

Begründung

(Stand: 17.12.2003)

A. Allgemeines

1. Vorgeschichte

Nach der Ankündigung im Jahreswirtschaftsbericht 2003 hat die Bundesregierung das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umfassend überprüft mit dem vorrangigen Ziel der Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Recht. Weiteres wichtiges Ziel war die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbsprinzips. Die Überprüfung wurde fachlich begleitet von der im März 2003 eingerichteten „Expertengruppe 7. GWB-Novelle“. Am 4. März 2003 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit den Entwurf von Eckpunkten für eine 7. GWB-Novelle und gab den beteiligten Wirtschaftskreisen sowie den Ländern Gelegenheit zur Stellungnahme. Am 11. Juni 2003 wurden die betroffenen Verbände zum Entwurf der Eckpunkte angehört. [Weitere Darstellung der Erarbeitung des Regierungsentwurfs ...].

2. Anlass und Ziele des Entwurfs

Anlass des vorliegenden Entwurfs ist die Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (im Folgenden: VO 1/2003) durch den Rat der Europäischen Union. Diese Verordnung wird am 1. Mai 2004 in Kraft treten. Die bislang bestehende grundsätzliche Anmelde- und Genehmigungspflicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen wird überführt in ein System der Legalausnahme. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gelten danach automatisch als freigestellt, wenn sie die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 des EG-Vertrages (im Folgenden: EG) erfüllen. Gleichzeitig wird der Vorrang des europäischen Rechts hinsichtlich der Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmter Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG (im folgenden "wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen") erheblich erweitert.

Die Neuregelung auf EU-Ebene hat erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Zahlreiche Unternehmensabsprachen haben Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel und sind daher nach Art. 81 EG zu beurteilen. Eigenständige Bedeutung wird dem deutschen Wettbewerbsrecht zu Vereinbarungen künftig nur noch in den Fällen zukommen, die rein lokale oder regionale Auswirkungen haben und keine zwischenstaatliche Relevanz aufweisen. Die Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht im GWB bleiben hiervon unberührt.

Durch die Reform werden die Regelungen im GWB für Unternehmenskooperationen an die neue Konzeption des europäischen Wettbewerbsrechts angepasst. Wie im europäischen Recht wird damit die Rechtsanwendung entbürokratisiert und vereinfacht. Für die Unternehmen ergibt sich daraus ein größerer Freiraum, aber auch eine höhere Eigenverantwortung.

Die Angleichung an das europäische Recht erfasst auch die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Nach europäischem Recht (Art. 81 EG) unterliegen vertikale Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken (Vertriebsbindungen), ebenso wie horizontale Vereinbarungen einem Verbot mit Legalausnahme. Im bisherigen GWB sind dagegen sog. Inhaltsbindungen (für Preise und Konditionen) per se verboten; andere Vertriebsbindungen sind grundsätzlich erlaubt, unterliegen aber einer Missbrauchsaufsicht. Die bisherige deutsche Systematik ist zwar wettbewerbspolitisch sachgerecht und führt auch zu praktisch befriedigenden Ergebnissen. Angesichts des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts wird jedoch zukünftig im Grundsatz das

europäische Modell für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen übernommen, um die Einheit des Wettbewerbsrechts zu bewahren.

In die Neuregelung werden auch horizontale und vertikale Vereinbarungen einbezogen, die keine zwischenstaatlichen Auswirkungen haben und deshalb allein dem deutschen Recht unterliegen. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen - oftmals zu ihren Lasten - zu vermeiden, sind lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen. Nur in Ausnahmefällen ist es sachgerecht, spezifische Regelungen des deutschen Wettbewerbsrechts aufrecht zu erhalten.

Der unbedingte Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt nicht für die Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkendem Verhalten. Diese Fälle können daher im deutschen Recht anders geregelt werden als in Art. 82 EG. Von dieser Möglichkeit wird auch weiterhin Gebrauch gemacht. Die Bestimmungen in § 19 zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen stimmen zwar weitgehend mit Art. 82 EG überein, enthalten zum Teil aber auch spezielle Regelungen über Art. 82 EG hinaus, insbesondere hinsichtlich der Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (§ 19 Abs. 4 Nr. 4). Diese Regelungen haben in der Praxis erhebliche Bedeutung, vor allem im Bereich der Netzindustrien. Die Vorschriften über das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen (§ 20) erfüllen eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Das gilt insbesondere für das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis. Diese Regelungen, die in Art. 82 EG keine Entsprechung haben, bleiben daher aufrechterhalten.

Die Europäische Kommission (im folgenden: Kommission) und die nationalen Wettbewerbsbehörden werden künftig mit dem Ziel einer effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in einem „Netzwerk“ eng zusammenarbeiten. Durch die Reform werden daher Verfahrensregelungen und Ermittlungsbefugnisse im GWB an die Neuregelungen in der VO 1/2003 angepasst. Dies ist erforderlich, damit die Kooperation der Kartellbehörden mit den anderen Behörden des europäischen Netzwerkes möglichst reibungslos funktionieren kann.

Neben der grundlegenden Überarbeitung des Rechts der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen enthält der Entwurf auch einige verfahrensrechtliche Änderungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle. Die mit der 6. GWB-Novelle eingeführte Möglichkeit von Drittklagen gegen förmliche Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts hat sich in der Praxis teilweise als Vollzugshindernis für Fusionen erwiesen. Dies kann zu einem Investitionshemmnis mit erheblichen nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland führen. Insbesondere die weitgehende Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz im Fall der gerichtlichen Anfechtung war daher zu überprüfen. In Zukunft wird maßgebliches Kriterium für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes die Verletzung eigener Rechte des Beschwerdeführers sein. Insoweit folgt der Entwurf den Grundsätzen, die für den gerichtlichen Rechtsschutz im allgemeinen Verwaltungsrecht gelten. Weitergehende Einschränkungen sind nicht notwendig. Insbesondere der Rechtsschutz in der Hauptsache bleibt unverändert.

Für eine Anpassung der materiellen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle besteht derzeit keine Notwendigkeit. Ob und inwieweit nach Abschluss der laufenden Revision der europäischen Fusionskontrollverordnung eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts angezeigt ist, kann erst zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden.

3. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die mit dem Entwurf angestrebte Novellierung des GWB beruht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 Grundgesetz (Sachgebiet: Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung). Eine bundesgesetzliche Regelung ist nach Art. 72 Abs. 2 Grundgesetz sowohl bezogen auf das Gesamtvorhaben als auch auf die wichtigsten Einzelregelungen erforderlich. Der Entwurf enthält eine grundsätzliche Neuausrichtung insbesondere des Rechts der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Diese Regelung, die im Binnenmarkt weitgehend durch europäisches Recht vorgegeben ist, kann für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland in sachgerechter Weise auch nur einheitlich durch den Bundesgesetzgeber erfolgen. In einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland sind grundsätzlich unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Standards für die Unternehmen nicht tragbar. Ausnahmen hiervon für einzelne Sachgebiete sind nicht möglich. Auch soweit das GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist eine einheitliche Regelung des Verfahrens für die Landeskartellbehörden aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.

Das Gesetz bedarf der Zustimmung durch den Bundesrat. Insbesondere die neugefassten Vorschriften über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden regeln auch Verwaltungsverfahren der Länder im Sinne des Art. 84 Abs. 1 Grundgesetz.

4. Grundzüge des Entwurfs

- a) Im Hinblick auf das **Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen** und den **Ausnahmen von diesem Verbot** bleiben dem nationalen Gesetzgeber auf Grund des erweiterten Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 3 VO 1/2003) zwei Wahlmöglichkeiten: für Vereinbarungen mit zwischenstaatlicher Bedeutung besteht die Möglichkeit, entweder nur europäisches Recht anzuwenden oder die parallele Anwendung von europäischem und nationalem Recht vorzusehen (wobei nationales Recht im Ergebnis nicht vom europäischen Recht abweichen darf). Bei Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist der nationale Gesetzgeber frei und kann in eigener Souveränität entscheiden, ob es notwendig ist, dass das nationale Recht dem europäischen Vorbild folgt. In dem Entwurf ist für Vereinbarungen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen die parallele Anwendung des europäischen und nationalen Rechts vorgesehen. Ein wesentlicher Grund hierfür ist die fehlende begriffliche Schärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nach Artikel 81 EG. Ihre Definition insbesondere durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt weiten, letztlich wertenden Gesichtspunkten. Danach ist die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann gegeben, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar und mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann (vgl. EuGH; Urteil vom 11.12.1980, „L'Oréal“, Slg. 1980, 3775, 3791). Die Zwischenstaatlichkeitsklausel würde somit keine scharfe Grenze ziehen zwischen der Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts und dem Bereich, der allein der nationalen Wettbewerbsordnung vorbehalten ist. Die parallele Anwendung des europäischen und nationalen Rechts auf Vereinbarungen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug stellt sicher, dass insbesondere in Zweifelsfällen der Anwendbarkeit europäischen oder nationalen Wettbewerbsrechts („Graubereich“) die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidungen nicht in Frage gestellt ist, sofern

nationales und europäisches Wettbewerbsrecht (wie im Regelfall) zum gleichen Ergebnis führen.

Für Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen sieht der Entwurf die weitestgehende Übernahme des europäischen Rechts vor. Nur so kann eine unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug vermieden werden. Eine solche Zweiteilung wäre zum einen wegen der begrifflichen Unschärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nur schwer handhabbar. Sie ist aber auch nicht sachgerecht. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen - oft zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen - zu vermeiden, sind lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen. Nur in Ausnahmefällen, vor allem wenn vorrangige Regelungen des europäischen Rechts nicht vorliegen und für den nationalen Gesetzgeber somit ein freier Entscheidungsspielraum verbleibt, kann es gerechtfertigt sein, spezifische Regelungen des deutschen Wettbewerbsrechts aufrecht zu erhalten. Der Entwurf folgt damit dem Beispiel vieler Mitgliedstaaten, die bereits in ihrem geltenden Recht das europäische Recht ganz oder teilweise übernommen haben; andere Mitgliedstaaten werden dies mit der Anpassung an die VO 1/2003 nachholen. Damit entsteht in Europa für den Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ein nahezu identisches Recht. Einheitliche Regelungen im europäischen Wettbewerbsrecht und im Wettbewerbsrecht der demnächst 25 Mitgliedstaaten sind im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt geboten. Für die Unternehmen ist die Schaffung eines derartigen „level playing field“ mit erheblichen Vorteilen verbunden. Die Wirtschaft unterstützt deshalb den Systemwechsel, auch soweit dadurch das deutsche Recht wie z.B. bei den vertikalen Vereinbarungen ausnahmsweise verschärft wird.

Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1, auch soweit sie schon bisher in dieser Vorschrift enthalten waren, wie etwa der Definition von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen oder dem Merkmal einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts auch weiterhin zu berücksichtigen. Diese Rechtsfolge, die sich durch die Angleichung des Wortlauts bereits seit der 6. GWB-Novelle ergibt, wird durch den Grundsatz der europafreundlichen Auslegung und Anwendung nach Maßgabe der neuen Vorschrift des § 23 bekräftigt. Darin einbezogen sind auch Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission. Solche Hinweise zur Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG sind etwa enthalten in den Leitlinien zu horizontalen (ABl. C vom 06.01.2001; S. 3) oder zu vertikalen Vereinbarungen (ABl. C 291 vom 13.10.2000; S. 1) ebenso wie in speziellen sektorspezifische Regelungen. Maßstäbe für die Verwaltungspraxis der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG enthält auch die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (sog. de-minimis-Bekanntmachung, ABl. C 368 vom 22. Dezember 2001), die insbesondere quantitative Kriterien für die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aufstellt.

Auch die Beweislastverteilung folgt im Grundsatz dem europäischen Recht: danach trägt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot des § 1 die Partei oder die Behörde, die diesen Vorwurf erhebt. Die Beweislast dafür, dass die Freistellungs-voraussetzungen nach dem neuen § 2 vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen. Hiervon unberührt bleiben

jedoch der Untersuchungsgrundsatz in kartellrechtlichen Bußgeld- und Untersagungsverfahren sowie die Unschuldsvermutung in Bußgeldverfahren.

Im Einzelnen sieht der Entwurf folgende Neuerungen vor:

- **Erstreckung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen** entsprechend Art. 81 Abs. 1 EG (dazu siehe aa),
- Schaffung einer dem Art. 81 Abs. 3 EG entsprechenden **Generalklausel für die Freistellung** von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen (dazu siehe bb),
- **Aufhebung der meisten speziellen Freistellungstatbestände** im bisherigen deutschen Recht mit Ausnahme einer Sonderregelung für die **Freistellung von Mittelstandskartellen** (dazu siehe cc),
- **Aufrechterhaltung des per-se-Verbots für Preisbindungen der 2. Hand** entsprechend dem bisherigen § 14; inhaltlich wird dieses Verbot jedoch an die europäische Regelung in der Vertikal-GVO angepasst (dazu siehe dd),
- Beseitigung des bisherigen Verfahrens der grundsätzlichen Administrativfreistellung und **Einführung des Systems der Legalausnahme** wie im europäischen Recht (dazu siehe ee).

- aa) Bereits im Rahmen der 6. Novelle des GWB wurde der Wortlaut des Kartellverbots im bisherigen § 1 an Art. 81 Abs. 1 EG angeglichen. Die Angleichung erfasste jedoch nur Horizontalvereinbarungen. Entsprechend Art. 81 Abs. 1 EG wird nunmehr auch im deutschen Recht das **Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt**. Hierzu wird insbesondere das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen für die Anwendung der Verbotsnorm des § 1 gestrichen. § 1 hat damit zukünftig den gleichen Regelungsgehalt wie Art. 81 Abs. 1 EG. Daher sind bei der Auslegung und Anwendung von § 1 auch die Regelbeispiele des Art. 81 Abs. 1 EG heranzuziehen, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Text des § 1 aufgeführt sind. Aus ihnen wird zum Beispiel die Anwendbarkeit des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen deutlich. So erfasst das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (Beispiel in Buchstabe a in Art. 81 Abs. 1 EG) sowohl horizontale wie auch vertikale Preis- und Konditionenbindungen. Dagegen unterscheiden sich die Anwendungsbereiche beider Vorschriften. Art. 81 Abs. 1 EG erfasst nur Vereinbarungen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. § 1 gilt dagegen einerseits für Vereinbarungen, bei denen diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, zum andern aber auch parallel zu Art. 81 Abs. 1 EG für zwischenstaatlich relevante Vereinbarungen.

Die Übernahme der europäischen Systematik bei der Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ist in erster Linie dem durch die neue VO 1/2003 weiter gestärkten Vorrang des europäischen Rechts geschuldet. Nach bisherigem deutschem Recht unterliegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – abgesehen vom Preis-

und Konditionenbindungsverbot des bisherigen § 14 - nur einer mit hohen Eingriffsschwellen verbundenen Missbrauchsaufsicht. Damit trägt das bisherige deutsche Recht der im Vergleich zu Horizontalvereinbarungen grundsätzlich geringeren wettbewerbspolitischen Schädlichkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen angemessenen Rechnung. Dies führt in der Praxis auch zu sachgerechten Ergebnissen. Im europäischen Recht hat die Erstreckung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf vertikale Vereinbarungen in erster Linie integrationspolitische Ziele, insbesondere um sicherzustellen, dass der Abbau staatlich veranlasster Beschränkungen des Binnenmarkts nicht durch privatrechtliche Beschränkungen (z. B. durch Gebietsschutz) unterlaufen wird. Angesichts des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts kann sich aber auch das deutsche Recht der systematischen Einordnung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischer Ebene nicht entziehen.

Hinzu kommt, dass sich das deutsche und europäische Verständnis von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend angenähert haben. Die neue Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 für Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (sog. Vertikal-GVO, ABl. 1999 L 336/21) geht aufgrund der bisher gewonnenen Erfahrungen zu vertikalen Vereinbarungen davon aus, dass bestimmte Vereinbarungen mit vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Wirkungen stärker ins Gewicht fallen als die wettbewerbschädlichen Wirkungen, die von Beschränkungen in den vertikalen Vereinbarungen verursacht werden, hängt davon ab, in welchem Ausmaß die Unternehmen dem Wettbewerb anderer Lieferanten von Waren oder Dienstleistungen ausgesetzt sind (sog. „inter-brand-Wettbewerb“). Die Vertikal-GVO geht im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von der Vermutung aus, dass positive Wirkungen eintreten, wenn der auf den Lieferanten entfallende Anteil bzw. bei Alleinvertriebsvereinbarungen der auf den Abnehmer entfallende Anteil an dem relevanten Markt 30 % nicht überschreitet. Bestimmte Arten schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen werden als so negativ beurteilt, dass die Freistellungswirkung ausgeschlossen ist. Im Kern führt die Vertikal-GVO - ebenso wie das bisherige deutsche Recht - zur grundsätzlichen Freistellung der überwiegenden Anzahl vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Da der Entwurf die Anpassung an die europäische Verbotsnorm des Art. 81 Abs. 1 EG unmittelbar mit der Anpassung an die europäischen Freistellungstatbestände (einschließlich der Gruppenfreistellungsverordnungen) verknüpft, führt die Erstreckung des Kartellverbots des bisherigen § 1 auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sachlich zu angemessenen Ergebnissen.

Folge dieser Anpassung ist, dass die bisherigen §§ 14 bis 18 aufgehoben werden. Die bisherige Regelung zur Missbrauchsaufsicht über vertikale Vereinbarungen (§ 16) fällt ersatzlos weg. Zum Verbot der Preisbindung, das bisher in § 14 geregelt war, siehe § 4 (unten dd)). Die Ausnahmeregelung für Zeitungen und Zeitschriften (bisher § 15) findet sich nunmehr in den Ausnahmebereichen (§ 30).

Mit der Erstreckung des Kartellverbots auf vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entfällt zukünftig auch die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich des § 1 von jenem der bislang für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geltenden Vorschriften (§§ 14 ff.) abzugrenzen. Die neuere Rechtsprechung des BGH verwendete

hierzu das Kriterium des „anzuerkennenden Interesses“ (vgl. BGH; Beschluss vom 18. Februar 2003 - KVR 24/01 - Verbundnetz II). Danach unterfallen Austauschverträge unter Wettbewerbern mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt dem § 1, wenn für die beschränkende Abrede kein das Austauschverhältnis förderndes anzuerkennendes Interesse gefunden werden kann. Ist dies jedoch der Fall, so hat dies zur Folge, dass der Vertrag ausschließlich als Vertikalvereinbarung zu behandeln ist und damit bislang dem Regime der §§ 14 ff. unterfällt. Mit der Neufassung des § 1 können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auch dann grundsätzlich vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen erfasst sein, wenn für sie ein anzuerkennendes Interesse zu bejahen ist.

- bb) Für die Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sieht der Entwurf eine weitestgehende **Übernahme des Generalklauselprinzips in Anlehnung an Art. 81 Abs. 3 EG** vor. Das bisherige deutsche Recht verfolgt den Ansatz kasuistisch ausgestalteter Tatbestände, ergänzt um einen Auffangtatbestand, der sich bereits an Art. 81 Abs. 3 EG orientiert hat (§ 7). Sowohl ein Generalklauselprinzip wie auch ein kasuistisch ausgestaltetes System von Freistellungstatbeständen haben ihre je eigenen Vorteile. Ein kasuistisch ausgestaltetes System bietet, insbesondere in Verbindung mit dem bislang geltenden Administrativfreistellungssystem, den Vorteil höherer Rechtssicherheit, während ein Generalklauselprinzip insgesamt besser geeignet ist, auf in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen angemessen reagieren zu können.

Ähnlich wie bei der Ausgestaltung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (siehe oben zu aa) muss auch bei der Ausgestaltung der Freistellungstatbestände die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene angemessen berücksichtigt werden. Angesichts der obligatorischen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts parallel zum nationalen Wettbewerbsrecht bei allen Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug (vgl. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003) und angesichts des Vorrangs des nun als Legalausnahme anzuwendenden Art. 81 Abs. 3 EG gegenüber entgegenstehendem - auch strengerem - nationalem Wettbewerbsrecht erscheint für das deutsche Recht die Aufrechterhaltung eines vom Generalklauselprinzip des Art. 81 Abs. 3 EG abweichenden Systems nicht mehr sachgerecht. § 2 übernimmt daher die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG. Dabei ist der Freistellungstatbestand des § 2 wie das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des § 1 auch auf solche Fälle anwendbar, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Dadurch bleibt die Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts sichergestellt.

Entsprechend Art. 81 Abs. 3 EG hängt eine Freistellung von dem kumulativen Vorliegen der zwei „positiven“ und zwei „negativen“ Voraussetzungen der Freistellung ab: Zum einen muss in positiver Hinsicht ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden. Zum andern muss eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden „Gewinn“, womit die sich aus der Vereinbarung ergebenden wirtschaftlichen Vorteile gemeint sind, gewährleistet sein. In negativer Hinsicht ist zunächst die Unerlässlichkeit der auferlegten Wettbewerbsbeschränkung erforderlich. Ferner darf die Vereinbarung nicht dazu führen, dass für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren der Wettbewerb ausgeschaltet werden kann. Wie beim Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 bedeutet künftig

auch für die Freistellungsfähigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen die weitestgehende Übernahme der europäischen Terminologie eine Anknüpfung an die zu Art. 81 Abs. 3 EG ergangene Rechtsprechung und Praxis.

Eine zentrale Bedeutung bei der Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG nehmen die von der Kommission erlassenen Freistellungsverordnungen für Gruppen von Vereinbarungen (im Folgenden: GVO) ein. „Gruppen“ in diesem Sinne sind Vereinbarungen, denen gemeinsame oder vergleichbare Tatbestände zugrunde liegen, die angesichts der weitgehenden Gleichförmigkeit der Interessen der Beteiligten selbst, ihrer Handelspartner, ihrer Wettbewerber sowie der Verbraucher einer typisierenden Beurteilung zugänglich sind. Die GVO sind Verordnungen im Sinne des Art. 249 Abs. 2 EG. Das bedeutet, sie sind Rechtsnormen, die als solche nationale Gerichte und Wettbewerbsbehörden binden. Dies gilt auch im zukünftigen System der Legalausnahme. Vereinbarungen, die die Voraussetzungen für die Anwendung der GVO erfüllen, sind ohne weiteres freigestellt. Die Tatsache, dass eine Vereinbarung von der GVO nicht gedeckt ist, begründet aber keine Vermutung für die Unvereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 3 EG. Sie bedeutet nur, dass in diesem Fall die Freistellungsfähigkeit der Absprache nicht offensichtlich ist, sondern individuell untersucht werden muss. Ist in einer Vereinbarung allerdings eine Klausel enthalten, die in einer sog. „schwarzen Liste“ einer GVO aufgeführt ist, begründet dies eine Vermutung für die Unvereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 3 EG und die fehlende Freistellungsfähigkeit.

§ 2 Abs. 2 des Entwurfs überträgt den Regelungsgehalt der GVO im Wege einer dynamischen Verweisung in das deutsche Recht. Sie sind daher entsprechend anzuwenden. Dies bedeutet - insbesondere außerhalb der materiellrechtlichen Bestimmungen - nicht in jedem Falle eine wörtliche Anwendung. Sofern etwa eine GVO der Kommission die Befugnis einräumt, die GVO in bestimmten Fällen durch Verordnung für nicht anwendbar zu erklären (vgl. Art. 8 Vertikal-GVO), so richtet sich diese Befugnis zu einer normativen Änderung der GVO allein an die Kommission. Eine entsprechende Anwendung im deutschen Recht ist insoweit nicht möglich. Sofern die Kommission jedoch eine derartige Verordnung erlässt, findet diese über § 2 Abs. 2 Eingang in das deutsche Recht.

Art. 29 VO 1/2003 sieht die Möglichkeit des Entzugs des Vorteils einer GVO durch die Kommission bzw. mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden vor, wenn im Einzelfall die Anwendung der betreffenden GVO zu Ergebnissen führt, die mit Art. 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind. Diese Kompetenz der Kartellbehörden wird in das GWB übernommen und ergänzt um die Kompetenz zum entsprechenden Vorteilsentzug hinsichtlich der nach § 2 Abs. 2 für das deutsche Recht geltenden GVO (§ 32d).

Soweit eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, sind die GVO der Kommission als solche unmittelbar anwendbar. Gleichwohl ist auch insoweit eine Übertragung des Regelungsgehalts von GVO in das deutsche Recht sachgerecht, weil sie den parallel anwendbaren deutschen Freistellungstatbestand nach § 2 Abs. 1 konkretisiert (vgl. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003). Soweit eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wird der Anwendungsbereich der GVO durch § 2 Abs. 2 mit konstitutiver Wirkung auf diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen erstreckt.

Von den derzeit geltenden GVO der Kommission sind insbesondere folgende hervorzuheben:

- für horizontale Vereinbarungen:
Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen;
Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung.
- für vertikale Vereinbarungen:
Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen;
- für einzelne Sektoren:
Verordnung (EG) Nr. 358/2003 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor;
Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugssektor.

Von Bedeutung ist ferner die Verordnung (EG) Nr. 240/96 betreffend Technologietransfervereinbarungen. Sie wird derzeit überarbeitet. Nach der Verabschiedung ihrer Neufassung ist diese nach § 2 Abs. 2 unmittelbar verbindlich. Die GVO für Technologietransfervereinbarungen hat bereits bislang die deutschen Vorschriften über Lizenzverträge (§ 17) und Verträge über andere geschützte und nicht geschützte Leistungen (§ 18) weitgehend überlagert. Angesichts des verstärkten Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts haben diese Vorschriften künftig keine Bedeutung mehr. Sie werden daher aufgehoben.

- cc) Die Übernahme des Generalklauselprinzips entsprechend Art. 81 Abs. 3 EG hat zur Folge, dass die **kasuistisch ausgestalteten Freistellungstatbestände im deutschen Recht weitgehend keine Berechtigung mehr haben**. Sie werden daher mit Ausnahme der Regelung für Mittelstandskartelle im bisherigen § 4 Abs. 1 aufgehoben. Eine sachliche Änderung ist damit in aller Regel nicht verbunden, da sich die Freistellungsvoraussetzungen in Art. 81 Abs. 3 EG im Ergebnis fast völlig mit den speziellen gesetzlichen Regelungen in den bisherigen §§ 2 ff. decken.

Normen- und Typenkartelle bzw. Konditionenkartelle nach dem bisherigen § 2 haben regelmäßig Auswirkungen, die über den lokalen und regionalen Bereich hinausgehen. Sie sind daher geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Aufgrund des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts kann deutsches Recht insoweit nicht vom europäischen Recht abweichen. Daher ist eine eigenständige Regelung im deutschen Recht hierzu entbehrlich. Auslegungshilfen für die Beurteilung von Vereinbarungen über Normen finden sich insbesondere in den Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02), dort insbesondere Nr. 6 (Rdnr. 159 bis 178).

Im Bereich der Konditionenkartelle und -empfehlungen sind nach bisherigem Recht auch Vereinbarungen über Skonti freistellungsfähig. Unter einem Skonto ist eine besondere Vergütung für Zahlung vor Fälligkeit zu verstehen. Vereinbarungen über Skonti werden häufig für bestimmte Wirtschaftssektoren - z. B. für die Textilindustrie - mit Wirkung für das gesamte Bundesgebiet geschlossen. Sie unterliegen daher künftig dem Maßstab des Art. 81 EG, den die deutschen Kartellbehörden und Gerichte zumindest parallel zum deutschen Wettbewerbsrecht anwenden müssen. Wegen des erweiterten Vorrangs nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 ist auch insoweit keine von der europäischen Rechtslage abweichende Regelung im deutschen Recht möglich. Konditionenkartelle und -empfehlungen bleiben jedoch weiterhin, auch soweit sie dem europäischen Recht unterfallen, nach Art. 81 Abs. 3 EG – vorbehaltlich einer Prüfung der Klauseln im Einzelfall – grundsätzlich zulässig. Darüber hinaus können sie auch nach § 3, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, freigestellt sein.

Aufgehoben wird ferner die Regelung des bisherigen § 3 zu Spezialisierungskartellen. Die dort festgelegten Freistellungsvoraussetzungen entsprechen im allgemeinen den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG. Eine spezielle Regelung enthält die GVO Nr. 2658/2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen. Sie stellt grundsätzlich Vereinbarungen insbesondere über Produktionsspezialisierungen oder eine gemeinsame Produktion vom Kartellverbot frei, soweit die Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen am relevanten Markt 20 % nicht überschreitet. Darüber hinaus bleibt die Einzelfreistellung nach den Kriterien des Art. 81 Abs. 3 EG möglich. Dies entspricht im Ergebnis dem bisherigen § 3, der die Freistellungsfähigkeit von Spezialisierungskartellen an den Ausschluss der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung knüpft. Über § 2 Abs. 2 findet die GVO über Spezialisierungsvereinbarungen künftig Anwendung im deutschen Recht, auch soweit der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist.

Aus den gleichen Gründen wird die besondere Regelung über Einkaufskooperationen im bisherigen § 4 Abs. 2 aufgehoben. Sie ist bislang als Legalausnahme für Einkaufskooperationen im wesentlichen von kleinen und mittleren Unternehmen ausgestaltet; daneben bietet der bisherige § 5 grundsätzlich die Möglichkeit zur Einzelfreistellung von weitergehenden Einkaufskooperationen. Maßgeblich für die Aufhebung des bisherigen § 4 Abs. 2 ist insbesondere der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts. In aller Regel haben Einkaufskooperationen spürbare Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Denn vielfach sind Einkaufskooperationen über größere regionale Räume tätig und schon deshalb grenzüberschreitend im Sinne des Art. 81 EG. Selbst wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, stehen sie im Wettbewerb zu zwischenstaatlich relevanten Marktteilnehmern. Außerdem sind häufig auch ausländische Produkte bzw. Lieferanten betroffen.

Einkaufskooperationen sind im künftig maßgeblichen europäischen Recht eingehend geregelt. So hat die Kommission in den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Auslegungsgrundsätze zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen entwickelt (vgl. Rdnr. 115 bis 138). Ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung von Einkaufskooperationen ist danach die durch die Bündelung entstehende Marktmacht. Die Leitlinien gehen davon aus, dass Einkaufskooperationen mit einem kumulierten Marktanteil der Beteiligten von weniger als 15 % jedenfalls regelmäßig die

Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen (Rdnr. 130). Bei kumulierten Marktanteilen jenseits dieser Grenze ist eine eingehendere Betrachtung des Einzelfalls erforderlich (Rdnr. 131). Nach den Leitlinien wird dabei – anders als nach dem bisherigem § 4 Abs. 2 – ein über den Einzelfall hinausgehender Bezugszwang nicht als grundsätzlich unzulässig angesehen (Rdnr. 133). Diese Auslegungsgrundsätze, die weitergehenden Spielraum für die Bildung und Tätigkeit von Einkaufskooperationen als der bisherige § 4 Abs. 2 bieten, sind künftig auch für die Beurteilung von Einkaufskooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen im deutschen Recht zu berücksichtigen.

Die dargestellten Grundsätze gelten ebenfalls für die Freistellung von Rationalisierungskartellen, die bisher in § 5 geregelt ist. In den meisten Fällen haben derartige Vereinbarungen zwischenstaatliche Auswirkungen und werden daher vom erweiterten Vorrang des europäischen Rechts erfasst. Im Regelfall ist vom Vorliegen der Freistellungsbedingungen des Art. 81 Abs. 3 EG auszugehen, wenn bei Vereinbarungen, die zu nachweisbaren Kosteneinsparungen führen, die Weitergabe des Rationalisierungserfolgs an den Verbraucher durch das Bestehen wesentlichen Wettbewerbs gesichert erscheint. Sonderfälle von Rationalisierungskartellen werden von der Gruppenfreistellungsverordnung VO 2658/2000 über Spezialisierungsvereinbarungen und der Gruppenfreistellungsverordnung VO 2659/2000 über Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung erfasst. Gemäß § 2 Abs. 2 gilt entsprechendes künftig auch dann im deutschen Recht, wenn Rationalisierungskartelle keine zwischenstaatlichen Auswirkungen haben und daher allein deutsches Recht anzuwenden ist.

