

# **Gesetzesentwurf der Bundesregierung**

## **Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

### **A. Problem und Ziel**

Die Bundesregierung hat im Jahreswirtschaftsbericht 2011 angekündigt, zur Stärkung des Wettbewerbs in allen Bereichen das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorzulegen. Der vorliegende Gesetzesentwurf soll dementsprechend die wettbewerblichen Rahmenbedingungen, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht und des Verfahrens bei Kartellverstößen, weiter modernisieren und optimieren sowie die Durchsetzung des GWB noch effizienter gestalten.

### **B. Lösung**

Das GWB hat sich mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften bewährt. Grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf besteht nicht. Gleichwohl wurde Verbesserungspotential festgestellt, das genutzt werden soll. Im Bereich der Fusionskontrolle wird die Novelle die Unterschiede zwischen der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle weiter verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen. Gleichzeitig erweitert die Novelle angemessen den Handlungsspielraum kleiner und mittlerer Presseunternehmen. Die Missbrauchsvorschriften werden einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher gestaltet. Die Position der Verbraucherverbände wird durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung verbessert. Schließlich wird das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter gestaltet und sichergestellt, dass das wettbewerbliche Handeln der Krankenkassen dem Kartellrecht unterliegt. Außerdem wird das GWB begrifflich an die Änderungen angepasst, die sich durch den im Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergeben haben.

### **C. Alternativen**

Keine.

### **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Durch das Gesetz ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

### **E. Erfüllungsaufwand**

Der Gesetzesentwurf leistet einen Beitrag zur Reduzierung der Bürokratiekosten. Insgesamt werden durch die 8. Novellierung des GWB jährlich Kosten in Höhe von etwa 491.000 Euro eingespart. Dem stehen einmalige Umstellungskosten in Höhe von ca. 100.000 Euro gegenüber. Die Änderungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sind im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand neutral. Sie stellen im Wesentlichen die bisherige Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes bei der Kontrolle von Zusammenschlüssen

von Krankenkassen auf eine gesetzliche Grundlage, die durch jüngere Rechtsprechung in Zweifel gezogen war.

### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Gesetz kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Die Erhöhung der gesetzlichen Aufgreifschwelle in der Pressefusionskontrolle durch § 38 Absatz 3 führt zu einer Entlastung der Wirtschaft, da zukünftig weniger Pressefusionen beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssen. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwandes um ca. 12.000 Euro pro Jahr zu rechnen.

Das Gesetz führt durch die Vorgabe in § 39 Absatz 1 eine neue Informationspflicht für die Unternehmen ein, die in der Vergangenheit Zusammenschlüsse per einfacher E-Mail angemeldet haben. Sie müssen nunmehr bei einer elektronischen Anmeldung entweder eine De-Mail beziehungsweise E-Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur benutzen oder dem Bundeskartellamt die Anmeldung per Post oder Telefax übermitteln. Da Anmeldungen per einfacher E-Mail in der Vergangenheit nur einen sehr geringen Anteil an der Gesamtzahl der Anmeldungen beim Bundeskartellamt ausgemacht haben, sind mögliche Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand zu vernachlässigen.

Der neue § 59 Absatz 1 ermächtigt die Kartellbehörden dazu, den Unternehmen bei Auskunftsverlangen vorzugeben, ihre Antworten über eine Internetplattform zu geben. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von 325.000 Euro pro Jahr zu rechnen.

§ 81a führt eine weitere Informationspflicht für die Wirtschaft ein. Er sieht eine Auskunftsspflicht für juristische Personen und Personenvereinigungen für bestimmte unternehmens- und marktbezogene Daten vor, die für die Bestimmung der Geldbuße erforderlich sind. Durch diese Informationspflicht verringert sich der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen um insgesamt 20.500 Euro pro Jahr, da die zur Beschaffung dieser Daten in der Vergangenheit erforderlichen Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig wegfallen. Für betroffene Unternehmen entsteht kein Mehraufwand, da sie die Informationen dem Bundeskartellamt ohnehin zur Verfügung stellen müssen.

### **E.3 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung**

Die Änderung der Pressefusionskontrolle durch § 38 Absatz 3 ist mit sinkenden Fallzahlen verbunden, so dass der Arbeitsaufwand des Bundeskartellamtes verringert wird. Aus diesem Grund ist mit einer Verminderung des Erfüllungsaufwandes von 32.000 Euro pro Jahr zu rechnen.

Die durch § 59 Absatz 1 verankerte internetbasierte Datenerhebung lässt nach anfänglichem Mehraufwand für die Errichtung der Internetplattform Einsparungen bei den Verwaltungsprozessen erwarten. Der Erfüllungsaufwand wird sich um voraussichtlich 64.800 Euro pro Jahr verringern lassen. Einmalige Umstellungskosten für das Einrichten des IT-Systems werden mit rund 100.000 Euro, jährliche Betriebskosten für das IT-System mit etwa 10.000 Euro angesetzt.

Die durch § 81a eingeführte Einschränkung des bestehenden Auskunftsverweigerungsrechts verringert den Erfüllungsaufwand für die Kartellbehörden. Sie können die Unternehmen verpflichten, ihnen die entsprechenden Informationen zu überlassen. Durchsuchungen, die einen hohen zeitlichen und personellen Aufwand bedeuten, entfallen. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von insgesamt 46.650 Euro pro Jahr zu rechnen.

## **F. Weitere Kosten**

Auswirkungen auf die Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

## Entwurf

### Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

#### (8. GWB-ÄndG)

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
  - a) In der Angabe zu den §§ 4 bis 18 wird die Angabe „18“ durch die Angabe „17“ ersetzt.
  - b) In der Überschrift von Abschnitt Zwei des Teil Eins wird vor dem Wort „wettbewerbsbeschränkendes“ das Wort „sonstiges“ eingefügt.
  - c) Vor der Angabe zu § 19 wird folgende Angabe eingefügt:  
„§ 18 Marktbeherrschung“.
  - d) Die Angabe zu § 19 wird wie folgt gefasst:  
„§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen“.
  - e) Die Angabe zu § 20 wird wie folgt gefasst:  
„§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht“.
  - f) In der Angabe zu § 22 werden die Wörter „Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
  - g) Die Angabe zu § 31 wird durch die folgenden Angaben ersetzt:  
„§ 31 Verträge der Wasserwirtschaft.  
§ 31a Wasserwirtschaft, Meldepflicht.  
§ 31b Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen.“
  - h) Nach der Angabe zu § 81 wird folgende Angabe eingefügt:  
„§ 81a Auskunftspflichten“.
  - i) In der Angabe zu § 90a werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Kommission“ ersetzt.
2. § 2 Absatz 2 wird wie folgt geändert:
  - a) In Satz 1 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Kommission“ und die Wörter „Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter

„Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

- b) In Satz 2 werden die Wörter „Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Union“ ersetzt.
3. In § 3 werden die Absatzbezeichnung „(1)“ und Absatz 2 gestrichen.
4. In der Überschrift von Abschnitt Zwei des Teil Eins wird vor dem Wort „wettbewerbsbeschränkendes“ das Wort „sonstiges“ eingefügt.
5. Dem § 19 wird folgender § 18 vorangestellt:

## „§ 18

### Marktbeherrschung

(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt

1. ohne Wettbewerber ist,
2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

(2) Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.

(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

1. sein Marktanteil,
2. seine Finanzkraft,
3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten,
4. Verflechtungen mit anderen Unternehmen,
5. rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen,
6. der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind,
7. die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie
8. die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.

(4) Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat.

(5) Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit

1. zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und
2. sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

(6) Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie

1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder
2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.

(7)Die Vermutung des Absatzes 6 kann widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass

1. die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder
  2. die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.“
6. § 19 wird wie folgt geändert:
- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:  
„§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen“
  - b) Absatz 2 wird gestrichen.
  - c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und Nummer 1 wie folgt gefasst:  
„1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;“
  - d) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:  
„(3) Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1 sowie für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 binden.“
  - e) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:  
„(4) Ein Missbrauch liegt auch vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung dazu ausnutzen, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.“
7. § 20 wird wie folgt geändert:
- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:  
„§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht“
  - b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 1 und Satz 1 wie folgt geändert:
    - aa) Die Angabe „Absatz 1“ wird durch die Angabe „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1“ ersetzt.
    - bb) Nach dem Wort „bestehen“ wird die Angabe „(relative Marktmacht)“ eingefügt.
  - c) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 2 und wie folgt gefasst:  
„(2) § 19 Absatz 4 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen und für Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des § 19 Absatz 3.“
  - d) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 3.
  - e) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4 und die Angabe „Absatzes 4“ durch die Angabe „Absatzes 3“ ersetzt.
  - f) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 5.
8. § 21 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:  
„(2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen

oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach folgenden Vorschriften nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf:

1. nach diesem Gesetz,
  2. nach Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder
  3. nach einer Verfügung der Europäischen Kommission oder der Kartellbehörde, die auf Grund dieses Gesetzes oder auf Grund Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ergangen ist.“
9. § 22 wird wie folgt geändert:
- a) In der Überschrift werden die Wörter „Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
  - b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
    - aa) In Satz 1 werden die Wörter „Artikels 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ und die Wörter „Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Union“ ersetzt.
    - bb) In Satz 2 werden die Wörter „Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
  - c) Absatz 2 wird wie folgt geändert:
    - aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes darf gemäß Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche zwar den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen geeignet sind, aber

      1. den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht beschränken oder
      2. die Bedingungen des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllen oder
      3. durch eine Verordnung zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfasst sind.“
    - bb) In Satz 3 werden die Wörter „Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ und die Wörter „europäischen Gemeinschaftsrecht“ durch die Wörter „Recht der europäischen Union“ ersetzt.
  - d) In Absatz 3 Satz 1 und 2 werden jeweils die Wörter „Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
  - e) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
    - aa) In Satz 1 werden die Wörter „europäischen Gemeinschaftsrechts“ durch die Wörter „Rechts der europäischen Union“ ersetzt.

- bb) In Satz 2 werden die Wörter „Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
10. In § 28 Absatz 3 werden die Wörter „Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
11. § 31 wird durch die folgenden §§ 31 bis 31b ersetzt:

### „§ 31

#### Verträge der Wasserwirtschaft

(1) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 gilt nicht für Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser (Wasserversorgungsunternehmen) mit

1. anderen Wasserversorgungsunternehmen oder mit Gebietskörperschaften, soweit sich damit ein Vertragsbeteiligter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Wasserversorgung über feste Leitungswege zu unterlassen;
2. Gebietskörperschaften, soweit sich damit eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten;
3. Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe, soweit sich damit ein Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe verpflichtet, seine Abnehmer mit Wasser über feste Leitungswege nicht zu ungünstigeren Preisen oder Bedingungen zu versorgen, als sie das zuliefernde Wasserversorgungsunternehmen seinen vergleichbaren Abnehmern gewährt;
4. anderen Wasserversorgungsunternehmen, soweit sie zu dem Zweck abgeschlossen sind, bestimmte Versorgungsleistungen über feste Leitungswege einem oder mehreren Versorgungsunternehmen ausschließlich zur Durchführung der öffentlichen Versorgung zur Verfügung zu stellen.

(2) Verträge nach Absatz 1 sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform.

(3) Durch Verträge nach Absatz 1 oder die Art ihrer Durchführung darf die durch die Freistellung von den Vorschriften dieses Gesetzes erlangte Stellung im Markt nicht missbraucht werden.

(4) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn

1. das Marktverhalten eines Wasserversorgungsunternehmens den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind, oder
2. ein Wasserversorgungsunternehmen von seinen Abnehmern ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Wasserversorgungsunternehmen, es sei denn, das Wasserversorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind; Nummer 1 bleibt unberührt.

### § 31a

#### Wasserwirtschaft, Meldepflicht

(1) Verträge nach § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4, sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vollständigen Anmeldung bei der Kartellbehörde. Bei der Anmeldung sind für jedes beteiligte Unternehmen anzugeben:

1. Firma oder sonstige Bezeichnung,
2. Ort der Niederlassung oder Sitz,
3. Rechtsform und Anschrift sowie
4. Name und Anschrift des bestellten Vertreters oder des sonstigen Bevollmächtigten, bei juristischen Personen des gesetzlichen Vertreters.

(2) Die Beendigung oder Aufhebung der in § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 genannten Verträge ist der Kartellbehörde mitzuteilen.

### § 31b

#### Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen

(1) Die Kartellbehörde erteilt zu den nach § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 freigestellten Verträgen auf Anfrage Auskunft über

1. Angaben nach § 31a und
2. den wesentlichen Inhalt der Verträge und Beschlüsse, insbesondere Angaben über den Zweck, über die beabsichtigten Maßnahmen und über Geltungsdauer, Kündigung, Rücktritt und Austritt.

