand

Wir nehmen die 12. GWB-Novelle zum Anlass, um erneut auf die Notwendigkeit hinzuweisen, innerhalb von Einkaufs- und Verbundgruppen sowie Genossenschaften einen adäquaten Informationsaustausch zu gewährleisten. In der Regel ist der Austausch von strategisch relevanten Informationen, denen zwischen unabhängigen Unternehmen eine wettbewerbliche Relevanz nicht abgesprochen werden kann, für die Existenz von Verbundgruppen und Genossenschaften und ihrer Mitgliedsunternehmen notwendig und unterfällt daher richtigerweise dem Genossenschaftsprivileg.

Ein wesentlicher Zweck von Einkaufs- und Verbundgruppen liegt darin, besonders attraktive Einkaufskonditionen für die in der Verbundgruppe organisierten, kleinen und mittleren Unternehmen zu verhandeln, um dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der Mitglieder zu begründen und zu erhalten. Aus diesem Grund werden Einkaufskooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen von der Politik und Gesetzgebung regelmäßig als wettbewerbsfördernd angesehen und für die Situation des gemeinsamen Einkaufs vom Kartellverbot freigestellt.

Zur Umsetzung einer gemeinsamen Einkaufsregelung und damit der praktischen Durchführung einer Einkaufskooperation, gehört aber wesensimmanent auch die Bündelung der Nachfrage und die Verhandlung von Einkaufskonditionen mit den jeweiligen Lieferantepartnern. Derjenige, der einen gemeinsamen Einkauf organisieren soll, muss sich also zunächst eine Meinung darüber bilden, ob hinreichend viele Mitglieder überhaupt eine solche

Bündelung benötigen. Gelangt die Einkaufskooperation zu der Einschätzung, dass es erfolgsversprechend ist, auf einen bestimmten Lieferanten hinzuzutreten, sind Verhandlungen nur aussichtsreich, wenn die Einkaufskooperation ein gebündeltes Nachfragevolumen präsentieren kann. Soweit jedes Mitglied als Nachfrager demgegenüber nach wie vor eigenständig und allein einkauft, wird sich kein Lieferantenpartner auf eine Verhandlung einlassen. Es ist mithin für die Verbundgruppe zwingend notwendig, dass sie zunächst bei Ihren Mitgliedern Informationen über die dortigen Bedarfe und Einkaufskonditionen einholt, um dann – gestützt auf diese Informationen der Mitglieder – mit dem Lieferantenpartner auf Augenhöhe für die gesamte Verbundgruppen und die ihr angeschlossenen Mitglieder zu verhandeln.

Die hierfür notwendigen Prozesse des Informationsaustausches sind aber nach aktueller Rechtslage bzw. Auslegung durch das Bundeskartellamt mit nicht unerheblichen Risiken für die Betroffenen behaftet: die Offenlegung von Preisen, auch Einkaufspreisen, wird als Beschränkung des Wettbewerbs angesehen, die Koordinierung und Steuerung von Einkaufsvolumina in Richtung der Lieferantenpartner kann den Verdacht eines Boykottaufrufs begründen, wenn ein Rahmenvertrag zwischen Verbundgruppe und Lieferantenpartner – aus welchen Gründen auch immer – nicht zustande kommt und die Verbundgruppe ihre Mitglieder darüber in Kenntnis setzt.

Es ist vor diesem Hintergrund notwendig, den Informationsaustausch von Einkaufskonditionen und anderen Einkaufs-Parametern (Mengen, Zeiträume etc.) innerhalb von Verbundgruppen vollständig zu legalisieren. In Anlehnung an die Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission sollte der Austausch dieser Geschäftsinformationen grundsätzlich zulässig sein. Dies gilt nicht nur für den Informationsaustausch auf horizontaler Ebene innerhalb der Genossenschaft, z.B. in Einkaufsausschüssen oder ähnlichen Gremien, wo sich die Mitglieder der Verbundgruppe beraten, sondern auch für den Fall, dass ein Mitglied der Verbundgruppe im Namen der Verbundgruppe die Verhandlungen mit dem Lieferantenpartner führt. In diesem Fall agiert das Mitglied der Verbundgruppe mithin nicht als selbständiger Unternehmer, sondern nimmt ein Mandat der Verbundgruppe und damit auch der anderen Mitglieder wahr. Dies kann nur dann erfolgreich gelingen, wenn das verhandelnde Mitglied der Verbundgruppe die Einkaufskonditionen der anderen Mitglieder kennt.

Eine ähnliche Liberalisierung ist im Bereich des Informationsaustausches im Rahmen von Betriebsvergleichen notwendig. Verbundgruppen bieten den in ihnen organisierten kleinen und mittleren Handels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen Informationen in

verschiedenen Formen und Informationsaustausch in Telefonkonferenzen und Gremiensitzungen an. Die Mitglieder erhalten dadurch die Gelegenheit, neben einer gemeinsamen Bewertung anstehender Änderungen von rechtlichen Rahmenbedingungen auch die Marktsituation zu erörtern, regionale Besonderheiten kennenzulernen und Informationen auszutauschen. Dies ist originäre Funktion und Aufgabe einer Genossenschaft. Kartellrechtlich ist dieser Informationsaustausch aber mit einem Makel behaftet und nur dann zulässig, wenn hiermit keine Wettbewerbsverhinderung, -einschränkung oder -verfälschung bezweckt oder bewirkt wird.

Soweit es sich um branchenspezifisch öffentlich verfügbare bzw. zugängliche Marktstatistiken und Marktinformationen handelt, ist der Austausch von Informationen in der Regel unproblematisch. Bei Betriebsvergleichen, die von den Verbundgruppen selbst oder sonstigen marktkundigen Dritten für ihre Mitglieder angeboten und organisiert werden, stellt das Kartellrecht indes Anforderungen, die mit dem Gedanken des genossenschaftlichen Förderauftrages aus Sicht des BKM nicht übereinstimmen.

Dies zeigt sich insbesondere bei einem Informationsaustausch über die in einem Betriebsvergleich aufgenommenen Wirtschaftskennzahlen zum Thema „Betriebliche Kosten“ (sog. Kostenvergleich). Hier ist es gerade Sinn und Zweck des Informationsaustausches, dass die Mitglieder der Verbundgruppe sich untereinander über die einzelnen Kostenpositionen und -entwicklungen detailliert austauschen, um voneinander zu lernen. Wenn man hierbei aber die durch das Kartellrecht aufgestellten Anforderungen nach Anonymisierung, Aggregation und Verwendung von historischen Zahlen einhält, ist ein derartiger Informationsaustausch nicht möglich bzw. sinnlos. Wie sollte man auch von einem anderen Mitglied der Verbundgruppe lernen, wenn man nicht weiß, wen man z.B. bei der Frage nach der positiven Kostenentwicklung ansprechen soll?

Gleiches muss für den klassischen Betriebsvergleich gelten, bei dem wirtschaftliche Kennzahlen (z.B. Umsatz, Flächenumsatz, Umsatzanteile bei bestimmten Vertragslieferanten) der teilnehmenden Betriebe in regelmäßigen Abständen miteinander verglichen werden. Auch hier besteht über den gemeinsamen Geschäftsbetrieb in der Verbundgruppe ein übergeordnetes Ziel und damit eine Rechtfertigung zum Informationsaustausch.

Ansprechpartner: Dr. Marc Zgaga

E-Mail: m.zgaga@bkm-verband.de

Herausgeber:

Bundesverband Kooperierender Mittelstand e.V. (BKM)

Unter den Linden 17

10117 Berlin