Für die Regelung über Strukturkrisenkartelle nach dem bisherigen § 6 besteht ebenfalls kein Bedürfnis mehr. Diese Vorschrift hat in der Praxis nur zu wenigen formellen Verfahren geführt. Häufig scheitern geplante Strukturkrisenkartelle an der fehlenden brancheninternen Einigung. In der Regel berühren Strukturkrisenkartelle den zwischenstaatlichen Handel und können daher wegen des erweiterten Vorrangs von Art. 81 Abs. 3 EG weder großzügiger noch strenger als im europäischen Recht behandelt werden. Die Kommission hat genauere Angaben darüber, wann sie derartige Krisenkartelle im einzelnen für zulässig ansieht bzw. welche weiteren Voraussetzungen unter Umständen erfüllt sein müssen, in den „Wettbewerbsregeln und Maßnahmen zum Abbau struktureller Überkapazitäten“ im 12. Wettbewerbsbericht, Ziff. 38 bis 41 (vgl. auch 13. Wettbewerbsbericht, Ziff. 56 bis 61) aufgezeigt.

Mit der Neuregelung wird ferner der bisherige § 7 entfallen. Durch die Einführung dieser Vorschrift im Rahmen der letzten GWB-Novelle hat sich der Gesetzgeber bereits vom System der kasuistischen Aufzählung von Freistellungstatbeständen gelöst und einen an Art. 81 Abs. 3 EG angelehnten Auffangtatbestand geschaffen. Gleichwohl erfolgte keine vollständige Angleichung an den Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EG. So wurde zum Beispiel auf die Übernahme des in Art. 81 Abs. 3 EG enthaltenen Merkmals der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ verzichtet, insbesondere um industriepolitisch oder sonstige nicht wettbewerbspolitisch motivierte Fehlinterpretationen zu vermeiden.

Durch § 2 erfolgt nunmehr eine vollständige Übernahme der Freistellungskriterien des Art. 81 Abs. 3 EG. Diese weitgehende „Synchronisierung“ des deutschen Kartellrechts mit dem europäischen Wettbewerbsrecht macht die Regelung in § 7

entbehrlich. Eine sachliche Änderung tritt damit nicht ein. Das Kriterium der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ ist in der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission ganz überwiegend anhand wettbewerblicher Maßstäbe ausgelegt worden. Soweit die bislang in § 7 genannten Vereinbarungen und Beschlüsse zur Verbesserung der Rücknahme oder Entsorgung von Waren betroffen sind, können ergänzend die Auslegungskriterien zu Umweltschutzvereinbarungen in den Horizontalleitlinien der Kommission (Rdnr. 179 ff.) herangezogen werden. Mit der Streichung der bisherigen Sonderfreistellungstatbestände entfällt auch die Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung des bisherigen § 7 Abs. 2.

Aufgehoben wird schließlich die Regelung über Ministerkartelle im bisherigen § 8. Von dieser Legalisierungsmöglichkeit hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit bisher nur in vier Fällen und seit 1984 überhaupt nicht mehr Gebrauch gemacht. Die Vorschrift hat daher keine nennenswerte praktische Bedeutung mehr. Wegen des Vorrangs des europäischen Rechts (Art. 3 VO 1/2003) ist eine Ministererlaubnis in Zukunft bei Vereinbarungen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen nicht mehr zulässig. In den anderen Fällen von Vereinbarungen mit rein lokalen oder regionalen Auswirkungen ist kaum vorstellbar, dass ein überragendes Gemeinwohlinteresse im Sinne des bisherigen § 8 besteht.

Abweichend vom Prinzip der grundsätzlichen Übernahme des europäischen Rechts soll ausnahmsweise **der Freistellungstatbestand für Mittelstandskartelle** nach dem bisherigen § 4 Abs. 1 **aufrechterhalten** werden. Diese Vorschrift findet sich nunmehr im neuen § 3. Hiermit bringt der Gesetzgeber insbesondere zum Ausdruck, dass Kooperationen der mittelständischen Wirtschaft, auch wenn sie den Wettbewerb beschränken, nützlich und strukturell wettbewerbsfördernd sein können. § 3 legt daher fest, dass bei Erfüllung seiner Tatbestandsvoraussetzungen die Voraussetzungen des allgemeinen Freistellungstatbestands nach § 2 Abs. 1 erfüllt sind. Bei Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen überwiegen häufig die positiven Wirkungen auf den Wettbewerb, so dass eine gesetzliche Freistellung im Rahmen des bisherigen § 4 Abs. 1 gerechtfertigt ist. Die Unternehmen sollen dadurch Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die die Wettbewerbschancen von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber großen Unternehmen verbessern.

Einer besonderen Regelung für Mittelstandskooperationen steht europäisches Recht nicht entgegen. Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen sind nach Auffassung der Kommission nur selten geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (de-minimis-Bekanntmachung, Nr. 3; s.o. unter 4 a). Für derartige Vereinbarungen gilt daher im Regelfall nicht der Vorrang des europäischen Rechts; der nationale Gesetzgeber hat hier einen weiten Spielraum für eigenständige Regelungen. Es erscheint sachgerecht, dass dieser Spielraum vom GWB genutzt wird. Soweit Mittelstandskartelle ausnahmsweise zwischenstaatliche Auswirkungen haben, ist jedoch Art. 81 Abs. 3 EG maßgeblich.

Insgesamt ist zu erwarten, dass die Anwendung des neuen § 3 im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen führt wie die Entscheidungspraxis zum bisherigen § 4 Abs. 1. Dabei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Vorschrift des § 3 in den neuen europäischen Kontext des Entwurfs einzuordnen ist. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die nicht einen kumulierten Marktanteil von 10 % überschreiten, sind nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne der de-minimis-

Bekanntmachung der Kommission und damit grundsätzlich auch nicht nach § 1, sofern sie nicht bestimmte Kernbeschränkungen enthalten. Dies ist bei der Prüfung der Freistellungsfähigkeit von spürbaren wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach dem neuen § 3, insbesondere mit Blick auf die dann relevanten Marktanteilsgrenzen, zu berücksichtigen.

- dd) Eine weitere Sonderregelung, die in den rechtlichen Wirkungen in Einzelfällen über das europäische Recht hinausgehen kann, stellt das **Verbot von vertikalen Preisbindungen (Preisbindung der 2. Hand)** in § 4 dar. Bereits im bisherigen Recht war diese Preisbindung in § 14 besonders geregelt. Während bislang vertikale Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich nur einer Missbrauchsaufsicht unterliegen, sind Preis- und Konditionenbindungen wegen ihrer besonderen wettbewerblichen Schädlichkeit einem strikten Verbot ohne Ausnahmen unterworfen. Um den schwerwiegenden wettbewerbspolitischen Gefahren von Preis- und Konditionenbindungen auch künftig Rechnung zu tragen, soll in das neue Gesetz eine besondere Regelung zu vertikalen Preisbindungen aufgenommen werden. Im Grundsatz ist das Verbot von Preisbindungen bereits in § 1 enthalten (s. o.). § 4 geht aber darüber hinaus, indem er ein per-se-Verbot schafft, das keine Freistellung im Einzelfall zulässt. In der Wirkung entspricht dies dem bisherigen § 14. In Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen gilt der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts.

Der Anwendungsbereich des Preisbindungsverbots in § 4 ist an das europäische Recht angepasst. Die neue Vorschrift übernimmt die Regelung in Art. 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO. Danach sind - insoweit abweichend vom bisherigen § 14 - Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen vom Verbot der Preisbindung ausgenommen. Das Verbot des § 4 gilt (wie Art. 4 Buchstabe a Vertikal-GVO) nur für Preisbindungen des Käufers (Abnehmers). Bindungen des Verkäufers (Lieferanten), z. B. durch Meistbegünstigungsklauseln, sind daher im Gegensatz zum bisherigen § 14 ebenfalls nicht vom Verbot des § 4 erfasst. Insoweit verbleibt es bei den allgemeinen Regelungen in den §§ 1 und 2.

Von der Regelung des § 4 sind nach dem Entwurf Ausnahmen vorgesehen, soweit aus sachlichen Gründen eine vollständige Übereinstimmung mit dem europäischen Recht geboten ist (vgl. hierzu im folgenden unter Buchstabe e).

- ee) Von erheblicher Bedeutung ist schließlich der **Übergang vom bisherigen System der Notifizierung und Administrativfreistellung zum System der Legalausnahme** wie im europäischen Recht. Beide Systeme haben durchaus ihre jeweils eigenen Vorteile. Das System der Administrativfreistellung stärkt das Wettbewerbsprinzip, indem grundsätzlich alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen als verboten gelten, bis sie durch administrativen Akt von diesem Verbot freigestellt werden. Die Anmeldungen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen verschaffen den Kartellbehörden einen umfassenden Überblick über das Marktgeschehen. Gleichzeitig geben konstitutive Freistellungsentscheidungen der Kartellbehörden den betroffenen Unternehmen Rechtssicherheit.

Das System der Legalausnahme wiederum entlastet die Unternehmen vom bürokratischen Aufwand von Anmeldungen, die in vielen Fällen nur wettbewerblich unproblematische Vereinbarungen oder Verhaltensweisen betreffen. Wie auf anderen Feldern des Wirtschaftsrechts – etwa im Bereich des Rechts des unlauteren Wettbewerbs -

haben die Unternehmen grundsätzlich selbst zu prüfen, ob ihr Verhalten am Markt rechtmäßig ist. Damit führt das System der Legalausnahme zu einer Internalisierung der Kosten für die präventive Rechtskontrolle von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen.

Mit dem Systemwechsel auf europäischer Ebene ist die Aufrechterhaltung eines Systems konstitutiver Freistellungsentscheidungen auf nationaler Ebene nicht mehr möglich, soweit wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG betroffen sind, die den zwischenstaatlichen Handel berühren. Da in Deutschland eine erhebliche Anzahl wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen unter diese Kategorie fällt, wäre die Aufrechterhaltung eines Systems der Administrativfreistellung, das nur noch für Vereinbarungen mit lokaler oder regionaler Bedeutung anwendbar wäre, nicht sinnvoll. Dies gilt auch wegen der dann erforderlichen Abgrenzung von Vereinbarungen mit und ohne zwischenstaatlichen Bezug, was mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden wäre (s. o.). Außerdem würde dies insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen zusätzliche Lasten aufbürden. Dies erscheint nicht sachgerecht. Der Entwurf geht daher von einer vollständigen Beseitigung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung aus. Die bisherigen §§ 9 bis 13 werden aufgehoben. Wie im europäischen Recht sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen nach § 1 in Zukunft erlaubt, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 erfüllen. Eine vorherige Entscheidung einer Kartellbehörde ist nicht mehr erforderlich.

Durch den Systemwechsel werden sich für Behörden und Unternehmen in der praktischen Anwendung des Wettbewerbsrechts erhebliche Veränderungen ergeben. Insgesamt haben dabei die Unternehmen eine gesteigerte Verantwortung für eine effektive Wettbewerbskontrolle. Bei der nachträglichen Aufdeckung und Verfolgung von Kartellrechtsverstößen werden künftig Beschwerden von Unternehmen eine größere Rolle spielen. Andererseits haben sie wie bisher die Möglichkeit, mit der Kartellbehörde informell abzuklären, ob die vorgesehenen Vereinbarungen von der Behörde als freistellungsfähig angesehen werden; gegebenenfalls kann die Kartellbehörde eine Entscheidung nach § 32c erlassen. Unternehmen können dadurch weitgehende Rechtssicherheit in problematischen Fällen erhalten. Der Anreiz für die Unternehmen, derartige Vor-Abklärungen mit der zuständigen Kartellbehörde durchzuführen, wird verstärkt durch verschärfte Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht.

Für die Aufklärung von schwerwiegenden Kartellrechtsverstößen (sog. „hard core“-Kartellen), die die beteiligten Unternehmen auch bisher nicht angemeldet haben, haben sich die Richtlinien des Bundeskartellamts für die Festsetzung von Geldbußen (Bekanntmachung Nr. 68/2000 – „Bonusregelung“) als sehr wirksam erwiesen. Nach diesen Richtlinien, die eine Konkretisierung des Verfolgungsermessens der Kartellbehörden darstellen, kann auch künftig unter bestimmten Voraussetzungen die Aufklärungsbereitschaft von Kartellbeteiligten bußgeldmindernd oder ausschließend berücksichtigt werden. Im Zusammenspiel mit weiteren neuen Regelungen ist damit zu rechnen, dass die Effektivität der Wettbewerbskontrolle durch den Wechsel zum System der Legalausnahme nicht leiden wird. Dies entspricht auch der Einschätzung der Kommission für die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Kommission und die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. Dort, wo das Bundeskartellamt sich einen umfassenden Überblick über bestimmte wettbewerblich

problematische Märkte oder Vertragstypen verschaffen will, hat es in Zukunft die Möglichkeit einer Enquete (§ 32e).

- b) Im Hinblick auf den **Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhaltens** hat der Entwurf Folgendes zum Inhalt:
- Im wesentlichen unveränderte **Beibehaltung der Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht** über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen (dazu siehe aa),
 - Aufnahme der Klarstellung, **dass im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung allein der ökonomisch relevante Markt** zu berücksichtigen ist; dieser kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes (dazu siehe bb),
 - **Abschaffung der besonderen Regelungen über Preisempfehlungen** in den bisherigen §§ 22 und 23 (dazu siehe cc).
- aa) Der erweiterte Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt nicht für die **Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten**. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 belässt den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Befugnis, insoweit strengere Vorschriften zu erlassen und anzuwenden. Die Bundesregierung hat sich in den Beratungen über die VO 1/2003 nachdrücklich für diese Möglichkeit eingesetzt. Die deutschen Vorschriften über die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht sind gegenüber dem europäischen Recht oftmals ausdifferenzierter, ihr Anwendungsbereich ist auch weiter. Ihr Wegfall hätte somit einen erheblichen Verlust an Wettbewerbsschutz gegenüber missbräuchlichen Verhaltensweisen bedeutet. In anderen Mitgliedstaaten wird vielfach der gleiche Regelungszweck mit den Mitteln des allgemeinen Zivil- bzw. Lauterkeitsrechts verfolgt. Die Beibehaltung der deutschen Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht verhindert somit auch eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte im europäischen Binnenmarkt. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hat sich insbesondere die – im Rahmen der letzten GWB-Novelle eingefügte – Regelung über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen bewährt (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4). Diese Vorschrift, die eine Ausprägung der auch im europäischen Recht bekannten „essential facilities“-Doktrin darstellt, ist gegenüber Art. 82 EG in verschiedener Hinsicht präziser, etwa mit Blick auf die Entgeltspflicht oder die Beweislastregelung im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Mitbenutzung einer wesentlichen Einrichtung. Gleiches gilt für das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot nach § 20, insbesondere auch soweit es - über Art. 82 EG hinausgehend - den Schutz abhängiger kleiner und mittlerer Unternehmen bezweckt. Diese Vorschrift erfüllt eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Dies schließt das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen ein. § 20 wird daher, mit Ausnahme redaktioneller Anpassungen bei den Verweisungen, unverändert beibehalten. Entsprechendes gilt für das Boykottverbot und das Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nach § 21.
- bb) In § 19 Abs. 2 erfolgt eine ausdrückliche Klarstellung, dass der **räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes**. Bereits im Rahmen der letzten GWB-Novelle wurde in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 in Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 a der EG-Fusionskontrollverordnung das Kriterium der „Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ eingeführt. Ziel

war bereits damals, im Anschluss an den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24. Oktober 1995 (Backofenmarkt) klarzustellen, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem ökonomisch relevanten Markt zugrundegelegt werden müssen. Dieser Markt kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. So führte die Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle bereits wörtlich aus: „Mit der Einführung des Kriteriums „Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ soll klargestellt werden, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der Fusionskontrolle die Wettbewerbsverhältnisse auf den ökonomisch relevanten Märkten berücksichtigt werden müssen“ [vgl. BT-Drs. 13/9720; Nr. I. 3 c) cc)]. Der Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag erklärte hierzu im Rahmen seiner Stellungnahme: „Sie (d. h. die Ergänzung von § 19) macht unmissverständlich deutlich, dass der räumlich relevante Markt im Rahmen der Fusionskontrolle und der Verhaltenskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen auch über den Geltungsbereich des Gesetzes hinausgehen kann“ [vgl. BT-Drs. 13/10633; Anlage 5, Beschluss zu 5 (§ 19)].

Allerdings führte die Ergänzung von § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 nicht zu der erhofften Wirkung. In Entscheidungen des Bundeskartellamts und auch in einer Entscheidung des OLG Düsseldorf [Beschluss vom 30. April 2003 - Kart 9/00 (V)] wird - entgegen der Klarstellung in der Begründung zur 6. GWB-Novelle - weiterhin ein normativer, auf das Inland begrenzter räumlicher Marktbegriff angewandt. § 19 Abs. 2 stellt nunmehr im Gesetzeswortlaut ausdrücklich klar, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes und dass dieser Markt auch für die wettbewerbliche Beurteilung (Marktbeherrschung) zugrunde zu legen ist. Dies erleichtert auch die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im europäischen Netzwerk.

- cc) Der weitgehenden Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht im Bereich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen entspricht auch die **Aufhebung der Vorschriften über das Empfehlungsverbot** (bisher § 22) **und die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren** (bisher § 23). Das EG-Recht enthält kein allgemeines Empfehlungsverbot und demgemäß auch keine Ausnahmetatbestände vom Empfehlungsverbot. Empfehlungen sind insoweit allein am Maßstab des Art. 81 EG zu messen. Danach können Empfehlungen unter das allgemeine Kartellverbot fallen, wenn sie auf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, dem Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beruhen bzw. zu einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise führen. Wird die Empfehlung befolgt, kann abgestimmtes Verhalten vorliegen (vgl. dazu EuGH; Urteil vom 28. Januar 1986 - Rs. 161/84 „Pronuptia“; Slg. 1986, 353 ff.). Soweit Empfehlungen danach vom Kartellverbot erfasst werden, gilt für ihre Freistellungsfähigkeit die allgemeine Regelung des Art. 81 Abs. 3 EG.

Mit der Streichung der bisherigen §§ 22 und 23 ist somit eine Übernahme der europarechtlichen Beurteilung von Empfehlungen auch für solche Fälle verbunden, die nicht zwischenstaatlich relevant sind. Damit wird entsprechend der Grundkonzeption des Entwurfs eine unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts vermieden. In Zukunft ist daher zu prüfen, ob Empfehlungen - entsprechend den im EG-Recht entwickelten Rechtsgrundsätzen - vom Kartellverbot des § 1 erfasst sind. Soweit dies der Fall ist, gilt für die Freistellungsfähigkeit von Empfehlungen die

Regelung des § 2. Liegt nicht ausnahmsweise eine spezielle Regelung in einer GVO vor, ist danach an Hand der allgemeinen Kriterien von § 2 Abs. 1 bzw. Art. 81 Abs. 3 EG zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung der Empfehlung erfüllt sind.

Für den Bereich der Mittelstandsempfehlungen, die bisher in § 22 Abs. 2 geregelt sind, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass - horizontal oder vertikal wirksame - Empfehlungen von Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen im Regelfall jedenfalls nach § 2 Abs. 1 (in Verbindung mit § 3) freigestellt sind, sofern sie die Voraussetzungen des bisherigen § 22 Abs. 2 erfüllen. Für den Bereich der vertikalen Preisempfehlungen (bislang § 22 Abs. 1 Satz 2 und § 23) wiederum stellt Art. 4 Buchstabe a Vertikal-GVO (VO 2790/1999) ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit klar, soweit sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Diese Regelung gilt im Rahmen des per-se-Verbots des § 4, auch soweit Preisempfehlungen betroffen sind, die nicht zwischenstaatlich relevant sind.

c) Der Entwurf sieht einen neuen Abschnitt über die **Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts** vor. Er enthält folgende Kernelemente:

- **Klarstellung der Verpflichtung zur parallelen Anwendung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts** bei allen Kartell- und Missbrauchsfällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug; ferner **Klarstellung des Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts** im Bereich des Art. 81 EG (dazu siehe aa),
- Einführung einer **Verpflichtung zur europafreundlichen Anwendung und Auslegung** dieses Gesetzes (dazu siehe bb).

aa) In Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003 stellt § 22 Abs. 1 klar, dass die **Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die geeignet sind den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nur gemeinsam mit Art. 81 EG möglich ist**. Entsprechendes gilt nach § 22 Abs. 3 - in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003 – für nach Art. 82 EG verbotene missbräuchliche Verhaltensweisen.

§ 22 hat allein deklaratorische Bedeutung, ohne den Regelungsgehalt von Art. 3 VO 1/2003 zu ergänzen oder gar zu ändern. Gleichwohl ist diese Vorschrift wichtig, um den Rechtsanwendern die Notwendigkeit deutlich zu machen, dass in Fällen von grenzüberschreitenden Auswirkungen immer auch das europäische Recht neben dem deutschen Recht angewandt werden muss. Eine solche Pflicht zur parallelen Anwendung zweier Rechtsordnungen gibt es in dieser Form bisher im Wettbewerbsrecht nicht.

Maßgeblich für die Pflicht zur parallelen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts zusätzlich zum deutschen Wettbewerbsrecht ist bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 EG das Kriterium der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, bei missbräuchlichen Verhaltensweisen zusätzlich die Erfüllung der Verbotsvoraussetzungen des Art. 82 EG. Die Kommission beabsichtigt, die Kriterien für die Eig-

nung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in einer Mitteilung näher zu konkretisieren.

Von erheblicher Bedeutung ist insbesondere die erweiterte **Vorrangregelung** des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003, die in § 22 Abs. 2 wiedergegeben wird. Danach darf die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche zwar den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können, aber entweder nicht nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten oder nach Art. 81 Abs. 3 EG von diesem Verbot freigestellt sind. § 22 Abs. 2 stellt - in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 - ebenfalls klar, dass dies auch dann der Fall ist, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise von einer GVO der Kommission erfasst wird.

Zur Anwendbarkeit milderer deutschen Rechts, insbesondere bei Ausnahmetatbeständen, ist folgendes zu ergänzen: Schon nach bisheriger Praxis und Rechtsprechung darf die Wirksamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts nicht durch weniger strenge nationale Regelungen eingeschränkt werden. Ferner hatte bereits nach dem bisherigen § 50 das Bundeskartellamt die Befugnis, in diesen Fällen das strengere europäische Recht anzuwenden. Künftig ist es dazu verpflichtet. Dies folgt für die Mehrzahl der zwischenstaatlich relevanten Sachverhalte unmittelbar aus der Anwendungs Verpflichtung des Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 und wird durch den neuen § 22 Abs. 1 nochmals bekräftigt. Im Ergebnis gilt damit der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts auch gegenüber milderem deutschen Recht.

Der erweiterte Vorrang nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 gegenüber strengem nationalen Wettbewerbsrecht gilt nicht für einseitiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten. Bei der Ermittlung der Tragweite des Vorrangs ist deshalb maßgeblich, ob ein Verhalten von Unternehmen als Vereinbarung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG oder als einseitig (unilateral) anzusehen ist. Die Begriffe Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen sind autonome Konzepte des EG-Wettbewerbsrechts zur Erfassung eines koordinierten Verhaltens von Unternehmen am Markt im Sinne der Auslegung dieser Begriffe durch die Gerichte der Gemeinschaft. Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 wird den Mitgliedsstaaten jedoch nicht das Recht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Wettbewerbsvorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden. Diese strengeren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können Bestimmungen zum Verbot oder zur Ahndung missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen umfassen (vgl. 8. Erwägungsgrund der VO 1/2003). In Deutschland betrifft dies insbesondere den Anwendungsbereich von § 20, soweit diese Vorschrift missbräuchliche Verhaltensweisen gegenüber abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen verbietet. Gleiches gilt für § 21. Die Anwendung dieser Vorschriften bleibt insoweit von § 22 Abs. 2 unberührt. Eine entsprechende Klarstellung ist im Entwurf vorgesehen.

Entsprechend Art. 3 Abs. 3 EG gelten die §§ 22 Abs. 1 bis 3 nicht, wenn das Bundeskartellamt oder deutsche Gerichte die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle anwenden oder soweit die Anwendung von Bestimmungen des deutschen Rechts betroffen ist, die überwiegend ein von Art. 81 und 82 EG abweichendes Ziel

verfolgen (§ 22 Abs. 4). Hierzu gehören insbesondere die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

- bb) Zusätzlich enthält § 23 eine Verpflichtung der Kartellbehörden und Gerichte, bei der Anwendung der §§ 1 bis 19 des Gesetzes die **Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts** zu berücksichtigen. § 23 orientiert sich an entsprechenden Vorbildern im europäischen Ausland (z. B. Art. 1 Abs. 4 des italienischen Wettbewerbsgesetzes 1990; Section 60 des britischen Competition Act 1998). Ähnlich wie diese Vorschriften dient § 23 dem Ziel, neben einem Verweis auf gesetzliche Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts insbesondere auch eine Anknüpfung an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs bzw. des Europäischen Gerichts erster Instanz und die Beschlusspraxis der Kommission einschließlich Mitteilungen und Bekanntmachungen im Rahmen der Auslegung der nationalen Regelungen zu gewährleisten. Soweit Vereinbarungen und Verhaltensweisen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen betroffen sind, führt eine Anknüpfung an die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte zu einer weitgehenden „Synchronisierung“ der Auslegung und Anwendung der deutschen und europäischen Wettbewerbsvorschriften. Für Vereinbarungen und Verhaltensweisen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist ein solcher Gleichklang von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ebenfalls geboten, um die Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts zu wahren. Dies wird durch § 23 sichergestellt, der gerade für diese Fallgestaltungen besonders bedeutsam ist.

§ 23 schreibt keine unmittelbare normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen vor, sondern nur ihre Berücksichtigung. Trotz der umfassenden Anknüpfung an die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts muss immer in denjenigen Fällen spezifisch auf das deutsche Wettbewerbsrecht abgestellt werden, in denen der Wortlaut Abweichungen aufweist. Aber auch in den Fällen, in denen kein abweichender gesetzgeberischer Wille erkennbar ist, bedarf es im jeweiligen Einzelfall der Beurteilung, inwieweit die entsprechende Anwendung der europäischen Grundsätze nicht von einzelstaatlichen Besonderheiten überlagert wird. In diesem Sinne schließt § 23 auch eine Weiterentwicklung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts durch die deutschen Kartellbehörden und Gerichte nicht aus. Ist jedoch der zu prüfende Sachverhalt vergleichbar mit jenen, die Gegenstand der Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen sind, soll die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts grundsätzlich zu den gleichen Ergebnissen führen. § 23 stärkt damit die Rechtssicherheit der Unternehmen und erleichtert die Handhabbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts.

Soweit nicht einschlägige Grundzüge des europäischen Wettbewerbsrechts entgegenstehen, stellt weiterhin die bisherige Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis der deutschen Kartellbehörden und Zivilgerichte eine wichtige Auslegungshilfe für die Vorschriften dieses Gesetzes dar.

- d) Grundsätzlich werden die Vorschriften über **Wettbewerbsregeln** im Vierten Abschnitt beibehalten. Wettbewerbsregeln haben zwar nur eine begrenzte praktische Bedeutung. Sie sind aber ein wichtiges Instrument zum Interessenausgleich gerade auch zwischen auf verschiedenen Marktstufen tätigen Unternehmen. Zugleich haben sie eine wichtige Funktion im Hinblick auf den Verbraucherschutz. Dabei ist zu beachten, dass die Kartellbehörden im Rahmen der Prüfung der Anerkennung von Wettbewerbsregeln die Befugnis haben, auch Vorschriften außerhalb des Kartellrechts, insbesondere des Gesetzes gegen den

unlauteren Wettbewerb anzuwenden (vgl. § 26 Abs. 2). Der Entwurf sieht deshalb, entgegen vielfachen Vorschlägen und Forderungen, keine Streichung des Abschnitts über Wettbewerbsregeln vor. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die Kartellbehörden künftig vermehrt Aufgaben im Bereich des Verbraucherschutzes übernehmen werden. Der Entwurf enthält lediglich die notwendigen Anpassungen an das neue System der Wettbewerbskontrolle.

- e) Die mit Inkrafttreten der VO 1/2003 wirksam werdenden Veränderungen im europäischen Recht erfordern **Änderungen in den bislang im GWB bestehenden Sonderregelungen für bestimmte Wirtschaftsbereiche**. Deutsche Kartellbehörden und Gerichte müssen nach Art. 3 der VO 1/2003 ab 1. Mai 2004 auf Sachverhalte, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können, unmittelbar und zwingend europäisches Wettbewerbsrecht anwenden. Das europäische Kartellverbot in Art. 81 EG kennt keine dem bisherigen GWB entsprechenden bereichsspezifischen gesetzlichen Ausnahmereiche bzw. Sonderregelungen. Wegen der Pflicht zur Anwendung und des Vorrangs des europäischen Rechts ist im Bereich der zwischenstaatlichen Auswirkungen eine Anpassung durch Streichung von Sonderregeln notwendig. Angesichts der weiten Auslegung des Begriffs „zwischenstaatliche Auswirkungen“ durch den EuGH und die Kommission, bei der selbst lokale Tätigkeiten einbezogen sein können (s. o.), wird fast der gesamte Anwendungsbereich bestehender Sonderbereiche erfasst. Die Sonderregeln für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (bisheriger § 30) und für die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten an Sportveranstaltungen durch Sportverbände (bisheriger § 31) werden deshalb aufgehoben. Vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ausgenommen bleibt allein der landwirtschaftliche Sektor, für den eine Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip im EG-Vertrag in Verbindung mit den einschlägigen Verordnungen (insbesondere VO 26/62) vorgesehen ist.

Um die notwendige Einheit der Rechtsordnung zu wahren, werden Ausnahmereiche auch dort zurückgeführt, wo ein Anwendungsspielraum nationalen Kartellrechts aufgrund rein innerstaatlich wirkender Vereinbarungen denkbar wäre. Soweit danach Sonderregelungen entfallen, gelten künftig die allgemeinen Vorschriften in den §§ 1 bis 4 sowie die Auslegungsregel des § 23 insbesondere für die Fälle ohne zwischenstaatliche Auswirkungen.

Der Wegfall bestehender Sonderregeln bedeutet keine automatische Unzulässigkeit bisher freigestellter oder freistellungsfähiger Vereinbarungen. Vielmehr ist nunmehr an Hand der allgemeinen Regeln zu beurteilen, ob die Voraussetzungen der in § 2 übernommenen Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind.

Die Beibehaltung des Verbots der vertikalen Preisbindung, das bisher in § 14 geregelt war und nunmehr in § 4 - insoweit über europäisches Recht hinausgehend - für vertikale Preisbindungen grundsätzlich keine Freistellung zulässt, macht bestimmte Ausnahmen erforderlich. § 4 ist in solchen Bereichen für nicht anwendbar zu erklären, wo sich im Vergleich zum europäischen Recht eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der Betroffenen in Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ergeben würde. Dies gilt für besondere Vereinbarungen in der Landwirtschaft (§ 28), Vereinbarungen der Kredit- und Versicherungswirtschaft (§ 29) sowie für die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften (§ 30).