(2) Die Kartellbehörde erlässt Verfügungen nach diesem Gesetz, die die öffentliche Versorgung mit Wasser über feste Leitungswege betreffen, im Benehmen mit der Fachaufsichtsbehörde.

(3) Die Kartellbehörde kann in Fällen des Missbrauchs nach § 31 Absatz 3

1. die beteiligten Unternehmen verpflichten, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen,
2. die beteiligten Unternehmen verpflichten, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern, oder
3. die Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären.

(4) Bei einer Entscheidung über eine Maßnahme nach Absatz 3 berücksichtigt die Kartellbehörde Sinn und Zweck der Freistellung und insbesondere das Ziel einer möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung.

(5) Absatz 3 gilt entsprechend, soweit ein Wasserversorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat.

(6) § 19 bleibt unberührt.“

12. § 32 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
- b) Absatz 2 wird durch die folgenden Absätze 2 und 2a ersetzt:

„(2) Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen

struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.

(2a) In der Abstellungsverfügung kann die Kartellbehörde eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen. Die in den erwirtschafteten Vorteilen enthaltenen Zinsvorteile können geschätzt werden. Nach Ablauf der in der Abstellungsverfügung bestimmten Frist für die Rückerstattung sind die bis zu diesem Zeitpunkt erwirtschafteten Vorteile entsprechend § 288 Absatz 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verzinsen.“

13. In § 32c Satz 1 werden die Wörter „Artikel 81 Abs. 1 oder Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 Absatz 1 oder Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
14. In § 32d werden die Wörter „Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
15. § 32e wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
  - b) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„§ 49 Absatz 1 sowie die §§ 57, 59 und 61 gelten entsprechend.“
16. § 33 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
  - b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von

    1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, wenn ihnen eine erhebliche Zahl von betroffenen Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 angehört und sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen;
    2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in
      - a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder
      - b) das Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EU Nr. L 110 vom 1. Mai 2009, S. 30) in der jeweils geltenden Fassung.“
  - c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
    - aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen

Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde.“

bb) In Satz 3 werden die Wörter „Artikel 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

d) Absatz 5 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 3 wird gehemmt, wenn ein Verfahren eingeleitet wird

1. von der Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder

2. von der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union wegen eines Verstoßes gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.“

17. § 34 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

b) Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Absatz 1 gilt nicht, soweit der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft ist durch

1. Schadensersatzleistungen,
2. Festsetzung der Geldbuße,
3. Anordnung des Verfalls oder
4. Rückerstattung.“

c) In Absatz 5 Satz 2 wird die Angabe „§ 81 Abs. 9“ durch die Angabe „§ 33 Absatz 5“ ersetzt.

18. In § 34a Absatz 1 werden nach dem Wort „Verfall“ die Wörter „, durch Rückerstattung“ eingefügt.

19. § 35 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Absatz 2 abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als zehn Millionen Euro erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt. Satz 1 gilt nicht, soweit durch den Zusammenschluss der Wettbewerb beim Verlag, bei der Herstellung oder beim Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen beschränkt wird.“

b) In Absatz 3 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäische Kommission“ ersetzt.

20. § 36 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn

1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen oder

2. die Untersagungs Voraussetzungen des Satzes 1 auf einem Markt vorliegen, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt wurden.“

21. § 38 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 3 wird nach den Wörtern „deren Bestandteilen“ das Komma gestrichen und die Wörter „ist das Achtfache, für“ eingefügt.

b) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) Wird ein Zusammenschluss durch den Erwerb von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen bewirkt, so ist unabhängig davon, ob diese Teile eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, auf Seiten des Veräußerers nur der Umsatz oder der Marktanteil zu berücksichtigen, der auf die veräußerten Teile entfällt. Dies gilt nicht, sofern beim Veräußerer die Kontrolle im Sinne des § 37 Absatz 1 Nummer 2 oder 25 Prozent oder mehr der Anteile verbleiben. Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Satz 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, wenn dadurch erstmals die Umsatzschwellen des § 35 erreicht werden; als Zeitpunkt des Zusammenschlusses gilt der letzte Erwerbsvorgang.“

22. § 39 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt:

„Für den Empfang elektronischer Anmeldungen wird ausschließlich die vom Bundeskartellamt eingerichtete zentrale De-Mail-Adresse im Sinne des De-Mail-Gesetzes oder, für E-Mails mit qualifizierter elektronischer Signatur, die vom Bundeskartellamt eingerichtete zentrale E-Mail-Adresse bestimmt. Die beiden Zugänge sind über die Internetseite des Bundeskartellamts erreichbar.“

b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäische Kommission“ ersetzt.

23. § 40 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 werden folgende Sätze angefügt:

„Die Frist nach Satz 2 wird gehemmt, wenn das Bundeskartellamt von einem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Auskunft nach § 59 erneut anfordern muss, weil das Unternehmen ein vorheriges Auskunftsverlangen nach § 59 aus Umständen, die von ihm zu vertreten sind, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet hat. Die Hemmung endet, wenn das Unternehmen dem Bundeskartellamt die Auskunft vollständig übermittelt hat. Die Frist nach Satz 2 verlängert sich um einen Monat, wenn ein anmeldendes Unternehmen in einem Verfahren dem Bundeskartellamt erstmals Vorschläge für Bedingungen oder Auflagen nach Absatz 3 unterbreitet.“

b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung abzuwenden.“

bb) In Satz 2 wird das Wort „Diese“ durch die Wörter „Die Bedingungen und Auflagen“ ersetzt.

24. § 41 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Dies gilt nicht

1. für Verträge über Grundstücksgeschäfte, sobald sie durch Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam geworden sind,
2. für Verträge über die Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Unternehmens und für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291 und 292 des Aktiengesetzes, sobald sie durch Eintragung in das zuständige Register rechtswirksam geworden sind, sowie
3. für andere Rechtsgeschäfte, wenn der nicht angemeldete Zusammenschluss nach Vollzug angezeigt und das Entflechtungsverfahren nach Absatz 3 eingestellt wurde, weil die Untersagungs Voraussetzungen nicht vorlagen, oder die Wettbewerbsbeschränkung infolge einer Auflösungsanordnung nach Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit Satz 3 beseitigt wurde oder eine Ministererlaubnis nach § 42 erteilt worden ist.“

b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Absatz 1 steht der Verwirklichung von Erwerbsvorgängen nicht entgegen, bei denen die Kontrolle, Anteile oder wettbewerblich erheblicher Einfluss im Sinne von § 37 Absatz 1 oder 2 von mehreren Veräußerern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, über eine Börse erworben werden, sofern der Zusammenschluss gemäß § 39 unverzüglich beim Bundeskartellamt angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition aufgrund einer vom Bundeskartellamt nach Absatz 2 erteilten Befreiung ausübt.“

25. § 42 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „§ 40 Abs. 3 und 3a“ durch die Wörter „§ 40 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 3a“ ersetzt.
- b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:
  - aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Untersagung“ die Wörter „oder einer Auflösungsanordnung nach § 41 Absatz 3 ohne vorherige Untersagung“ eingefügt.
  - bb) Es wird folgender Satz 3 angefügt:

„Wird die Auflösungsanordnung nach § 41 Absatz 3 Satz 1 angefochten, beginnt die Frist zu dem Zeitpunkt, zu dem die Auflösungsanordnung unanfechtbar wird.“

26. § 43 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

- a) Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. die Ministererlaubnis, deren Widerruf, Änderung oder Ablehnung,“
- b) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. die Rücknahme, der Widerruf oder die Änderung der Freigabe des Bundeskartellamts,“

27. § 50 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter „Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
- b) Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Wenden die obersten Landesbehörden die Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union an, erfolgt der Geschäftsverkehr mit der Europäischen Kommission oder den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über das Bundeskartellamt.“

c) Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Zuständige Wettbewerbsbehörde für die Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist das Bundeskartellamt.“

d) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Das Bundeskartellamt kann den Bediensteten der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats der Europäischen Union und anderen von dieser Wettbewerbsbehörde ermächtigten Begleitpersonen gestatten, an Durchsuchungen und Vernehmungen nach Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 mitzuwirken.“

e) Absatz 5 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„In anderen als in den Absätzen 1 bis 4 bezeichneten Fällen nimmt das Bundeskartellamt die Aufgaben wahr, die den Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den Artikeln 104 und 105 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie in Verordnungen nach Artikel 103 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, auch in Verbindung mit den Artikeln 43 Absatz 2, 100 Absatz 2, 105 Absatz 3 und 352 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, übertragen sind.“

28. § 50a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Kartellbehörde ist gemäß Artikel 12 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 befugt, der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Zweck der Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union

1. tatsächliche und rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, mitzuteilen und entsprechende Dokumente und Daten zu übermitteln sowie

2. diese Wettbewerbsbehörden um die Übermittlung von Informationen nach Nummer 1 zu ersuchen, diese zu empfangen und als Beweismittel zu verwenden.“

b) In Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 werden jeweils die Wörter „Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.

29. In § 50b Absatz 1 werden die Wörter „Kommission der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäische Kommission“ ersetzt.

30. In § 50c Absatz 2 Satz 1 werden nach dem Wort „Bundesbank“ ein Komma und die Wörter „den zuständigen Aufsichtsbehörden nach § 90 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch“ eingefügt.

31. § 58 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Die Kartellbehörde soll binnen drei Tagen die gerichtliche Bestätigung bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, beantragen, wenn bei der Beschlagnahme weder der davon Betroffene noch ein erwachsener Angehöriger anwesend war oder wenn der Betroffene und im Falle seiner Abwesenheit ein erwachsener Angehöriger des Betroffenen gegen die Beschlagnahme ausdrücklich Widerspruch erhoben hat.“

32. § 59 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Kartellbehörde kann vorgeben, in welcher Form die Angaben nach den Sätzen 1 und 2 zu erteilen sind; insbesondere kann sie vorgeben, dass eine Internetplattform zur Eingabe der Angaben verwendet werden muss.“

b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „die Durchsuchung erfolgen soll“ durch die Wörter „die Kartellbehörde ihren Sitz hat“ ersetzt.

c) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) Für die zur Auskunft verpflichtete Person gilt § 55 der Strafprozessordnung entsprechend.“

33. In § 60 Nummer 1 wird vor der Angabe „§ 40 Abs. 2“ die Angabe „§ 31b Absatz 3,“ eingefügt.

34. In § 61 Absatz 1 Satz 3 werden nach dem Wort „der“ die Wörter „im Inland ansässigen“ eingefügt.

35. In § 64 Absatz 1 Nummer 2 werden nach der Angabe „§ 30 Abs. 3“ die Angaben „§ 31b Absatz 3, § 32 Absatz 2a Satz 1“ eingefügt.

36. § 80 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 1 wird vor der Angabe „§ 39 Abs. 1“ die Angabe „§ 31a Absatz 1 und“ eingefügt.

bb) In Nummer 2 werden nach der Angabe „§ 30 Abs. 3,“ die Angabe „§ 31b Absatz 3,“ und nach der Angabe „§ 32d“ die Angabe „§ 34“ eingefügt.

cc) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. Einstellungen des Entflechtungsverfahrens nach § 41 Absatz 3;“

dd) Die bisherige Nummer 3 wird Nummer 4.

b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. 25 000 Euro in den Fällen des § 31b Absatz 3, der §§ 32 und 32b Absatz 1 sowie der §§ 32c, 32d, 34 und 41 Absatz 2 Satz 1 und 2;“

bb) Nummer 3 wird aufgehoben.

cc) In Nummer 4 wird nach der Angabe „§ 26 Abs. 1 und 2“ das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt und nach der Angabe „§ 30 Abs. 3“ die Wörter „und § 31a Absatz 1“ eingefügt.

dd) In Nummer 5 wird die Angabe „Nummer 3“ durch die Angabe „Satz 2 Nummer 4“ ersetzt.

c) In Absatz 4 Nummer 3 werden nach der Angabe „§ 36 Abs. 1“ die Wörter „oder § 41 Absatz 3“ eingefügt.

d) In Absatz 6 Nummer 3 wird die Angabe „Nummer 3“ durch die Angabe „Nummer 4“ ersetzt.