Spezielle wettbewerbsrechtliche Sonderregelungen, die mit der 6. GWB-Novelle aus Gründen des Sachzusammenhangs in Fachgesetze überführt worden sind, sollen in ihrem

materiellen Gehalt - soweit noch begründet - erhalten bleiben. Sie werden dabei redaktionell an das vorliegende Gesetz angepasst.

f) **Im Hinblick auf die Befugnisse** der Kartellbehörden und die Kontrolle von Wettbewerbsverstößen sieht der Entwurf Folgendes vor:

- Erweiterung der bisherigen Untersagungsbefugnis um die Möglichkeit der **positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung** eines Verstoßes durch eine Kartellbehörde (dazu siehe aa),
- **Neufassung der Regelung über einstweilige Maßnahmen** bei gleichzeitiger Einführung einer zeitlichen Befristung (dazu siehe bb),
- **Einführung des Instruments von Verpflichtungszusagen** wie im europäischen Recht (dazu siehe cc),
- Einführung der Möglichkeit einer **Entscheidung der Kartellbehörde**, dass **kein Anlass zum Tätigwerden** besteht (dazu siehe dd),
- Möglichkeit des **Entzugs einer gruppenweisen Freistellung** im Falle einer nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbaren **Gruppenfreistellungsverordnung** (dazu siehe ee),
- Schaffung einer **Enquetebefugnis für das Bundeskartellamt** (dazu siehe ff).

aa) Nach bisherigem Recht haben Kartellbehörden, falls sie ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten feststellen, die Möglichkeit einer Untersagungsverfügung. Sie können damit ein bestimmtes Verhalten verbieten, aber im Regelfall nicht konkret ein Verhalten anordnen, das zur Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes erforderlich ist. In Anlehnung an das europäische Recht sieht der Entwurf in § 32 nunmehr ausdrücklich die Befugnis der Kartellbehörden vor, den betroffenen Unternehmen **alle geeigneten Maßnahmen zur Abstellung eines verbotenen Verhaltens** aufzugeben (positive Tenorierung).

Anders als das europäische Recht (Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003) trifft § 32 jedoch keine ausdrückliche Regelung über sog. **strukturelle Maßnahmen**. Strukturelle Maßnahmen sind als solche im deutschen Recht kein präziser Rechtsbegriff. Im europäischen Recht können strukturelle Maßnahmen Eingriffe in die Unternehmenssubstanz bis hin zu Entflechtungen von Unternehmen umfassen. Die offene Formulierung des § 32 schließt Eingriffe in die Unternehmenssubstanz nicht grundsätzlich aus. Wie weit diese Befugnisse im Einzelfall gehen, ist nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln. Auch im deutschen Recht stehen den Kartellbehörden im Rahmen des § 32 Befugnisse zu, die strukturelle Elemente einschließen. Dies gilt etwa für das Verbot von kartellrechtswidrigen Gemeinschaftsunternehmen. Dabei ist für den Bereich der Verhaltenskontrolle allerdings zu berücksichtigen, dass das Wettbewerbsrecht eine - aus eigener Kraft gewachsene - marktbeherrschende oder marktstarke Stellung als solche nicht missbilligt, sondern nur den Missbrauch einer solchen Marktstellung. Etwaige Eingriffe in die Unternehmenssubstanz müssen daher diesem Grundsatz Rechnung tragen. Letztlich haben die Gerichte zu klären, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen strukturelle Maßnahmen bis hin zu Entflechtungsanordnungen zulässig sind.

Ferner wird wie im europäischen Recht eine ausdrückliche Regelung geschaffen, dass Kartellbehörden einen Kartellrechtsverstoß auch **nachträglich feststellen** können, sofern hierfür ein berechtigtes Interesse besteht.

- bb) Die Regelung über **einstweilige Maßnahmen** in § 32a lehnt sich an die Formulierung des Art. 8 VO 1/2003 an. Die Vorschrift betrifft insbesondere einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung des Kartell- und Missbrauchsverbots. Außerhalb des Anwendungsbereiches von § 32a können einstweilige Anordnungen nach Maßgabe des § 60 getroffen werden. Im Interesse der betroffenen Unternehmen sollen vorläufige Maßnahmen in der Regel nicht über eine Dauer von einem Jahr hinausgehen. Soweit es sich um eilbedürftige Fälle handelt, die durch einstweilige Maßnahmen geregelt werden, erscheint es angemessen, dass die Kartellbehörde innerhalb eines Jahres eine Regelung im normalen Verfahren trifft, soweit nicht besondere Umstände ausnahmsweise eine längere Dauer erfordern.
- cc) Entsprechend dem Vorbild in Art. 9 VO 1/2003 wird durch § 32b das **Instrument der Verpflichtungszusagen** in das deutsche Recht eingeführt. Wie im europäischen Recht werden damit Zusagen von Unternehmen, die diese zur Ausräumung kartellrechtlicher Bedenken den Kartellbehörden angeboten haben, für verbindlich erklärt. Da Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer Verfügung nach § 32 ergehen, hat die Kartellbehörde zuvor ihre kartellrechtlichen Bedenken gegenüber den beteiligten Unternehmen hinreichend darzulegen, soweit erforderlich in Form eines Abmahn-schreibens. Verfügungen nach § 32b treffen jedoch keine Aussage darüber, ob ein Kartellrechtsverstoß vorgelegen hat oder noch vorliegt. Sie enden mit der Feststellung, dass für ein Tätigwerden der Kartellbehörde kein Anlass mehr besteht. Verfügungen über Verpflichtungszusagen sind - wie im europäischen Recht - für Fälle ungeeignet, in denen die Kartellbehörde eine Geldbuße aufzuerlegen beabsichtigt. Die Befugnis, Verfügungen bezüglich Verpflichtungszusagen zu erlassen, schließt etwaige öffentlich-rechtliche Zusagenverträge nicht aus.
- dd) Nach Art. 5 Satz 3 VO 1/2003 können die Kartellbehörden entscheiden, dass **kein Anlass zum Tätigwerden** besteht. § 32c konkretisiert diese Befugnis im deutschen Recht. Sie gilt für die Fälle, in denen nach den der Kartellbehörde vorliegenden Informationen die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 4, 19 bis 21 dieses Gesetzes oder nach Art. 81 Abs. 1 oder Art. 82 EG nicht gegeben sind. Diese Befugnis ist insbesondere im Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen im Sinne des § 1 von Bedeutung. Zwar kann es in einem System der Legalausnahme keine konstitutiv wirkenden Freistellungsentscheidungen mehr geben. Entscheidungen nach § 32c haben daher rein deklaratorischen Charakter. Sie kommen gleichwohl dem Bedürfnis insbesondere der mittelständischen Wirtschaft nach Rechtssicherheit entgegen. Denn sie enthalten regelmäßig zumindest eine Selbstbindung der Kartellbehörde, nicht mehr gegen die betreffende Vereinbarung oder Verhaltensweise vorzugehen, sofern nicht eine Veränderung der zugrundeliegenden Sach- und Rechtslage eintritt.

Die Unternehmen haben keinen Anspruch gegen die Kartellbehörde auf Erlass einer Entscheidung nach § 32c. Dies entspricht dem Grundgedanken des Systems der Legalausnahme, wonach die Unternehmen grundsätzlich selbst einschätzen müssen, ob ihr Verhalten am Markt rechtmäßig ist. Es bleibt dem pflichtgemäßen Aufgreifermessen der Kartellbehörde vorbehalten, ob und in welchen Fällen sie eine

Entscheidung in Form einer formellen Verfügung (vgl. § 61) trifft oder den Unternehmen informell eine Mitteilung zukommen lässt. Solche informellen Auskünfte der Kartellbehörde werden auch künftig eine wichtige Rolle spielen

Im Rahmen der Ermessensabwägung hat die Kartellbehörde beispielsweise zu prüfen, inwieweit es sich um neuartige Sachverhalte handelt, deren Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht, und auch, welche Auswirkungen eine klarstellende Auskunft der Kartellbehörde für die betroffenen Unternehmen hat.

- ee) Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003 gibt den nationalen Wettbewerbsbehörden bereits die Möglichkeit, im Einzelfall den **Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung zu entziehen**, wenn eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, für die eine GVO gilt, Wirkungen hat, die mit Art. 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind und im Gebiet eines Mitgliedstaats oder in einem Teilgebiet dieses Mitgliedstaats, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, auftreten. § 32d übernimmt diese Regelung in das deutsche Recht und erstreckt sie auf solche Fälle, in denen eine GVO nach § 2 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt worden ist. Auch diese Regelung gilt nur, soweit die Auswirkungen auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder Teile davon begrenzt sind.
- ff) Der Entwurf eröffnet in § 32e ferner dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, **Enquete-Untersuchungen** durchzuführen. Auch diese Befugnis entspricht dem europäischen Recht (Art. 17 VO 1/2003). Es handelt sich dabei um ein notwendiges Instrument, um den durch die Abschaffung des Administrativfreistellungsverfahrens drohenden Transparenzverlust ausgleichen zu können. Entsprechend Art. 17 VO 1/2003 kann das Bundeskartellamt Enqueteuntersuchungen sowohl mit Blick auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen in bestimmten Sektoren wie auch auf bestimmte Arten von Vereinbarungen durchführen. Die Bestimmung des Umfangs des zu untersuchenden Sektors bzw. der Art von Vereinbarung unterliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Bundeskartellamts. Die Enqueteuntersuchung stellt eine Ergänzung der Befugnisse des Bundeskartellamts dar, die über die bisherigen Auskunftsrechte hinausgeht. Ein Auskunftsverlangen nach § 59 erfordert einen konkreten Anfangsverdacht für einen bestimmten Kartellrechtsverstoß. Dies gilt nicht für Ermittlungen nach § 32e. Bereits die Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann Grundlage für eine Enqueteuntersuchung sein.

Enqueteuntersuchungen können daher auch dazu beitragen, eine Lücke zu schließen, die sich in der bisherigen Praxis ergeben hat, wenn sich Unternehmen aus Furcht vor Repressalien geweigert haben, bei Beschwerden ihren Namen zu offenbaren (sog. Ross-und-Reiter-Problematik). Bereits die 6. GWB-Novelle sah diesbezüglich Verbesserungen vor. So wurde § 54, der die Einleitung des Verfahrens durch die Kartellbehörde betrifft, in der Weise ergänzt, dass die Kartellbehörde auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts wegen einleiten kann. Ferner wurde durch Anfügung eines neuen Absatzes 4 in § 70 die Beweisposition der Kartellbehörden in den Fällen abgesichert, in denen die Kartellbehörde den Beschwerdeführer im Rahmen des weiteren Verwaltungsverfahrens anonym halten möchte. Darüber hinausgehend soll nun § 32e eine weitere Verbesserung für die Ermittlungen der Kartellbehörde bieten. Es ist zu erwarten, dass das neue Instrument verdachtsunabhängiger Enquete-Untersuchungen eine zusätzliche Abhilfe bei der Ross-und-Reiter-Problematik schaffen kann.

g) Im Hinblick auf die **Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht** sieht der Entwurf Folgendes vor:

- **Stärkung des kartellrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs** (dazu siehe aa),
- **Erweiterung der bisherigen Mehrerlösabschöpfung** zu einer Abschöpfung des ab dem Verstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils (dazu siehe bb),
- **Einführung einer Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen** (dazu siehe cc).

aa) Die Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seine Ersetzung durch ein System der Legalausnahme vermindern tendenziell die behördliche Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Damit soll jedoch keine Einbuße an Wettbewerbsschutz verbunden sein. Zum Ausgleich werden neben den verwaltungsrechtlichen auch die zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen ausgeweitet. Damit soll ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem geschaffen werden, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgeht. Dies entspricht auch den Vorstellungen der Kommission für eine verbesserte Effizienz des Wettbewerbsschutzes im neuen System der Legalausnahme. Auch in den USA sind zivilrechtliche Sanktionen ein wesentlicher Teil des Sanktionssystems. Dies gilt sowohl für Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Kernbeschränkungen (sog. „hard-core“-Bereich), wo zivilrechtliche Schadensersatzklagen in der Regel neben behördliche bzw. gerichtliche Sanktionen treten, aber auch für sonstige Fälle, bei denen die Behörde unter Umständen von der Verfolgung absieht und dann zivilrechtliche Schadensersatzansprüche die einzigen Sanktionen sind.

Die zivilrechtlichen Sanktionen werden durch den Entwurf in vielfacher Weise erweitert und verstärkt. Wesentliche Neuerungen sind insbesondere:

Der auch im bisherigen Gesetz vorgesehene Unterlassungsanspruch kann künftig nicht nur vom Betroffenen selbst oder wirtschaftlichen Verbänden, sondern auch von qualifizierten Einrichtungen, d. h. insbesondere von Verbraucherschutzorganisationen geltend gemacht werden. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass Wettbewerb immer auch dem Verbraucher dient, und knüpft an das bewährte System des Rechtsschutzes im UWG an.

Der Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 wird gegenüber dem geltenden Recht aufgewertet, um einen wirksamen Ausgleich für den Geschädigten sicherzustellen und zugleich den abschreckenden Effekt zu verstärken. Zum einen ist, entsprechend dem Vorbild des US-Rechts (sog. „passing-on-defense“), eine Klarstellung hinsichtlich der Schadensberechnung vorgesehen. Der Schädiger kann sich nicht auf eine Vorteilsausgleichung als Schadensminderung berufen, wenn es dem Geschädigten gelingt, den Schaden aus einem überhöhten Kaufpreis ganz oder teilweise durch Weiterveräußerung an seine Abnehmer weiterzugeben. Ferner wird es dem Geschädigten ermöglicht, anstelle der Geltendmachung seines konkreten Schadens vom Geschädigten die Herausgabe des Gewinns aus dem Kartellrechtsverstoß zu verlangen. Schließlich wird die Verzinsung des Schadensersatzanspruchs ab dem Zeitpunkt des Schadensereignisses vorgeschrieben. Die Geltendmachung von

Schadensersatzansprüchen wird durch eine Tatbestandswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen und eine Verjährungshemmung bei laufenden Kartellverfahren verstärkt.

Die Abschreckungswirkung von Schadensersatzansprüchen wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass Zivilrechtsverfahren vielfach erst im Anschluss an behördliche Verfahren durchgeführt werden (sog. „follow-on“-Klagen). Sie beruht vielmehr darauf, dass der „Täter“ keine oder nur geringe Chancen sieht, dass er einen Gewinn, den er aus dem Kartellrechtsverstoß erlangt hat, dauerhaft behalten kann. Um eine ausreichende Abschreckung zu erzielen, ist es daher wichtig, dass die „Kartellrendite“ bei den Unternehmen, die den Wettbewerbsverstoß begangen haben, abgeschöpft wird. Im Regelfall erfolgt dies durch den Geschädigten; in diesem Fall wird zugleich der entstandene Schaden ausgeglichen. Schadensersatz nach § 33 hat daher im System der zivilrechtlichen Sanktionen weiterhin Vorrang.

- bb) Daneben sieht der Entwurf ergänzende Regelungen für den Fall vor, dass der Schaden durch den Geschädigten nicht geltend gemacht wird. Um zu vermeiden, dass in diesen Fällen die „Rendite“ aus dem Wettbewerbsverstoß bei den betreffenden Unternehmen verbleibt, werden die **Möglichkeiten der Kartellbehörden zur Vorteilsabschöpfung** deutlich erweitert. Dies hat Bedeutung insbesondere für die Fälle der Massen- und Streuschäden, da in diesen Fällen ein Ausgleich der entstandenen Schäden aus praktischen Gründen nicht möglich oder sinnvoll ist. Hierunter versteht man die Fallkonstellation, in der durch kartellrechtswidriges Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern geschädigt wird, die Schadenshöhe im Einzelnen jedoch gering ist. Bleibt der Schaden im Bagatellbereich, sieht der Betroffene regelmäßig von einer Rechtsverfolgung ab, weil der Aufwand und die Kosten hierfür in keinem Verhältnis zu dem Umfang seines Schadens stehen.

Die Regelung in § 34 knüpft an den bisherigen § 34 an, geht jedoch im Umfang deutlich darüber hinaus. Bisher galt § 34 im wesentlichen nur für den sehr seltenen Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung der Kartellbehörde. Künftig erfasst er jeden durch einen Kartellrechtsverstoß erlangten Mehrerlös. Vor allem ist nach dem neuen § 34 kein Verschulden des Kartellanten mehr erforderlich. Dies ist gerechtfertigt, weil der „Täter“ auf keinen Fall, auch wenn er nicht schuldhaft gehandelt hat, einen Vorteil aus dem Kartellrechtsverstoß behalten soll. Die Vorteilsabschöpfung ist keine Strafe, sondern verhindert eine „Bereicherung“ durch einen Kartellrechtsverstoß. Der Vorteil entfällt, soweit das Unternehmen Schadensersatz nach § 33 leistet. Derartige Schadensersatzleistungen sind daher auf den Anspruch nach § 34 anzurechnen.

Neben der Vorteilsabschöpfung bleiben die straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen im vollen Umfang bestehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Zukunft Bußgelder allein Sanktionscharakter haben und nicht auch gleichzeitig die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken (§ 81 Abs. 3). Daher erfolgt in Zukunft keine Verrechnung von Schadensersatzleistungen und Bußgeldern. Anderes gilt bei einer Anordnung des Verfalls nach § 29a OWiG. Da sie ebenfalls der Abschöpfung des erlangten Vermögensvorteils dient, schließt sie eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 aus.

Eine Kumulation von zivil- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen (Schadensersatzanspruch und Geldbuße) ist auch im bisherigen Recht vorgesehen. In der Praxis

erfolgte jedoch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils in aller Regel allein über die Geldbuße. Künftig soll die Abschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 bzw. durch die Anordnung des Verfalls in Bußgeldverfahren als eigenständige Sanktion eine größere Bedeutung erhalten. Insgesamt kann aufgrund der Abschöpfungsregelungen jedoch nicht mehr als der durch den Verstoß erzielte wirtschaftliche Vorteil in einmaliger Höhe vom schädigenden Unternehmen als Sanktion eingefordert werden.

- cc) Subsidiär wird ein **Anspruch der Verbände und Verbraucherschutzorganisationen auf Vorteilsabschöpfung** für den Fall der Massen- und Streuschäden eingeführt. Dem dient der neue § 34a. Ziel auch dieses Anspruchs ist die Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen bei Masse- und Streuschäden. Zwar können auch die Kartellbehörden einen derartigen Vorteil durch kartellbehördliche Sanktionen (insbes. Anordnung des Verfalls nach § 29a OWiG oder Vorteilsabschöpfung nach § 34) abschöpfen; dies steht jedoch in ihrem pflichtgemäßen Aufgreif- und Verfolgungsermessen. Daher sind Fälle denkbar, in denen der Zuwiderhandelnde ohne besondere gesetzliche Regelung den erzielten Vorteil behalten würde. Diese Rechtsdurchsetzungslücke soll durch den neuen § 34a geschlossen werden, indem auch für derartige Fallgestaltungen eine subsidiär geltende zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeit geschaffen wird. Wie § 10 UWG ist der Anspruch auf Vorsatz beschränkt; erzielte Erlöse sind an die Staatskasse abzuführen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Geltendmachung dieses Anspruchs zur Einnahmeerzielung missbraucht wird.
- g) Zur Regelung der **Zuständigkeiten der Kartellbehörden** sieht der Entwurf Folgendes vor:
- **Flexibilisierung der Zuständigkeitsverteilung** zwischen Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt (dazu siehe aa),
 - Stärkung der Position der **Landeskartellbehörden** durch **Ermächtigung zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts** (dazu siehe bb).
- aa) Der Entwurf behält im Grundsatz die bisherige Zuständigkeitsverteilung zwischen Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt bei. Danach sind die Landeskartellbehörden grundsätzlich zuständig, soweit die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Andernfalls ist grundsätzlich das Bundeskartellamt zuständig. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung geht auch dann über ein Land hinaus, wenn sie einen ins Gewicht fallenden Auslandsbezug aufweist.

Der Entwurf **flexibilisiert jedoch die Zuständigkeitsverteilung** insofern, als sich in Zukunft das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden für den Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht einvernehmlich über eine andere Zuständigkeitsverteilung einigen können. Dies entspricht insbesondere auch dem Wunsch der Länder. Der Entwurf nähert sich insoweit dem europäischen Modell paralleler Zuständigkeiten der europäischen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG an. Anders als auf europäischer Ebene lässt der Entwurf jedoch die grundsätzlichen Zuständigkeitsregeln für das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden unberührt, ergänzt sie jedoch um die Möglichkeit einer einvernehmlichen Abweichung von diesen Regeln. Dies ist dem Vorbild der Verweisung

von Fällen von der Kommission an die Mitgliedstaaten und umgekehrt im Bereich der europäischen Fusionskontrolle nachgebildet (vgl. Art. 9 und Art. 22 FKVO).

- bb) Der Entwurf stärkt die Position der **Landeskartellbehörden**, indem diese in Zukunft - neben dem Bundeskartellamt - **ermächtigt werden, europäisches Wettbewerbsrecht anzuwenden** (§ 50 Abs. 1). Bislang ist dies allein dem Bundeskartellamt vorbehalten. Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden sind daher gemeinsam zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG ermächtigt; sie sind insoweit auch gemeinsam zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Art. 35 Abs. 1 der VO 1/2003. Wäre - wie bisher - nur das Bundeskartellamt ermächtigt, europäisches Wettbewerbsrecht anzuwenden, wären die Länder nicht zur Entscheidung über Wettbewerbsverstöße mit zwischenstaatlichen Auswirkungen befugt. Eine solche Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden, die an das Vorliegen der Voraussetzungen der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81 und 82 EG anknüpfen würde, wäre jedoch - wie bereits ausgeführt - in der Praxis ungeeignet. Die Zuständigkeitsverteilung nach den §§ 48 und 49 bleibt daher unberührt.

Für Landeskartellbehörden kann sich im Rahmen ihrer Zuständigkeit künftig die Notwendigkeit ergeben, europäisches Wettbewerbsrecht anzuwenden. Angesichts der Weite der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81 und 82 EG sind Fälle denkbar, in denen beispielsweise wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel im europarechtlichen Sinne zu beeinträchtigen, ohne aber gleichzeitig länderübergreifende Wirkung im Sinne des § 48 zu entfalten. Denn nach § 48 sind allein die konkreten tatsächlichen Auswirkungen maßgeblich, während für die Zwischenstaatlichkeitsklausel auch mittelbare - und nur potentielle - Auswirkungen ausreichen. Eine Rechtsgrundlage zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Landeskartellbehörden ist deshalb erforderlich, damit die Länder das gesamte Spektrum der Aufgaben nach § 48 wahrnehmen können. Ein Ausschluss der Landeskartellbehörden von der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts, wie im bisherigen § 50, ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Landeskartellbehörden künftig bei der Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts das europäische Wettbewerbsrecht berücksichtigen müssen (§ 23). Sie müssen daher ohnehin über die Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, die für die unmittelbare Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts erforderlich sind. Soweit die Landeskartellbehörden Artikel 81 und 82 EG anwenden, ist es allerdings notwendig, dass der Geschäftsverkehr mit der Kommission und den anderen Wettbewerbsbehörden über das Bundeskartellamt erfolgt. Das folgt schon aus der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes zur Außenvertretung (Art. 32 Abs. 1 Grundgesetz). Außerdem entspricht es den praktischen Erfordernissen des Netzwerks der Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union, dass die Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden in Deutschland über einen zentralen Ansprechpartner erfolgt.

- h) Der Entwurf enthält ferner Regelungen über die **Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit anderen in- und ausländischen Behörden**. Im Einzelnen sieht er Folgendes vor:
- Klarstellung der **Ermächtigung des Bundeskartellamts zum Informationsaustausch im Netzwerk** der europäischen Wettbewerbsbehörden (dazu siehe aa),
 - Schaffung einer **Rechtsgrundlage für die sonstige Zusammenarbeit des Bundeskartellamts** mit nicht-deutschen Wettbewerbsbehörden (dazu siehe bb),

- **Rechtliche Absicherung des Informationsaustauschs zwischen den Kartellbehörden und den Regulierungsbehörden** sowie sonstigen deutschen Behörden (dazu siehe cc),
 - aa) Durch § 50a werden die Regeln über den **Informationsaustausch im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden** klargestellt. Danach ist das Bundeskartellamt befugt, zum Zwecke der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten alle tatsächlichen oder rechtlichen Umstände einschließlich vertraulicher Angaben mitzuteilen und diese Informationen als Beweismittel zu verwenden. § 50a konkretisiert damit die Regelung des Artikels 12 VO 1/2003 im deutschen Recht. Diese Klarstellung ist wichtig, um zu gewährleisten, dass das Bundeskartellamt in der Lage sein wird, mit anderen Wettbewerbsbehörden im Netzwerk effektiv zusammenzuarbeiten. Die Beachtung verfassungsrechtlich gebotener Verwertungsverbote im Einzelfall bleibt hiervon unberührt.
 - bb) Die neue Regelung des § 50b erstreckt die **Möglichkeit zum Informationsaustausch auf andere Fälle**, die nicht von der Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden nach § 50a erfasst werden. Dies kann die Zusammenarbeit mit außereuropäischen Wettbewerbsbehörden in Kartellfällen ebenso betreffen wie die Zusammenarbeit mit diesen oder europäischen Wettbewerbsbehörden in Fusionsfällen. Vertrauliche Angaben aus Verfahren der Zusammenschlusskontrolle dürfen jedoch nur mit Zustimmung des Unternehmens übermittelt werden, das diese Angaben vorgelegt hat. Ebenso wie im Rahmen des § 50a ist das Bundeskartellamt nicht verpflichtet, Informationen zu übermitteln. Die Ermessensvorschrift gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Ersuchen um Informationen abzulehnen. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei die Frage, inwieweit die ersuchende Wettbewerbsbehörde ihrerseits zu einer Übermittlung von Informationen an das Bundeskartellamt bereit ist.
 - cc) § 50c regelt in Absatz 1 die **Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und den Regulierungsbehörden**. Angesichts der Sachnähe der Tätigkeit der Regulierungsbehörden (derzeit insbesondere die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post und Eisenbahnbundesamt) zu den Aufgaben der Kartellbehörden ist eine umfassende und effektive Zusammenarbeit zur Durchsetzung eines effektiven Wettbewerbsschutzes erforderlich. Die Zusammenarbeit muss dabei in beiden Richtungen zwischen Kartell- und Regulierungsbehörden erfolgen. Soweit diese Zusammenarbeit für einzelne Bereiche gesetzlich besonders geregelt ist (z. B. § 81 TKG), haben diese Vorschriften Vorrang.

Nach Maßgabe von Absatz 2 wird die **Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und anderen Behörden** in Deutschland auf eine rechtliche Basis gestellt. Kartellbehörden sind häufig auf Informationen anderer Behörden angewiesen. Diese werden durch § 50c, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, zur Amtshilfe verpflichtet. Umgekehrt sind Kartellbehörden zur Hilfestellung gegenüber diesen Behörden verpflichtet. Auch mit anderen Behörden, die nicht in § 50c genannt sind, können die Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten. Dies richtet sich nach den allgemeingültigen Grundsätzen der Amtshilfe. Beispiel hierfür ist die Zusammenarbeit mit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK). Der Austausch von vertraulichen Informationen sowie von Informationen, die über das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden nach § 50a oder nach

Artikel 12 VO 1/2003 erlangt worden sind, ist jedoch aufgrund der Vorgaben des europäischen Rechts ausgeschlossen.

- i) Die Regelungen über die **Zusammenschlusskontrolle** werden im Entwurf **nicht generell überarbeitet**. In der 6. GWB-Novelle war dieser Bereich grundlegend umgestaltet und modernisiert worden. Seitdem hat sich keine Notwendigkeit für eine umfassende Überprüfung ergeben. Allerdings erfordert die wirtschaftlich schwierige Lage der Pressebranche und hier insbesondere der Tageszeitungen eine Änderung und Ergänzung der pressenspezifischen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle. Daneben werden lediglich einige Einzelfragen, die dringend einer Klärung bedürfen, im Entwurf behandelt. Sollte durch die derzeit laufende Revision der europäischen Fusionskontrollverordnung eine weitergehende Anpassung der Fusionskontrollvorschriften erforderlich werden, müsste dies gegebenenfalls nach Abschluss des europäischen Gesetzgebungsverfahrens nachgeholt werden.

Der Pressebereich befindet sich in einer wirtschaftlich schwierigen Lage. Ursächlich hierfür sind nicht nur die allgemeine wirtschaftliche Lage, sondern auch grundlegende strukturelle Veränderungen, die sich insbesondere auf den Zeitungsmärkten bemerkbar machen (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36 Randziffer 48 ff.). Hierzu gehört die demographische Entwicklung; diese lässt einen Rückgang der Leser in den kommenden Jahren erwarten. Darüber hinaus wird der Informationsbedarf verstärkt über andere Medien, vor allem privates und öffentliches Fernsehen sowie das Internet, gedeckt. Hinzu kommt die Entwicklung des Internets als Werbemedium. Für den Markt für gebrauchte Kraftfahrzeuge oder die Immobilienmärkte ist nicht davon auszugehen, dass diese Anzeigen wieder in die Printmedien zurückkehren. Für die Stellenanzeigen ergibt sich kein einheitliches Bild. Es kann angenommen werden, dass die Einbußen, die bis zu 50 % betragen haben, bei sich verbessernder Konjunktur teilweise wieder ausgeglichen werden.

In den letzten zwei Jahren gingen die Anzeigenerlöse des gesamten Medienbereichs zurück: Der Rückgang ist für Zeitungen besonders gravierend, da Anzeigenerlöse durchschnittlich etwa zwei Drittel der Gesamteinnahmen der Zeitungen beitragen. Die Gesamtumsatzerlöse der Zeitungen nahmen in 2002 um 4 % ab; im Vergleich zu 1997 sanken sie um gut 2 %. Die Situation der Zeitschriften hat sich in den vergangenen Jahren zwar ebenfalls deutlich verschlechtert, doch waren die Rückgänge bei den Auflagen und Werbeeinnahmen nicht so gravierend wie bei den Zeitungen. Dabei ist allerdings die Situation von Publikumszeitschriften und Fachzeitschriften differenziert zu betrachten. Letztere sind von den strukturellen Faktoren wesentlich stärker betroffen. Insgesamt ist zu berücksichtigen, dass sich Zeitschriften durchschnittlich nur zur Hälfte aus dem Werbe- und Anzeigengeschäft finanzieren.

Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass die genannten strukturellen Faktoren einen erhöhten Konzentrationsdruck insbesondere bei Zeitungsverlagen auslösen. Für die Verlage ist es vordringlich, Rückgänge im Anzeigengeschäft durch Ausweitungen des Vertriebsgeschäftes zu kompensieren und auf einer verbreiterten wirtschaftlichen Basis das Überleben der Unternehmen zu sichern. Zusätzliche Konzentrationstendenzen dürften sich durch Nachfolgeprobleme insbesondere bei kleinen und mittleren Verlagen stellen. Mit den Änderungen und Ergänzungen der pressenspezifischen Regelungen der Fusionskontrolle wird dieser Situation in zweifacher Weise Rechnung getragen. Zum einen werden die Spielräume für fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse durch Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors in § 38 Abs. 3 auf das Zehnfache - was einer Aufgreifschwelle

von 50 Millionen Euro entspricht - und die Anwendbarkeit der Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 bis zu einer Schwelle von 2 Millionen Euro erweitert. Damit werden in bestimmtem Umfang auch Zusammenschlüsse von Presseunternehmen mit Wettbewerbern ohne fusionskontrollrechtliche Prüfung möglich.

Um Zusammenschlüsse, die zur Stärkung der wirtschaftlichen Basis nötig sind, auch oberhalb dieser Schwellen in Einzelfällen zu ermöglichen und dennoch die bestehende Pressevielfalt aufrechtzuerhalten, wird § 36 durch eine Option für Zeitungs- und Zeitschriftenverlage ergänzt. Danach können sich diese trotz Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dann zusammenschließen, wenn die beteiligten Verlage freiwillig eine Einschränkung ihrer verlegerischen Dispositionsfreiheit akzeptieren. Bedingung ist, dass die erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften langfristig als selbständige publizistische Einheiten erhalten bleiben und der Erwerber nicht die Titelrechte und nicht die alleinigen Bestimmungsrechte über die inhaltliche Ausrichtung der Redaktionen erhält. Wirksamkeit und neutrale Kontrolle dieser Regelungen werden dadurch sichergestellt, dass sie als Bedingungen oder Auflagen Teil der Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts werden.

Die neu eingefügte Regelung bewegt sich innerhalb der Systematik dieses Gesetzes, indem sie weiterhin am Kriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft. Sie stellt auch nicht den bisher verfolgten Ansatz, publizistische Vielfalt durch wirtschaftliche Vielfalt zu gewährleisten, infrage. Sie erlaubt aber eine gewisse Verbreiterung der wirtschaftlichen Basis dann, wenn die publizistische Vielfalt gleichzeitig und nachhaltig gesichert wird.

Die Änderungen und Ergänzungen gelten für alle Unternehmen, deren Gegenstand der Verlag, die Herstellung oder der Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften oder deren Bestandteilen ist. Die wirtschaftlichen Probleme, die Anlass dieser Neuregelung sind, betreffen zwar die Unternehmen der verschiedenen Branchen dieses Sektors unterschiedlich und sind im Bereich der Tageszeitungen am gravierendsten. Eine trennscharfe und justiziable Abgrenzung dieses Segments beispielsweise gegenüber dem Bereich der Publikumszeitschriften oder dem Pressevertrieb ist jedoch nicht möglich.

In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass bei verschiedenen Verfahrensregelungen bereits jetzt ein dringender Änderungsbedarf besteht. Der Entwurf umfasst deshalb die notwendigen **verfahrensrechtlichen Änderungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle**. Schwerpunkt ist dabei eine Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Freigaben des Bundeskartellamts bzw. Erlaubnisse des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Der Rechtsschutz insgesamt wird dadurch nicht beeinträchtigt. Insbesondere bleibt die Regelung im GWB, die Klagen gegen Freigaben des Bundeskartellamts oder Ministererlaubnisse deutlich über den allgemeinen Rahmen der Verwaltungsgerichtsordnung hinaus ermöglicht, für das Hauptsacheverfahren unangetastet. Im einzelnen sieht der Entwurf vor:

- die Anknüpfung der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes an die **Verletzung eigener Rechte des Drittklägers** (dazu siehe aa),
- **verfahrensrechtliche Verbesserungen**, die Zweifelsfragen beseitigen und den Verfahrensablauf insgesamt effizienter gestalten (dazu siehe bb).

- aa) Mit der 6. GWB-Novelle wurde die Möglichkeit von Drittklagen gegen förmliche Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts eingeführt. Die Regelung folgte dem europäischen Recht, wo ebenfalls derartige Drittklagen möglich sind. Ziel der Regelung war in erster Linie eine erhöhte Transparenz der Zusammenschlusskontrolle. Die Erfahrungen mit der Entscheidungspraxis der Kommission hatten gezeigt, dass auch Freigaben nicht weniger als Untersagungen einer kritischen Diskussion in der Öffentlichkeit bedürfen. Dieses Ziel hat nach wie vor Gültigkeit. Darüber hinaus sollte dem Interesse von Unternehmen, die durch Freigaben in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen sind, Rechnung getragen werden.

Bereits im Rahmen der 6. GWB-Novelle wurde aber auch erkannt, dass Drittklagen die Umsetzung berechtigter unternehmerischer Entscheidungen erschweren können. Fusionen können in der Regel nur innerhalb eines eng begrenzten Zeitrahmens verwirklicht werden. Wenn Fusionsentscheidungen zum Zweck der gerichtlichen Überprüfung für längere Zeit ausgesetzt werden, wird damit in den meisten Fällen die Verwirklichung der Fusion insgesamt verhindert. Das geltende GWB sieht daher vor, dass Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts oder des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im Bereich der Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben (§ 64). Damit soll eine ausgewogene Balance zwischen dem Rechtsschutzinteresse Drittbetroffener und einer Wahrung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit geschaffen werden.

In der Folge ist dieses Ziel nur unvollkommen erreicht worden. In der gerichtlichen Praxis ist im Falle der Anfechtung von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts oder Erlaubnissen des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit in weitgehendem Umfang vorläufiger Rechtsschutz gewährt worden. Die Unternehmen können deshalb nicht mehr darauf vertrauen, dass eine Freigabe des Bundeskartellamts oder eine Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im Regelfall den Vollzug des Zusammenschlusses ermöglicht. Dies entspricht nicht der Intention des Gesetzgebers der 6. GWB-Novelle. Konsequenz von unberechtigten Blockaden von Fusionen durch überzogenen Rechtsschutz können Investitionshemmnisse mit erheblichen nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland sein.

In Zukunft kann **vorläufiger Rechtsschutz** gegen Freigaben des Bundeskartellamts in Hauptprüfverfahren (§ 40 Abs. 2) oder Erlaubnisse des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit (§ 42 Abs. 1) **gerichtlich nur von Dritten erlangt werden, die durch die Verfügung oder Erlaubnis in ihren Rechten verletzt sind**. Damit entsprechen die Voraussetzungen für die Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes im Kern den Rechtsschutzanforderungen des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts. Für das Hauptsacheverfahren bleibt es bei den niedrigeren Anforderungen an die Beschwerdebefugnis im GWB. Danach steht die Beschwerde den am Verfahren vor den Kartellbehörden Beteiligten zu, sofern diese durch die angefochtene Entscheidung in ihren wettbewerblichen Interessen beschwert sind (§ 63 Abs. 2; vgl. BGH HABET/Lekkerland vom 24. Juni 2003; KVR 14/01).

Die im Entwurf vorgesehene Lösung hat zwar die an sich unerwünschte Folge, dass für den Rechtsschutz in der Hauptsache und für den vorläufigen Rechtsschutz unterschiedliche Standards gelten. Es gibt aber keine Alternative, die den Rechtsschutz so weit wie möglich unangetastet lässt, zugleich aber der Intention des Gesetzgebers der 6. GWB-Novelle Rechnung trägt und unnötige Blockaden von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts oder Erlaubnissen des Bundesministers für Wirtschaft

und Arbeit verhindert. Eine Einschränkung des Rechtsschutzes auch in der Hauptsache würde im Ergebnis den erst im Rahmen der letzten GWB-Novelle eingeführten Drittschutz gegen Freigabeentscheidungen teilweise wieder aufheben. Dies ist jedoch nicht wünschenswert. Es besteht nach wie vor ein hohes öffentliches Interesse an der öffentlichen Diskussion und gerichtlichen Überprüfbarkeit von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und Ministererlaubnissen nach § 42. Eine Regelung, die sich darauf beschränkt, im Fall der gerichtlichen Anfechtung dieser Entscheidungen allein den vorläufigen Rechtsschutz in den verfassungsrechtlichen Grenzen einzuschränken, ist ausreichend und daher vorzugswürdig.

- bb) Daneben enthält der Entwurf Anpassungen der **Verfahrensvorschriften**, mit denen das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle insgesamt effektiver gestaltet werden soll. Dies betrifft insbesondere die Regelung über die öffentliche mündliche Verhandlung (§ 56). Die Verpflichtung, auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen zu müssen (§ 56 Abs. 1), wird aufgehoben. Die geltende Regelung kann bei der Fusionskontrolle zu Schwierigkeiten führen, wenn der Antrag kurz vor Fristablauf (§ 40 Abs. 1 oder 2) gestellt wird. Auch eine obligatorische mündliche Verhandlung für Verfahren nach § 19 (§ 56 Abs. 3 Satz 1) erscheint nicht notwendig. Es ist ausreichend, dies in das Ermessen der Kartellbehörde zu stellen. Bei Ministererlaubnissen bleibt die öffentliche mündliche Verhandlung dagegen zwingend vorgeschrieben. Es wird aber klargestellt, dass die mündliche Verhandlung vom Ministerium durchgeführt wird. Daraus folgt, dass die Anwesenheit des „Entscheidungers“ (Ministers) während der mündlichen Verhandlung nicht zwingend geboten ist.

Die Monopolkommission hatte darüber hinaus eine Klarstellung der Vertretungsregelung in § 42 angeregt. Der Entwurf übernimmt diesen Vorschlag nicht, da auch das OLG Düsseldorf im Rahmen des Rechtsstreits über die Ministererlaubnis im Verfahren E.ON/Ruhrgas zu erkennen gegeben hat, dass es eine Vertretung durch den zuständigen Staatssekretär für zutreffend ansieht. Somit besteht keine Rechtsunsicherheit, die gesetzlich behoben werden müsste.

- j) Der Entwurf enthält ferner Änderungen der **Vorschriften über das Bußgeldverfahren**. Schwerpunkte der Neuregelung sind dabei insbesondere
- die **Aufteilung von Ahndungs- und Abschöpfungsanteil** bei Bußgeldern (dazu siehe aa),
 - die **Verschärfung des Bußgeldrahmens und Einführung einer Zinspflicht für Bußgelder** bei Verstößen gegen das Kartellrecht (dazu siehe bb),
 - die **Einführung selbständiger Bußgeldverfahren gegen juristische Personen und Personenvereinigungen** (dazu siehe cc),
 - die Regelung der **Zuständigkeit des Bundeskartellamts im gerichtlichen Bußgeldverfahren** (dazu siehe dd).
- aa) Bislang schließen Bußgelder in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren neben der Sanktionierung des Kartellrechtsverstößes auch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils ein (vgl. § 17 Abs. 4 OWiG). Künftig verfolgen Bußgelder hingegen einen reinen Ahndungszweck. Dies folgt dem europäischen Vorbild. Es ist aner-

kannt, dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken (vgl. Urteil des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Juli 2003, 2 K 2377/01). Im künftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es geboten, dass die Geldbuße als wichtigste Sanktion bei Kartellrechtsverstößen möglichst nach einheitlichen Kriterien bemessen wird. Da es keine verbindlich festgelegten Zuständigkeiten für Bußgeldverfahren gibt, wären andernfalls je nach Tätigwerden der Behörden sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede in der Behandlung von Geldbußen die Folge. Eine einheitliche Handhabung von Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen kann nur durch eine Übernahme der europäischen Regelung in das deutsche Recht erreicht werden. Deshalb wird die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG, wonach die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll, für nicht anwendbar erklärt. Der erzielte Vorteil ist künftig nur einer der möglichen Bemessungsfaktoren für Geldbußen, wird aber durch die Geldbuße nicht mehr abgeschöpft. Der Entwurf vermeidet dadurch auch praktische Schwierigkeiten, die sich im bisherigen Recht durch die Notwendigkeit der Aufteilung der Geldbuße in einen Ahndungsteil und einen Abführungsanteil ergeben haben. Wegen der reinen Ahnungsfunktion sind Geldbußen künftig generell nicht mehr steuerlich abzugsfähig. Auch entfällt die Verrechnung mit Schadensersatzleistungen oder der Abführung des wirtschaftlichen Vorteils.

Die Neuregelung hat nicht zur Folge, dass die Kartellbehörden nicht mehr auch den wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen könnten. Der Entwurf sieht hierfür zwei Möglichkeiten vor: Entweder kann die Kartellbehörde nach § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten in Bußgeldverfahren den Verfall des erlangten Vorteils anordnen (§ 81 Abs. 3). Dies gilt - anders als im allgemeinen Ordnungswidrigkeitenrecht - zukünftig im Kartellbereich auch dann, wenn die Kartellbehörde ein Bußgeld verhängt. Außerhalb des Bußgeldverfahrens stehen der Kartellbehörde in Verwaltungsverfahren künftig die erweiterten Möglichkeiten der Vorteilsabschöpfung nach Maßgabe des § 34 zur Verfügung.

- bb) Eines der Kernanliegen des Entwurfs ist es sicherzustellen, dass die Abschaffung des bisherigen Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu keinem Verlust an Wettbewerbsschutz führt. Zu diesem Zweck soll die Abschreckungswirkung von Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen deutlich verstärkt werden. Der Entwurf trägt diesem Gedanken unter anderem dadurch Rechnung, dass der **Bußgeldrahmen für Kartellrechtsverstöße spürbar ausgeweitet** wird. So wird der Regelbußgeldrahmen für schwerwiegende Verstöße von derzeit 500.000 Euro auf zukünftig 2 Mio. Euro erhöht. Unverändert bleibt hingegen der mehrerlösbezogene Sonderbußgeldrahmen insoweit, als dort - wie bisher - die dreifache Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses als Obergrenze vorgesehen ist. Der Bußgeldrahmen für die sonstigen Fälle wird von derzeit 25.000 Euro auf 100.000 Euro angehoben. Da der geltende Bußgeldrahmen im Wesentlichen seit 1980 - abgesehen von einer leichten Absenkung im Rahmen der Euro-Umstellung - unverändert geblieben ist, berücksichtigt die Verschärfung des Bußgeldrahmens auch den zwischenzeitlich eingetretenen Preisanstieg.

Bußgelder für Kartellrechtsverstöße können außerordentlich hoch sein; der Höchstbetrag für ein einzelnes Unternehmen beträgt bislang 250 Mio. Euro. Der Zinsvorteil, der durch die Erhebung von Einsprüchen oder anderen Maßnahmen erreicht werden kann, hat daher für die Unternehmen große Bedeutung. Um zu verhindern, dass

Unternehmen allein zur Erlangung eines Zinsvorteils Einsprüche erheben oder auf andere Weise die Vollstreckbarkeit von Bußgeldbescheiden verzögern, wird eine **Zinspflicht** eingeführt. Damit entfällt der Anreiz, allein wegen der Zinsersparnis Einspruch einzulegen. Andererseits entstehen durch die Einlegung von Rechtsmitteln keine Nachteile, da die Zinspflicht die Unternehmen nicht schlechterstellt, sondern lediglich eine „Bereicherung“ durch den Zeitverzug verhindert. Die Zinspflicht ist keine zusätzliche Sanktion, sondern dient allein der Aufrechterhaltung der Sanktionswirkung der eigentlichen Geldbuße.

Bei Einsprüchen ist das Gericht an den Ausspruch der Behörde nicht gebunden. Dies gilt auch für die Zinspflicht. Die Zinspflicht stellt jedoch einen Hinweis an das Gericht dar, bei seiner Überprüfung der Geldbuße auch den Zeitfaktor zu berücksichtigen. Wenn das Gericht die ursprünglich von der Behörde festgelegte Geldbuße unter Einschluss der von der Behörde festgelegten Zinspflicht für angemessen hält, kann es bei seiner Entscheidung die Geldbuße um den Zinsvorteil erhöhen. Das Verschlechterungsverbot in Beschlussverfahren nach § 72 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten bleibt unberührt.

- cc) Der Entwurf sieht ferner die **Einführung selbständiger Bußgeldverfahren gegen juristische Personen und Personenvereinigungen** vor. Die im Gesetz gegen Ordnungswidrigkeiten bereits vorgesehene Möglichkeit des selbständigen Verfahrens gegen Unternehmen, die als Ausnahmeregelung ausgestaltet ist, wird in Kartellverfahren zum Normalfall gemacht. Bußgeldverfahren gegen Unternehmen wegen Verstößen gegen das Kartellrecht spielen in der Verwaltungspraxis der Kartellbehörden eine wichtige Rolle. Gegenüber den Bußgeldverfahren gegen natürliche Personen, die in diesen Unternehmen in verantwortlicher Stellung tätig sind, haben sie ein erheblich größeres wirtschaftliches Gewicht.

Im geltenden deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht sind Bußgeldverfahren gegen Unternehmen als Annex zum Verfahren gegen natürliche Personen ausgestaltet (§ 30 Abs. 4 OWiG). Diese Verknüpfung könnte jedoch die effektive Mitarbeit des Bundeskartellamts im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden zukünftig beeinträchtigen. Artikel 12 VO 1/2003 sieht Beschränkungen vor, wenn im Netzwerk ausgetauschte Informationen als Beweismittel für Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden sollen. So dürfen insbesondere Informationen nicht als Beweismittel verwendet werden, wenn sie in einer Weise erhoben worden sind, die hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen nicht das gleiche Schutzniveau gewährleistet wie nach deutschem Recht. Derartige Verwertungshindernisse sind zum Schutz natürlicher Personen sachgerecht und wichtig. Sie sollen aber ein Verfahren gegen das Unternehmen nicht automatisch blockieren. Die Vorschrift des § 30 Abs. 4 OWiG wird daher für nicht anwendbar erklärt. Die Beachtung verfassungsrechtlich gebotener Verwertungshindernisse im Einzelfall bleibt davon unberührt.

- dd) Schließlich sieht die Neuregelung des § 82a die **Zuständigkeit des Bundeskartellamts in gerichtlichen Bußgeldverfahren** vor. Bisher gelten für das gerichtliche Verfahren im Wesentlichen die allgemeinen Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts. Danach geht mit Einlegung des Einspruchs gegen den Bußgeldbescheid und Übersendung der Akten die Verfolgungszuständigkeit auf die Staatsanwaltschaft über. Diese vor allem auf die üblichen Massenverfahren im Bußgeldbereich zugeschnittene Vorschrift führt im Bereich des Kartellbußgeldverfahrens zu einer

unnötigen Doppelarbeit und unter Umständen zu einem widersprüchlichen Verhalten staatlicher Stellen bei der Klärung identischer Sachverhalte. Denn in - unter Umständen parallelen - Kartellverwaltungsverfahren behält die Kartellbehörde die Verfahrensherrschaft auch vor Gericht. Betreibt das Bundeskartellamt ein Kartellverwaltungsverfahren, so ist ein paralleles Ordnungswidrigkeitenverfahren durch die Staatsanwaltschaft nicht sinnvoll. Eine Zuständigkeitskonzentration beim Bundeskartellamt beseitigt diese Problematik. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ist vor allem deshalb sachgerecht, weil andernfalls die Staatsanwaltschaften im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten mitwirken müssten. Denn die VO 1/2003 schreibt für Verfolgungsbehörden in Bußgeldverfahren wegen Verstoßes gegen Art. 81 und 82 EG die Anwendung der Regeln des Netzwerks zwingend vor.

Im Ergebnis bewirkt die Neuregelung, dass auf Verfahren des Bundeskartellamts beruhende Bußgelder auf jeden Fall der Bundeskasse zufließen. Damit werden angesichts der tatsächlichen Verteilung von Personal- und Sachressourcen derzeit bestehende Unstimmigkeiten beseitigt.

Für Landeskartellbehörden gilt die Regelung über die Verfolgungszuständigkeit in Bußgeldverfahren entsprechend. Dies ist notwendig, damit in den Fällen, in denen Einsprüche gegen Bußgelder der Landeskartellbehörden eingelegt werden, im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden die Landeskartellbehörden (über das Bundeskartellamt) und nicht die Staatsanwaltschaften zukünftige Partner sind.

B. zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Zu Nummer 1 (Überschrift des Ersten Abschnitts)

Die Überschrift des Ersten Abschnitts wird an die neuen Regelungen der §§ 1 bis 4 angepasst. Bislang unterscheidet der Erste Teil des Gesetzes zwischen der Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen im Horizontalverhältnis (Erster Abschnitt) und Wettbewerbsbeschränkungen bei vertikalen Beziehungen (Zweiter Abschnitt). Dementsprechend bringt die bisherige Überschrift des Ersten Abschnitts mit der Verwendung der Begriffe „Kartellvereinbarungen“ und „Kartellbeschlüsse“ die Begrenzung auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen zum Ausdruck. In Zukunft werden horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gleichermaßen vom Verbot des § 1 erfasst. Die neue Überschrift des Ersten Abschnitts verwendet daher die allgemeinen Begriffe „wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen“, „Beschlüsse“ und „abgestimmte Verhaltensweisen“. Dies schließt nicht aus, dass der Erste Abschnitt auch Sonderregelungen für horizontale (§ 3) und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (§ 4) enthält.

Zu Nummer 2 (§ 1)

§ 1 enthält bisher das Verbot wettbewerbsbeschränkender horizontaler Vereinbarungen. Durch die Streichung der Wörter „miteinander im Wettbewerb stehenden“ wird die Vorschrift auch auf wettbewerbsbeschränkende vertikale Vereinbarungen erstreckt. § 1 entspricht damit im Kern der Verbotsvorschrift des Art. 81 Abs. 1 EG. Die Tatbestandsmerkmale des § 1 sind daher im Lichte der zu Art. 81 Abs. 1 EG ergangenen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulegen und anzuwenden (vgl. auch § 23). Dies gilt auch für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den EG-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. § 1 ist ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die gegen das Verbot des § 1 verstoßen, ohne einen Freistellungstatbestand nach diesem Gesetz (insbesondere nach den §§ 2 und 3) zu erfüllen, sind daher nichtig. Auch dies entspricht dem europäischen Recht (vgl. Art. 81 Abs. 2 EG).

Zu Nummer 3 (§§ 2 bis 4)

Zu § 2 (Freigestellte Vereinbarungen)

Zu Absatz 1

Absatz 1 übernimmt im Kern die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG. Wie im Rahmen der Verbotsnorm des § 1 gelten die Freistellungs Voraussetzungen auch dann, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise nicht geeignet ist, den Handel zwischen den EG-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ferner macht Absatz 1 deutlich, dass Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Sinne von § 1 „ex lege“ vom Verbot des § 1 freigestellt sind, wenn sie die Freistellungs Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen. Eine vorherige konstitutive Freistellungsentscheidung einer Kartellbehörde ist nicht mehr erforderlich.

Zu Absatz 2

Absatz 2 bestimmt im Wege der dynamischen Verweisung, dass bei der Anwendung von Absatz 1 Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft entsprechend gelten. Für Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, gelten die GVO ohnehin kraft europäischen Rechts. Gleichwohl ist auch insoweit eine Bezugnahme auf den Regelungsgehalt von GVO sachgerecht, weil sie den parallel anwendbaren (vgl. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003) Freistellungstatbestand nach dem neuen § 2 Abs. 1 konkretisiert. Für Vereinbarungen oder Verhaltensweisen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen wird der Anwendungsbereich von GVO mit konstitutiver Wirkung auf diese Vereinbarungen und Verhaltensweisen erstreckt.

Als Alternative zu einer dynamischen Verweisung auf die GVO kommt eine Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit in Betracht. Damit würde der Exekutive die Möglichkeit der Prüfung eingeräumt, ob künftige GVO insgesamt oder teilweise für eine Übernahme in das deutsche Recht geeignet sind. Eine solche Lösung ist jedoch nicht erforderlich und auch nicht wünschenswert. Wenn eine GVO nicht vollständig übernommen würde, wäre eine Zweiteilung des deutschen Rechts die Folge: oberhalb der Schwelle der sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel würde die GVO gelten, während für den verbleibenden Bereich der lokalen oder regionalen Auswirkungen abweichendes deutsches Recht bzw. eine abweichende Rechtsanwendung gelten würden. Dies würde die praktische Handhabbarkeit vor allem für die Unternehmen ganz erheblich erschweren. Es ist hierfür auch kein Bedürfnis ersichtlich. Mit Ausnahme der GVO über Technologie-Transfer-Vereinbarungen, die derzeit beraten wird, ist der Kreis der GVO im wesentlichen geschlossen. Wesentliche Änderungen sind in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Da die bisherigen GVO ohne Probleme in das deutsche Recht übernommen werden können, sind auch bei evtl. Änderungen der GVO keine Schwierigkeiten mit der Übernahme in das deutsche Recht zu erwarten.

Wie im europäischen Recht (Art. 2 VO 1/2003) liegt die Beweislast dafür, dass die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 vorliegen, grundsätzlich bei dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung, die sich darauf beruft. Die Bundesregierung hat jedoch bei Verabschiedung der VO 1/2003 in einer Protokollerklärung (MD 75/02) deutlich gemacht, dass diese Beweislastregelung nicht die verfassungsrechtlich geschützte Unschuldsvermutung in Bußgeldverfahren beeinträchtigen kann. Gleiches gilt auch im Rahmen der Anwendung des § 2.

Zu § 3 (Mittelstandskartelle)

§ 3 übernimmt inhaltlich die Vorschrift des bisherigen § 4 Abs. 1 über sog. Mittelstandskartelle. Dadurch sollen insbesondere kleine und mittlere Unternehmen Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die ihre Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen verbessern. Ebenso wie der bisherige § 4 Abs. 1 erfasst § 3 nur die Freistellung horizontal wirkender Wettbewerbsbeschränkungen. Liegen die Voraussetzungen des neuen § 3 vor, so ist vom Vorliegen der allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 auszugehen (gesetzliche Fiktion). Weisen daher Unternehmen erfolgreich das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des neuen § 3 nach, entfällt die Notwendigkeit, das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 nachzuweisen. Da die Vorschrift des bisherigen § 3 über Spezialisierungskartelle gestrichen wird, entfällt auch insoweit die bisherige Subsidiarität der Freistellung von Mittelstandskartellen gegenüber Spezialisierungskartellen. Der neue § 3 kann daher auch die Freistellung von Spezialisierungskartellen erfassen. Die neue Vorschrift ist keine abschließende Regelung über die Freistellung von Mittelstandskartellen. Sind seine Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Möglichkeit einer Freistellung nach § 2 Abs. 1 zu prüfen. § 3 gilt auch für Mittelstandsempfehlungen, soweit diese dem Verbot des § 1 unterfallen.

Weitergehende Einschränkungen dieser Vorschrift, etwa mit Blick auf Preisabreden und bei der Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebs Einrichtungen, sind nicht erforderlich. Der Freistellungstatbestand des bisherigen § 4 Abs. 1 hat nicht zu erkennbaren Missständen geführt. Auch für den künftigen § 3 ist die Besorgnis von Missständen nicht gerechtfertigt.

§ 3 unterscheidet nicht zwischen Mittelstandskartellen, die - wie im Regelfall - keine zwischenstaatliche Auswirkungen haben und solchen, die zwischenstaatlich relevant sind. Mittelstandskartelle mit zwischenstaatlichen Auswirkungen sind jedoch immer auch am Maßstab des europäischen Rechts zu prüfen (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003; § 22 Abs. 1). Im Verhältnis zum deutschen Recht setzt sich dabei das vorrangige europäische Recht durch.

Zu § 4 (Verbot von Preisbindungen)

§ 4 enthält das Verbot der Preisbindung der 2. Hand. Zwar unterfallen vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auch der Verbotsnorm des neuen § 1. § 4 geht jedoch darüber hinaus, indem er eine Verbotsnorm schafft, die keine Freistellung im Einzelfall zulässt. Ein derartiges per-se-Verbot entspricht der Regelung im bisherigen § 14, der neben Vereinbarungen über Geschäftsbedingungen insbesondere Vereinbarungen über Preisgestaltungen verbietet. Das per-se-Verbot für vertikale Preisbindungen soll auch in Zukunft erhalten bleiben.

§ 4 gilt für Vereinbarungen mit und ohne zwischenstaatliche Auswirkungen. Allerdings gilt in Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts.

Inhaltlich wird das Preisbindungsverbot an das europäische Recht, insbesondere an die Regelung des Art. 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO (VO 2790/99), angepasst. Wie dort gilt die Regelung des § 4 für die Preisbindung bei der Veräußerung von Waren und der Erbringung von Dienstleistungen. Deshalb wird zur Klarstellung der Begriff des „Käufers“ durch den Begriff des „Beziehers“ und der Begriff des „Verkäufers“ durch den Begriff des „Lieferanten“ ersetzt. Gleiches gilt für die Verwendung des Begriffs „Preis“ anstelle von „Verkaufspreis“. Eine inhaltliche Änderung wird damit nicht bezweckt.

Wie nach Art. 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO sind - insoweit abweichend vom bisherigen § 14 - Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen unter den in § 4 genannten Voraussetzungen vom Verbot der Preisbindung ausgenommen. Dies gilt - insoweit grundsätzlich weitergehend als Art. 4 Vertikal-GVO - unabhängig vom Marktanteil. Neben dem Verbot des § 4 bleiben aber die allgemeinen Regeln der §§ 1 und 2 anwendbar. Danach gilt die - nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbare - Freistellung durch die Vertikal-GVO nur bis zu einem Marktanteil bis 30% (Art. 3 Vertikal-GVO). Im Ergebnis stimmt somit das deutsche Recht auch bei der Behandlung von Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen mit dem europäischen Recht überein.

Sektorspezifische Ausnahmen vom Preisbindungsverbot sind im Fünften Abschnitt des Ersten Teils vorgesehen.

Zu Nummer 4 (Überschrift des Zweiten Abschnitts)

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

Zu Nummer 5 (§ 19 Abs. 2)

Zu Buchstabe a (Satz 1)

Die Vorschrift stellt klar, dass Marktbeherrschung auf dem jeweiligen sachlich und räumlich relevanten Markt festgestellt werden muss. Im Zusammenhang mit dem neuen Satz 3 (Buchstabe b) soll sichergestellt werden, dass der weitere räumliche Markt nicht nur bei der Marktabgrenzung, sondern auch bei der wettbewerblichen Beurteilung zugrunde zu legen ist. Soweit sich die Marktverhältnisse auf einem über Deutschland hinausgehenden räumlichen Markt angesichts der beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden im Ausland nicht ermitteln lassen, kann den Marktverhältnissen im Inland Indizwirkung für die Marktverhältnisse auf dem räumlich relevanten Markt zukommen.

Zu Buchstabe b (neuer Satz 3)

In dem neuen Satz 3 wird klargestellt, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Zugrundzulegen ist der räumliche Markt, wie er sich durch die Abgrenzung nach den maßgeblichen Kriterien ergibt (ökonomischer Marktbegriff). Eine normative Begrenzung des Marktes auf das Inland ist damit ausgeschlossen.

Die Formulierung „der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes“ macht deutlich, dass diese Klarstellung eine grundsätzliche Wertung enthält, die nicht nur für den Bereich der Missbrauchsaufsicht gilt, sondern generell bei der Anwendung dieses Gesetzes, insbesondere auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle und bei der Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen und Verhaltensweisen.

Zu Nummer 6 (§ 20)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Die Einfügung der Worte „miteinander im Wettbewerb stehenden“ soll bewirken, dass wie bisher Normadressaten dieser Vorschrift neben marktbeherrschenden Unternehmen und solchen, die zulässigerweise Preise binden, nur Unternehmen sind, die an freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen im Horizontalverhältnis beteiligt sind. Diese Unternehmen sollen auch im neuen System der Legalausnahme den zusätzlichen Anforderungen des Absatzes 1 unterliegen. Die Verweisungen sind deshalb so gefasst, dass sie die einschlägigen Fälle in dem neuen System erfassen.

Zu Buchstabe b (Absatz 5)

Es handelt sich um eine Klarstellung im Hinblick auf die Änderung des § 33.

Zu Nummer 7 (§ 21 Abs. 3 Nr. 1)

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen der Verweisungen. Inhaltlich wird der Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeweitet, da künftig auch vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen erfasst werden. Dies ist sachlich gerechtfertigt.

Zu Nummer 8 (Aufhebung der bisherigen §§ 22 und 23)

Der Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht entspricht auch die Aufhebung der Vorschriften über das Empfehlungsverbot (bisher § 22) und die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren (bisher § 23). Das EG-Recht enthält kein allgemeines Empfehlungsverbot und demgemäss auch keine Ausnahmetatbestände vom Empfehlungsverbot. Empfehlungen sind insoweit allein am Maßstab des Art. 81 EG zu messen. Mit der Streichung der bisherigen §§ 22 und 23 ist eine Übernahme der europarechtlichen Beurteilung von Empfehlungen auch für solche Fälle verbunden, die nicht zwischenstaatlich relevant sind. In Zukunft ist daher zu prüfen, ob Empfehlungen - entsprechend den im EG-Recht entwickelten Rechtsgrundsätzen - von der Verbotsnorm des § 1 erfasst sind. Soweit dies der Fall ist, gilt für die Freistellungsfähigkeit von Empfehlungen im Grundsatz die Regelung des § 2. Liegt nicht ausnahmsweise eine spezielle Regelung in einer GVO oder in diesem Gesetz (z.B. § 3) vor, ist an Hand der allgemeinen Kriterien von § 2 Abs. 1 bzw. Art. 81 Abs. 3 EG zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung der Empfehlung erfüllt sind. Für Preisempfehlungen im Vertikalverhältnis gilt die Regelung in § 4 bzw. die nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbare Vertikal-GVO (s. Begründung zu § 4).

Zu Nummer 9 (Überschrift des Dritten Abschnitts, §§ 22 und 23)

Der Dritte Abschnitt enthält Vorschriften zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts.

Zu § 22

Diese Vorschrift regelt das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht. Sie entspricht im wesentlichen Art. 3 VO 1/2003.