37. § 81 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. einer Vorschrift der §§ 1, 19, 20 Absatz 1 bis 3 Satz 1 oder Absatz 5, § 21 Absatz 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Absatz 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,“

b) In Nummer 2 a) wird nach der Angabe „§ 30 Abs. 3,“ die Angabe „§ 31b Absatz 3,“ eingefügt.

c) In Nummer 5 wird am Ende der Vorschrift das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt.

d) In Nummer 6 wird am Ende der Vorschrift der Punkt durch das Wort „oder“ ersetzt.

e) Folgende Nummer 7 wird angefügt:

„7. entgegen § 81a Absatz 1 Satz 1 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt oder eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt.“

38. Nach § 81 wird folgender § 81a neu eingefügt:

#### „§ 81a

#### Auskunftspflichten

(1) Kommt die Festsetzung einer Geldbuße nach § 81 Absatz 4 Satz 2 und 3 gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung in Betracht, muss diese gegenüber der Verwaltungsbehörde nach § 81 Absatz 10 auf Verlangen Auskunft erteilen über

1. den Gesamtumsatz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung in dem Geschäftsjahr, das für die Behördenentscheidung nach § 81 Absatz 4 Satz 2 voraussichtlich maßgeblich sein wird oder maßgeblich war, sowie in den vorausgehenden fünf Geschäftsjahren,

2. die Umsätze des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung, die mit allen, mit bestimmten oder nach abstrakten Merkmalen bestimmbar Kunden oder Produkten innerhalb eines bestimmten oder bestimmbar Zeitraums erzielt wurden,

und Unterlagen herausgeben. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes und der Umsätze gilt § 81 Absatz 4 Satz 3, § 136 Absatz 1 Satz 2 und § 163a Absatz 3 und Absatz 4 der Strafprozessordnung finden insoweit keine sinngemäße Anwendung.

(2) Absatz 1 gilt für die Erteilung einer Auskunft oder die Herausgabe von Unterlagen an das Gericht entsprechend.

(3) Die für die juristische Person oder für die Personenvereinigung handelnde natürliche Person kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder einen der in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden; hierüber ist die für die juristische Person oder Personenvereinigung handelnde natürliche Person zu belehren. § 56 der

Strafprozessordnung ist entsprechend anzuwenden. Satz 1 und 2 gelten in Ansehung der Herausgabe von Unterlagen entsprechend.“

39. In § 87 Satz 1 und Satz 2 werden jeweils die Wörter „Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
40. In § 90 Absatz 1 Satz 3 werden die Wörter „Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ersetzt.
41. § 90a wird wie folgt gefasst:

#### „§ 90a

##### Zusammenarbeit der Gerichte mit der Europäischen Kommission und den Kartellbehörden

(1) In allen gerichtlichen Verfahren, in denen der Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Anwendung kommt, übermittelt das Gericht der Europäischen Kommission über das Bundeskartellamt eine Abschrift jeder Entscheidung unverzüglich nach deren Zustellung an die Parteien. Das Bundeskartellamt darf der Europäischen Kommission die Unterlagen übermitteln, die es nach § 90 Absatz 1 Satz 2 erhalten hat.

(2) Die Europäische Kommission kann in Verfahren nach Absatz 1 aus eigener Initiative dem Gericht schriftliche Stellungnahmen übermitteln. Das Gericht übermittelt der Europäischen Kommission alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke, wenn diese darum nach Artikel 15 Absatz 3 Satz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ersucht. Das Gericht übermittelt dem Bundeskartellamt und den Parteien eine Kopie einer Stellungnahme der Europäischen Kommission nach Artikel 15 Absatz 3 Satz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Die Europäische Kommission kann in der mündlichen Verhandlung auch mündlich Stellung nehmen.

(3) Das Gericht kann in Verfahren nach Absatz 1 die Europäische Kommission um die Übermittlung ihr vorliegender Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung des Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffen. Das Gericht unterrichtet die Parteien über ein Ersuchen nach Satz 1 und übermittelt diesen und dem Bundeskartellamt eine Kopie der Antwort der Europäischen Kommission.

(4) In den Fällen der Absätze 2 und 3 kann der Geschäftsverkehr zwischen dem Gericht und der Europäischen Kommission auch über das Bundeskartellamt erfolgen.“

42. In § 127 Nummer 8 werden nach den Wörtern „Europäischen Gemeinschaft“ die Wörter „oder der Europäischen Union“ eingefügt.
43. § 129 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Erhält die Bundesregierung im Laufe eines Vergabeverfahrens vor Abschluss des Vertrages eine Mitteilung der Europäischen Kommission, dass diese der Auffassung ist, es liege ein schwerer Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union im Bereich der öffentlichen Aufträge vor, der zu beseitigen sei, teilt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie dies dem Auftraggeber mit.“

44. § 131 wird wie folgt geändert:
  - a) Die Absätze 1 bis 6 werden aufgehoben.
  - b) Der bisherige Absatz 7 wird Absatz 1 und die Angabe „2012“ durch die Angabe „2017“ ersetzt.
  - c) Die bisherigen Absätze 8 und 9 werden Absätze 2 und 3.

## Artikel 2

### Weitere Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

§ 20 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), das zuletzt durch Artikel 1 dieses Gesetzes geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(3) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen

1. Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet oder
  2. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet,
- es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt.“

## Artikel 3

### Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung - (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3057) zuletzt geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 4 Absatz 3 werden die folgenden Sätze angefügt:

„Für das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten gelten die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a, 48 bis 80 und 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2, Absatz 4 bis 10 sowie die §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend. Satz 2 gilt nicht für Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist. Krankenkassen können die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen; § 12 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gilt entsprechend.“

2. Nach § 172 wird folgender § 172a eingefügt:

#### „§ 172a

Anwendung der Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle bei Vereinigungen von Krankenkassen

(1) Bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach dem Siebenten Abschnitt des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Maßgabe des Absatzes 2 sowie die §§ 48 bis 80, 81 Absatz 2, Absatz 3 Nummer 3, Absatz 4 bis 10 und die §§

82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechende Anwendung.

(2) Finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, darf die Genehmigung nach § 144 Absatz 3 erst erfolgen, wenn das Bundeskartellamt die Vereinigung nach § 40 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen freigegeben hat oder sie als freigegeben gilt. Hat der Vorstand einer an der Vereinigung beteiligten Krankenkasse eine Anzeige nach § 171b Absatz 2 Satz 1 abgegeben, beträgt die Frist nach § 40 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sechs Wochen. Neben die obersten Landesbehörden nach § 40 Absatz 4 und § 42 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen treten die zuständigen Aufsichtsbehörden nach § 90 des Vierten Buches. § 41 Absatz 3 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt nicht."

## Artikel 4

### Änderungen anderer Rechtsvorschriften

(1) In § 115 Absatz 1 Satz 3 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2012 (BGBl. I S. 74) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 20 Abs. 1“ durch die Wörter „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 und § 19 Absatz 3“ ersetzt.

(2) In § 4 Nummer 6 des Postgesetzes vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3294), das zuletzt durch Artikel 272 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 19“ durch die Angabe „§ 18“ ersetzt.

(3) In § 5 Satz 2 der Mineralölausgleichs-Verordnung vom 13. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2267), die zuletzt durch Artikel 49 des Gesetzes vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1956) geändert worden ist, werden die Wörter „des § 20 Abs. 1 und 2“ durch die Wörter „der § 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 und § 19 Absatz 3 und § 20 Absatz 1“ ersetzt.

(4) In § 12 Absatz 7 Satz 3 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 122 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 20 Abs. 1“ durch die Wörter „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 und § 19 Absatz 3“ ersetzt.

(5) In § 8 Absatz 3 Satz 9 des Personenbeförderungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2011 (BGBl. I S. 2272) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 20 Abs. 1“ durch die Wörter „§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 und § 19 Absatz 3“ ersetzt.

(6) In § 150a Absatz 1 Nummer 4 der Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 15. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2714) geändert worden ist, wird nach dem Wort „Arbeitnehmer-Entsendegesetzes“ das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt und werden nach dem Wort „Mindestarbeitsbedingungengesetzes,“ die Wörter „und § 81 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,“ angefügt.

(7) In § 95 Absatz 2 Nummer 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582) geändert worden ist, werden nach dem Wort „Wettbewerbsbeschränkungen“ die Wörter „, es sei denn, es handelt sich um kartellrechtliche Schadensersatzansprüche,“ eingefügt.

(8) In § 51 Absatz 3 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3057) geändert worden ist, werden die Wörter „Rechtsbeziehungen nach § 69“ durch die Wörter „die Anwendung des § 4 Absatz 3 Satz 2, des § 69 oder des § 172a“ ersetzt.

## **Artikel 5**

### **Neubekanntmachung**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom 1. Januar 2013 an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt neu bekannt machen.

## **Artikel 6**

### **Inkrafttreten, Außerkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich von Satz 3 am 1. Januar 2013 in Kraft. Gleichzeitig tritt Artikel 1a des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) außer Kraft. Artikel 2 tritt am 1. Januar 2018 in Kraft.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **1. Vorgeschichte**

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 enthält eine Reihe von wettbewerbspolitischen Aufträgen sowie Vorgaben für eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Bundesregierung hat entsprechend den Vorgaben des Koalitionsvertrags in ihrem Jahreswirtschaftsbericht 2011 angekündigt, die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen weiter zu verbessern, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, der Bußgeldvorschriften und des Verfahrens bei Kartellverstößen. Zu diesem Zweck hat sie die bestehenden Regelungen des GWB eingehend überprüft. Fachlich begleitet wurde die Prüfung von einer im Juni 2010 eingesetzten „Expertengruppe 8. GWB-Novelle“. Am 2. August 2011 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Eckpunkte einer 8. GWB-Novelle. Am 4. November 2011 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie den Referentenentwurf für ein Aches Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Den beteiligten Bundesressorts, den Ländern und betroffenen Verbänden wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Bundesressorts haben dem Entwurf zugestimmt. Mit den betroffenen Verbänden ist der Entwurf in einer Anhörung am 8. Dezember 2011 eingehend erörtert worden. Die Monopolkommission hat in ihrem 63. Sondergutachten zum Referentenentwurf Stellung genommen und ihre Stellungnahme am 1. Februar 2012 der Bundesregierung zugeleitet. Die Monopolkommission bewertet in ihrem Sondergutachten den Referentenentwurf sehr positiv und begrüßt den weitaus größten Teil der vorgeschlagenen Regelungen.

#### **2. Ziele des Gesetzes**

Das GWB hat sich mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in der Praxis bewährt. Grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf besteht deshalb nicht. Die Zusammenarbeit im Netzwerk zwischen nationalen und europäischen Wettbewerbsbehörden hat sich, trotz teilweise unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Regelungen, gut entwickelt. Gleichwohl soll das GWB mit der 8. Novelle weiter modernisiert und optimiert sowie seine Durchsetzung noch effizienter gestaltet werden. Die Neuregelung zielt darauf ab, Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen. Gleichzeitig erweitert die Novelle angemessen den Handlungsspielraum kleiner und mittlerer Presseunternehmen. Die Missbrauchsvorschriften werden einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher gestaltet. Die Position der Verbraucherverbände wird durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung verbessert. Schließlich wird das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter gestaltet und sichergestellt, dass das wettbewerbsliche Handeln der Krankenkassen dem Kartellrecht unterliegt.

#### **3. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Novellierung des GWB beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 Grundgesetz (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 Grundgesetz (Gerichtliches Verfahren).