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht der Regelung in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003. Danach haben die Kartellbehörden und Gerichte auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG parallel zur Anwendung dieses Gesetzes zusätzlich immer das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden, wenn diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen zwischenstaatlich relevant sind. Damit soll einerseits der Vorrang des europäischen Rechts (s. Absatz 2) sichergestellt werden. Zum andern soll erreicht werden, dass diese Fälle, auch soweit auf sie parallel nationales Recht angewendet wird, in das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden eingestellt werden.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht der Vorrangregelung des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003. Danach dürfen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, die zwischenstaatlich relevant sind und die nicht nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten oder nach Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt sind, auch nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes verboten werden. Der Vorrang erstreckt sich auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung aller Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen mit zwischen-

staatlichen Auswirkungen. Erfasst sind auch Fälle, bei denen keine „spürbare“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des europäischen Rechts vorliegt.

Die Vorrangregelung des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 gilt nicht für die Anwendung strengeren nationalen Wettbewerbsrechts auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen. In Deutschland betrifft dies insbesondere den Anwendungsbereich der Vorschriften der Missbrauchsaufsicht. Dementsprechend wird klargestellt, dass die Vorschriften des Zweiten Abschnittes des Ersten Teils von der Vorrangregelung unberührt bleiben. Davon erfasst ist insbesondere auch die - im Vergleich zu Art. 82 EG - weitergehende Missbrauchsaufsicht gegenüber marktstarken Unternehmen (vgl. § 20). Dies entspricht auch Erwägungsgrund 8 der VO 1/2003.

Absatz 2 erfasst nach seinem Wortlaut nicht - in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 - den Vorrang strengeren europäischen Rechts gegenüber milderem nationalen Wettbewerbsrecht. Dieser Vorrang ist jedoch in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte anerkannt; er bleibt von den Regelungen in Absatz 2 und Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 unberührt. Insbesondere verlangt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nach der Rechtsprechung, dass nationale Rechtsvorschriften, die einer Gemeinschaftsvorschrift entgegenstehen, von allen nationalen Gerichten und Organen einschließlich der Verwaltungsbehörden nicht angewendet werden dürfen, unabhängig davon, welche Vorschrift älter ist (vgl. jüngst Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9. September 2003 - Rechtssache C-198/01 - Consorzio Industrie Fiammiferi; mit diesem Urteil wird der Vorrang des europäischen Rechts weiter verstärkt). Da in Zukunft die Kartellbehörden und Gerichte verpflichtet sind, auf alle zwischenstaatlich relevanten Sachverhalte das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden, setzt sich im Ergebnis der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts auch gegenüber milderem deutschen Recht durch.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht der Regelung in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003. Danach haben die Kartellbehörden und Gerichte neben den Vorschriften dieses Gesetzes auch Art. 82 EG auf von Art. 82 EG verbotene Verhaltensweisen anzuwenden. Der Anwendungsbefehl des Absatzes 3 betrifft somit Verhaltensweisen, die zum einen zwischenstaatlich relevant sind und gleichzeitig die Verbotsvoraussetzungen des Art. 82 EG erfüllen.

Zu Absatz 4

Entsprechend Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003 gelten die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 grundsätzlich nicht, wenn das Bundeskartellamt oder ein Rechtsmittelgericht die Vorschriften der Zusammenfassungskontrolle anwenden. In diesen Fällen besteht somit insbesondere keine Verpflichtung zur parallelen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts oder eine Bindung an die Vorrangregelung des Absatzes 2. Die Absätze 1 bis 3 gelten ebenfalls nicht für die Anwendung von Vorschriften, die überwiegend ein von den Art. 81 und 82 EG abweichendes Ziel verfolgen. Dazu gehören insbesondere die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

Zu § 23

§ 23 sieht eine Berücksichtigung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 vor. Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts erfassen neben gesetzlichen Regelungen auch die ständige Sprechpraxis des Europäischen

Gerichts erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg ebenso wie die gefestigte Verwaltungspraxis der Kommission, die sich auch in ihren Bekanntmachungen und Leitlinien wiederfindet. § 23 gilt sowohl für Wettbewerbsbeschränkungen mit zwischenstaatlicher Relevanz wie auch für solche, die allein dem innerstaatlichen Recht unterliegen.

Berücksichtigung bedeutet keine unmittelbare normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen. Außerdem gehen abweichende gesetzliche Regelungen in diesem Gesetz der Auslegungsregel des § 23 vor. Dies gilt etwa für die Regelung über Mittelstandskartelle nach § 3 oder die - im Vergleich zum europäischen Recht - eingehenderen Regelungen über das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach § 19 Abs. 2 bis 4.

Nicht erfasst von § 23 sind die anderen Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Ersten Teils, d.h. die §§ 20 und 21. Denn dabei handelt es sich um Vorschriften über einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, die im Vergleich zu Art. 82 EG strenger sind und auch nicht vom erweiterten Vorrang des europäischen Rechts erfasst werden (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2; Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003).

Zu Nummer 10 (§ 25)

Die Kartellbehörde hat im Rahmen eines Anerkennungsverfahrens auch Verbraucherzentralen und anderen Verbraucherverbänden, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn die Interessen der Verbraucher erheblich berührt sind. Damit wird der oftmals erheblichen verbraucherpolitischen Bedeutung von Wettbewerbsregeln Rechnung getragen.

Zu Nummer 11 (§ 26)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Mit der Einfügung des neuen Satz 2 wird der deklaratorische Charakter der Anerkennung von Wettbewerbsregeln durch die Kartellbehörde klargestellt. Das neue System der Legalausnahme ohne Administrativfreistellungsmöglichkeit erfasst auch die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, soweit sie eine wettbewerbliche Kontrolle zum Inhalt hat (s. Buchstabe b). Die Verfügung der Kartellbehörde hat deshalb künftig keine konstitutive Wirkung mehr. Bislang gilt dies nur für die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, soweit die Kartellbehörde andere Vorschriften als die §§ 1 und 22 Abs. 1 prüft, z. B. die lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen. Derartige Regelungen unterliegen im Falle eines Anerkennungsantrags auch bislang nur einer - nicht konstitutiv wirkenden - Rechtskontrolle der Kartellbehörde. In Zukunft gilt das auch für die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, die vom Verbot des § 1 erfasst werden und nach den §§ 2 und 3 freigestellt sind.

Zu Buchstabe b (Absatz 2)

Zu Doppelbuchstabe aa

Satz 1 sieht bislang eine gesonderte administrative Freistellungsmöglichkeit von Wettbewerbsregeln, die unter die bisherigen §§ 1 und 22 Abs. 1 fallen, nach „pflichtgemäßem Ermessen“ der Kartellbehörden vor. Mit der Einführung des Systems der Legalausnahme ist diese administrative Freistellungsmöglichkeit hinfällig. Wettbewerbsregeln, die vom Kartellverbot des § 1 erfasst werden, sind freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen der §§ 2 oder 3 erfüllen. Der bisherige Satz 1 ist daher zu streichen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Mit der Änderung von Satz 2 wird klargestellt, dass die Kartellbehörde den Antrag auf Anerkennung von Wettbewerbsregeln abzulehnen hat, wenn diese eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 enthalten, aber nicht vom Verbot des § 1 freigestellt sind. Wie im bisherigen Recht ist eine Anerkennung auch dann abzulehnen, wenn eine andere Bestimmung dieses Gesetzes, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder eine andere Rechtsvorschrift verletzt ist. Kartellbehörden nehmen insoweit auch verbraucherschützende Aufgaben wahr.

Zu Buchstabe c (Absatz 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Nummer 12 (§ 27)

Zu Buchstabe a (Überschrift)

Die Änderung der Überschrift berücksichtigt die neue Regelung des § 27.

Zu Buchstabe b (Absatz 2)

Zu Doppelbuchstabe aa

Anträge und Amtshandlungen in bezug auf Wettbewerbsregeln werden künftig nicht mehr im Bundesanzeiger, sondern auf der Internetseite der Kartellbehörde veröffentlicht. Der Begriff der „Bekanntmachung“ wird daher durch den umfassenderen Begriff der „Veröffentlichung“ ersetzt.

Zu Doppelbuchstabe bb

Es handelt sich um eine Folgeänderung (vgl. Nummer 10).

Zu Doppelbuchstabe cc

Die Ablehnung der Anerkennung von Wettbewerbsregeln ist von gleichem öffentlichen Interesse wie die anderen zu veröffentlichenden Verfügungen. Auch für sie wird daher eine Veröffentlichung vorgeschrieben. Bei der weiteren Änderung (Einfügung der Worte „der Anerkennung“) handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens.

Zu Buchstabe c (Absätze 3 und 4)

Es handelt sich um Folgeänderungen (s. Buchstabe a).

Zu Nummer 13 (§ 28)

Die Ausnahmeregelungen für die Landwirtschaft entsprechen im wesentlichen den im europäischen Recht geltenden Ausnahmeregelungen (VO 26/62). Sie werden für die nationalen Sachverhalte beibehalten und an die neuen Vorschriften dieses Gesetzes angepasst.

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Es entfällt der bisherige Satz 2, der die unverzügliche Anmeldung der Vereinbarungen und Beschlüsse bei der Kartellbehörde vorschreibt. Im neuen System der Legalausnahme besteht keine Begründung mehr dafür, dass diese bisher schon freigestellten Vereinbarungen angemeldet werden müssen und somit anders behandelt werden als die übrigen Vereinbarungen, für die eine solche Pflicht nicht mehr besteht.

Zu Buchstabe b (Absatz 2)

Durch den neuen Absatz 2 wird die geltende Rechtslage an die neuen Vorschriften der §§ 1 und 4 angepasst. Vertikale Bindungen werden zukünftig auch vom Verbot des § 1 erfasst. Die Beibehaltung der bisher geltenden materiellen Rechtslage erfordert deshalb, die in § 28 Abs. 2 genannten Bindungen sowohl vom Verbot des § 1 als auch des § 4 freizustellen.

Zu Buchstabe c (Absatz 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung. Mit dem Vertrag von Amsterdam sind die landwirtschaftlichen Erzeugnisse nunmehr in Anhang I des EG-Vertrags aufgeführt.

Zu Buchstabe d (bisheriger Absatz 4)

Da es keine konstitutiven Freistellungsentscheidungen mehr gibt, entfällt die bisher in Absatz 4 enthaltene Missbrauchsaufsicht über freigestellte Kartelle. Absatz 4 wird daher gestrichen. Die wettbewerbliche Kontrolle wird dadurch nicht eingeschränkt. Die Befugnisse der Kartellbehörden insbesondere im Rahmen ihres Tätigwerdens gemäß den §§ 32 ff. bleiben unberührt. Die Kartellbehörden können in diesem Rahmen Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften dieses Gesetzes feststellen und die Unternehmen verpflichten, diese abzustellen.

Zu Nummer 14 (§ 29)

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen von Kredit- und Versicherungsunternehmen werden künftig allein nach den Kriterien des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 81 EG) beurteilt. Vereinbarungen in diesem Bereich haben in

der Regel zwischenstaatliche Auswirkungen, so dass kein Raum für nationale Sonderregelungen mehr besteht. Die bisherigen Sonderregeln in § 29 werden daher aufgehoben.

In Ausnahmefällen, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist, gelten die Vorschriften des europäischen Rechts entsprechend (§§ 1 ff., § 23). Für Unternehmen der Versicherungswirtschaft ist die GVO Versicherungen (VO Nr. 358/2003) gemäß § 2 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Soweit auch für diese rein nationalen Fälle Mitversicherungsgemeinschaften nicht alle Bedingungen der GVO erfüllen, können sie, sofern die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 erfüllt sind, einzeln freigestellt sein.

Der Wegfall der bisher vorgesehenen Freistellung für horizontale Vereinbarungen vom Verbot des § 1 (§ 29 Abs. 2 Satz 2) stellt die kartellrechtliche Zulässigkeit von Mitversicherungen im Einzelfall nicht in Frage. Die Mitversicherung im Einzelfall stellt nach Auffassung der Kommission keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar. Daher ergibt sich für die Unternehmen aus der Streichung keine Verschlechterung gegenüber der bisherigen Situation.

Aus dem Grundsatz, dass künftig allein europäisches Recht maßgeblich ist, folgt zum anderen, dass § 4, der über das EU-Recht hinausgeht, für die Kredit- und Versicherungswirtschaft nicht anzuwenden ist. Dies ist sachgerecht, weil auch im bisherigen Recht Preisbindungen und vertikale Empfehlungen unter bestimmten Voraussetzungen freigestellt sind. Für diese Sachverhalte gilt künftig ebenfalls allein EG-Recht, und zwar gemäß § 2 Abs. 2 und § 23 auch für Sachverhalte ohne zwischenstaatliche Auswirkungen (z.B. Einzelfälle). Preisbindungen sind deshalb grundsätzlich vom Verbot des § 1 erfasst, weil es für sie keine Gruppenfreistellung gibt. Ausnahmsweise ist aber eine Freistellung im Einzelfall nicht ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG bzw. des § 2 Abs. 1 vorliegen. Im Ergebnis bedeutet dies keine substantielle Änderung der Rechtslage, da der bisher anzuwendende § 7 dem Art. 81 Abs. 3 EG weitgehend entsprach. Dies gilt auch für die bisher nach § 29 Abs. 2 Satz 1 freigestellten Preisbindungen im Einzelfall. Die kartellrechtliche Zulässigkeit herkömmlicher Preisbindungen im Rückversicherungsgeschäft wird ebenfalls nicht in Frage gestellt. Diese Vereinbarungen wurden von der Kommission bisher nicht als spürbare Wettbewerbsbeschränkung aufgefasst.

Insgesamt bot der bisherige § 29 mit den im einzelnen aufgeführten Freistellungen zwar etwas größere Rechtssicherheit als die neue Regelung, die das europäische Recht vollinhaltlich übernimmt. Dies ergibt sich jedoch zwingend aus dem neuen System der Legalausnahme. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit von bilateralen Kontakte mit den Kartellbehörden zur Klärung von Zweifelsfragen.

Zu Nummer 15 (Aufhebung der bisherigen §§ 30 und 31)

Zur Aufhebung des bisherigen § 30 (Urheberrechtsverwertungsgesellschaften)

Der bisherige § 30 wird aufgehoben, da die Vorschrift im Hinblick auf den Vorrang des europäischen Rechts keine eigenständige Bedeutung mehr hat. In der Sache bedeutet dies keine Änderung. Es bleibt dabei, dass Bildung und Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich ist, wie bisher nicht dem Kartellverbot unterfallen.

Die Notwendigkeit zur Aufhebung von § 30 Abs. 1 ergibt sich aus der Weiterentwicklung des europäischen Kartellverfahrensrechts und dem durch Art. 3 der VO 1/2003 erweiterten Vorrang des europäischen Rechts. Zum Zeitpunkt der 6. GWB-Novelle hatte das Bundeskartellamt zwar bereits die Befugnis, europäisches Recht anzuwenden. Es war dazu aber nicht verpflichtet. Somit

bestand im damaligen Zeitpunkt noch die Möglichkeit, nur deutsches Wettbewerbsrecht auf die Gründung und Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften anzuwenden. Deshalb war eine Klarstellung über das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und dem gesetzlichen Auftrag der Verwertungsgesellschaften, wie er im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz festgelegt ist, gerechtfertigt. Diese Rechtslage ändert sich durch Art. 3 der VO 1/2003 zum 1. Mai 2004. Nach diesem Zeitpunkt müssen nationale Behörden und Gerichte auf zwischenstaatlich relevante Sachverhalte in jedem Fall zwingend europäisches Wettbewerbsrecht anwenden. Daraus folgt, dass auch für Bildung und Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften das nationale Wettbewerbsrecht von dem vorrangigen europäischen Recht im Ergebnis in keiner Weise mehr abweichen darf. Da im europäischen Recht keine Sonderregelung für Verwertungsgesellschaften existiert, gibt es für eine eigenständige nationale Regelung eines Ausnahmereichs keine Berechtigung mehr.

Durch die künftige Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts wird die Bildung und Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften und ihre gegenwärtige Organisationsform nicht in Frage gestellt. Der Europäische Gerichtshof erkennt die Rechtmäßigkeit der Bildung von Verwertungsgesellschaften zum Zwecke der wirkungsvollen Vertretung der Urheberinteressen an. Nach gefestigter Rechtsprechung werden die auf Abtretung der Rechte ihrer Mitglieder beruhende Stellung und die Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften, soweit sie zur Wahrnehmung der Urheberrechte ihrer Mitglieder unerlässlich sind, nicht als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts betrachtet. Bereits mit der 6. GWB-Novelle wurde die Reichweite der Ausnahme von Verträgen und Beschlüssen der Verwertungsgesellschaften vom Kartellverbot durch die Formulierung „soweit sie zur wirksamen Wahrnehmung der (Urheber-) Rechte ... erforderlich sind“ an dieser EuGH-Rechtsprechung orientiert und gegenüber dem bis dahin geltenden Recht eingeschränkt. Die Arbeit der Verwertungsgesellschaften wurde dadurch nicht beeinträchtigt. Im Ergebnis wird die rechtliche Absicherung der Verwertungsgesellschaften und ihrer Tätigkeiten durch die Aufhebung des § 30 Abs. 1 nicht verschlechtert. Inwieweit Vereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften über die nationalen Grenzen hinweg eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, ist ebenfalls allein nach europäischem Recht (Art. 81 EG) zu beurteilen. Nationale Regelungen treten insoweit zurück und können keine abweichenden Ergebnisse begründen.

Auch für die Regelung in dem bisherigen Absatz 2 des § 30 besteht kein Bedürfnis mehr. Die Befugnis der Oberlandesgerichte zur Tariffestsetzung nach dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz bleibt erhalten. Da diese Tariffestsetzung zwischenstaatliche Auswirkungen hat, ist für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung künftig ebenfalls ausschließlich das europäische Recht maßgebend. Danach bestehen gegen die Festsetzung der Tarife durch Entscheidung der Oberlandesgerichte grundsätzlich keine Bedenken. Das europäische Wettbewerbsrecht ist wegen der unmittelbaren Geltung und des Vorrangs gegenüber nationalem Recht auch vom Oberlandesgericht zu beachten. Durch die Aufhebung des § 30 Abs. 2 erhält das Bundeskartellamt keine zusätzlichen Befugnisse. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kommt dem Bundeskartellamt nicht die Befugnis zu, eine Entscheidung des Oberlandesgerichts aufzuheben oder abzuändern, mit der die Tarife für Verwertungsgesellschaften konstitutiv festgelegt sind.

Zur Aufhebung des bisherigen § 31 (Sport)

Der bisherige § 31 wird aufgehoben. Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich aus dem durch Art. 3 der VO 1/2003 verstärkten Vorrang des europäischen Rechts. Da im europäischen Recht keine Sonderregelung für den Sportbereich besteht, gibt es für die eigenständige nationale Regelung eines Ausnahmereichs keine Berechtigung mehr. Nach der weiten Auslegung des Begriffs der zwischenstaatlichen Auswirkungen durch die Entscheidungspraxis der europäischen

Gerichte und die Verwaltungspraxis der Kommission hat die Vermarktung von Fernsehrechten in der Regel zwischenstaatliche Auswirkungen. Damit kann für diese Fälle die Anwendbarkeit des europäischen Rechts nicht in Frage stehen. Nationale Ausnahmeregelungen, die nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht entsprechen, laufen für diese Fälle somit weitgehend leer.

Die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe durch Sportverbände, die in Erfüllung ihrer gesellschaftspolitischen Verantwortung auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet sind und dieser Verpflichtung durch eine angemessene Teilhabe an den Einnahmen aus der zentralen Vermarktung dieser Fernsehrechte Rechnung tragen, werden durch die Streichung der bisherigen Ausnahmeregelung in § 31 und die zukünftige Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts nicht in Frage gestellt.

Der Sport nimmt in der europäischen Politik und Rechtspraxis eine gewisse Sonderstellung ein, die sich aus den besonderen Charakteristika und Funktionen des Sports ergibt. Bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags auf den Sport müssen dessen Besonderheiten berücksichtigt werden. Die vom Europäischen Rat in Nizza angenommene Erklärung über die besonderen Merkmale des Sports betont die Notwendigkeit, bei sämtlichen politischen Maßnahmen der Gemeinschaft die sozialen, erzieherischen und kulturellen Funktionen zu berücksichtigen, die für den Sport besonders charakteristisch sind. Damit soll die für die Erhaltung seiner gesellschaftlichen Funktion notwendige Ethik und Solidarität gefördert werden. Die Protokollerklärung (29) zum Vertrag von Amsterdam, die die Mitwirkung der Sportverbände betont, unterstreicht erneut die gesellschaftliche Bedeutung des Sports und der Förderung des Amateursports.

Regeln, die für die Existenz einer Sportart und die Organisation von Wettbewerben zwingend erforderlich sind und objektiv, transparent und nicht diskriminierend angewendet werden, fallen nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte und der Rechtsanwendungspraxis der Kommission nicht in den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln. Die Kommission erkennt in ihrer Entscheidungspraxis auch die Notwendigkeit, das Training junger Spieler zu fördern, als legitimes Ziel von darauf gerichteten Regeln an. Wenn diese Regeln in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen, fallen sie entweder nicht unter Art. 81 EG oder sind nach Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt.

Die Europäische Kommission hat die Grundsätze für die Bewertung der zentralen Vermarktung im Fall UEFA Champions League festgelegt. Danach ist die Zentralvermarktung grundsätzlich erlaubt, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind. So sind z.B. die Rechte in Pakete aufzuteilen und den Vereinen abgestufte Rechte zur Eigenvermarktung zu geben.

Für die Zentralvermarktung der DFB-Bundesligaspiele hat die Kommission eine ähnliche Entscheidung angekündigt. Auch in anderen Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen sind diese Grundsätze nunmehr anzuwenden. Damit ist die frühere - bis zur 6. GWB-Novelle - strengere Auffassung des Bundeskartellamts, die vom BGH bestätigt wurde, nicht mehr maßgeblich.

In Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen gelten die von der Kommission zum europäischen Recht entwickelten Grundsätze gemäß den §§ 1 ff. und § 23 entsprechend. Die Zentralvermarktung ist daher mit den gleichen Einschränkungen zulässig, sofern nicht ausnahmsweise wegen der Besonderheiten des Sachverhalts eine abweichende Beurteilung geboten ist.

Vor dem Hintergrund der heutigen Marktsituation ist fraglich, ob eine zentrale Vermarktung von Übertragungsrechten, die angebots- und nachfrageseitig keine grenzüberschreitende Wirkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG entfaltet, überhaupt eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 ist. Dabei sind die Möglichkeiten der Vereine, eine Eigenvermarktung wirtschaftlich sinnvoll vorzunehmen ebenso zu beachten wie das eher lokal begrenzte Interesse der Nachfrager an derartigen Rechten und der geringe Anteil an den Gesamtvermarktungserlösen, der auf diesen Bereich entfällt.

Zu Nummer 16 (§ 30)

Der neue § 30 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 15. Er wird an die neuen Vorschriften dieses Gesetzes angepasst.

Zu Nummer 17 (§§ 32 bis 34a)

Zur Überschrift

Die Ergänzung der Überschrift durch Einfügung der Wörter „Befugnisse der Kartellbehörden“ trägt dem erweiterten Inhalt der Vorschriften der §§ 32 bis 32e Rechnung.

Zu § 32

Zu Absatz 1

In Anlehnung an das europäische Recht (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003) erhalten die Kartellbehörden die Befugnis, den betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen aufzugeben, eine Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz oder gegen die Art. 81 oder 82 EG abzustellen (positive Tenorierung). Die Abstellung der Zuwiderhandlung schließt die Unterlassung ein.

Zu Absatz 2

Absatz 2 konkretisiert die Befugnisse der Kartellbehörden nach Absatz 1 in Anlehnung an Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003. Danach kann die Kartellbehörde alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Absatz 2 erfordert ausdrücklich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die an den verfassungsmäßig verankerten Grundsätzen auszurichten ist. Dies ist insbesondere bei Eingriffen in die Unternehmenssubstanz (sog. strukturellen Maßnahmen) von Bedeutung.

Zu Absatz 3

Ebenfalls wie im europäischen Recht (Art. 7 Abs. 1 Satz 4 VO 1/2003) wird den Kartellbehörden die ausdrückliche Befugnis erteilt, einen Kartellrechtsverstoß auch nachträglich festzustellen,

wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht. Ein berechtigtes Interesse ist insbesondere dann zu bejahen, wenn eine Klarstellung der Rechtslage wegen Wiederholungsgefahr geboten ist.

Zu § 32a

Zu Absatz 1

Absatz 1 sieht die Befugnis der Kartellbehörde vor, in dringenden Fällen von Amts wegen einstweilige Maßnahmen zu treffen. Dies entspricht Art. 8 Abs. 1 VO 1/2003. Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckt sich grundsätzlich auf die Durchsetzung der Vorschriften des Ersten Teils des Gesetzes, soweit nicht hierzu § 60 Nr. 3 Sonderregelungen enthält. Darüber hinaus erfasst § 32a auch die Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG. In den übrigen Fällen, insbesondere im Bereich der Zusammenschlusskontrolle, richtet sich die Befugnis zum Erlass einstweiliger Anordnungen nach § 60.

Zu Absatz 2

Wie im europäischen Recht (Art. 8 Abs. 2 VO 1/2003) ist die einstweilige Maßnahme nach Absatz 1 zu befristen. Die Frist ist - ebenfalls wie im europäischen Recht - verlängerbar. Über das europäische Vorbild hinausgehend sieht Absatz 2 im Interesse der betroffenen Unternehmen eine Regelfrist von insgesamt einem Jahr vor. Diese Frist sollte nur ausnahmsweise überschritten werden.

Zu § 32b

Zu Absatz 1

Entsprechend Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 erhalten die Kartellbehörden die Befugnis, zur Abwendung einer Verfügung nach § 32 Verpflichtungszusagen der betroffenen Unternehmen durch Verfügung bindend zu erklären. Verfügungen nach § 32b treffen keine abschließende Aussage der Kartellbehörde darüber, ob ein Kartellrechtsverstoß vorgelegen hat oder noch vorliegt. Sie enden jedoch mit der Feststellung, dass für ein Tätigwerden der Kartellbehörde kein Anlass mehr besteht.

Zu Absatz 2

Die Vorschrift regelt die Fälle, in denen eine Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Kartellbehörde möglich ist. Sie geht als spezielle Regelung den allgemeinen Regeln über die Aufhebung von Verwaltungsakten nach den §§ 48 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes vor.

Zu § 32c

Stellt die Kartellbehörde fest, dass in einem Einzelfall die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 4, 19 bis 21 oder nach Art. 81 Abs. 1 oder Art. 82 EG nach den ihr vorliegenden Informationen nicht gegeben sind, so kann sie beschließen, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Die Vorschrift erfasst auch die Fälle, in denen eine nach § 1 oder Art. 81 Abs. 1 EG

verbotene Vereinbarung oder Verhaltensweise gemäß § 2 oder Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt ist. Diese Regelung entspricht Art. 5 Satz 3 VO 1/2003. Die Kartellbehörde trifft eine Entscheidung nach § 32c nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Entscheidung ergeht in Form einer Verfügung (§ 61). Sie ist keine konstitutiv wirkende Freistellung im Sinne des bisherigen Administrativfreistellungsverfahrens. Vielmehr enthält sie die Selbstbindung der Kartellbehörde, auf der Grundlage der vorliegenden Informationen nicht gegen die betreffende Vereinbarung oder Verhaltensweise vorzugehen. Der Beschluss der Kartellbehörde ist daher für Dritte nicht bindend. Ihnen steht beispielsweise der Zivilrechtsweg offen. Das Gericht kann aber Verfügungen nach § 32c bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Falls berücksichtigen.

Zu § 32d

Bereits Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003 sieht die Möglichkeit des Entzugs des Vorteils einer GVO durch mitgliedstaatliche Kartellbehörden vor, wenn im Einzelfall die Anwendung der GVO im Gebiet eines Mitgliedstaats oder in einem Teilgebiet eines Mitgliedstaats, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, zu Ergebnissen führt, die mit Art. 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind. § 32d stellt diese Kompetenz der Kartellbehörden klar. § 32d geht jedoch darüber hinaus, da auch die Befugnis zum Entzug des Vorteils einer nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbaren GVO bei Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen erteilt wird.

Zu § 32e

Zu Absatz 1

Entsprechend Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 erhält das Bundeskartellamt die Befugnis, eine Enquete-Untersuchung hinsichtlich bestimmter Wirtschaftszweige oder - Sektor übergreifend - bestimmter Arten von Vereinbarungen durchzuführen. Voraussetzung für eine derartige Untersuchung ist nicht ein konkreter Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes oder der Art. 81 oder 82 EG. Bereits die Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann Grundlage für eine Enquete-Untersuchung sein. Hat das Bundeskartellamt die Eröffnung einer Untersuchung beschlossen, kann es in diesem Rahmen von den betroffenen Unternehmen alle erforderlichen Auskünfte verlangen und die dazu erforderlichen Ermittlungen durchführen (Satz 2).

Die redaktionellen Abweichungen vom Text des Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 dienen der besseren Verständlichkeit. Eine inhaltliche Änderung ist nicht bezweckt.

Zu Absatz 2

Die betreffenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen haben das Bundeskartellamt auf Verlangen über sämtliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Sinne des § 1 zu unterrichten. Auch diese Regelung folgt dem europäischen Recht (Art. 17 Abs. 1, 2. Unterabsatz VO 1/2003).

Zu Absatz 3

In Anlehnung an Art. 17 Abs. 1, 3. Unterabsatz VO 1/2003 kann das Bundeskartellamt einen Bericht über die Ergebnisse seiner Untersuchung veröffentlichen und Stellungnahmen interessierter Parteien einholen.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift zählt die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Rahmen einer Enquete-Untersuchung gegenüber bestimmten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen auf. Dabei gelten - mit Ausnahme der Vorschrift über die Beschlagnahme (§ 58) - die §§ 57 bis 62 entsprechend. Die Ermächtigung zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände wäre im Rahmen einer grundsätzlich verdachtsunabhängigen Enquete-Untersuchung unverhältnismäßig. Die Aufzählung in Absatz 4 schließt weitergehende Ermittlungsbefugnisse nicht aus, wenn und soweit hierfür im Laufe einer Enquete-Untersuchung die jeweiligen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen.

Zu § 33

Zu Absatz 1

Die Neufassung stellt zunächst ausdrücklich klar, dass bei Kartellrechtsverstößen neben Unterlassungsansprüchen im Falle einer Wiederholungsgefahr auch Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden können. Derartige Ansprüche sind im geltenden Recht von der Rechtsprechung aufgrund der analogen Anwendung des § 1004 BGB zuerkannt worden.

In Zukunft wird auf das Erfordernis einer Schutzgesetzverletzung als Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung verzichtet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass kartellrechtliche Normen und kartellbehördliche Verfügungen neben dem Schutz des Wettbewerbs als Institution auch dem Schutz von Individualinteressen dienen. Darin einbezogen sind zukünftig auch die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags. Maßgebliches Kriterium für die Anspruchsberechtigung ist im Falle der Geltendmachung von Beseitigungs- bzw. Unterlassungsansprüchen eine konkrete, d.h. insbesondere unmittelbare Betroffenheit. Satz 2 definiert deshalb den Betroffenen als denjenigen, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch das kartellrechtswidrige Verhalten beeinträchtigt wird. Entsprechendes gilt für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Absatz 3.

Durch den Wegfall des Schutzgesetzfordernisses entfallen künftig die Beschränkungen der Anspruchsberechtigung, die in der Vergangenheit aus diesem Erfordernis abgeleitet wurden. So können auch Abnehmer oder Lieferanten anspruchsberechtigt sein, selbst wenn sich die Kartellabsprache nicht gezielt gegen diese Abnehmer oder Lieferanten richtet. Für die Fusionskontrolle verbleibt es dagegen bei der bestehenden Sonderregelung (insbes. §§ 36 und 42). Eine wettbewerbsrechtliche Überprüfung von Zusammenschlüssen auf dem Zivilrechtsweg ist daher auch in Zukunft nicht möglich.