#### **4. Erfüllungsaufwand**

Der Gesetzesentwurf leistet einen Beitrag zur Reduzierung der Bürokratiekosten. Insgesamt werden durch die 8. Novellierung des GWB jährliche Kosten in Höhe von etwa

501.000 Euro eingespart. Dem stehen einmalige Umstellungskosten in Höhe von ca. 100.000 Euro gegenüber.

**a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Gesetz kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

**b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

aa) § 38 Absatz 3

Die Erhöhung der gesetzlichen Aufgreifschwelle in der Pressefusionskontrolle durch § 38 Absatz 3 führt zu einer Entlastung der Wirtschaft, da zukünftig weniger Pressefusionen beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssen. Es ist mit einer Reduzierung des Erfüllungsaufwandes von ca. 12.000 Euro zu rechnen. In der Vergangenheit wurden im Schnitt 51 Pressefusionen pro Jahr beim Bundeskartellamt angemeldet (davon 48,5 Vorprüfverfahren, 2,5 Hauptprüfverfahren). Durch die Anhebung der Aufgreifschwelle sind in Zukunft ca. 20% der Pressefusionen (zehn Zusammenschlüsse) nicht mehr beim Bundeskartellamt anzumelden, da sie die gesetzlichen Umsatzschwellen nicht erreichen. Damit entfallen pro Fusion durchschnittliche Kosten von ca. 1.200 Euro für die Wirtschaft (vergleiche die bestehende Informationspflicht 200611020846174), insgesamt also 12.000 Euro.

bb) § 39 Absatz 1

Das Gesetz führt durch die Vorgabe in § 39 Absatz 1 eine neue Informationspflicht für die Unternehmen ein, die in der Vergangenheit Zusammenschlüsse per einfacher E-Mail angemeldet haben. Sie müssen nunmehr bei einer elektronischen Anmeldung entweder eine De-Mail beziehungsweise E-Mail mit qualifizierter elektronischer Signatur benutzen oder dem Bundeskartellamt die Anmeldung per Post oder Telefax übermitteln. Da Anmeldungen per einfacher E-Mail in der Vergangenheit nur einen sehr geringen Anteil an der Gesamtzahl der Anmeldungen beim Bundeskartellamt ausgemacht haben, sind mögliche Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand zu vernachlässigen.

cc) § 59 Absatz 1

Der neue § 59 Absatz 1 ermächtigt die Kartellbehörden dazu, den Unternehmen bei Auskunftsverlangen vorzugeben, ihre Antworten über eine Internetplattform zu geben und ändert damit die bestehende Informationspflicht mit der Identifikationsnummer 200611020846177 ab. Für die betroffenen Unternehmen bedeutet die webbasierte Datenerhebung eine erhebliche Zeitersparnis gegenüber der persönlichen beziehungsweise schriftlichen Übermittlung sowie bei der generellen Aufbereitung der Daten, die mit 10% angesetzt wird. Zudem kann durch im System hinterlegte Plausibilitätsprüfungen die Fehlerquote und der daraus resultierende Aufwand für die Nachbereitung verringert werden. Es wird mittelfristig voraussichtlich 20 Fälle pro Jahr geben, in deren Rahmen bei jeweils rund 100 Unternehmen Auskünfte auf elektronischem Weg eingefordert werden. Von den bisher 4.500 Fällen, in denen von Unternehmen Auskünfte gefordert wurden, wird also in 2000 Fällen eine Aufwandsverringerung eintreten. Von diesen 2000 Fällen werden in ca. 150 Fällen die Auskünfte durch einen Anwalt erteilt (Segment A) und in 1.850 Fällen durch die Unternehmen selbst. Es ist infolgedessen mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von 325.000 Euro zu rechnen, der sich aus nachfolgender Berechnung ergibt:

ID-IP 200611020846177		Fallzahl	Summe Standardzeit in Minuten	Lohnsatz in Euro	Zusatzkosten in Euro	Belastung in Euro Tsd.	Änderung in Euro Tsd.
Segment A (Auskunft durch Anwalt)	alt	1.500	240	30,2	4.800	7.381	
	neu	150	216	30,2	4.320	664	
		1.350	240	30,2	4.800	6.643	
Summe:						7.307	-74
Segment B (Auskunft durch Unternehmen selbst)	alt	3.000	1.920	42,37		4.068	
	neu	1.850	1.728	42,37		2.257	
		1.150	1.920	42,37		1.559	
Summe:						3.817	-251

dd) § 81a

§ 81a führt eine weitere Informationspflicht für die Wirtschaft ein. Er sieht eine Auskunftspflicht für juristische Personen und Personenvereinigungen für bestimmte unternehmens- und marktbezogene Daten vor, die für die Bestimmung der Geldbuße erforderlich sind. Durch diese Informationspflicht verringert sich der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen um insgesamt 20.500 Euro, da die zur Beschaffung dieser Daten in der Vergangenheit erforderlichen Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig wegfallen. Die Erfahrungen des Bundeskartellamtes zeigen, dass eine Durchsuchung die Betriebsabläufe im Unternehmen erheblich beeinträchtigt. Neben Mitarbeitern der zu untersuchenden Abteilung sind oft auch die Geschäftsleitung und unter Umständen die Rechtsabteilung beteiligt. Daher wird das Unternehmen sich auf diese Untersuchung einstellen, was durchschnittlich folgende Kosten verursacht:

2 Personen (hohe Qualifikation) x 1 Arbeitstag x 8 Stunden x 42,70 Euro = 683 Euro

Unter der Annahme, dass mindestens vier Personen im betroffenen Unternehmen unmittelbar an der Durchsuchung beteiligt wären, sind die weiteren Einsparungen in den Unternehmen durch Wegfall der Durchsuchung wie folgt zu beziffern:

4 Personen (hohe Qualifikation) x 1 Arbeitstag x 8 Stunden x 42,70 Euro = 1.366 Euro

Durch den zukünftigen Wegfall einer Durchsuchung ergibt sich für die betroffenen Unternehmen ein Einsparpotential von rund 2.050 Euro pro Unternehmen – bei zehn Fällen pro Jahr sind dies insgesamt 20.500 Euro Einsparung. Durch den Wegfall der Durchsuchung entsteht zwar ein Aufwand der betroffenen Unternehmen, die angeforderten Informationen zusammenzustellen und an das Bundeskartellamt zu übermitteln. Dieser Aufwand ist im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand aber zu vernachlässigen, da die Informationen ohnehin dem Bundeskartellamt zur Verfügung gestellt werden müssen.

**c) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung**

aa) § 38 Absatz 3

Die Änderung in der Pressefusionskontrolle (§ 38 Absatz 3) verringert durch sinkende Fallzahlen den Arbeitsaufwand des Bundeskartellamtes. Es ist mit einer Verminderung des Erfüllungsaufwandes von ca. 32.000 Euro zu rechnen. Durch die Verringerung der künftigen Pressefusionsfälle um 20% fallen im Schnitt 0,5 Haupt- und 10 Vorprüfverfahren

in diesem Bereich weg. Das führt zu folgender Kosteneinsparung bei der Verwaltung (auf der Basis der durchschnittlichen Kosten für die Durchführung eines Fusionskontrollverfahrens):

Hauptprüfverfahren:

67 Arbeitstage (hD) x 8 Stunden x 52,30 Euro + 16,5 Arbeitstage (gD) x 8 Stunden x 32,10 Euro + 16,5 Arbeitstage (mD) x 8 Stunden x 24,50 Euro) x 0,5 (eingesparte Fallzahl Hauptprüfverfahren) = - 17.750 Euro

Vorprüfverfahren

2,7 Arbeitstage (hD) x 8 Stunden x 52,30 Euro + 0,7 Arbeitstage (gD) x 8 Stunden x 32,10 Euro + 0,7 Arbeitstage (mD) x 8 Stunden x 24,50 Euro) x 9,7 (eingesparte Fallzahl Vorprüfverfahren) = -14.030 Euro

bb) § 59 Absatz 1

Die durch § 59 Absatz 1 verankerte internetbasierte Datenerhebung lässt nach anfänglichem Mehraufwand für die Errichtung der Internetplattform Einsparungen bei den Verwaltungsprozessen erwarten. Der Erfüllungsaufwand wird sich um voraussichtlich 64.800 Euro verringern. Einmalige Umstellungskosten für das Einrichten des IT-Systems werden mit rund 100.000 Euro, jährliche Betriebskosten für das IT-System mit etwa 10.000 Euro angesetzt. Die Erfassung der Daten und Unterlagen nimmt durchschnittlich pro Unternehmen eine Stunde in Anspruch, so dass – hochgerechnet für 100 Unternehmen pro Fall – mit einer Zeitersparnis von 100 Stunden pro Fall zu rechnen ist. Die Einsparung an Personalkosten beträgt also insgesamt:

20 Fälle x 100 Stunden x 32,40 Euro (Durchschnitt Bund) = 64.800 Euro

cc) § 81a

Die durch § 81a eingeführte Einschränkung des bestehenden Auskunftsverweigerungsrechts verringert gleichzeitig den Erfüllungsaufwand für die Kartellbehörden. Sie können die Unternehmen verpflichten, die entsprechenden Informationen zu überlassen. Durchsuchungen, die einen hohen zeitlichen und personellen Aufwand bedeuten, entfallen. Es ist mit einer Verringerung des Erfüllungsaufwands von insgesamt 46.650 Euro zu rechnen: Eine mittlere Durchsuchungsaktion wird meist mit ca. zehn Mitarbeitern durchgeführt. Hinzu kommt ein erheblicher personeller Aufwand für die Vor- und Nachbereitung.

Vorbereitung: 2 Personen (Durchschnitt Bund) x 1 Arbeitstag x 8 Stunden x 32,40 Euro = 518 Euro

Durchführung: 10 Personen (Durchschnitt Bund) x 1 Arbeitstag x 8 Stunden x 32,40 Euro = 2.592 Euro

Nachbereitung: 2 Personen (Durchschnitt Bund) x 3 Arbeitstage x 8 Stunden x 32,40 Euro = 1.555 Euro

Damit ergibt sich, ein Einsparpotential von rund 4.665 Euro pro Durchsuchung – bei zehn Fällen pro Jahr sind dies 46.650 Euro.

## **5. Grundzüge der Novellierung**

### **a) Fusionskontrolle**

Zwischen der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle bestehen trotz des grundsätzlich übereinstimmenden Ansatzes Unterschiede. Eine Angleichung der materiellen Regelungen wurde in der 7. GWB-Novelle nicht vorgenommen, da bei ihrer Verabschiedung im Jahr 2005 die novellierte Fassung der europäischen Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nummer 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO)) erst kurze Zeit in Kraft war. Daher lagen auf europäischer Ebene noch keine ausreichenden Erfahrungen, insbesondere mit dem geänderten Untersagungskriterium, vor. Inzwischen hat sich die

Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gefestigt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt in den letzten Jahren seine ökonomischen Methoden stärker ausgebaut. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, weitere Elemente der europäischen Fusionskontrolle zu übernehmen.

Das seit 2004 maßgebliche materielle Untersagungskriterium der europäischen FKVO, die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („significant impediment to effective competition“, so genannter SIEC-Test), wird in das GWB übernommen. Nach derzeit geltendem Recht muss das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (§ 36 Absatz 1). Dieser Prüfungsmaßstab entsprach bis 2004 weitgehend dem der europäischen Fusionskontrolle. Das Marktbeherrschungskriterium war auch dort das entscheidende Untersagungskriterium. Seit 2004 ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der europäischen Fusionskontrolle nur noch ein Regelbeispiel für die Generalklausel der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Die Übernahme des SIEC-Tests erlaubt eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene. Darüber hinaus kann die deutsche Rechtsanwendungspraxis dadurch die Entwicklungen in der Fusionskontrolle innerhalb und außerhalb der Europäischen Union besser mitgestalten. Der SIEC-Test ist mittlerweile in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das häufigste materielle Prüfkriterium.

Weiterhin wird die Regelung über Nebenbestimmungen in Freigabeentscheidungen (§ 40 Absatz 3) an das europäische Recht angeglichen. Dabei bleibt die Gewährleistung einer effektiven Kontrolle durch das Bundeskartellamt eine wesentliche Voraussetzung für die Eignung angebotener Zusagen zur Lösung des Wettbewerbsproblems.

Weitere Angleichungen betreffen das Fusionskontrollverfahren. Die Einführung einer Zweiten Inlandsumsatzschwelle von fünf Millionen Euro (§ 35 Absatz 1 Nummer 2) im Jahr 2009 hat die Anmeldepflicht für Zusammenschlussvorhaben und die damit verbundenen Transaktionskosten für die Unternehmen sowie die Verwaltungskosten für das Bundeskartellamt deutlich reduziert. Mit diesem Ziel nicht vereinbar wäre allerdings die Aufspaltung größerer Transaktionen in mehrere kleinere, zeitlich versetzte Erwerbsvorgänge mit der Absicht, die Fusionskontrolle zu umgehen. Um solche Strategien zu verhindern, wird entsprechend der Regelung in der europäischen Fusionskontrolle (Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 FKVO) eine Zusammenrechnungsklausel eingeführt.

Die Prüffrist für das Bundeskartellamt verlängert sich zukünftig automatisch um einen Monat, wenn anmeldende Unternehmen erstmalig Vorschläge für Zusagen unterbreiten (§ 40 Absatz 2 Satz 7). Das entspricht der europäischen Regelung (Artikel 10 Absatz 1 und 3 FKVO). In der Praxis hat sich gezeigt, dass eine Beurteilung von Zusagenvorschlägen innerhalb der Viermonatsfrist ab Anmeldung selten möglich ist.

Nach europäischem Fusionskontrollrecht gilt das generelle Vollzugsverbot von Zusammenschlüssen vor ihrer Freigabe nicht für den Anteilsverkauf im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots, wenn die Stimmrechte nicht ausgeübt werden (Artikel 7 Absatz 2 FKVO). Da bei öffentlichen Übernahmeangeboten teilweise sehr kurze Fristen zu beachten sind, wird eine entsprechende Regelung in das GWB eingefügt (§ 41 Absatz 1a).

Vom europäischen Recht abweichende Elemente, die sich in der deutschen Praxis bisher grundsätzlich bewährt haben, werden beibehalten. Dies gilt für die so genannte Abwägungsklausel (§ 36 Absatz 1 Nummer 1). Diese erlaubt trotz Marktbeherrschung die Freigabe eines Zusammenschlusses, wenn durch ihn auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile überwiegen. Die Möglichkeit, alle wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses berücksichtigen zu können, soll auch für das neue Untersagungskriterium gelten. Die Abwägungsklausel wird entsprechend sprachlich angepasst. Beibehalten wird auch das Instrument der Ministererlaubnis (§ 42). Sie ermöglicht eine transparente Trennung zwischen der rein wettbewerblichen Prüfung durch das Bundeskartellamt und der Berücksichtigung anderer

Allgemeinwohlgründe durch den Bundeswirtschaftsminister. Damit wird politischer Druck vom Bundeskartellamt ferngehalten und dessen unabhängige Rechtsanwendung gestärkt. Die deutsche Fusionskontrolle erfasst über den Zusammenschlusstatbestand des § 37 auch Minderheitsbeteiligungen und den Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses. Sie geht damit zwar über die Reichweite der europäischen Fusionskontrolle hinaus. Deren Anwendung erfordert den Erwerb der Kontrolle über das Zielunternehmen. Der Bedarf für die weiterreichende deutsche Regelung hat sich jedoch in langjähriger Rechtsanwendungspraxis, insbesondere im Bereich der Energieversorgung, gezeigt. Hier konnte den Expansionsstrategien der führenden Energieversorgungsunternehmen in vielen Fällen wirksam Grenzen gesetzt werden. Die Zusammenschlusstatbestände des § 37 werden deshalb beibehalten.

Anders als das europäische Recht enthält das GWB Vermutungstatbestände für die Einzel- und die Oligopol-Marktbeherrschung (§ 19 Absatz 3). Die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen erleichtern die Praxis der Fusionskontrolle und werden deshalb beibehalten. Allerdings gilt nach wie vor der Amtsermittlungsgrundsatz. Dieser schränkt im Verwaltungsverfahren die Umkehr der Beweislast in gewissem Umfang ein (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008 - VI-Kart 7/06 (V) Rn. 44). Reformbedarf besteht allerdings bei der Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung, da sie nicht mehr dem aktuellen Stand ökonomischer Erkenntnisse entspricht. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes hat sich in diesem Punkt fortentwickelt.

Die Bagatellmarktklausel (§ 35 Absatz 2 Nummer 2) nimmt Zusammenschlussvorhaben, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, sowohl von der Anmeldepflicht als auch von der materiellen Fusionskontrolle aus. Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht sollten eindeutig und ohne größeren Ermittlungsaufwand anhand quantitativer Kriterien feststellbar sein. Dies ist bei der für die Bagatellmarktklausel erforderlichen Marktabgrenzung und der Ermittlung des Marktvolumens oft nicht der Fall. Deshalb wird die Bagatellmarktklausel, wie vor der 6. GWB-Novelle, der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet (§ 36 Absatz 1 Nummer 2).

Angesichts der Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseunternehmen, die durch die fortschreitende Entwicklung der digitalen Mediennutzung eingetreten sind, ist eine Anpassung der pressespezifischen Aufgreifschwelle (§ 38 Absatz 3) geboten. Der Multiplikator wird von 20 auf 8 verringert. Damit wird es Presseunternehmen erleichtert, ihre wirtschaftliche Basis durch Fusionen abzusichern und ihre Wettbewerbsfähigkeit auch in Konkurrenz zu anderen Mediengattungen zu behaupten. Die Reduzierung des bisherigen Multiplikationsfaktors auf 8 soll vor allem kleinen und mittleren Zeitungsverlagen Fusionen zur Steigerung ihrer Wettbewerbsfähigkeit erleichtern.

Im Fall eines vollzogenen, nicht angemeldeten Zusammenschlusses sind die damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte zivilrechtlich unwirksam. Seit der Änderung des § 41 Absatz 3 durch die 7. GWB-Novelle sind solche Zusammenschlüsse nur noch in einem Entflechtungsverfahren zu prüfen. Ein vorgeschaltetes Untersagungsverfahren ist nicht mehr durchzuführen. Auch wenn die Zusammenschlussbeteiligten das Bundeskartellamt nachträglich über den Zusammenschluss informieren, läuft keine Frist, die zu einer Freigabefiktion durch Zeitablauf führt. Während früher die wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot zivilrechtlich unwirksamen Rechtsgeschäfte mit der nachträglichen Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes rückwirkend geheilt wurden, ist die Heilungswirkung einer (formlosen) Einstellung des Entflechtungsverfahrens fraglich. Diese Rechtsunsicherheit wird durch eine Ergänzung der bereits im Gesetz enthaltenen Ausnahmen von der zivilrechtlichen Unwirksamkeit beseitigt (§ 41 Absatz 1 Satz 3).

Weitere Änderungen betreffen redaktionelle Klarstellungen und Fristenregelungen (§§ 40, 41, 42).

## **b) Missbrauchsaufsicht**

Die Missbrauchsaufsicht im GWB erfasst im Gegensatz zum europäischen Recht nicht nur marktbeherrschende, sondern auch marktstarke Unternehmen („relative Marktmacht“). Die Vorschriften über das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen haben in langer behördlicher und zivilrechtlicher Anwendungspraxis eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion erfüllt. Der vom europäischen Recht insoweit gewährte Gestaltungsspielraum zur Anwendung von strengeren Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen (Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003) im nationalen Recht soll deshalb durch Fortgeltung dieser Regelungen auch weiterhin genutzt werden.

Die Neufassung (§§ 18 bis 20) der bisherigen Regelungen der Missbrauchsaufsicht gestaltet diese systematisch einfacher, anwenderfreundlicher und verständlicher. Eine Änderung des materiellen Gehalts der Vorschriften erfolgt nicht, so dass die bisherige umfangreiche Rechtsprechung weiterhin maßgeblich bleibt. Die Definition der Marktbeherrschung, die Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Absatz 2 und die gesetzlichen Vermutungstatbestände des § 19 Absatz 3 werden in einen neuen § 18 überführt. § 19 regelt das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung; § 20 fasst die entsprechenden Regelungen für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht zusammen.

Das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) hat in § 29 die Preismissbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung verschärft. Die Vorschrift hatte eine Brückenfunktion, bis die vom Gesetzgeber im Übrigen ergriffenen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Energiebereich ihre Wirkung entfaltet haben. Da im Energiebereich immer noch kein strukturell nachhaltig gesicherter Wettbewerb herrscht und die Regelung den Kartellbehörden die Wahrnehmung der Preismissbrauchsaufsicht erleichtert, wird sie um weitere fünf Jahre verlängert.

Das gleiche Gesetz hat den Schutzbereich des Verbots der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen (so genanntes „Anzapfverbot“) auf Großunternehmen ausgeweitet (§ 20 Absatz 3 Satz 2) und auch den nur gelegentlichen Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1). Diese Verschärfungen des § 20 sind ebenfalls bis Ende 2012 befristet. Die Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 soll vor dem Hintergrund der behördlichen und gerichtlichen Praxis auslaufen. Aus der kartellbehördlichen Praxis gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass Großunternehmen im besonderen Maße vor der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen geschützt werden müssten. In der Praxis hatte die Norm eine nur sehr geringe Bedeutung. Große Unternehmen und Konzerne können sich nach den bisherigen Erfahrungen gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen ihrer Abnehmer grundsätzlich selbst effektiv zur Wehr setzen. Das Verbot des nur gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis wird dagegen um weitere fünf Jahre verlängert. In den Jahren 2008 und 2009 erhielt das Bundeskartellamt zahlreiche Eingaben, die Handelsunternehmen einen Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis vorwarfen. Zumeist aber konnten die beschuldigten Handelsunternehmen dem Bundeskartellamt belegen, dass die Einstandspreise unterhalb der Angebotspreise lagen. Aus der geringen Zahl von eingeleiteten Verfahren kann aber nicht geschlossen werden, dass die Norm in der betrieblichen Praxis keine Bedeutung gehabt hätte. Vielmehr kommt dem Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis von Lebensmitteln eine hohe präventive Vorfeldwirkung zu, wie sich aus der Anhörung der Verbände ergab. Dies gilt insbesondere für die Vertragsbeziehungen zwischen dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel und der herstellenden Industrie sowie den landwirtschaftlichen Erzeugern.

Schließlich hat das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels das Verbot einer Preis-Kosten-Schere für alle Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3) normiert. Sie wird, insbesondere vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Sektoruntersuchung Kraftstoffe des Bundeskartellamtes, beibehalten. Gerade im Mineralölbereich bestehen nach wie vor unbillige Behinderungsmöglichkeiten in Form von Preis-Kosten-Scheren, zum Beispiel wenn marktmächtige Mineralölunternehmen ihren Konkurrenten Kraftstoffe zu einem höheren Preis liefern als sie selbst an ihren eigenen Tankstellen von den Endverbrauchern verlangen.

§ 32 wurde durch die 7. GWB-Novelle in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in das GWB eingefügt. Die Vorschrift sollte den Kartellbehörden die Möglichkeit geben, alle Maßnahmen zu ergreifen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung umfasst der Begriff der „Maßnahme“ auch Eingriffe in die Unternehmenssubstanz (so genannte strukturelle Maßnahmen). Die nunmehr erfolgte Konkretisierung des Begriffs der Maßnahme im Gesetzestext vollendet die mit der 7. GWB-Novelle begonnene Angleichung der Vorschrift an Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und beendet damit die Auslegungsfragen, ob § 32 Absatz 2 auch zu strukturellen Maßnahmen berechtigt. Zusätzlich stellt der neue § 32 Absatz 2a klar, dass die Kartellbehörden im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anordnen dürfen. Damit greift sie eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Rechtssache Stadtwerke Uelzen (Urteil vom 10. Dezember 2008, Aktenzeichen KVR 2/08) auf. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum keine grundsätzlichen Bedenken, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dient. Dazu gehört nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch die Anordnung, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten. § 32 Absatz 2a Satz 1 bestätigt diese Auffassung ausdrücklich und gibt den Kartellbehörden die entsprechende Befugnis.

Die Freistellung der Wasserwirtschaft von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts (zum Beispiel Freistellung von Gebietsschutzabreden vom Kartellverbot) und dessen Ausnahmenvorschriften (§ 103 a.F.) sind seit der 6. GWB-Novelle in einer Übergangsvorschrift geregelt. Die Regelungen werden nunmehr in den aktuellen Gesetzestext aufgenommen (§§ 31 bis 31b). Die Wasserversorgung unterliegt damit weiterhin einer besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Die Rechtsprechung zu der Übergangsvorschrift bleibt weiterhin maßgeblich. So hat der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung (Beschluss vom 2. Februar 2010, Aktenzeichen KVR 66/08 - Wasserpreise Wetzlar) das kartellrechtliche Instrument der verschärften Missbrauchskontrolle zur Prüfung der Wasserpreise bestätigt und zudem die gleichzeitige Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§§ 19, 32) nicht ausgeschlossen.

### ***c) Angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung***

Die Novelle verbessert darüber hinaus die Position der Verbraucherschutzorganisationen durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Qualifizierte Einrichtungen, d.h. insbesondere Verbraucherverbände, erhalten in Anknüpfung an das bewährte System des Rechtsschutzes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowohl einen Unterlassungsanspruch als auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- und Streuschäden.

### ***d) Kartellordnungswidrigkeiten***

Im Bereich des Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrechts modifiziert die Novelle die einfachgesetzlichen Aussageverweigerungsrechte betroffener juristischer Personen im Hinblick auf unternehmens- und marktbezogene Daten. Unternehmen müssen sich derzeit in

Kartellbußgeldverfahren zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen nicht äußern. Dies kann zu einer Verlängerung der Verfahren und zu aufwändigen Nachermittlungen durch die Kartellbehörden führen.

#### **e) Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Krankenkassen**

Der Gesetzgeber ging im Jahr 2007 davon aus, dass flankierende gesetzliche Regelungen, die verhindern, dass durch kassenartenübergreifende Fusionen wettbewerbsschädliche marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden, nicht erforderlich seien, weil das Bundeskartellamt hier die Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchführe (Begründung zum GKV-WSG zu § 171a SGB V, BT-Drs. 16/3100, S. 156).

Mit dem Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich des Handelns der Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern geregelt. Seit Anfang 2011 gelten das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern.