Zu Absatz 2

Für die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen wird der Kreis der Anspruchsberechtigten auf abstrakt Betroffene erweitert. Hierzu gehören in Anknüpfung an die bisherige Regelung rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger

beruflichen Interessen. Neu aufgenommen werden qualifizierte Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Unterlassungsklagengesetz oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG L 166 S. 51) eingetragen sind. Dies sind in erster Linie Verbraucherschutzverbände. Der Entwurf trägt damit dem Umstand Rechnung, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs auch die Interessen der Verbraucher schützt.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift regelt den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch. Eine Schutzgesetzverletzung ist nach Satz 1 auch hier nicht mehr Voraussetzung für eine Anspruchsberechtigung (s. Absatz 1.). Wie bisher erfordert der Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Schädigers. Von Bedeutung ist dabei, dass die Rechtsprechung hohe Anforderungen an einen - die fahrlässige Begehung ausschließenden - unverschuldeten Rechtsirrtum stellt. So ist im Kartellrecht ein Verschulden nur dann zu verneinen, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH-Beschluss vom 16.12.1986 „Taxizentrale Essen“, WuW/E BGH 2341, 2344). Unter diesen Umständen empfiehlt es sich für Unternehmen, vor Abschluss oder Durchführung von möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um die kartellrechtliche Zulässigkeit der beabsichtigten Vereinbarung oder Verhaltensweise zu klären. Dabei kommt in Zweifelsfällen auch bilateralen Konsultationen mit den zuständigen Kartellbehörden eine besondere Bedeutung zu.

Hinsichtlich der Schadensberechnung stellt Satz 2 klar, dass ein geschädigter Abnehmer einer Ware oder Dienstleistung auch dann Schadensersatz verlangen kann, wenn er die überhöhten Einstandskosten seinerseits an einen Abnehmer weiterreichen konnte. Dies entspricht den Grundsätzen im US-Recht zur sog. „passing-on-defense“. Auch im deutschen Recht kommt nach den allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts eine Vorteilsausgleichung nur in Betracht, wenn zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil beim zunächst Geschädigten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entspricht und den Schädiger nicht unbillig entlastet. Danach erscheint eine Vorteilsausgleichung bei Kartellrechtsverstößen nicht sachgerecht. Zum einen ist der Kartellrechtsverstoß nicht immer *conditio sine qua non* für den später vereinbarten Endabnehmerpreis. Vor allem aber entspricht eine Anrechnung des erzielten Vorteils nicht dem Zweck des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs. Dieser dient neben dem Restitutionsgedanken gleichermaßen der Abschreckung von Kartellrechtsverstößen und der Herausgabe des zu Lasten Dritter erzielten Vorteils. Die Anerkennung einer Vorteilsausgleichung würde diesen Zwecken zuwiderlaufen. Wie bei anderen gesetzlichen Vorbildern (vgl. § 843 Abs. 4 BGB) wird eine Vorteilsausgleichung daher in diesem Fall ausdrücklich ausgeschlossen.

Alternativ zur konkreten Schadensberechnung nach den §§ 249 ff. BGB wird dem Geschädigten in Satz 3 das Recht eingeräumt, den anteiligen Gewinn zu verlangen, den der Schädiger durch den Kartellrechtsverstoß erzielt hat. Der Geschädigte muss in diesem Fall nicht nachweisen, dass der erzielte Gewinn seinem konkreten Schaden entspricht; dadurch wird die Rechtsverfolgung erleichtert. Die Einführung alternativer Formen der Schadensberechnung entspricht insbesondere dem Vorbild des Gewerblichen Rechtsschutzes und des subsidiären Leistungsschutzes nach § 1 UWG, wo ebenfalls die Herausgabe des Verletzergewinns anstelle der Schadensberechnung nach den § 249 ff. BGB eine anerkannte Wahlmöglichkeit darstellt. Ziel ist insbesondere, die

Anspruchsdurchsetzung in den Fällen zu erleichtern, in denen die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Der Gewinn errechnet sich dabei grundsätzlich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich angefallener Betriebskosten. Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, sind nicht abzugsfähig. Im Falle mehrerer Geschädigter steht dem einzelnen Geschädigten nur ein Anspruch auf Herausgabe des anteiligen Gewinns zu. Die Höhe des Anteils bestimmt sich nach dem Gewinn aus dem Kartellrechtsverstoß gegenüber dem Geschädigten bzw. aus den Folgeverträgen mit ihm. Der Anspruch auf anteilige Gewinnherausgabe wird zusätzlich flankiert durch einen Anspruch auf Rechnungslegung.

Um zu verhindern, dass der Schädiger durch eine verzögerte Schadensregulierung einen Vorteil erzielt, wird in Satz 4 eine Verzinsungspflicht für die Geldschuld ab Schadenseintritt eingeführt. Dies dient ebenfalls dem Zweck einer Verstärkung des Abschreckungscharakters von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen. Evtl. weitergehende Zinsansprüche aus weitergehenden Rechtsgrundlagen bleiben unberührt.

Zu Absatz 4

Mit der Vorschrift wird eine Tatbestandswirkung für sog. „follow on“-Klagen eingeführt. Macht ein Geschädigter infolge eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder Art. 81 oder 82 EG Schadensersatz geltend, so ist das Gericht zugunsten des Geschädigten an die Annahme eines Verstoßes gebunden, wenn ein derartiger Verstoß durch eine bestandskräftige Entscheidung der Kartellbehörde oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen EG-Mitgliedstaats oder eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts in einem EG-Mitgliedstaat festgestellt ist. Die Tatbestandswirkung bezieht sich nur auf bestandskräftige verwaltungs- oder bußgeldrechtliche Entscheidungen. Dies sind in der Regel Entscheidungen deutscher Kartellbehörden, der Kommission oder von Wettbewerbsbehörden anderer EG-Mitgliedstaaten. Erfasst sind aber auch die in einigen Mitgliedstaaten vorgesehenen verwaltungs- oder bußgeldrechtlichen Erstentscheidungen von Gerichten. Die Bindungswirkung bezieht sich auch auf rechtskräftige Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von verwaltungs- oder bußgeldrechtlichen Erstentscheidungen ergangen sind. Verwaltungs- und Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission sind in Zivilprozessen bereits im Rahmen des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 von den Gerichten zu beachten. Absatz 4 hat insoweit nur klarstellende Bedeutung. Die Tatbestandswirkung bezieht sich alleine auf die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes. Alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbeziehung, unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts.

Die Tatbestandswirkung reicht nur so weit, wie die Wirkung der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde insbesondere in räumlicher Hinsicht. Die Bindungswirkung erfasst jeweils nur Wettbewerbsbeschränkungen, die Auswirkungen im Gebiet der Wettbewerbsbehörden haben. Außerdem beschränkt sich die Bindungswirkung auf die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes. Entscheidungen ausländischer Wettbewerbsbehörden haben daher z.B. keine Bindungswirkung hinsichtlich des in Deutschland entstandenen Schadens.

Zu Absatz 5

Zur Stärkung der Durchsetzbarkeit kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche ist die Verjährung dieser Ansprüche gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatz 1 oder die Kommission oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen EG-Mitgliedstaates wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 oder 82 EG ein Verfahren einleitet. Damit soll sichergestellt werden, dass individuell Geschädigte tatsächlich in den Genuss der Tatbestandswirkung nach Absatz 4 kommen können und nicht zivilrechtliche Schadensersatzansprüche beispielsweise nach Ablauf eines langwierigen Bußgeldverfahrens bereits verjährt sind.

Zu § 34

Zu Absatz 1

Die Neufassung erweitert die bisherige Mehrerlösabschöpfung zu einem Instrument zur Abschöpfung des gesamten, durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils. Bislang unterliegt die Mehrerlösabschöpfung nach § 34 erheblichen Restriktionen, so dass sie in der Praxis keine Bedeutung erlangt hat. Der Mehrerlös muss zum einen schuldhaft erlangt worden sein; zum anderen bezieht sich nach geltendem Recht die Abschöpfung nur auf den nach Eintritt der Unanfechtbarkeit einer Untersagungsverfügung erlangten Mehrerlös. Die Neuregelung des § 34 Abs. 1 beseitigt das Verschuldensfordernis als Grundlage für die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils. Damit wird deutlich, dass § 34 ein verwaltungsrechtliches Instrument ist und keine strafrechtsähnliche Sanktion wie das Bußgeld. Ziel der Vorteilsabschöpfung ist nicht die Bestrafung des Täters - die gleichwohl unabhängig davon erfolgen kann - sondern die Sicherstellung, dass die durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteile nicht beim Täter verbleiben.

Für die Definition des wirtschaftlichen Vorteils sind die zu § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten entwickelten Rechtsgrundsätze entsprechend heranzuziehen. Dies bedeutet, dass nicht nur ein in Geld bestehender Gewinn zu berücksichtigen ist, sondern auch ein sonstiger wirtschaftlicher Vorteil, wie z.B. eine Verbesserung der Marktposition des Täters durch die Ausschaltung oder Zurückdrängung von Wettbewerbern. Der wirtschaftliche Vorteil ist im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen zu errechnen, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat und ohne diese für ihn eingetreten wäre (Saldierungsgrundsatz). Die Ersparnis sonstiger notwendiger Kosten ist ein wirtschaftlicher Vorteil, ebenso erzielte Gebrauchsvorteile oder die sichere Aussicht der Gewinnerzielung.

Zu Absatz 2

Die Vorteilsabschöpfung ist gegenüber individuellen Schadensersatzansprüchen Dritter, ebenso wie gegenüber der Anordnung des Verfalls des wirtschaftlichen Vorteils nach § 81 Absatz 3 in Verbindung mit § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten subsidiär. Derartige Leistungen sind daher auf die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils anzurechnen bzw. bei bereits erfolgten Zahlungen zurückzuerstatten. Die Neuregelung in Absatz 2 macht die Vorschrift des bisherigen Absatz 4 über das Verhältnis zwischen Mehrerlösabschöpfung und rechtskräftig festgestellten Schadensersatzansprüchen entbehrlich. Diese Vorschrift wird daher aufgehoben.

Zu Absatz 3

Die Regelung entspricht der Vorschrift des bisherigen § 34 Abs. 2. Sie ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der auch bei der Vorteilsabschöpfung Anwendung findet. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass in Zukunft die Vorteilsabschöpfung verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Sollte die Vorteilsabschöpfung in Einzelfällen zu unbilligen Ergebnissen führen oder ist der erzielte Vorteil gering, soll die Abschöpfung ganz oder teilweise unterbleiben.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen § 34 Abs. 3.

Zu Absatz 5

Eine Vorteilsabschöpfung kann zukünftig nur für einen Zeitraum von bis zu 5 Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von 5 Jahren angeordnet werden. Entsprechend der Regelung zur Unterbrechung der Verjährung bei Bußgeldverfahren hemmen Ermittlungshandlungen der Kommission oder von Wettbewerbsbehörden anderer EG-Mitgliedstaaten die Verjährung.

Zu § 34a

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die Anspruchsgrundlage für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen. Der Anspruch ist subsidiär gegenüber der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils (§ 34) oder der Anordnung des Verfalls durch die Kartellbehörden (§ 81 Abs. 3 EG in Verbindung mit § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten).

Der Tatbestand setzt - wie der Entwurf des § 10 UWG - eine vorsätzliche Zuwiderhandlung voraus. Praktisch relevant ist die Vorteilsabschöpfung daher vor allem bei Verstößen gegen wettbewerbsrechtliche Kernbeschränkungen (sog. „hard-core“-Fälle), bei denen vorsätzliches Handeln der beteiligten Unternehmen in der Regel evident ist.

Durch die kartellrechtswidrige Handlung muss der Zuwiderhandelnde einen wirtschaftlichen Vorteil auf Kosten einer Vielzahl von Geschädigten erhalten haben. Dadurch wird deutlich, dass sich die Vorteilsabschöpfung nur gegen besonders gefährliche kartellrechtswidrige Handlungen richtet, nämlich solche mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Marktteilnehmern betreffen. In diesen Fällen erscheint es zur Verstärkung der Abschreckungswirkung gerechtfertigt, dass Verbände den wirtschaftlichen Vorteil aus derartigen besonders gefährlichen kartellrechtswidrigen Handlungen abschöpfen können.

Durch das Merkmal „auf Kosten“ wird klargestellt, dass der Tatbestand nur dann greift, wenn der Erzielung des wirtschaftlichen Vorteils unmittelbar ein Vermögensnachteil der Marktteilnehmer gegenübersteht. Dazu genügt jede wirtschaftliche Schlechterstellung. Bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Schlechterstellung ist die vom Zuwiderhandelnden erbrachte Gegenleistung zu berücksichtigen.

Aktiv legitimiert sind die in § 33 Abs. 2 Nr. 2 und 3 genannten Verbände. Auch dies entspricht dem Entwurf von § 10 UWG.

Die Höhe des Anspruchs bemisst sich nach dem durch den Wettbewerbsverstoß auf Kosten der Abnehmer erzielten wirtschaftlichen Vorteil. Wie im Rahmen des § 34 sind hierbei die Grundsätze des § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten entsprechend anzuwenden. Ist die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils streitig, kann dieser nach § 287 der Zivilprozessordnung geschätzt werden.

Zu Absatz 2

Satz 1 regelt das Verhältnis der Vorteilsabschöpfung zu individuellen Ersatzansprüchen. Dabei stellt die Regelung klar, dass individuelle Schadensersatzansprüche vorrangig zu befriedigen sind. Soweit der Geschädigte selbst einen Ausgleich erhält, besteht kein Bedürfnis mehr für eine Geltendmachung der Ansprüche durch Verbände. Deshalb sind die nach § 33 erbrachten Schadensersatzleistungen bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils abzuziehen. Der Anspruch wird nicht gemindert durch Kosten, die der Schädiger für aufgrund der Zuwiderhandlung geführte Rechtsstreitigkeiten aufgewendet hat. Ansonsten hätte der Zuwiderhandelnde einen Anreiz, sich auf kostenträchtige Prozesse einzulassen.

Satz 2 berücksichtigt die Fallkonstellation, dass das Unternehmen nach erfolgter Erfüllung des Vorteilsabschöpfungsanspruchs individuelle Ansprüche der Mitbewerber oder der Abnehmer befriedigt. Da es nicht darauf ankommen kann, in welcher Reihenfolge die Ansprüche gestellt werden, ist konsequenterweise der abgeführte Vorteil in Höhe der nach Abführung geleisteten Zahlungen auf diese Forderungen herauszugeben. § 34 Abs. 2 Satz 2 gilt insoweit entsprechend. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung kann dies über § 767 der Zivilprozessordnung geltend gemacht werden.

Zu Absatz 3

Für den Fall, dass mehrere Berechtigte den Anspruch geltend machen, gelten die Vorschriften des BGB zur Gesamtläubigerschaft entsprechend.

Zu Absatz 4

Satz 1 bestimmt, dass der abgeschöpfte Vorteil dem Bundeskartellamt und damit dem Bundeshaushalt zukommt. Würde der Vorteil bei den Anspruchsberechtigten verbleiben, bestünde die Gefahr, dass der Anspruch allein aus dem letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus geltend gemacht würde. Für die Frage einer etwaigen Anspruchsverfolgung sollte aber entscheidend sein, ob durch die kartellrechtswidrige Handlung die Interessen der Marktteilnehmer erheblich beeinträchtigt werden. Satz 2 ergänzt die in Absatz 2 Satz 2 getroffene Regelung durch eine Verpflichtung des Bundeskartellamts zur Rückzahlung des abgeführten Vorteils, soweit der Verband nach der Abführung des Vorteils an das Bundeskartellamt seinerseits Rückerstattungen an das Unternehmen vorgenommen hat. Durch die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht in Satz 3 soll die Abwicklung zwischen dem Bundeskartellamt und den zur Geltendmachung des Vorteilsabschöpfungsanspruchs Berechtigten erleichtert werden. Die Rechenschaftslegung richtet sich nach § 259 BGB.

Zu Absatz 5

Für die Tatbestandswirkung kartellbehördlicher und kartellgerichtlicher Entscheidungen sieht Absatz 5 die entsprechende Anwendung von § 33 Abs. 4 vor. Für die Hemmung der Verjährung findet § 33 Abs. 5 entsprechende Anwendung.

Zu Nummer 18 (§ 35 Abs. 2)

Zu Buchstabe a (Satz 1 Nr. 1)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (siehe Nummer 19 b)

Zu Buchstabe b (Satz 2)

Entsprechend den allgemeinen Regeln der Fusionskontrolle wird zukünftig auch bei Zusammenschlüssen von Unternehmen, die Zeitungen, Zeitschriften oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben (im Folgenden: Presseunternehmen), eine Bagatellschwelle gelten, unterhalb derer die Fusionskontrolle nicht eingreift. Damit wird sehr kleinen Presseunternehmen die volle Verwertung der in ihnen steckenden Vermögenswerte ermöglicht. Um den häufig lokalen oder regionalen Auswirkungen im Pressebereich gerecht zu werden, ist diese Bagatellschwelle allerdings unter Berücksichtigung einer pressespezifischen Umsatzberechnung festzulegen. Abweichend von der allgemeinen Regel des § 38 Abs. 3, wonach sich für die Bagatellklausel eine Umsatzschwelle von 1 Million Euro ergeben würde, wird eine Schwelle von 2 Millionen Euro festgelegt, da die Vorschrift andernfalls praktisch weitgehend leer laufen würde.

Zu Nummer 19 (§ 36)

Zu Buchstabe a (neuer Absatz 2)

Der neu eingefügte § 36 Abs. 2 trägt der Zielsetzung Rechnung, die Verbreiterung der wirtschaftlichen Basis von Presseunternehmen durch Zusammenschlüsse zu ermöglichen. Nach heutigem Recht scheitert dies im Fall der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen. Künftig sollen auch in diesem Fall Zusammenschlüsse möglich sein, wenn im Rahmen des Zusammenschlusses die publizistische Vielfalt erhalten bleibt.

Satz 1 benennt die Voraussetzungen für diese Ausnahmeregelung. Danach ist ein Zusammenschluss von Presseunternehmen trotz Vorliegens der Untersagungs Voraussetzungen dann nicht zu untersagen, wenn Vorkehrungen getroffen sind, dass die erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften langfristig als selbstständige publizistische Einheiten erhalten bleiben, der Erwerber nicht die Titelrechte erlangt und die inhaltliche Ausrichtung der erworbenen Zeitungen und Zeitschriften nicht bestimmen kann.

Um die Anforderungen des Satzes 1 zu erfüllen, hat der Erwerber mit dem Veräußerer oder einem Dritten vertragliche Vereinbarungen zu treffen, durch die die verbleibenden bzw. neu eingeräumten Rechtspositionen definiert und abgesichert werden. Satz 1 fasst diese Regelungen unter dem Begriff „Vorkehrungen“ zusammen.

Satz 2 benennt in Form einer Vermutung solche Regelungen, bei denen eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie den Anforderungen des Satzes 1 genügen. Unter Nummer 1 wird zum einen festgelegt, dass eine vom Erwerber wirtschaftlich unabhängige(s) Person oder Unternehmen maßgeblichen Einfluss auf die redaktionelle Gestaltung der erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften behalten oder erlangen muss. Dies kann sowohl der Veräußerer (Altverleger) oder ein Dritter sein. Die Unabhängigkeit wird dabei nach wettbewerblichen Kriterien bemessen. Eine Abhängigkeit liegt dann vor, wenn der Erwerber im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 einen wettbewerblich erheblichen Einfluss oder darüber hinausgehende Einflussmöglichkeiten hat. Weiterhin muss dem Veräußerer oder dem Dritten ein Stimmrechtsanteil von mehr als 25 % eingeräumt werden, um ihm bereits durch diese Beteiligung als solche gewisse Rechte zu vermitteln.

Nach Nummer 2 muss ferner sichergestellt sein, dass der Veräußerer oder Dritte aufgrund seiner Beteiligung die wesentlichen Entscheidungen mitbestimmen kann, die für die Aufrechterhaltung der erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften als selbständige publizistische Einheit maßgeblich sind. Auf die Festlegung eines genau umschriebenen Kanons von Mitbestimmungs- oder Vetorechten ist dabei zugunsten einer zielorientierten Formulierung, die den beteiligten Unternehmen und dem Bundeskartellamt ausreichend Spielraum belässt, um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen, verzichtet worden. In diesem Zusammenhang kommen zum Beispiel Entscheidungen über Bestellung oder Abberufung des Chefredakteurs, Einstellung der Zeitung und Änderung der redaktionellen Grundhaltung in Betracht.

Nach Nummer 3 muss dem Veräußerer oder Dritten das Titelrecht für die erworbenen Zeitungen oder Zeitschriften gehören.

Die Nummern 1 bis 3 müssen kumulativ erfüllt sein.

Die Regelungen in den Sätzen 1 und 2 orientieren sich ausschließlich an den Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Lesermarkt. Auswirkungen auf den Anzeigenmarkt bleiben bei Vorliegen der Anforderungen des Satzes 1 außer Betracht.

Satz 3 stellt klar, dass in dem Fall eines Zusammenschlusses gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 anstelle des Erwerbers auf das Unternehmen abzustellen ist, das einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das erworbene Unternehmen ausüben kann.

Satz 4 schreibt ferner vor, dass die getroffenen Vereinbarungen als Bedingungen und Auflagen Bestandteil der Freigabeentscheidung werden. Damit wird dem Bundeskartellamt die Pflicht auferlegt, die Einhaltung der getroffenen Regelungen auf Dauer sicherzustellen. Es kann dabei aus eigener Initiative und unabhängig von möglichen Beschwerden des Veräußerers bzw. Dritten die Einhaltung überwachen. Bei Verstößen gegen die Auflagen sind die allgemeinen Regeln (§ 41) anzuwenden; gegebenenfalls ist der Zusammenschluss auf der Grundlage des § 41 Abs 2 aufzulösen.

Zu Buchstabe b (Absatznummerierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (siehe Buchstabe a).

Zu Nummer 20 (§ 38 Abs. 3)

Um die Handlungsspielräume von Presseunternehmen zu erweitern, wird der Multiplikator für die Berechnung von Umsätzen, die mit Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften oder deren Bestandteilen erzielt werden, auf 10 herabgesetzt. Damit werden die Schwellenwerte, oberhalb derer das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse prüft, entsprechend erhöht. So ist die Fusionskontrolle in diesem Bereich zukünftig erst ab einem weltweiten Umsatz der beteiligten Unternehmen von 50 Millionen Euro anwendbar. Dies entspricht der Schwelle, die bis zur 6. GWB-Novelle 1998 für die präventive Fusionskontrolle, der in der Praxis entscheidende Bedeutung zukommt, für Zusammenschlüsse im Pressebereich gegolten hat.

Zu Nummer 21 (§ 39)

Zu Buchstabe a (Absatz 3)

Da nach § 54 Abs. 4 in den Fällen des Erwerbs eines wesentlichen Vermögensteils sowie bei einem Anteilerwerb auch der Veräußerer am Verfahren beteiligt ist, müssen diesem auch die entscheidungserheblichen Dokumente im Rahmen des rechtlichen Gehörs sowie die Verfügungen des Bundeskartellamts fristgerecht zugestellt werden. Daher ist die pflichtgemäße Angabe der Firma oder sonstigen Bezeichnung, des Ortes und einer zustellungsbevollmächtigten Person im Inland, sofern das Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat, auch für den Veräußerer geboten.

Zu Buchstabe b (Absatz 4 Satz 2)

Die beteiligten Unternehmen sind in Verweisungsfällen nach Art. 9 der Fusionskontrollverordnung über das Vorliegen der erforderlichen Angaben in deutscher Sprache zu unterrichten. Damit können sie besser erkennen, ob die Frist durch den Eingang der Verweisungsentscheidung beim Bundeskartellamt zu laufen begonnen hat oder welche Angaben sie noch nachliefern müssen.

Zu Buchstabe c (Absatz 6)

Es ist sachgerecht, dass nur die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen den Vollzug anzuzeigen haben.

Zu Nummer 22 (§ 40)

Zu Absatz 2

Zu Buchstabe a (Absatz 2 Satz 2)

Die geltende Vorschrift, dass die Verfügung allen Verfahrensbeteiligten innerhalb der Frist zugestellt werden muss, führt zu praktischen Schwierigkeiten speziell in Verfahren mit sehr vielen Beteiligten, da nicht nur die Entscheidung selbst, sondern auch die Zustellung in allen Fällen innerhalb der Frist erfolgen muss. Künftig soll die Freigabefiktion nur dann eingreifen, wenn das Bundeskartellamt es versäumt, den anmeldenden Unternehmen die Verfügung fristgemäß zuzustellen. Damit wird der Aufwand deutlich reduziert und gleichzeitig verhindert, dass

eine Verfügung nur deshalb aufgehoben wird, weil sie z.B. einem Beigeladenen nicht innerhalb der Frist zugestellt wurde.

Zu Buchstabe b (Absatz 2 Satz 3 Nr. 2)

Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens.

Zu Buchstabe c (Absatz 3 Satz 3)

Das in dem neuen Absatz 2 von § 36 vorgesehene Monitoring des Bundeskartellamts, welches beispielsweise durch regelmäßige Berichte des Erwerbers, Veräußerers oder Dritten über die praktische Ausfüllung der getroffenen Vereinbarungen ermöglicht werden kann, ist mit dem Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle in § 40 Abs. 3 Satz 2 nicht zu vereinbaren. In dem neuen Satz 3 ist deshalb eine auf die Fälle des § 36 Abs. 2 beschränkte Ausnahme vorgesehen.

Der bisherige Satz 3 entfällt. Aufgrund der Streichung des § 12 ist der Verweis auf diese Vorschrift gegenstandslos geworden. Eine eigenständige Regelung wird in Absatz 4 (neu) aufgenommen.

Zu Buchstabe d (Absatz 4)

Absatz 4 übernimmt im wesentlichen inhaltsgleich die Regelung des bisherigen § 12 Abs. 2. Die Sanktionen bei Verstößen ergeben sich durch den Verweis auf § 41 Abs. 4.

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist ein Widerruf der Freigabe an Stelle einer Modifizierung der Nebenbestimmungen z.B. dann geboten, wenn sich die neuen Zusagen als nicht geeignet erweisen, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung abzuwenden. Gleiches gilt, wenn die Erfüllung der Zusagen – auch aufgrund der Erfahrungen mit den ursprünglichen Zusagen – als nicht hinreichend gesichert angesehen werden muss. Rechtsfolge eines Widerrufs der Freigabe ist wie bisher der Eintritt in das Auflösungsverfahren gemäß § 41 Abs. 3.

Zu Buchstabe e (Absatznummerierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (s. Buchstabe d)

Zu Buchstabe f (Absatz 6)

Mit der Ergänzung wird klargestellt, dass die Frist in Verweisungsfällen nach Art. 9 der Fusionskontrollverordnung erst dann zu laufen beginnt, wenn sämtliche Angaben nach § 39 Abs. 3 in deutscher Sprache vorliegen (vgl. § 39 Abs. 4 Satz 2).

Zu Nummer 23 (§ 41)

Zu Buchstabe a (Absatz 2 Satz 3)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Streichung des § 12 und der entsprechenden Neuregelung in § 40 Abs. 4 (s. Nummer 21 Buchstabe d).

Zu Buchstabe b (Absatz 3 Satz 1)

Die Vorschrift regelt die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot. Sofern nicht nur ein formeller Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften vorliegt, sondern der Zusammenschluss auch materiell gegen § 36 Abs. 1 verstößt, ist die Auflösung des Zusammenschlusses (Entflechtung) einzuleiten. Die bisherige Fassung des § 41 Abs. 3 gibt die Fallgestaltungen eines materiellen Verstoßes gegen § 36 Abs. 1 nicht umfassend wieder. Neben den dort genannten Fällen (Untersagung und Widerruf der Freigabe) ist eine Auflösung z.B. auch beim fehlenden Eintritt einer aufschiebenden oder beim Eintritt einer auflösenden Bedingung geboten. Gleiches gilt für den Fall, dass ein nicht angemeldeter Zusammenschluss vollzogen worden ist (vgl. dazu Begründung der 6. GWB-Novelle zu § 41 Abs. 3). Mit der Neufassung werden auch diese Fälle ausdrücklich erfasst.

Außerdem wird die Überschrift an die geänderte Zuständigkeitsregelung der Bundesministerien angepasst.

Zu Buchstabe c (Absatz 4)

Die bisherige Nummer 1 entfällt, da diese Regelung künftig in § 86a enthalten ist.

Zu Nummer 24 (§ 42)

Zu Buchstabe a (Absätze 1, 3 und 4)

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen.

Zu Buchstabe b (Absatz 2 Satz 2)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Streichung des § 12 und der entsprechenden Neuregelung in § 40 Abs. 4 (s. Nummer 21 Buchstabe d).

Zu Nummer 25 (§ 43)

Zu Absatz 1

Künftig wird die Veröffentlichung angemeldeter Zusammenschlüsse auf der Internetseite des Bundeskartellamts gesetzlich angeordnet. Der Inhalt der Veröffentlichung entspricht dem geltenden Recht. Gleiches gilt für den Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis.

Zu Absatz 2

Aufgelistet werden die Entscheidungen, welche - um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigt - nicht nur im Tenor, sondern im vollen Wortlaut zu veröffentlichen sind. Inhaltlich entspricht die Neuregelung im wesentlichen dem geltenden Recht.

Die Bekanntmachung vollzogener Zusammenschlüsse im Bundesanzeiger ist nicht mehr erforderlich. Die entsprechende Regelung im bisherigen § 43 Satz 1 Nr. 1 wird deshalb gestrichen. Der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis (bisher § 43 Satz 1 Nr. 3) wird gemäß Absatz 1 veröffentlicht.

Zu Nummer 26 (§ 46)

Zu Buchstabe a (Absatz 3)

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Vorschrift enthält eine ausdrückliche Klarstellung des derzeitigen Rechtszustands. Da künftig in den §§ 50a bis 50c der Informationsaustausch zwischen den an der Umsetzung des Wettbewerbsrechts beteiligten Behörden umfassend geregelt wird, könnte die Nichterwähnung der Monopolkommission zu falschen Schlüssen führen. Nach dem gesetzlichen Auftrag soll die Monopolkommission in ihren Gutachten die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigen und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nehmen. Dieser Auftrag kann nur erfüllt werden, wenn die Monopolkommission Einblick in die von nationalen Kartellbehörden geführten Verfahrensakten hat.

Die Notwendigkeit einer Akteneinsicht in nationalen Fusionskontrollverfahren ergibt sich aus dem Umstand, dass die Verfahren der ersten Phase nicht mit einer öffentlich zugänglichen Entscheidung abgeschlossen werden. Dies betrifft die ganz überwiegende Mehrzahl aller Fusionskontrollverfahren. Die veröffentlichten Fassungen von Entscheidungen der sogenannten Zweite-Phase-Verfahren sind wegen der Geheimhaltungspflicht des Bundeskartellamts häufig um Daten bereinigt, die für eine fundierte Auseinandersetzung mit der jeweiligen Entscheidung benötigt werden. Ähnliches gilt für die im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht publizierten Entscheidungen des Bundeskartellamts und der Landeskartellbehörden. Die vom Gesetzgeber geforderte umfassende Würdigung der Entscheidungspraxis ist nur möglich, wenn die Monopolkommission Einsicht in sämtliche Verfahren der Kartellbehörden sowie Zugang zu allen Unterlagen erhält, die die Entscheidungsgrundlage der Kartellbehörden bilden.

Zu Doppelbuchstabe bb

Es handelt sich um eine Folgeänderung (s. Doppelbuchstabe aa).

Zu Buchstabe b (Absatz 4 Satz 2)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung.

Zu Nummer 27 (§ 48)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung.

Zu Buchstabe b (Absatz 2 Satz 1)

Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens. Das Kriterium der „Marktbeeinflussung“ wird gestrichen, da dieses seit der 6. GWB-Novelle nicht mehr in § 1 erwähnt wird.

Zu Nummer 28 (§ 49)

Zu Absatz 3

Der neu eingefügte Absatz 3 sieht vor, dass eine oberste Landesbehörde eine Sache, für die grundsätzlich ihre Zuständigkeit begründet ist, an das Bundeskartellamt abgeben kann. Dies kann jedoch nur auf Antrag des Bundeskartellamts erfolgen. Damit wird sichergestellt, dass eine Abweichung von der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung nur im beiderseitigen Einvernehmen von Landeskartellbehörde und Bundeskartellamt erfolgen kann. Das Bedürfnis für eine solche Regelung kann sich insbesondere daraus ergeben, dass ein Fall von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, der eine Übernahme durch das Bundeskartellamt sachgerecht erscheinen lässt oder dass die Bearbeitung eines Falls die Ressourcen einer Landeskartellbehörde übersteigt.

Zu Absatz 4

Der neu eingefügte Absatz 4 regelt den umgekehrten Fall der Verweisung vom Bundeskartellamt an eine Landeskartellbehörde. Auch hier ist die Abgabe eines Falls nur im allseitigen Einvernehmen möglich. Die aufnehmende Landeskartellbehörde muss daher einen entsprechenden Abgabeantrag gestellt haben. Da Fälle, die in die Zuständigkeit des Bundeskartellamts fallen, über das Gebiet eines Landes hinausreichen, kann es sein, dass mehrere Landeskartellbehörden einen Abgabeantrag stellen, um den Wettbewerbsverstoß jeweils auf ihrem Landesgebiet zu verfolgen. Denkbar ist aber auch, dass einzelne Länder keinen Abgabeantrag stellen, weil sie z.B. ein Interesse an der Klärung einer grundsätzlichen Wettbewerbsfrage durch das Bundeskartellamt haben. Gemäß Satz 3 und 4 kann eine Abgabe nur im Einvernehmen mit allen betroffenen Ländern erfolgen. Widerspricht eine betroffene Landeskartellbehörde innerhalb der vom Bundeskartellamt gesetzten Frist der Abgabe des Falls an die antragstellende Landeskartellbehörde, verbleibt der Fall insgesamt beim Bundeskartellamt.

Zu Nummer 29 (§ 50)

Zu Absatz 1

Nach Satz 1 werden künftig neben dem Bundeskartellamt auch die obersten Landesbehörden zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ermächtigt. Die Zuständigkeitsverteilung nach den §§ 48, 49 bleibt im übrigen unberührt.

Die Benennung des Bundeskartellamts und der Landeskartellbehörden als zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Art. 35 Abs. 1 VO 1/2003 bedeutet, dass diese Kartellbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit, soweit nicht Absatz 3 eine Ausnahme vorsieht, alle Vorschriften

der VO 1/2003 anwenden können bzw. müssen. Hierzu gehören neben den materiellen Vorschriften wie Art. 1 (Anwendung der Verbots- und Freistellungstatbestände der Art. 81 und 82 EG), Art. 2 (Beweislastverteilung) oder Art. 3 (Verhältnis von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht) auch die Vorschriften über die Möglichkeit zur Aussetzung und Einstellung des Verfahrens (Art. 13), die Bindung an Kommissionsentscheidungen (Art. 16 Abs. 2), die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (Art. 28) oder die Möglichkeit zum Entzug des Rechtsvorteils einer GVO in Einzelfällen (Art. 29 Abs. 2).

Zu Absatz 2

Die Landeskartellbehörden haben bei Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts den Geschäftsverkehr mit der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen EG-Mitgliedstaaten über das Bundeskartellamt abzuwickeln. Motiv dieser Regelung ist die Sicherstellung einer einheitlichen Außenvertretung durch das Bundeskartellamt. Umgekehrt wird damit für ausländische Wettbewerbsbehörden ein einziger deutscher Ansprechpartner im Rahmen des zukünftigen Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden geschaffen.

Geschäftsverkehr mit der Kommission oder den Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten ergibt sich insbesondere aus der Anwendung der Vorschriften der VO 1/2003. Hierzu gehört die Unterrichtung der Kommission über die Einleitung des Verfahrens (Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003) oder die Übermittlung der Entscheidungsentwürfe (Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003); dies erfolgt jeweils über das Bundeskartellamt. Gleiches gilt beispielsweise für den Austausch von Informationen (Art. 12 VO 1/2003) oder für die Amtshilfe zugunsten der Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten (Art. 22 Abs. 1 VO 1/2003). Soweit Landeskartellbehörden in anderen Fällen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten, namentlich aufgrund der Gemeinsamen Erklärung des Rats und der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Funktionsweise des Netzwerks, erfolgt dies ebenfalls über das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden setzen sich dabei ins Benehmen. Dies bedeutet eine wechselseitige Unterrichtung und Konsultation.

Wenn eine Landeskartellbehörde europäisches Wettbewerbsrecht anwendet und ein solcher Fall auf die Tagesordnung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen gesetzt wird (Art. 14 Abs. 7 VO 1/2003), nimmt das Bundeskartellamt auch die Vertretung des Falls im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen wahr. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, dass Mitarbeiter der Landeskartellbehörden an diesen Sitzungen des Beratenden Ausschusses als zusätzliche Vertreter teilnehmen (vgl. Art. 20 Satz 3 VO 1/2003).

Zu Absatz 3

Für die dort aufgeführten Fälle erfolgt eine ausschließliche Aufgabenzuweisung an das Bundeskartellamt. Dieses ist für die Mitwirkung an Verfahren der Kommission - wie bisher - allein zuständig. Dafür spricht zum einen, dass das Bundeskartellamt bereits erhebliche Erfahrungen bei der Mitwirkung an Verfahren der Kommission erworben hat. Zum anderen entspricht dies der grundsätzlichen Außenvertretungskompetenz des Bundes (vgl. Art. 32 GG). Die Vorschrift erfasst namentlich die Mitwirkung an Ermittlungshandlungen der Kommission nach Kap. V der VO 1/2003. So ist das Bundeskartellamt zuständige Wettbewerbsbehörde bei der Unterstützung der Kommission bei Nachprüfungen (vgl. Art. 20 und 21 VO 1/2003) oder bei der Durchführung von Ermittlungen auf Ersuchen der Kommission (vgl. Art. 22 Abs. 2 VO 1/2003). Der Begriff der Mitwirkung an Verfahren der Kommission ist weit auszulegen. Er umfasst auch die Kor-

respondenz mit der Kommission zur Vorbereitung von Kommissionsentscheidungen (vgl. Art. 11 Abs. 2 VO 1/2003). Insbesondere ist das Bundeskartellamt die zuständige deutsche Wettbewerbsbehörde im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Art. 14 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003. Davon unberührt bleibt die Benennung eines weiteren Vertreters für Sitzungen, in denen andere Fragen als Einzelfälle zur Erörterung stehen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003). Für derartige Sitzungen wird regelmäßig ein Vertreter des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit benannt werden.

Zu Absatz 4

Absatz 4 orientiert sich an der Regelung des bisherigen § 50 Abs. 2, enthält jedoch gegenüber dieser Vorschrift einige wesentliche Änderungen. Zum einen bezieht er sich auf die Durchführung der VO 1/2003 insgesamt; die bisherige Einzelaufzählung der Befugnisse der Kartellbehörden entfällt. Die Befugnisse der Kartellbehörde ergeben sich unmittelbar aus diesem Gesetz (vgl. §§ 32 ff.) oder aus der VO 1/2003 (vgl. Art. 13 und 22 VO 1/2003). Die bereits im geltenden Recht vorgesehene Ermächtigung zur Durchführung von Ermittlungen zugunsten der Kommission wird erweitert um die Möglichkeit zur Durchführung von Ermittlungen zugunsten anderer EG-Mitgliedstaaten. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Mitwirkung in Zukunft im Rahmen des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden auch in Verfahren von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten geboten sein kann.

Der neue Satz 3 verdeutlicht, dass nicht nur die Verfahrensvorschriften dieses Gesetzes, sondern - etwa in Bußgeldverfahren - auch die des Ordnungswidrigkeitengesetzes zur Anwendung kommen können.

Der bisherige Satz 5 wird gestrichen, da zukünftig auch in Verfahren, in denen europäisches Wettbewerbsrecht angewandt wird, Gebühren zur Deckung der Verwaltungskosten erhoben werden können. Praktisch relevant wird dies insbesondere in den Fällen, in denen ausschließlich europäisches Recht zur Anwendung kommt. Wendet die Kartellbehörde deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht parallel an (vgl. § 22 Abs. 1), so können für ein einheitliches Verfahren nur einmal Verwaltungsgebühren erhoben werden.

Zu Absatz 5

Es kann erforderlich sein, dass die Bediensteten der Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten bei Nachprüfungen in deren Auftrag die Bediensteten des Bundeskartellamts unterstützen oder wenigstens am Einsatzort anwesend sind. Anders als bei Nachprüfungen im Auftrag der Kommission trifft die VO 1/2003 hierzu keine Regelung. Diese Lücke schließt Absatz 5.

Zu Absatz 6

Die Vorschrift regelt die ausschließliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts zum Vollzug des europäischen Rechts außerhalb der VO 1/2003. Dies betrifft die Anwendung der Art. 84 und 85 EG ebenso wie von Sekundärrecht im Bereich des Wettbewerbsrechts, z. B. der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO). Zuständige Behörde im Sinne dieser Vorschriften (z.B. Art. 19 FKVO) ist in Deutschland das Bundeskartellamt. Zur Erfüllung seiner Aufgaben hat es gemäß Satz 2 die in EG-rechtlichen Vorschriften vorgesehenen Befugnisse. Dies schließt - soweit erforderlich - die ergänzende Anwendung dieses Gesetzes nicht aus.

Zu Nummer 30 (§§ 50a bis 50c)

Zu § 50a

Zu Absatz 1

Die Vorschrift enthält die Rechtsgrundlage im deutschen Recht für den notwendigen Informationsaustausch im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden. Kartellbehörden im Sinne dieser Vorschrift sind alle deutschen Kartellbehörden, die europäisches Wettbewerbsrecht anwenden, d.h. sowohl das Bundeskartellamt wie auch die Landeskartellbehörden (§ 50 Abs. 1). Für den Informationsaustausch der Landeskartellbehörden gilt jedoch die Vorschrift des § 50 Abs. 2 entsprechend, d.h. innerhalb des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden ist ein etwaiger Informationsaustausch der Landeskartellbehörden nur über das Bundeskartellamt abzuwickeln. Im übrigen entspricht Absatz 1, mit gewissen redaktionellen Anpassungen, inhaltlich der Regelung des Art. 12 Abs. 1 VO 1/2003.

Zu Absatz 2

Absatz 2 regelt die Verwertung der ausgetauschten Beweismittel durch die Kartellbehörde. Die Regelung entspricht inhaltlich Art. 12 Abs. 2 VO 1/2003.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift folgt der Regelung in Art. 12 Abs. 3 VO 1/2003. Gemäß Satz 1 können nach Absatz 1 ausgetauschte Informationen nur dann als Beweismittel zur Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden, wenn das Recht der übermittelnden Behörde ähnlich geartete Sanktionen bei Verstößen gegen die Art. 81 und 82 EG vorsieht oder, falls dies nicht der Fall ist, die Informationen unter Beachtung des gleichen Schutzniveaus hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen erhoben worden sind. Satz 2 sieht zusätzlich vor, dass das Beweisverwertungsverbot nach Satz 1 nicht einer Verwendung der Beweise gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen entgegensteht. Insoweit ist die Vorschrift des § 30 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, der die Unternehmensgeldbuße als Nebenfolge des Verstoßes von natürlichen Personen ausgestaltet, nicht anwendbar. Die Regelung ist notwendig, damit die Kartellbehörden effektiv mit anderen Wettbewerbsbehörden im europäischen Netzwerk zusammenarbeiten können. Die Beachtung verfassungsrechtlich gebotener Verwertungsverbote im Einzelfall bleibt hiervon unberührt.

Zu § 50b

Zu Absatz 1

Die Vorschrift schafft eine gesetzliche Grundlage für die Zusammenarbeit des Bundeskartellamts mit ausländischen Wettbewerbsbehörden außerhalb des Anwendungsbereichs von § 50a. Dies kann die Zusammenarbeit mit außereuropäischen Wettbewerbsbehörden in Kartell- und Missbrauchsfällen ebenso betreffen wie die Zusammenarbeit mit diesen oder europäischen

Wettbewerbsbehörden in Fusionsfällen. Die in § 50a aufgeführten Befugnisse zum Austausch von Informationen mit anderen Wettbewerbsbehörden gelten auch in diesen Fällen.

Zu Absatz 2

Die Weitergabe von Informationen in den in Absatz 1 genannten Fällen unterliegt strengeren Anforderungen als im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (§ 50a). Das Bundeskartellamt hat die Empfangsbehörde zu einer kartellrechts- und fallspezifischen Verwendung der erhaltenen Informationen ebenso zu verpflichten wie zum Schutz vertraulicher Informationen. Für vertrauliche Angaben aus Verfahren der Zusammenschlusskontrolle gilt die weitere Einschränkung, dass diese Angaben vom Bundeskartellamt nur mit Zustimmung des Unternehmens weitergegeben werden dürfen, das diese Informationen vorgelegt hat.

Absatz 2 verpflichtet das Bundeskartellamt nicht, im Einzelfall Informationen zu übermitteln. Dies liegt vielmehr im Ermessen des Bundeskartellamts. Es kann Ersuchen um Informationen insbesondere ablehnen, wenn die ersuchende Wettbewerbsbehörde zu einer Übermittlung von Informationen an das Bundeskartellamt nicht bereit ist oder die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung übermittelter Informationen in der Vergangenheit nicht eingehalten wurde. Auch aus Gründen der nationalen Sicherheit kann eine Weitergabe ausnahmsweise ausgeschlossen sein.

Zu Absatz 3

Rechtshilfeabkommen bleiben unberührt, um weiterhin die Vereinbarung spezieller Regeln und Verfahren (mit vereinfachten oder auch strengeren Anforderungen für den Informationsaustausch) mit einzelnen Ländern zu ermöglichen, die an die Stelle der Regelungen des § 50b oder ergänzend neben sie treten können.

Zu § 50c

Zu Absatz 1

Im Interesse eines effektiven Wettbewerbsschutzes sind alle Kartell- und Regulierungsbehörden zu einer engen und umfassenden Zusammenarbeit verpflichtet. Dies schließt einen uneingeschränkten Austausch von Informationen ein. Lediglich für gesetzlich geregelte Beweisverwertungsverbote gilt eine Ausnahme (Satz 2).

Zu Absatz 2

Satz 1 benennt weitere Stellen, mit denen die Kartellbehörden im Rahmen ihrer Aufgaben regelmäßig zusammenarbeiten. Da es sich insoweit nicht um Kartellbehörden handelt, unterliegt der Austausch von Erkenntnissen zusätzlichen Anforderungen, die in Satz 2 festgelegt sind. Die Weitergabe von vertraulichen Informationen sowie von Informationen, die nach § 50a oder Art. 12 VO 1/2003 erlangt wurden, ist wegen ihrer Schutzbedürftigkeit ganz ausgeschlossen (Satz 3).

Zu Nummer 31 (§ 52)

Zu Buchstaben a und b

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen.

Zu Nummer 32 (§ 55)

Es handelt sich um eine sprachliche Richtigstellung.

Zu Nummer 33 (§ 56)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Die Vorschriften zur mündlichen Verhandlung werden in Absatz 3 (s. Buchstabe b) zusammengefasst. Die hierzu im bisherigen Absatz 1 enthaltene Regelung wird deshalb gestrichen. Das Recht auf Gehör bleibt hiervon unberührt.

Zu Buchstabe b (Absatz 3)

Die im bisherigen Recht vorgesehene Unterscheidung zwischen öffentlicher mündlicher Verhandlung und mündlicher Verhandlung hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt. Sie entfällt deshalb für den Regelfall. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird in das Ermessen der Kartellbehörde gestellt. Die Kartellbehörde entscheidet auch, ob und in welcher Form die mündliche Verhandlung öffentlich ist. Die im bisherigen Recht vorgesehene obligatorische mündliche Verhandlung auf Antrag eines Beteiligten kann vor allem bei der Fusionskontrolle wegen der kurzen Fristen zu Problemen führen. Diese Regelung wird deshalb aufgehoben (s. Buchstabe a). Lediglich für die Fälle einer Ministererlaubnis bleibt die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlungen bestehen, sofern nicht alle Beteiligten darauf verzichten.

Zu Buchstabe c (Absatz 4)

Es wird klargestellt, dass die §§ 45 und 46 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder über die Heilung von Verfahrensmängeln anwendbar sind. Dies war vom OLG Düsseldorf für den Fall des Ministererlaubnisverfahrens bei einem Verstoß hinsichtlich der vorgeschriebenen öffentlichen mündlichen Verhandlung und des Anspruchs auf rechtliches Gehör bezweifelt worden. Dass die übrigen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes gelten, bedarf keiner besonderen Klarstellung.

Zu Nummer 34 (§ 59)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Satz 1 stellt klar, dass den Kartellbehörden die Ermittlungsbefugnisse nach § 59 auch während des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens zustehen. Dies ist entgegen der Auffassung

des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 30.04.2002 „Blitz-Tip“) inzwischen vom BGH bestätigt worden (Beschluss vom 24.06.2003 „HABET/Lekkerland“, WRP 10/2003, S. 1248 ff.).

Die Neuregelung der Nummer 1 in Satz 1 erweitert die Herausgabepflicht der Unternehmen auf allgemeine Marktstudien, die der Einschätzung oder Analyse der Wettbewerbsbedingungen und der Marktlage dienen und die sich in ihrem Besitz befinden. Derartige Marktstudien sind insbesondere in Zusammenschlussfällen von Bedeutung. Anders als im europäischen Recht wird den Unternehmen die Herausgabe solcher Studien nur auferlegt, wenn die Kartellbehörden hierauf für ihre Aufgaben angewiesen sind. Die Vorlage von allgemeinen Marktstudien kann auch ein mögliches Informationsdefizit der Kartellbehörden aufgrund der Abschaffung des bisherigen Anmeldesystems im Kartellbereich ausgleichen.

Die Neuregelung des Satzes 1 Nr. 2 erstreckt die Auskunftspflicht eines Unternehmens auf Informationen über mit dem befragten Unternehmen verbundene Unternehmen. Dies dient zum einen der Straffung der Ermittlungsbefugnisse, zum andern können durch die Neuregelung im erweiterten Umfange Informationen von im Ausland ansässigen Mutter- oder Schwestergesellschaften angefordert werden.

Satz 1 Nr. 3 entspricht der Regelung der bisherigen Nummer 2. Durch die Streichung der bisherigen Nummer 3 werden Wirtschafts- und Berufsvereinigungen hinsichtlich ihrer Auskunftspflichten den Vereinigungen von Unternehmen gleichgestellt. Bislang sind sie nur zur Auskunft über ihre Satzung, ihre Beschlüsse und ihre Mitglieder verpflichtet. Diese Privilegierung der Wirtschafts- und Berufsvereinigungen ist nicht mehr gerechtfertigt. Denn auch sie stellen Vereinigungen von Unternehmen dar, die gemeinwirtschaftliche und nichtkommerzielle Einzelinteressen ihrer Mitglieder verfolgen. Durch die allgemeine Fassung der Auskunftspflicht wird es der Kartellbehörde ermöglicht, auch von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen angefertigte Marktstudien anzufordern.

Zu Buchstabe b (Absatz 2)

Die Vorschrift wird an die Aufhebung des § 13 redaktionell angepasst.

Zu Buchstabe c (Absätze 6 und 7)

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen.

Zu Nummer 35 (§ 60)

Zu Buchstabe a (Nummer 1)

Die in der bisherigen Nummer 1 genannten Vorschriften sind entfallen. In der Nummer 1 werden nunmehr die einstweiligen Anordnungen des Bundeskartellamts in Fusionskontrollverfahren, die teilweise in der Nummer 3 enthalten waren, zusammengefasst. Auch für das Auflösungsverfahren nach § 41 Abs. 3 wird die Möglichkeit von einstweiligen Anordnungen geschaffen, da in der Praxis bis zur endgültigen Entscheidung über die Auflösung vorläufige Regelungen durch das Bundeskartellamt notwendig werden können.

Zu Buchstabe b (Nummer 3)

Es handelt sich im wesentlichen um Folgeänderungen (Anpassung der Verweisungen).

Außerhalb des Anwendungsbereichs von Nummer 3 gilt § 32a für einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung der Vorschriften der Ersten Teils dieses Gesetzes. Aus diesem Grund wird der Verweis auf § 32 gestrichen. Neu eingeführt wird die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen bei der Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 1. Für derartige Anordnungen kann ein praktisches Bedürfnis bestehen.

Zu Nummer 36 (§ 62)

Belastende Verfügungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren werden künftig nicht mehr im Bundesanzeiger bekannt gemacht, sondern auf den Internetseiten der Kartellbehörden mit ihrem vollen Wortlaut veröffentlicht. Dies entspricht der Regelung für Fusionskontrollverfahren (§ 43). Bei den sog. Positiventscheidungen nach § 32c ist eine Veröffentlichung nicht in allen Fällen angemessen. Hier entscheidet die Kartellbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und in welchem Umfang die Verfügung veröffentlicht wird.

Zu Nummer 37 (§ 64)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Zu Doppelbuchstabe aa

Die Verweisung auf § 12 Abs. 1, §§ 16, 17 Abs. 3 Satz 3, § 23 Abs. 3 und § 29 Abs. 3 oder 4 wird gestrichen, da diese Vorschriften entfallen sind. Im europäischen Recht hat die Anfechtung von Entscheidungen in Kartellverfahren keine aufschiebende Wirkung. Dies wird künftig auch für das deutsche Recht übernommen. Auch bei Entscheidungen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Für Entscheidungen in Missbrauchsverfahren nach den §§ 19 bis 21 bleibt die aufschiebende Wirkung dagegen erhalten. Dies ist insbesondere wegen der vielfach schwierigen Rechts- und Tatfragen in solchen Verfahren und der teilweise weit reichenden Wirkungen solcher Entscheidungen geboten. Die Sonderregelung für Verfahren im Energiebereich (2. Halbsatz der Nummer 1) bleibt erhalten.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die Vorschrift übernimmt die Verweisung auf § 26 Abs. 4, § 30 Abs. 3 (früher § 15 Abs. 3) und § 34 Abs. 1, die in der bisherigen Nummer 2 enthalten war.

Zu Doppelbuchstabe cc

Die Streichung der Verweisung auf § 12 Abs. 2 stellt eine Folgeänderung dar. Die Konkretisierung der Verweisung auf § 42 Abs. 2 dient der Klarstellung. In Ministererlaubnisverfahren besteht eine aufschiebende Wirkung nur bei Beschwerden gegen den Widerruf oder die Ände-

zung einer Erlaubnis oder bei Maßnahmen wegen Nichterfüllung einer Auflage nach § 42 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 40 Abs. 3 und 4.

Zu Buchstabe b (Absatz 3)

Nach dem geltenden Recht kann das Beschwerdegericht vorläufige Maßnahmen sowohl nach § 64 in Verbindung mit § 60 als auch nach § 65 Abs. 3 nebeneinander treffen. In Anlehnung an § 123 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung wird künftig die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 64 Abs. 3 und § 60 ausgeschlossen, soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.

Zu Nummer 38 (§ 65)

Zu Buchstabe a (Absatz 3)

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung setzt künftig bei Anfechtungsklagen Dritter gegen Verfügungen nach § 40 Abs. 2 oder Erlaubnissen nach § 42 Abs. 1 voraus, dass der Dritte in seinen Rechten verletzt ist. Die Antragsbefugnis in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wird damit an die allgemeine Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung angepasst. Dagegen verbleibt es im Hauptsacheverfahren bei den niedrigeren Anforderungen an die Beschwerdebefugnis, nämlich dass der am Verfahren vor den Kartellbehörden Beteiligte in seinen wettbewerblichen Interessen betroffen ist. Damit wird im Ergebnis die Rechtslage bekräftigt, die mit der 6. GWB-Novelle beabsichtigt war (vgl. § 64 Abs. 1).

Zu Buchstabe b (Absatz 5)

Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens. Die Unanfechtbarkeit der Beschlüsse folgt bereits aus § 74.

Zu Nummer 39 (§ 71)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Fabrikationsgeheimnisse sind Betriebsgeheimnisse und werden daher nicht mehr gesondert erwähnt.

Zu Buchstabe b (Absatz 3)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (Anpassung der Verweisungen an die geänderten §§ 32 ff.).

Zu Nummer 40 (§ 72)

Es handelt sich um eine redaktionelle Bereinigung (s. Nummer 39 zu Buchstabe a).

Zu Nummer 41 (§ 76)

Es handelt sich um eine sprachliche Richtigstellung.

Zu Nummer 42 (§ 80)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Zu Doppelbuchstabe aa

Die in Nummer 1 behandelten Anmeldefälle betreffen nur noch Verfahren der Fusionskontrolle. Im neuen System der Legalausnahme entfallen die Anmeldungen für Kartellverfahren.

Zu Doppelbuchstabe bb

Nummer 2 wurde an die neuen Befugnisse des Bundeskartellamts angepasst.

Zu Doppelbuchstabe cc

Es handelt sich um eine Anpassung an die Regelung in Absatz 2 Satz 2 neue Nummer 6.

Zu Doppelbuchstabe dd

Die in der bisherigen Regelung vorgesehene Kostenerstattung für öffentliche Bekanntmachungen entfällt aufgrund der Neufassung der §§ 43 und 62. Es wird klargestellt, dass die Kosten für die Anfertigung von Ausfertigungen, Kopien und Auszügen als Auslagen geltend zu machen sind.

Zu Doppelbuchstabe ee

Die Anrechnung der Gebühr für die Anmeldung ist nicht nur im Fall der Untersagung, sondern auch bei der Freigabe geboten. Beide Fälle werden daher künftig gleich behandelt. Hierdurch wird eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke beseitigt.

Zu Buchstabe b (Absatz 2 Satz 2)

Zu Doppelbuchstabe aa

Es wird klargestellt, dass im Fall des § 41 nur Maßnahmen nach Absatz 3 und 4 unter diesen Gebührentatbestand fallen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die Streichung der Verweisung auf die §§ 10 und 29 Abs. 1 stellt eine Folgeänderung dar. Einbezogen werden Entscheidungen nach § 32d, durch die der Vorteil einer GVO entzogen wird. Sie erfordern grundsätzlich den gleichen Aufwand wie Verbotsentscheidungen nach § 32.

Zusätzlich aufgenommen werden Amtshandlungen bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 Satz 1 und 2. Auch sie erfordern einen erheblichen Aufwand, der aber geringer ist als der bei abschließenden Verfügungen nach § 40 (s. § 80 Abs. 1 Nr. 1).

Zu Doppelbuchstabe cc

Die §§ 9 und 29 Abs. 4 sind entfallen, die Verweisungen hierauf werden gestrichen.

Der Aufwand für die neuartigen Entscheidungen nach den §§ 32b und 32c ist im Regelfall geringer als im Fall von Verbotsentscheidungen nach § 32. Es wird deshalb eine angemessene Abstufung der Gebühr vorgesehen.

Zu Doppelbuchstabe dd

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die geänderten Vorschriften des Gesetzes.

Zu Doppelbuchstabe ee

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Streichung der genannten Vorschriften.

Zu Doppelbuchstabe ff

Es handelt sich um eine Anpassung an die Änderung des Personenbeförderungsgesetzes.

Zu Doppelbuchstabe gg

§ 12 Abs. 2 ist entfallen, deshalb wird die Verweisung darauf gestrichen. An seine Stelle ist für den Bereich der Fusionskontrolle die Regelung des § 40 Abs. 4 auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 und § 42 Abs. 2 Satz 2 getreten, auf die verwiesen wird.

Zu Doppelbuchstabe hh

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Streichung der genannten Vorschriften.

Zu Doppelbuchstabe ii

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung aufgrund der Einfügung des neuen § 32a.

Zu Doppelbuchstabe jj

Infolge der Streichung der Nummern 5 und 6 (s. Doppelbuchstabe ee) werden die folgenden Nummern neu nummeriert.

Zu Buchstabe c (Absatz 6 Nummer 2)

Es handelt sich um eine Klarstellung, dass neben Anträgen auch Anmeldungen die Tätigkeit der Kartellbehörde veranlassen.

Zu Nummer 43 (§ 81)

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Zu Doppelbuchstabe aa

Nach der sog. „effet utile“-Rechtsprechung der europäischen Gerichte muss das deutsche Recht eine wirksame Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln sicherstellen. Mit der neuen Nummer 1 werden deshalb Verstöße gegen die Art. 81 und 82 EG unmittelbar bußgeldbewehrt. Entsprechend dem System der Legalausnahme kann ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG nur dann zu einem Bußgeld führen, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt sind.

Zu Doppelbuchstabe bb

Nummer 2 übernimmt im wesentlichen die Regelung der bisherigen Nummer 1. Mit der Streichung der Verweisung auf die §§ 14, 17 Abs. 1 Satz 1, §§ 18 und 22 Abs. 1 sowie dem Wegfall des Wortes „Empfehlungsverbot“ wird den geänderten Vorschriften des Gesetzes Rechnung getragen. Neu eingeführt wird als Bußgeldtatbestand der Verstoß gegen das Verbot des § 4. Im übrigen wird der Wortlaut an die neue Fassung des § 1 angepasst.

Zu Doppelbuchstabe cc

Nummer 3 übernimmt die Regelung der bisherigen Nummer 2. Die Streichung der Verweisung auf § 9 Abs. 2 Satz 2 und § 29 Abs. 3 Satz 1 trägt dem Wegfall dieser Vorschriften Rechnung.

Zu Doppelbuchstabe dd

Die Streichung der bisherigen Nummer 3 trägt dem Wegfall der dort genannten Vorschriften Rechnung.

Zu Doppelbuchstabe ee

Die Änderung in Nummer 4 trägt dem Wegfall des § 9 Abs. 4 Satz 3 Rechnung.

Zu Doppelbuchstabe ff

Mit den Änderungen in Nummer 5 wird zum einen der Verstoß gegen Verpflichtungszusagen nach § 32b Abs. 1 Satz 1 bußgeldbewehrt. Zum anderen wird der Wegfall der §§ 10, 12 und 17 berücksichtigt.

Zu Doppelbuchstabe gg

Die Änderungen in Nummer 6 berücksichtigen die neuen Vorschriften des Gesetzes. Die ausdrückliche Erwähnung des § 40 Abs. 4 Satz 2, § 41 Abs. 2 Satz 3 und § 42 Abs. 2 Satz 2 dient der Klarstellung.

Zu Doppelbuchstabe hh

Die Änderung in Nummer 7 beseitigt ein Redaktionsversehen. Zusammenschlüsse sind vor Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden (§ 39 Abs. 1). Da der Verstoß gegen das Vollzugsverbot bereits bußgeldbewehrt ist (Absatz 1 Nr. 2), bedarf es keiner weiteren Bußgeldbewehrung für die fehlende oder nicht rechtzeitige Anmeldung, da diese immer mit einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot zusammenfällt.

Zu Doppelbuchstabe ii

Die Änderung in Nummer 9 trägt der Einführung von einstweiligen Maßnahmen gemäß § 32a Rechnung.

Zu Buchstabe b (Absatz 2)

Der Regelbußgeldrahmen für die schwerwiegenden Verstöße wird von 500.000 Euro auf 2 Mio. Euro erhöht, der Bußgeldrahmen für die weniger gravierenden Verstöße von 25.000 Euro auf 100.000 Euro angehoben. Damit wird zum einen der wirtschaftlichen Entwicklung seit der letzten Erhöhung im Rahmen der 4. GWB-Novelle (1980) Rechnung getragen. Zum anderen ist die Anhebung notwendig, um eine wirkungsvolle Ahndung der besonders gravierenden Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften zu ermöglichen. Der in der Praxis vor allem bedeutsame besondere Bußgeldrahmen (Dreifaches des erlangten Mehrerlöses) bleibt unverändert.