Das Hessische Landessozialgericht hat in seinem Urteil vom 15. September 2011 (L 1 KR 89/10 KL) in einem Verfahren gegen einen Auskunftsbefehl des Bundeskartellamtes die Rechtsauffassung vertreten, dass die Eröffnung der Kartellaufsicht über die Krankenkassen durch die Kartellbehörden einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedarf. Infolge des Urteils hat das Bundeskartellamt die bis dahin durchgeführte Fusionskontrolle bei gesetzlichen Krankenkassen eingestellt. Das steht im Widerspruch zu der oben dargestellten Auffassung des Gesetzgebers bei Verabschiedung des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes.

Daher erfolgt nunmehr eine gesetzliche Regelung zur Anwendung der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Zusammenschlusskontrolle auf die Vereinigung von gesetzlichen Krankenkassen.

Außerdem werden das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt. Der Schutz wettbewerblicher Elemente dient der Sicherung der Qualität und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Zudem wird geregelt, dass hierfür die Kartellbehörden zuständig sind.

Mit der Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit der Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle bei Vereinigungen von Krankenkassen wird gleichzeitig klargestellt, dass das Bundeskartellamt für die wettbewerbsrechtliche Zusammenschlusskontrolle bei Vereinigungen von Krankenkassen im Sinne des Ersten Abschnittes des Sechsten Kapitels des Fünften Buches Sozialgesetzbuch zuständig ist. Die Anwendung des Kartellverbots und der Missbrauchsaufsicht ist nur dann sinnvoll, wenn gleichzeitig auch Konzentrationsprozesse kontrolliert werden. Dies gilt auch für die gesetzlichen Krankenkassen als Leistungsnachfrager, zumal die Zusammenschlusskontrolle auf die Unternehmen der Leistungserbringenseite (zum Beispiel Arzneimittelhersteller, Krankenhäuser) unmittelbar Anwendung findet.

#### **f) Anpassung des GWB an den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)**

Artikel 2 des Vertrages von Lissabon hat den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umbenannt und die bisherigen Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unnummeriert. Die Novelle passt die Vorschriften des GWB deshalb redaktionell an die Änderungen des AEUV an.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen):**

#### **Zu Nummer 1 :**

##### **Zu Buchstabe a:**

Durch die erneute Belegung des § 18 ist dieser bei der Angabe zu den weggefallenen Paragraphen in der Inhaltsübersicht zu streichen.

##### **Zu Buchstabe b:**

Die Überschrift des zweiten Abschnitts des ersten Teils wird vor dem Hintergrund der überarbeiteten §§ 18 bis 21, die im Wesentlichen die Themenkomplexe Marktbeherrschung und missbräuchliches Verhalten regeln, exakter gefasst.

##### **Zu Buchstabe c:**

Durch die erneute Belegung des § 18 ist dieser im zweiten Abschnitt des ersten Teils der Inhaltsübersicht mit der Überschrift „Marktbeherrschung“ einzufügen.

##### **Zu Buchstabe d:**

Die Angabe zu § 19 wird der inhaltlich vollzogenen Trennung der Vorschriften für marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen angepasst.

##### **Zu Buchstabe e:**

Die Angabe zu § 20 wird der inhaltlich vollzogenen Trennung der Vorschriften für marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen angepasst.

##### **Zu Buchstabe f:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

##### **Zu Buchstabe g:**

Durch die neue Belegung der §§ 31 bis 31b sind diese in der Inhaltsübersicht mit den Überschriften „Verträge der Wasserwirtschaft“, „Wasserwirtschaft, Meldepflicht“ sowie „Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen“ einzufügen.

##### **Zu Buchstabe h:**

Der neu eingefügte § 81a ist in die Inhaltsübersicht aufzunehmen.

##### **Zu Buchstabe i:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

#### **Zu Nummer 2 :**

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

#### **Zu Nummer 3 :**

Die Regelung in § 3 Absatz 2 ist am 30. Juni 2009 außer Kraft getreten und wird aus diesem Grund gestrichen. Als Folgeänderung wird die bisherige Absatzbezeichnung bei Absatz 1 gestrichen.

#### **Zu Nummer 4 :**

Die Überschrift des zweiten Abschnitts wird vor dem Hintergrund der überarbeiteten §§ 18 bis 21 exakter gefasst.

#### **Zu Nummer 5 :**

Der Tatbestand der Marktbeherrschung ist ein zentraler Begriff des GWB. Er ist nicht nur für die Missbrauchsaufsicht relevant, sondern auch im Rahmen der Fusionskontrolle. Ein Unternehmenszusammenschluss ist auch in Zukunft insbesondere dann zu untersagen, wenn er zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Aus diesem Grund überführt der neu eingefügte und rechtsförmlich neu strukturierte § 18 die bislang in § 19 Absatz 2 niedergelegte Definition, wann ein Unternehmen marktbeherrschend ist, und die in § 19 Absatz 3 enthaltenen gesetzlichen Vermutungstatbestände in einen eigenständigen Paragraphen. Eine Änderung des materiellen Gehalts der Vorschrift erfolgt nicht, so dass die bisherige umfangreiche Rechtsprechung weiterhin maßgeblich bleibt. Dabei wird die bisherige Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel maßvoll auf 40 Prozent angehoben, um das Gesetz an den Stand ökonomischer Erkenntnisse anzupassen und der Fortentwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes Rechnung zu tragen. Die behördliche Praxis hat gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkommt.

#### **Zu Nummer 6 :**

##### **Zu Buchstabe a:**

Die Überschrift wird dem neuen Inhalt des § 19 angepasst, der sich auf alle missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen erstreckt.

##### **Zu Buchstabe b:**

Die bislang in § 19 Absatz 2 enthaltene Marktbeherrschungsdefinition wird ohne materielle Änderung in den neuen § 18 überführt und ist entsprechend in § 19 zu streichen.

##### **Zu Buchstabe c:**

Wegen des Wegfalls des bisherigen § 19 Absatz 2 wird der Regelungsinhalt des bisherigen § 19 Absatz 4 in den neuen Absatz 2 überführt. Die beiden bislang in § 19 Absatz 4 Nummer 1 und § 20 Absatz 1 enthaltenen Tatbestände für den Behinderungsmissbrauch werden im Zuge der redaktionellen Bereinigung beider Vorschriften zusammengeführt und der weitergehende Wortlaut des bisherigen § 20 Absatz 1, soweit er marktbeherrschende Unternehmen adressiert, in den neuen § 19 Absatz 2 Nummer 1 überführt. Die Einschränkung des bisherigen Tatbestands des § 19 Absatz 4 Nummer 1, dass für die Behinderung eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Beeinträchtigung erforderlich ist, ist damit im Wortlaut nicht mehr enthalten. Die Zusammenführung der beiden Tatbestände bewirkt aber keine Änderung des materiellen Gehalts des Behinderungsmissbrauchs. Für die Auslegung des Tatbestands ist weiterhin die umfangreiche Rechtsprechung zu § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 4 Nummer 1 maßgeblich, so dass vom neuen Tatbestand insbesondere auch die Drittmarktbehinderung erfasst bleibt. Auch die Rechtsprechung zu § 20 Absatz 1 bleibt im Übrigen anwendbar. Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung ist auch in Zukunft, entsprechend der Auslegung des bisherigen § 20 Absatz 1, im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen (vergleiche dazu Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 118). Das bisherige Tatbestandsmerkmal des § 20 Absatz 1 „in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“ wird im Zuge der Zusammenführung gestrichen. Grund hierfür ist dessen vor allem durch die Rechtsprechung verursachter, kontinuierlicher Bedeutungsverlust.

##### **Zu Buchstabe d:**

Der neue Absatz 3 übernimmt die bisher in § 20 Absatz 1 geregelte Erweiterung des Adressatenkreises des § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 auf freigestellte Kartelle nach §§ 2, 3 und 28 Absatz 1 und auf preisbindende Unternehmen

i.S.v. § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1. Da diese Unternehmen bislang den marktbeherrschenden Unternehmen in § 20 Absatz 1 a.F. gleichgestellt wurden, ist es konsequent, sie zukünftig ebenfalls dem Anwendungsbereich des § 19 zu unterstellen. Inhaltlich entspricht dies der bisher bestehenden Gesetzeslage nach § 20 Absatz 1.

#### **Zu Buchstabe e:**

Die bislang in § 19 Absatz 3 enthaltenen Marktbeherrschungsvermutungen werden inhaltlich modifiziert in § 18 Absatz 4 und 6 überführt und sind entsprechend in § 19 zu streichen. Das derzeit in § 20 Absatz 3 enthaltene Verbot der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen wird, soweit es an marktbeherrschende Unternehmen adressiert ist, in den neuen § 19 Absatz 4 überführt. Dabei wird der Wortlaut in Anlehnung an die Änderung des Absatzes 2 Nummer 1 bereinigt und das Tatbestandsmerkmal „im Geschäftsverkehr“ gestrichen, da auch ihm in der Praxis mittlerweile keine Bedeutung mehr zukommt.

#### **Zu Nummer 7 :**

Der neue § 20 umfasst zukünftig das Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen, bei denen Marktbeherrschung keine Tatbestandsvoraussetzung ist.

#### **Zu Buchstabe a:**

Die Überschrift wird dem neuen Inhalt des § 20 angepasst, der zukünftig alle missbräuchlichen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen erfasst.

#### **Zu Buchstabe b:**

Da der bisherige Regelungsgehalt des § 20 Absatz 1 in den neuen § 19 Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3 überführt wurde, ist der bisherige Absatz 1 zu streichen. Der bisherige Absatz 2 wird in den Absatz 1 überführt und an die erfolgte Trennung zwischen Marktbeherrschung und relativer Marktmacht angepasst. Dementsprechend wird nun auf § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 Bezug genommen. Gleichzeitig wird der Begriff der relativen Marktmacht in § 20 Absatz 1 Satz 1 legaldefiniert.

#### **Zu Buchstabe c:**

Der bisherige Absatz 3 wird in Absatz 2 überführt und dabei der Regelungsinhalt des § 20 Absatz 3 Satz 2 in der bis zum 21. Dezember 2007 geltenden Fassung festgeschrieben. Die am 22. Dezember 2007 in Kraft getretenen Änderungen des Satzes 2 durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 sind vom Deutschen Bundestag bis zum 31. Dezember 2012 befristet worden. Aus der Praxis der Kartellbehörden hat sich keine Notwendigkeit dafür ergeben, die damals erfolgte Ausweitung des Schutzbereichs dieser Norm zu verlängern. Mit zwei Anwendungsfällen in fast vier Jahren hatte die Norm eine nur geringe Bedeutung in der Praxis des Bundeskartellamtes. Die Ausweitung des Schutzes des § 20 Absatz 3 Satz 2 auf alle abhängigen Unternehmen führte zwar zu Nachweiserleichterungen bezüglich des Merkmals der Größe des abhängigen Unternehmens. Allerdings erscheint der Schutzbereich des derzeitigen § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB zu weit gefasst, soweit durch diesen auch große Unternehmen Schutz erfahren, die ihren Verhandlungspartnern trotz Abhängigkeit ebenbürtig sind. Große Unternehmen sind regelmäßig selbst in der Lage, sich gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen ihrer Vertragspartner zur Wehr zu setzen. Dies gilt jedenfalls, solange kein bedeutender Größenunterschied im Vertikalverhältnis zwischen abhängigem und marktstarkem Unternehmen zu Ungunsten des abhängigen Unternehmens besteht. Wann eine Schutzbedürftigkeit besteht, also ein kleines oder mittleres Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 vorliegt, bedarf daher der Einzelfallprüfung. Dabei darf neben der horizontalen Einordnung das vertikale Größenverhältnis zur Marktgegenseite nicht außer Acht bleiben.

**Zu Buchstabe d:**

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 hat der Gesetzgeber zwei neue Regelbeispiele für eine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Absatz 4 Satz 1 eingeführt. Zum einen wurde das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ausdrücklich verboten, auch wenn es nur gelegentlich erfolgt (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1). Zum anderen wurde das Verbot der Preis-Kosten-Schere neu aufgenommen (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3), die den parallelen Vertrieb vertikal integrierter Unternehmen an Endabnehmer über eigene Niederlassungen und Händler erfasst. Beide Änderungen wurden vom Deutschen Bundestag bis zum 31. Dezember 2012 befristet.

Beide Regelbeispiele sollen auch nach dem 31. Dezember 2012 fortgelten. Der gesamte Regelungsinhalt des bisherigen Absatzes 4 wird als Folgeänderung der Neufassung der §§ 18 bis 20 in den neuen Absatz 3 überführt.