Zu Buchstabe c (Absätze 3 bis 5)

Zu Absatz 3

Entsprechend dem europäischen Vorbild verfolgen Bußgelder künftig einen reinen Ahndungszweck. Es ist anerkannt, dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken (vgl. Urteil des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Juli 2003, 2 K 2377/01). Im künftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es deshalb geboten, dass die Geldbuße als wichtigste Sanktion bei Kartellrechtsverstößen möglichst nach einheitlichen Kriterien bemessen wird. Dies kann nur durch eine Übernahme der europäischen Regelung in das deutsche Recht bei Geldbußen wegen Kartellrechtsverstößen erreicht werden. Deshalb wird die Vorschrift des § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, wonach die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den

der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll, für nicht anwendbar erklärt. Im neuen Recht ist maßgeblicher Sanktionszweck nur noch die Ahndung des Kartellrechtsverstoßes. Daraus folgt, dass die auf den abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteil bereits gezahlten Steuern bei der Bußgeldberechnung nicht mehr berücksichtigt werden müssen. Auch entfällt die Verrechnung mit Schadensersatzleistungen an Dritte gemäß § 33 oder mit der Abführung des wirtschaftlichen Vorteils nach den §§ 33 und 34a.

Die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils erfolgt im Bußgeldverfahren künftig allein durch die Anordnung des Verfalls nach § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten. Zu diesem Zweck ist es notwendig, dass ein Verfall auch zusätzlich zu einer Geldbuße – und nicht nur, wie sonst, anstelle einer Geldbuße – angeordnet werden kann. Daneben bleibt die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde im Verwaltungsverfahren nach § 34 bestehen.

Zu Absatz 4

In der Praxis hat sich gezeigt, dass für die Unternehmen wegen des zum Teil erheblichen Zinsvorteils ein deutlicher Anreiz bestehen kann, die Zahlung der Geldbuße so lange wie möglich hinauszuzögern. Insbesondere im Falle hoher Geldbußen können Unternehmen bei bisheriger Rechtslage allein dadurch einen erheblichen "Zinsgewinn" erzielen, dass sie gegen den Bußgeldbescheid Einspruch einlegen und diesen kurz vor der gerichtlichen Entscheidung wieder zurücknehmen. Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, wird angeordnet, dass die Geldbußen vom Tag der Festsetzung an zu verzinsen sind. Bei Einsprüchen ist das Gericht an den Ausspruch der Behörde nicht gebunden. Dies gilt auch für die Zinspflicht. Die Zinspflicht stellt jedoch einen Hinweis an das Gericht dar, bei seiner Überprüfung der Geldbuße auch den Zeitfaktor zu berücksichtigen.

Zu Absatz 5

Der bisherige Absatz 5 kann mit dem Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems entfallen.

Der neue Absatz 5 stellt ausdrücklich klar, dass das Bundeskartellamt zur Festlegung von allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung von Geldbußen befugt ist. Dazu gehören insbesondere Grundsätze über die bußgeldmindernde oder -ausschließende Berücksichtigung der Aufklärungsbereitschaft einzelner Kartellanten (vgl. hierzu Bekanntmachung Nr. 68/2000 – „Bonusregelung“). Derartige Verwaltungsgrundsätze konkretisieren in zulässiger Weise das Verfolgungsermessen der Kartellbehörde. Die Klarstellung in Absatz 5 beschränkt weder das Ermessen der Landeskartellbehörden noch schließt es die Festlegung entsprechender Verwaltungsgrundsätze durch die Landeskartellbehörden aus.

Insbesondere im zukünftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden stellt sich zugleich die Aufgabe, die Behandlung von Informationen aufklärungsbereiter Kartellanten im Zusammenwirken mit anderen europäischen Wettbewerbsbehörden zu regeln, um die Effektivität einzelstaatlicher Bonusregelungen bzw. „Leniency“-Programme sicherzustellen. Absatz 5 umfasst daher ausdrücklich die Befugnis des Bundeskartellamts zur Festlegung allgemeiner Verwaltungsgrundsätze, die die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in diesen Fällen regeln.

Zu Buchstabe d (Absatz 6)

Absatz 6 übernimmt die Regelung des bisherigen Absatzes 3. Die erweiterte Verjährungsfrist von 5 Jahren wird auf Verstöße gegen europäisches Recht (neue Nummer 1 in Absatz 1) erweitert.

Zu Buchstabe e (Absatz 7)

Nach § 33 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten wird die Verjährung in Ordnungswidrigkeitenverfahren durch einen Katalog von bestimmten Handlungen der Verfolgungsbehörde (in bestimmten Fällen auch der Staatsanwaltschaft und des Richters) unterbrochen. Die Unterbrechung der Verjährung tritt künftig auch bei Verfolgungshandlungen der Kommission oder von ausländischen Wettbewerbsbehörden ein, soweit derselbe Fall betroffen ist. Angesichts der vergleichsweise kurzen Verjährungsfristen des § 81 Abs. 3 Satz 2 bzw. des § 31 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist eine entsprechende Regelung erforderlich. Andernfalls könnte die Kartellbehörde in Deutschland nicht, wie es im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden vorgesehen ist, das eigene Verfahren aussetzen und abwarten, bis die Kommission bzw. eine ausländische Wettbewerbsbehörde ihr Verfahren abgeschlossen hat (vgl. Art. 13 VO 1/2003).

Zu Buchstabe f (Absatz 8)

Da künftig auch die Landeskartellbehörden europäisches Recht anwenden, werden sie neben dem Bundeskartellamt für die Anwendung des europäischen Rechts als zuständige Verwaltungsbehörde bestimmt.

Zu Nummer 44 (§ 82)

Zu Buchstabe a (Überschrift)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an den erweiterten Inhalt des § 82.

Zu Buchstabe b (Absatz 1)

Mit der Regelung im neuen Absatz 1 erhält das Bundeskartellamt die Befugnis, selbständige Bußgeldverfahren gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen zu führen. Bislang sind Bußgeldverfahren gegen juristische Personen und Personenvereinigungen als Annex zu Verfahren gegen natürliche Personen ausgestaltet (§ 30 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten). Tatsächlich haben aber im Kartellrecht Bußgeldverfahren gegen juristische Personen und Personenvereinigungen eine weitaus größere Bedeutung als Bußgeldverfahren gegen natürliche Personen. Hinzu kommt, dass im europäischen Recht die Mechanismen über den Informationsaustausch im künftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden auf eine selbständige Sanktionierung von Unternehmen zugeschnitten sind. Denn Art. 12 Abs. 3 VO 1/2003 (bzw. § 50a Abs. 3) sieht Beschränkungen bei der Verwendung von im Netzwerk ausgetauschten Beweismitteln gegen natürliche Personen vor. Dies ist zum Schutz natürlicher Personen sachgerecht. Andererseits soll aber damit nicht automatisch ein Verfahren

gegen Unternehmen blockiert werden. § 30 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten wird daher für nicht anwendbar erklärt. Die Beachtung verfassungsrechtlich gebotener Verwertungsverbote im Einzelfall bleibt hiervon unberührt.

Zu Buchstabe c (Absatz 2)

Die Verweisung wird an die Änderung des § 81 angepasst. Die Zuständigkeit der Kartellbehörde in Bußgeldverfahren gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen ist auch bei Verstößen gegen europäisches Wettbewerbsrecht geboten.

Zu Nummer 45 (§ 82a)

Zu Absatz 1

Die Einfügung des § 82a bezweckt eine Zuständigkeitskonzentration beim Bundeskartellamt auch für den Bereich des Kartellbußgeldverfahrens. Damit soll eine unnötige Doppelarbeit zwischen Bundeskartellamt und Generalstaatsanwaltschaft vermieden werden, was auch zu einer Entbürokratisierung beiträgt.

Das Bundeskartellamt kann ein identisches Verhalten sowohl im Rahmen des Bußgeldverfahrens mit einem Bußgeld belegen als auch das Verhalten im Verwaltungsverfahren untersagen; derartige Fallgestaltungen sind in der Vergangenheit bereits praktisch relevant geworden. Im Fall des Übergangs in das jeweilige gerichtliche Verfahren nach einer Beschwerde bzw. einem Einspruch bleibt das Bundeskartellamt im Verwaltungsverfahren vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof weiterhin zuständig und hat insoweit die Verfahrensherrschaft inne; im Bußgeldverfahren gibt es jedoch die Verfahrensherrschaft an die Staatsanwaltschaft ab. Bei paralleler Verfahrensführung sind dann zwei Behörden mit der Bearbeitung eines identischen Falls betraut, ohne dass die Besonderheiten der jeweils gewählten Verfahrensart diese Doppelarbeit zu rechtfertigen vermögen. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass durch das Bundeskartellamt im Kartellverwaltungsverfahren und im parallelen Ordnungswidrigkeitenverfahren durch die Staatsanwaltschaft widersprüchliche Entscheidungen getroffen werden. Eine Zuständigkeitskonzentration beseitigt diese Problematik.

Die Konzentration beim Bundeskartellamt ist zudem aus europarechtlicher Sicht geboten. In dem neugegründeten Netzwerk der Wettbewerbsbehörden ist eine umfassende Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden insbesondere auch in der Ermittlungsarbeit vorgesehen. Nach bisherigem Recht konnte die Staatsanwaltschaft selbst Ermittlungen durchführen. Soweit sie den Sachverhalt als nicht ausreichend aufgeklärt erachtete, waren eigene Ermittlungen auch angezeigt. Im neuen Recht müsste immer dann, wenn wegen der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts eine Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden erforderlich ist, die Staatsanwaltschaft ebenfalls Mitglied des Netzwerks werden. Sie wäre dann auch den Pflichten im Netzwerk (vgl. Art. 11 VO 1/2003) und dem Letztentscheidungsrecht der Europäischen Kommission (Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003) unterworfen. Dies erscheint nicht sachgerecht.

Die Regelung in den Sätzen 5 und 6 stellt sicher, dass die Verfolgung von Straftaten weiterhin allein durch die Staatsanwaltschaft erfolgt.

Zu Absatz 2

Die Vollstreckung der Geldbuße erfolgt künftig durch das Bundeskartellamt, das im gerichtlichen Bußgeldverfahren an die Stelle der Staatsanwaltschaft tritt (Absatz 1). Bereits jetzt ist das Bundeskartellamt Vollstreckungsbehörde, wenn es um seine eigenen Bußgeldbescheide geht. Insofern kann auf ein bestehendes Vollstreckungsregime zurückgegriffen werden, was nicht zuletzt auch den praktischen Bedürfnissen entgegenkommt. Deshalb bestimmt Satz 1 in Abweichung von § 91 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (in Verbindung mit § 451 Abs. 1 und § 459 StPO), dass sich die Vollstreckung der vom Gericht festgesetzten Geldbuße oder des Geldbetrages, für den der Verfall angeordnet wurde, nach den für behördliche Bußgeldbescheide geltenden Regelungen richtet.

Die gerichtlichen Kosten werden wie bisher durch die für die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung zuständige Vollstreckungsbehörde begetrieben. Es handelt sich um einen in den entsprechenden Bestimmungen vorgesehenen Fall der Trennung der Beitreibung von Geldbetrag und Kosten aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten (§ 15 Abs. 1 Buchstabe c der Einforderungs- und Beitreibungsordnung (EBAO)).

Angesichts des regelmäßig im wesentlichen beim Bundeskartellamt angefallenen Sach- und Personalaufwandes und künftig auch der Vollstreckungstätigkeit ist es sachgerecht, dass die Geldbuße der Bundeskasse zufließt. Entsprechend trägt die Bundeskasse auch die jeweils vom Gericht auferlegten Kosten. Für die Landeskartellbehörden bleibt es bei den bestehenden (landesrechtlichen) Zuständigkeitsregelungen für die Vollstreckung. Geldbußen und Geldbeträge, deren Verfall angeordnet wurde, fließen in diesem Fall weiterhin der Landeskasse zu.

Zu Absatz 3

Wenn der Bußgeldbescheid von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde, besteht in gleicher Weise das Bedürfnis nach einer Zuständigkeitskonzentration im gerichtlichen Bußgeldverfahren wie im Fall des Bundeskartellamts. Vor allem im Hinblick auf das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es sachgerecht, dass die Landeskartellbehörde an Stelle der Staatsanwaltschaft (über das Bundeskartellamt) tätig wird. Absatz 1 gilt deshalb in diesen Fällen entsprechend.

Zu Nummer 46 (§ 86a)

Zu Absatz 1

Die Kartellbehörden erhalten die Befugnis, ein Zwangsgeld zur Durchsetzung ihrer Anordnungen zu verhängen. Im Hinblick auf die „effet utile“-Rechtsprechung der europäischen Gerichte ist bei Verstößen gegen europäische Wettbewerbsregeln eine wirksame Sanktion zur Durchsetzung von Anordnungen der Kartellbehörde erforderlich. Nach bisheriger Rechtslage können Kartellbehörden Zwangsgelder nur auf der Basis der jeweiligen Verwaltungsvollstreckungsgesetze verhängen. So ist etwa für das Bundeskartellamt § 11 Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz einschlägig, der Zwangsgelder lediglich in der Spanne zwischen 1,5 Euro und höchstens 1000 Euro vorsieht. Zwangsgelder in dieser Höhe stellen gegenüber Unternehmen mit Jahresumsätzen von vielen Milliarden Euro kein wirksames Instrument zur Durchsetzung von kartellrechtlichen Duldungs-, Unterlassungs- und Handlungspflichten dieses Gesetzes dar.

In Absatz 1 sind alle relevanten Duldungs-, Unterlassungs- und Handlungspflichten dieses Gesetzes aufgelistet.

Zu Absatz 2

Die Höhe des Zwangsgelds wird in Anlehnung an europäische Regelungen (z.B. Art. 15 der Fusionskontrollverordnung in der noch geltenden Fassung) auf einen Betrag festgesetzt, der höchstens 100.000 Euro für jeden Tag der Nichtbefolgung beträgt.

Zu Nummer 47 (Abschnittsnummerierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

Zu Nummer 48 (§ 87 Abs. 1)

Die Regelung des bisherigen § 96 ist in § 87 Abs. 1 Sätze 1 und 2 mit aufgenommen; dies dient der Vereinfachung. Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit erstreckt sich danach auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den Art. 81 oder 82 EG oder aus den Art. 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ergeben.

Die redaktionelle Vereinfachung bedeutet keine sachliche Änderung. Soweit sich Rechtsstreitigkeiten nach bisherigem Recht „aus Kartellvereinbarungen und Kartellbeschlüssen“ ergeben, sind diese durch die neue Formulierung „aus diesem Gesetz“ miterfasst.

Zu Nummer 49 (§ 88)

Es handelt sich um eine redaktionelle Vereinfachung. Inhaltlich werden Klagen aus den Art. 81 und 82 EG sowie aus den Art. 53 und 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum durch den Verweis auf § 87 Abs. 1 miterfasst.

Zu Nummer 50 (§ 89a)

Zu Absatz 1

Das Kostenrisiko stellt einen wesentlichen Faktor für die bislang geringe Bedeutung des privaten Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht dar. Auch für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren wird deshalb eine einseitig begünstigende Streitwertherabsetzung vorgesehen, wie sie bereits in § 23b UWG und vielen anderen wirtschaftsrechtlichen Gesetzen vorgesehen ist. Damit hat das Gericht eine Möglichkeit, das Kostenrisiko für die Betroffenen zu verringern, ohne dass von dem Grundprinzip der Unterliegenshaftung abgewichen werden müsste. Die Einführung dieser Vorschrift führt zu einer Art Erfolgshonorar für den Anwalt. Unterliegt der Begünstigte, so muss er nur die nach dem verringerten Streitwert bemessenen Gerichtsgebühren bezahlen. Das Gleiche gilt für die dem Gegner nach § 91 der Zivilprozessordnung zu erstattenden Kosten des Rechtsstreits. Auch der eigene Anwalt erhält nur die nach dem verringerten Streitwert bemessene Gebühr. Obsiegt der Begünstigte aber, so kann dessen

Anwalt von der gegnerischen Seite seine nach dem nicht verringerten Ausgangsstreitwert bemessenen Gebühren verlangen. Eine Missbrauchsgefahr besteht nicht, da die Anordnung der Streitwertherabsetzung im Ermessen des Gerichts steht.

Zu Absatz 2

Absatz 2 regelt das Verfahren für den Antrag auf Streitwertanpassung.

Zu Nummer 51 (Abschnittsnummerierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

Zu Nummer 52 (§ 90)

Die Neuregelung in § 90 Abs. 1 Satz 3 sowie der darauf verweisende neue § 90a Abs. 1 Satz 3 betreffen nicht nur bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, sondern auch sonstige (z.B. verwaltungsgerichtliche) Rechtsstreitigkeiten (s. Buchstabe c). § 90 wird deshalb aus dem Abschnitt „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ in den Abschnitt „Gemeinsame Bestimmungen“ als erste Vorschrift übertragen.

Zu Buchstabe a (Überschrift)

Es handelt sich um eine Richtigstellung; die Vorschrift erfasst auch die Landeskartellbehörden (Absatz 3).

Zu Buchstabe b (Absatz 1 Satz 1)

Es handelt sich um eine redaktionelle Vereinfachung (s. Nummer 49).

Zu Buchstabe c (Absatz 1 neuer Satz 3)

Art. 15 VO 1/2003 erlaubt dem Bundeskartellamt, ein mit der Anwendung von Art. 81 oder 82 EG beschäftigtes Gericht zu ersuchen, ihm alle zur Beurteilung des Falles notwendigen Schriftstücke zu übermitteln, um Stellungnahmen zu diesen Verfahren fertigen zu können. Diese Benachrichtigungsverpflichtung der nationalen Gerichte ist nicht nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten beschränkt, sondern betrifft Verfahren jeden Rechtswegs. Daher muss das Bundeskartellamt für sämtliche Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf Art. 81 und 82 EG die Schriftsätze, Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen erhalten, damit es die gemäß Art. 15 VO 1/2003 eingeräumte Beteiligungsmöglichkeit nicht nur in bürgerlichen, sondern in allen Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf Art. 81 oder 82 EG wahrnehmen kann.

Zu Buchstabe d (Absatz 4)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (s. Nummer 15).

Zu Nummer 53 (§ 90a)

Der neue § 90a dient der Umsetzung von Art. 15 VO 1/2003. Diese Vorschrift regelt die Zusammenarbeit insbesondere zwischen der Kommission, aber auch den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden einerseits und den Gerichten der Mitgliedstaaten andererseits bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. § 90a bezieht sich dabei allein auf die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten in Deutschland. Eine zusätzliche Regelung für die Zusammenarbeit zwischen den deutschen Kartellbehörden und den Gerichten ist nicht erforderlich. § 90 regelt bereits die Benachrichtigung und Beteiligung des Bundeskartellamts - bzw. der obersten Landesbehörden (§ 90 Abs. 3) - in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Nach der Neufassung des § 87 Abs. 1 gilt dies auch, soweit derartige Rechtsstreitigkeiten die Anwendung der Art. 81 und 82 EG bzw. der Art. 53 und 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zum Gegenstand haben. Soweit das Bundeskartellamt bzw. die Landeskartellbehörden in Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts kartellverwaltungsrechtliche Verfügungen erlassen und diese Gegenstand gerichtlicher Verfahren werden, ist eine Regelung entbehrlich, da die zuständige Kartellbehörde als Erlass- bzw. Verfolgungsbehörde ohnehin am gerichtlichen Verfahren beteiligt ist. Dies gilt in Zukunft auch für gerichtliche Bußgeldverfahren infolge eines Einspruchs gegen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamts oder der Landeskartellbehörden (vgl. § 82a).

Zu Absatz 1

Mit den Sätzen 1 und 2 wird Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 in deutsches Recht umgesetzt. Danach erfolgt die Übermittlung von Kopien von Urteilen, die die Anwendung der Art. 81 und 82 EG zum Gegenstand haben, nicht unmittelbar von den Gerichten an die Kommission, sondern über das Bundeskartellamt. Zusätzlich schafft Satz 3 eine Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und der Kommission hinsichtlich sonstiger Daten und Unterlagen aus bürgerlichen der sonstigen Rechtsstreitigkeiten nach § 90 Abs. 1. Dies ist erforderlich, damit das Bundeskartellamt seine Informationspflicht gegenüber der Kommission nach Art. 15 VO 1/2003 ordnungsgemäß erfüllen kann.

Zu Absatz 2

Entsprechend Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 regelt Absatz 2 das Auftreten der Kommission als sog. „amicus curiae“ vor deutschen Gerichten. Satz 2 stellt dabei sicher, dass das Gericht das Bundeskartellamt über den Inhalt schriftlicher Stellungnahmen der Kommission unterrichtet. Satz 3 sieht vor, dass die Kommission aus eigener Initiative - neben schriftlichen Stellungnahmen nach Satz 1 - auch mündliche Stellungnahmen abgeben kann. Über die zwingenden Vorgaben von Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 hinausgehend gilt dies auch ohne ausdrückliche Erlaubnis des betreffenden Gerichts. Damit wird die Kommission hinsichtlich ihrer Beteiligungsrechte den deutschen Kartellbehörden gleichgestellt (vgl. § 90 Abs. 2). Satz 4, wonach die Kommission das betreffende Gericht ersuchen kann, alle zur Beurteilung des Falls erforderlichen Schriftstücke zu übersenden, entspricht der Regelung in Art. 15 Abs. 3 Satz 5 VO 1/2003.

Zu Absatz 3

Absatz 3 folgt der Regelung in Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003. Danach können die Gerichte die Kommission um die Übermittlung von Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Art. 81 und 82 EG betreffen. Satz 2 stellt wiederum die parallele Unterrichtung des Bundeskartellamts sicher, wenn ein Gericht ein derartiges Ersuchen an die Kommission richtet bzw. eine entsprechende Stellungnahme der Kommission eingeht.

Zu Absatz 4

Absatz 4 gibt der Kommission, ebenso wie den Gerichten, die Möglichkeit, den Geschäftsverkehr nach den Absätzen 2 und 3 über das Bundeskartellamt abzuwickeln. Eine obligatorische Einschaltung des Bundeskartellamts ist nur bei der Übersendung von Urteilen vorgesehen (Absatz 1). Aber auch in den Fällen der Absätze 2 und 3 kann sich eine fakultative Einschaltung des Bundeskartellamts durch die Kommission oder die Gerichte empfehlen. Mit dem Bundeskartellamt steht eine erfahrene Institution für die Abwicklung des Geschäftsverkehrs zur Verfügung. Gleichzeitig können damit die parallelen Unterrichtungspflichten der Gerichte zugunsten des Bundeskartellamts nach § 90a Abs. 2 Satz 2 und Absatz 3 Satz 2 in effektiver Form erfüllt werden.

Zu Nummer 54 (§ 94 Abs. 1 Nr. 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Vereinfachung (vgl. Nummer 49).

Zu Nummer 55 (bisheriger § 96)

Die Vorschrift ist durch die Neufassung des § 87 Abs. 1 entbehrlich (s. Nummer 48).

Zu Nummer 56 (§ 100 Abs. 2 Buchstabe e)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Änderung des EG-Vertrags.

Zu Nummer 57 (§ 111 Abs. 2 Satz 1)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung (s. Nummer 39).

Zu Nummer 58 (§ 131)

Zu Buchstabe a (Absätze 2 bis 7)

Zu Absatz 2

Soweit nach bisherigem Recht Vereinbarungen, Beschlüsse oder Empfehlungen entweder aufgrund einer Anmeldung oder unmittelbar durch Gesetz freigestellt waren, bleiben die Freistellungen für ein Jahr wirksam. Danach richtet sich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarungen nach den Freistellungstatbeständen dieses Gesetzes, insbesondere § 2. Für die

Dauer der übergangsweisen Freistellung nach Satz 1 bleiben die Missbrauchsvorschriften in der bisherigen Fassung in Kraft.

Zu Absatz 3

Die einjährige Übergangsregelung gilt entsprechend auch für Freistellungen durch Verfügung der Kartellbehörden nach § 10 Abs. 1 des bisherigen Gesetzes. Ist eine Freistellungsverfügung der Kartellbehörde kürzer befristet, so erlischt sie mit Ablauf dieser Frist.

Zu Absatz 4

Die Übergangsregelung des Absatzes 3 gilt entsprechend für Wettbewerbsregeln, die durch Verfügung der Kartellbehörden freigestellt sind. Hiervon ausgenommen sind die Missbrauchsvorschriften des bisherigen Gesetzes; insoweit ist § 26 Abs. 4 anzuwenden.

Zu Absatz 5

Satz 1 erweitert den Übergang der Zuständigkeit für das gerichtliche Verfahren auf das Bundeskartellamt nach § 82a Abs. 1 auf solche Verfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens schon bei Gericht anhängig sind. Insbesondere wegen der Zuständigkeiten im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist ein sofortiges Inkrafttreten mit (unechter) Rückwirkung geboten. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht, da durch eine Auswechslung der Anklagebehörde den Betroffenen keine Rechtsposition genommen wird. Aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten sollte aber bei schon terminierten Verfahren ein Übergang nicht mehr stattfinden.

Die in Satz 2 getroffene Übergangsregelung zu § 82a Abs. 2 führt ebenfalls zu der erwünschten frühzeitigen Konzentration der Vollstreckung von gerichtlichen Bußgeldentscheidungen bei der Ausgangsbehörde. Es handelt sich um Verfahrensrecht ohne materiell-rechtlichen Bezug. Die Vorschrift enthält eine deklaratorische, im Interesse der Rechtsklarheit wünschenswerte Klarstellung der nach allgemeinem intertemporalen Verfahrensrecht geltenden Grundsätze.

Zu Buchstabe b (Absatznummerierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (s. Buchstabe a).

Zu Buchstabe c (bisheriger Absatz 9)

Die in dieser Vorschrift enthaltenen Übergangsregelungen sind zeitlich abgelaufen. Die Vorschrift ist gegenstandslos geworden und kann aufgehoben werden.

Zu Nummer 59 (§ 51 Abs. 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 1 und 2, § 53 Abs. 1 Satz 2, § 63 Abs. 4 Satz 1, § 66 Abs. 1 Satz 3, § 106 Abs. 1 Satz 4 und § 127 Nr. 8)

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen.

Zu Nummer 60 (Inhaltsverzeichnis)

Die neue Inhaltsübersicht dient der besseren Übersicht und Auffindbarkeit der Vorschriften.

Zu Artikel 2

Zu Absatz 1 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Die Streitwertbegrenzung für Beschwerden von beigeladenen Dritten (maximal 250.000 Euro) wird aufgehoben. Der Streitwert ist vom Gericht entsprechend den allgemeinen Regeln nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 3 der Zivilprozessordnung). Dabei ist die sich für den Beigeladenen ergebende Bedeutung der Sache besonders zu berücksichtigen.

Zu Absatz 2 (Änderung der Gewerbeordnung)

Das Bundeskartellamt ist gemäß § 153a Abs. 1 in Verbindung mit § 149 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b der Gewerbeordnung zwar verpflichtet, dem Gewerbezentralregister rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen Kartellordnungswidrigkeiten mitzuteilen, hat selbst aber keinen Anspruch auf Auskunft aus dem Register (vgl. § 150a der Gewerbeordnung). Dies beschränkt die Möglichkeit des Bundeskartellamts, frühere, bereits sanktionierte Zuwiderhandlungen gegen das Kartellverbot bußgelderhöhend zu berücksichtigen. Solche Vorbelastungen dürfen nämlich gemäß § 153 Abs. 5 der Gewerbeordnung nicht mehr verwertet werden, soweit deren Eintragungen im Gewerbezentralregister bereits getilgt wurden oder tilgungsreif sind. Grundsätzlich sind Eintragungen gemäß § 153 Abs. 1 Nr. 2 der Gewerbeordnung nach fünf Jahren (bzw. nach drei Jahren, wenn die Geldbuße nicht mehr als 300 Euro beträgt) zu tilgen. Enthält das Register allerdings mehrere Eintragungen, so ist die Tilgung einer Eintragung erst zulässig, wenn bei allen Eintragungen die Frist des § 153 Abs. 1 der Gewerbeordnung abgelaufen ist (vgl. § 153 Abs. 3 der Gewerbeordnung). Feststellungen zur Tilgung bzw. zur Tilgungsreife - und damit zum Vorliegen eines Verwertungsverbots - sind dem Bundeskartellamt deshalb ohne Auskunftsrecht aus dem Gewerbezentralregister nicht abschließend möglich. Von Amts wegen kennt das Bundeskartellamt nur die eigenen Bußgeldbescheide und diejenigen der Landeskartellbehörden. Bestehen weitere Eintragungen (z.B. Bußgeldbescheide bei Steuerordnungswidrigkeiten), kann das Bundeskartellamt diese derzeit für die Frage der Tilgungshemmung nach § 153 Abs. 3 der Gewerbeordnung nicht berücksichtigen. Wie das Bundeskartellamt sind auch die Landeskartellbehörden in den Kreis der nach § 150a der Gewerbeordnung auskunftsberechtigten Behörden aufgenommen.

Zu Absatz 3 (Änderung des Gesetzes über den Ladenschluss)

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 22.

Zu den Absätzen 4 bis 8

Freistellungen von Verboten dieses Gesetzes, die sich in Fachgesetzen befinden, sind bisher mit Regelungen zur Missbrauchsaufsicht verbunden. Da es im neuen Gesetz keine Missbrauchs-

aufsicht über Kartelle im Sinne der bisherigen §§ 12 und 22 Abs. 6 mehr gibt, werden die Regelungen in den Fachgesetzen zu Missbrauchsaufsicht gestrichen. Wie bisher bleiben jedoch die übrigen Regelungen dieses Gesetzes unberührt; das gilt insbesondere für die Befugnisse der Kartellbehörden nach den §§ 32 ff.

Zu Absatz 4 (Änderung des Tierzuchtgesetzes)

Zu Buchstabe a

Die Änderung des ersten Halbsatzes von § 23b Satz 2 stellt eine redaktionelle Anpassung an die Neuregelung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen dar. Die Streichung des Hinweises auf den bisherigen § 12 im zweiten Halbsatz ist eine Folgeänderung aufgrund der Streichung dieser Vorschrift.

Zu Buchstabe b

Die Anfügung des neuen Satzes 3 trägt dem Wegfall der Missbrauchsaufsicht nach dem bisherigen § 12 Rechnung. Es wird klargestellt, dass die allgemeinen Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere die §§ 32 ff. hinsichtlich der Befugnisse der Kartellbehörden, gültig sind.

Zu Absatz 5 (Änderung des Bundeswaldgesetzes)

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 12.

Zu Absatz 6 (Änderung des Marktstrukturgesetzes)

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 12.

Zu Absatz 7 (Änderung des Personenbeförderungsgesetzes)

Zu Buchstabe a

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 22.

Zu Buchstabe b

Für Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen von Verkehrsunternehmen, die vom Kartell- und Empfehlungsverbot freigestellt sind, galt bislang eine umfassende Missbrauchsaufsicht. Nach Aufhebung des bisherigen § 12 wird das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1, das einen Unterfall des Missbrauchsverbots darstellt, für anwendbar erklärt. Die Vereinigungen von Verkehrsunternehmen werden dabei zu Normadressaten des § 20 Abs. 1. Auf diese Weise bleibt eine eingeschränkte Missbrauchskontrolle gewahrt.

Zu Absatz 8 (Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes)

Zu Buchstabe a

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 22.

Zu Buchstabe b

Die Neuregelung des § 12 Abs. 7 Satz 3 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes entspricht der Neuregelung in § 8 Abs. 3 Satz 9 des Personenbeförderungsgesetzes (s. Absatz 7 Buchstabe b).

Zu Absatz 9 (Änderung des § 13 Energiesicherungsgesetz)

Durch die Aufhebung des bisherigen § 8 ist die Vorschrift gegenstandslos geworden. Sie wird deshalb aufgehoben.

Zu Artikel 3 (Neubekanntmachung)

Aufgrund der zahlreichen Änderungen ist eine Neubekanntmachung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angebracht. Die Vorschrift enthält die erforderliche Ermächtigung.

Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.