Aus der geringen Anzahl von eingeleiteten Untereinstandspreis-Verfahren auf der Grundlage des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 kann nicht geschlossen werden, dass die Norm keine Bedeutung in der betrieblichen Praxis gehabt hätte. Vielmehr kommt dem Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs unter Einstandspreis von Lebensmitteln eine hohe präventive Vorfeldwirkung zu. Dies gilt insbesondere für die Vertragsbeziehungen zwischen dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel und der herstellenden Industrie sowie den landwirtschaftlichen Erzeugern.

Das bisher in § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 enthaltene Verbot der Preis-Kosten-Schere wird durch den neuen Absatz 3 Satz 2 Nummer 3 in Dauerrecht überführt. Dieses Verbot erfüllt insbesondere im Mineralölsektor eine wichtige Funktion und entfaltet eine für den Wettbewerb positive Vorfeldwirkung. Die vom Bundeskartellamt im Mai 2011 vorgestellten Ergebnisse der Sektoruntersuchung Kraftstoffe haben gezeigt, dass insbesondere im Mineralölbereich nach wie vor unbillige Behinderungsmöglichkeiten bestehen und eine hierauf zugeschnittene gesetzliche Norm weiterhin erforderlich bleibt. Das Verbot der Preis-Kosten-Schere erleichtert außerdem den durch sie geschützten kleinen und mittleren Unternehmen, ihre Ansprüche zivilrechtlich durchzusetzen.

**Zu Buchstabe e:**

Es handelt sich um Folgeänderungen der Neufassung der §§ 18 bis 20.

**Zu Buchstabe f:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neufassung der §§ 18 bis 20.

**Zu Nummer 8 :**

Es handelt sich um die Klarstellung, dass sich das Verbot des Veranlassens zu einem unerlaubten Verhalten auch auf Artikel 101 und 102 AEUV bezieht.

**Zu Nummer 9 :**

**Zu Buchstabe a:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe c:**

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe d:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe e:**

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 10 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 11:**

Die Wasserversorgung unterliegt, als Ausgleich für die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Verträge vom Kartellverbot des § 1, einer besonderen, d.h. verschärften kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Durch die neu eingefügten §§ 31 bis 31b werden die bisher in § 103 GWB i.d.F. von 1990 (GWB 1990) enthaltenen Vorschriften für die Wasserwirtschaft unter Berücksichtigung notwendiger neuer Verweisungen in den aktuellen Gesetzestext überführt. Durch die §§ 31 bis 31b wird daher ausschließlich der Bereich der Wasserwirtschaft aufgrund der dort bestehenden Besonderheiten speziell im GWB geregelt. Entsprechende sprachliche Anpassungen werden vorgenommen. Bei der Übernahme der Regelungen wird neben der praktischen Relevanz der bisherigen Vorschriften berücksichtigt, dass die besonderen Regelungen für Elektrizität und Gas bereits mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730) aufgehoben wurden.

Die Übernahme der Sonderregelungen für die Wasserwirtschaft verfolgt dabei mehrere Ziele. Zum einen ist die praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Wasser-Missbrauchsvorschriften nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 2. Februar 2010, Aktenzeichen KVR 66/08) gestiegen. Mehrere Kartellbehörden haben die Wasserpreise von Versorgern geprüft und entsprechende Missbrauchsverfahren eingeleitet. Zum anderen stellt insbesondere die Wasserversorgung der Endkunden ein natürliches Monopol dar. Die Entgeltgestaltung der Wasserversorgung bedarf daher einer effektiven staatlichen Kontrolle, die durch die konsequente Anwendung der Vorschriften der besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht gewährleistet werden kann. Mit Überführung der bisherigen Übergangsregelungen in das aktuelle GWB werden die Systematik des GWB verbessert und die Anwendbarkeit für die Vollzugsbehörden erleichtert.

**Zu § 31:**

Die Bedingungen und Strukturen in der Wasserwirtschaft rechtfertigen, die in Absatz 1 genannten Vertragstypen, die wettbewerbsbeschränkend wirken, weiterhin vom Kartellverbot des § 1 freizustellen. Damit sind in der Wasserwirtschaft weiterhin Demarkations-, Konzessions- und Verbundverträge sowie Meistbegünstigungen zulässig. Damit verbunden ist die Annahme, dass sich durch die Gewährung geschlossener Versorgungsgebiete Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteile im Sinne der Kunden generieren lassen. Die Norm zielt darauf ab, auch zukünftig eine sichere und preisgünstige Versorgung mit Wasser zu gewährleisten.

Die Regelung des § 103 Absatz 2 GWB 1990 hat für die Praxis keine Bedeutung und wird daher ersatzlos gestrichen.

Absatz 2 übernimmt das in § 105 GWB 1990 enthaltene Schriftformerfordernis.

Das in Absatz 3 und 4 normierte besondere Missbrauchsverbot ist ein notwendiges Korrektiv für den fehlenden Wettbewerb im Wassersektor. Aus der monopolistischen Marktstellung der Wasserversorger lässt sich eine besondere Missbrauchsgefahr ableiten. Die Wasserversorgung bedarf daher einer wirksamen Kontrolle durch die Kartellbehörden.

Den Behörden wird deshalb mit der besonderen Missbrauchsaufsicht in § 31b Absatz 3 bis 5 ein wirksames Instrument zur Verfügung gestellt.

Um den Missbrauchsvorwurf der Kartellbehörde wegen überhöhter Entgelte zu widerlegen, hat das Versorgungsunternehmen aufgrund der Beweislastumkehr nachzuweisen, dass sein ungünstigeres Entgelt auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Im Rahmen der Rechtfertigung hat das Unternehmen auch seine Rationalisierungsbemühungen darzulegen.

§ 103 Absatz 5 Satz 1 Nummer 2 GWB 1990 hat für die wasserwirtschaftliche Praxis keine Bedeutung und wird daher ersatzlos gestrichen. Die Regelungen des § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummern 3 und 4 GWB 1990 werden ebenfalls nicht übernommen, da sie sich ausschließlich auf den Energiebereich bezogen haben.

### **Zu § 31a**

Aufgrund der monopolartigen Strukturen in der Wasserwirtschaft ist es weiterhin erforderlich, die Wirksamkeit der in § 31 Absatz 1 genannten Verträge sowie deren Änderungen und Ergänzungen von der Anmeldung bei der Kartellbehörde abhängig zu machen. Eine effektive kartellrechtliche Kontrolle der Wasserpreise durch die Kartellbehörden lässt sich nur gewährleisten, wenn diese einen (vollständigen) Überblick über abgeschlossene Verträge der Wasserwirtschaft sowie deren Inhalte haben. Dabei sind die in Absatz 1 genannten Anmeldekriterien zu beachten.

Absatz 2 stellt klar, dass die Beendigung oder Aufhebung der in § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 genannten Verträge der Kartellbehörde mitzuteilen ist.

### **Zu § 31b**

Demarkations-, Konzessions- und Durchleitungsverträge sind vom Kartellverbot freigestellt. Absatz 1 verpflichtet die Kartellbehörden, auf Anfrage zu diesen Verträgen Auskunft über die in Nummer 1 und 2 genannten Informationen zu erteilen. Er entspricht dem § 11 Absatz 1 in der Fassung durch die 6. GWB-Novelle im Jahr 1998. An die Stelle der früher bestehenden Kartellregister und der entsprechenden Einsichtsrechte trat die Auskunftspflicht der Kartellbehörde. Sie ist jedem gegenüber zu gewähren und setzt kein berechtigtes Interesse voraus.

Durch die unveränderte Übernahme der Benehmensregelung in Absatz 2 wird zusätzlich zur Bindung der Kartellbehörden an Fachgesetze, -verordnungen und -normen sowie Entscheidungen anderer Fachbehörden sichergestellt, dass neben ökonomischen auch sonstige Gesichtspunkte und Prinzipien, insbesondere des Umwelt- und Gesundheitsschutzes, der Sicherung der Trinkwasserqualität (einschließlich rechtlich verbindlicher Minimierungsgebote und Verpflichtungen zur Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik) sowie der Versorgungssicherheit, hinreichend berücksichtigt werden.

Die Befugnisse der Kartellbehörden werden in Absatz 3 unverändert übernommen. Kartellbehörden können den Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern bzw. für unwirksam zu erklären. Diese Maßnahmen sind weiterhin nur mit Wirkung für die Zukunft möglich.

Die in Absatz 3 und 4 normierte besondere Missbrauchsaufsicht ist ein notwendiges Korrektiv für den fehlenden Wettbewerb im Wassersektor. Aus der monopolistischen Marktstellung der Wasserversorger lässt sich eine besondere Missbrauchsgefahr ableiten. Die Wasserversorgung bedarf daher einer wirksamen Kontrolle durch die Kartellbehörden. Den Behörden wird deshalb mit der besonderen Missbrauchsaufsicht ein wirksames Instrument zur Verfügung gestellt.

Mit der Überführung des § 103 Absatz 5 GWB 1990 in Absatz 3 und 4 wird an den bisherigen Prinzipien der besonderen Missbrauchsaufsicht im Wassersektor festgehalten. Die Praxis der letzten Jahre zeigt, dass insbesondere das nunmehr in § 31 Absatz 4 Nummer 2 verankerte, für die Wasserwirtschaft höchstrichterlich anerkannte

Vergleichsmarktkonzept einschließlich der Beweiserleichterungen für die Kartellbehörden an Bedeutung gewonnen hat. Das Vergleichsmarktkonzept berücksichtigt, dass es im Wassersektor keinen wirksamen Wettbewerb gibt und daher wettbewerbsanaloge Preise kaum feststellbar sind. Eine vergleichende Betrachtung mit gleichartigen Wasserversorgern ist daher sachgerecht. Im Rahmen der Preishöhenkontrolle sind Tarif- oder Erlösvergleiche möglich. Um die Effektivität der Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten und gleichzeitig die unterschiedlichen Verhältnisse in der Wasserversorgung berücksichtigen zu können, ist der Begriff der „Gleichartigkeit“ weit gefasst. An die sachgerechte Prüfung und Festlegung von Vergleichsunternehmen durch die Kartellbehörde sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Wie vom Bundesgerichtshof anerkannt, kommt dieser Prüfung, für die die Kartellbehörde die Beweislast trägt, nur die Funktion einer „grobe Sichtung“ zu. Die besonderen Umstände des Einzelfalls sind bei der Auswahl und Festlegung der Vergleichsunternehmen zu berücksichtigen.

Zur Ermittlung möglicher Preisabweichungen und deren Missbräuchlichkeit bedürfen die Kartellbehörden vielfältiger Informationen (u.a. Preise, Kosten, Erlöse) von den betroffenen Vergleichsunternehmen. Als Adressat von Auskunftersuchen der Kartellbehörden sind grundsätzlich alle Wasserversorger – unabhängig von der Rechtsform und Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zum Kunden – heranzuziehen (vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Oktober 2011, Aktenzeichen KVR 9/11). Die tatsächliche Tätigkeit der Wasserversorgungsunternehmen unterscheidet nicht zwischen Gebühren erhebenden Unternehmen und Unternehmen, die privatrechtliche Entgelte verlangen. Kartellbehörden können so für die sachgerechte Prüfung wichtige Informationen erlangen, ohne dass der Adressatenkreis der möglichen Vergleichsunternehmen vorher eingeschränkt wurde. Den besonderen rechtlichen Bedingungen (z.B. Besteuerung, Entgeltkalkulation) kann im Rahmen der Vergleichsbetrachtung Rechnung getragen werden.

Absatz 5 übernimmt die Regelung des bisherigen § 103 Absatz 7 GWB 1990, wird aber sprachlich klarer gefasst. Die Vorschrift stellt die Gleichbehandlung aller Versorgungsunternehmen der Branche sicher und erfasst damit sowohl den Freistellungs- als auch den Marktmachtmissbrauch. Es ist unerheblich, ob die Wasserversorgungsunternehmen von der Freistellungsmöglichkeit des § 31 Absatz 1 Gebrauch gemacht haben oder nicht. Die erhöhte Missbrauchsgefahr ist aufgrund der monopolistischen Strukturen unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Freistellungsmöglichkeit gegeben.

Die neu eingeführte Vorschrift des § 31b Absatz 6 stellt entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs klar, dass die allgemeine Missbrauchskontrolle des § 19 durch die Anwendung des bisherigen § 103 nicht ausgeschlossen wird. Im Gegensatz zu der speziellen Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich liegt bei der Anwendung des § 19 der Schwerpunkt der Beweislast allerdings bei der Kartellbehörde; zudem sind Feststellungen auch bezüglich der Vergangenheit und Rückerstattungsanordnungen möglich.

**Zu Nummer 12 :**

**Zu Buchstabe a:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

§ 32 wurde durch die 7. GWB-Novelle in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in das GWB eingefügt. Die Vorschrift sollte der Kartellbehörde die Möglichkeit geben, alle Maßnahmen zu ergreifen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung umfasst der Begriff der „Maßnahme“ auch Eingriffe in die Unternehmenssubstanz (so genannte strukturelle Maßnahmen). Die nunmehr erfolgte Konkretisierung des Begriffs der Maßnahme vollendet die mit der 7.

GWB-Novelle begonnene Angleichung der Vorschrift an Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und klärt damit die Auslegungsfragen, ob § 32 Absatz 2 auch zu strukturellen Maßnahmen berechtigt. Abschließende sektorspezifische Regelungen für die regulierten Märkte (beispielsweise im Energiewirtschaftsgesetz) begrenzen dabei strukturelle Maßnahmen der Kartellbehörden.

Darüber hinaus wird mit dem neu eingefügten Absatz 2a klargestellt, dass die Kartellbehörden im Rahmen einer Abstellungsverfügung die Möglichkeit haben, eine Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen. Dies war trotz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Rechtssache Stadtwerke Uelzen (Urteil vom 10. Dezember 2008, Aktenzeichen KVR 2/08) teilweise umstritten. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum keine grundsätzlichen Bedenken geäußert, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dienen. Dazu gehört nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch die Anordnung, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten. Mit Absatz 2a Satz 1 wird diese Auffassung ausdrücklich bestätigt.

Der neu eingefügte Absatz 2a Satz 2 sieht dabei die Möglichkeit einer Schätzung der erwirtschafteten Vorteile in Gestalt von Zinsvorteilen vor. Schätzungen sind hier notwendig und gerechtfertigt, da die Bemessung der erwirtschafteten Zinsvorteile betriebswirtschaftlich komplex und häufig nicht eindeutig möglich ist. Die Möglichkeit von Schätzungen verhindert insofern, dass wesentliche Ermittlungsressourcen für die sachlich nachrangige Frage der Zinshöhe aufgewendet werden müssen. Da Beschwerden gegen Verfügungen nach § 32 Absatz 2a Satz 1 aufschiebende Wirkung beigelegt wird (vergleiche § 64 Nummer 2), ist es im Gegenzug des Weiteren gerechtfertigt, nach Ablauf der in der Abstellungsverfügung bestimmten Frist für die Rückerstattung eine Pauschalierung vorzusehen. Der neu eingefügte Absatz 2a Satz 3 sieht insofern eine Pauschalierung wie im Falle des Verzugs mit Verbraucherbeteiligung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vor. Hierdurch werden die Rückerstattungsbegünstigten auch bei Massensachverhalten, um die es sich hier nach den bisherigen Erfahrungen meist handelt, zumindest im Wesentlichen so gestellt, als ob sie selbst als Verbraucher die Rückerstattung gefordert hätten.

**Zu Nummer 13 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 14 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 15 :**

**Zu Buchstabe a :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

Die Informationspflicht nach § 49 Absatz 1 findet bei Sektoruntersuchungen keine unmittelbare Anwendung, weil sich die Zuständigkeit für die Durchführung einer Sektoruntersuchung unmittelbar aus § 32e ergibt. Die §§ 48 ff. GWB finden aus diesem Grund keine unmittelbare Anwendung. Die entsprechende Anwendung von § 49 Absatz 1 stellt sicher, dass die Kartellbehörden abgestimmt Sektoruntersuchungen einleiten können. Um eine Mehrfachbelastung der Unternehmen zu vermeiden und eine effektive Verfahrensgestaltung zu gewährleisten, sind wechselseitige Information und Abstimmung geboten.

Die zuvor durch die Vorschrift in Bezug genommenen §§ 60 und 62 hatten keinen erkennbaren Anwendungsbereich in einer Sektoruntersuchung und sind deshalb zu streichen. Im Rahmen der Sektoruntersuchung erlassene Auskunftsbeschlüsse werden nach § 61 GWB zugestellt; auch die übrigen für Auskunftsbeschlüsse geltenden Vorschriften zu Zwangsmitteln und Bußgeld (§ 81 Absatz 2 Nummer 6) finden Anwendung.

**Zu Nummer 16 :**

**Zu Buchstabe a:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

Die Neufassung von Absatz 2 verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele: Zum einen soll die Regelung in Nummer 1 gewährleisten, dass auch die bisher nicht erfassten Verbände der Marktgegenseite klagebefugt sind. Eine Entscheidung des LG Köln (Urteil vom 26. Juni 2009, Aktenzeichen 90 O 19/09) hatte eine entsprechende Klagebefugnis verneint. Zudem soll durch die neue Nummer 2 insbesondere den Verbraucherverbänden sowohl ein Unterlassungs- als auch ein Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden eingeräumt werden. Eine entsprechende Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung war bereits im Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle vorgesehen, aber im Vermittlungsausschuss wieder gestrichen worden. Vor dem Hintergrund der laufenden Diskussionen auf europäischer Ebene über eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist es sinnvoll, diesen Schritt zu unternehmen und dabei an das bewährte Rechtsschutzsystem aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb anzuknüpfen.

**Zu Buchstabe c:**

Redaktionelle Anpassungen an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe d:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 17 :**

**Zu Buchstabe a:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung des neu eingefügten Absatzes 2a in § 32.

**Zu Buchstabe c:**

Mit der Änderung wird die Frist für die Vorteilsabschöpfung nach § 34 Absatz 5 den tatsächlichen Erfordernissen angepasst. Derzeit beginnt der Lauf der fünfjährigen Frist mit der Beendigung der Tat und kann nicht durch Ermittlungsmaßnahmen der deutschen Kartellbehörden unterbrochen beziehungsweise gehemmt werden. Die nach § 34 Absatz 5 Satz 2 vorgesehene Unterbrechung der Verjährung wird nur durch Ermittlungsmaßnahmen der Europäischen Kommission beziehungsweise Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten ausgelöst, die ein Verfahren nach Artikel 101 oder 102 AEUV durchführen.

Eine Vorteilsabschöpfung ist regelmäßig erst nach rechtskräftigem Abschluss eines Kartellbußgeldverfahrens zweckmäßig. Dadurch ist der Tatnachweis erfolgt und die nach § 34 Absatz 2 im Rahmen der Vorteilsabschöpfung zu berücksichtigende Bußgeldhöhe

steht fest. Zu diesem Zeitpunkt kann aber in Anbetracht der langen Dauer von Kartellbußgeldverfahren die Frist zur Vorteilsabschöpfung bereits abgelaufen sein.

Die Verweisung auf § 33 Absatz 5 bietet gegenüber der derzeitigen Verweisung auf § 81 Absatz 9 den Vorteil, dass sie auch Ermittlungshandlungen der deutschen Kartellbehörden wegen Verstößen gegen das GWB erfasst. § 33 Absatz 5 legt eine Hemmung des Fristlaufs für den Zeitraum ab Einleitung der Ermittlungen bis sechs Monate nach rechtskräftiger Entscheidung fest.

**Zu Nummer 18:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung des neu eingefügten Absatzes 2a in § 32.

**Zu Nummer 19 :**

**Zu Buchstabe a:**

Die bisherige Bagatellmarktklausel wird in der Vorschrift über die formelle Fusionskontrolle gestrichen und in § 36 Absatz 1 Nummer 2 überführt.

**Zu Buchstabe b:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 20 :**

Nach geltendem Recht muss das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (§ 36 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1). Satz 1 bestimmt die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs als Untersagungs voraussetzung. Damit erfolgt eine Angleichung an das materielle Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle (significant impediment to effective competition, so genannter SIEC-Test), das dort mit der Novellierung der FKVO im Jahr 2004 eingeführt wurde. Seither ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach der FKVO das Regelbeispiel für die Generalklausel der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“. In der Praxis der europäischen Fusionskontrolle ist es der Hauptanwendungsfall. Der SIEC-Test ist mittlerweile in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das häufigste materielle Prüfkriterium. Nach Auswertung der Erfahrungen mit dem geänderten Tatbestand in der FKVO wie auch der Entwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes und der Rechtsprechung ist eine Übernahme des SIEC-Tests vorteilhaft. Ausschlaggebend für die positive Einschätzung einer Übernahme des Prüfkriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist die Erwartung, dass dadurch eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene erleichtert wird. Dies ist sowohl im Interesse der Unternehmen als auch eines wirksamen Wettbewerbsschutzes. Das neue Untersagungskriterium schafft für alle an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen, unabhängig davon, ob sie aufgrund der maßgeblichen Größenkriterien unter die deutsche oder europäische Fusionskontrolle fallen, einen gleich lautenden Prüfmaßstab und damit ein „level playing field“. Auch in Verweisungsfällen, in denen bei der Europäischen Kommission angemeldete Zusammenschlussvorhaben von gemeinschaftsweiter Bedeutung an das Bundeskartellamt zur Prüfung zurückverwiesen werden, ist eine Übereinstimmung des Untersagungskriteriums sinnvoll. Die Praxis der Europäischen Kommission nach Änderung des europäischen Untersagungskriteriums hat zudem keinen Anlass gegeben, von einer Übernahme abzusehen. Die Ergebnisse der europäischen Fusionskontrollpraxis seit 2004 sind aus wettbewerbsrechtlicher und -politischer Sicht überzeugend.

Das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ermöglicht eine zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potentiell wettbewerbskritischen Fälle. Das gilt etwa für komplexe Oligopolverhältnisse oder für die Erfassung nicht koordinierten beziehungsweise unilateralen Verhaltens einzelner Unternehmen (zum Beispiel Preissetzungsmöglichkeiten eines Unternehmens nach

einem Zusammenschluss, ohne dass es zugleich eine marktbeherrschende Marktposition innehat). Die Einführung des SIEC-Tests erlaubt eine Untersagung auch in den wenigen wettbewerblich schädlichen Konstellationen, in denen die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung nicht erfüllt sind. Die Angleichung erleichtert die oft schwierige Beurteilung vertikaler Integration oder konglomerater Zusammenschlüsse, bei denen eine Verschlechterung der Marktstruktur nicht unmittelbar mit dem Zusammenschluss eintritt, sondern erst infolge geänderter Möglichkeiten und Anreize zu einem wettbewerbsschädlichen Verhalten der Unternehmen. Der SIEC-Test ist damit offener für eine Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen auf Basis einer Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses.

Die Ergänzung des Untersagungsstatbestands führt nicht zu Rechtsunsicherheit. Die Untersagungs Voraussetzung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die seit Einführung der deutschen Fusionskontrolle 1973 das alleinige Prüfkriterium war, gilt ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte, etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stellt stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar (Marktbeherrschung als Regelbeispiel). Untersagungen werden voraussichtlich auch in Zukunft überwiegend anhand dieses Kriteriums erfolgen. Im Übrigen besteht hinsichtlich des Kriteriums der erheblichen Wettbewerbsbehinderung im Zusammenspiel mit dem Marktbeherrschungskriterium keine Rechtsunsicherheit, auch wenn hierzu noch keine Rechtsprechung der europäischen Gerichte vorliegt. Anders als zum Zeitpunkt der 7. GWB-Novelle 2005, als eine Angleichung noch wegen der fehlenden Praxis zu der gerade erst in Kraft getretenen novellierten FKVO zurück gestellt worden war, hat sich inzwischen die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gefestigt. Die Anwendung und Auslegung des neuen Untersagungskriteriums, das der europäischen Fusionskontrolle angeglichen ist, unterliegt dabei der vollständigen Nachprüfung durch die deutschen Gerichte.

Aufgrund des neuen Untersagungskriteriums sind ferner keine wesentlichen Änderungen im Ablauf der Fusionskontrollverfahren zu erwarten. Bereits die derzeitige Verfahrenspraxis ist durch die allgemeine Tendenz einer stärker ökonomischen Ausrichtung der Fusionskontrolle geprägt. Dies zeigt sich etwa in einer vermehrten Verwendung von ökonomischen Gutachten in der Beweisführung vor dem Bundeskartellamt und den Gerichten. Der damit einhergehende Aufwand ist von der Einführung eines SIEC-Tests unabhängig. Das Bundeskartellamt ist zudem gut gerüstet. Es hat in den letzten Jahren seine ökonomische Expertise kontinuierlich ausgebaut. Es beurteilt Zusammenschlüsse anhand des alten Untersagungskriteriums, wie auch Kartellbehörden anderer Rechtsordnungen, nicht anhand einer statischen Strukturbetrachtung allein nach Marktanteilen, sondern auf Basis einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände.

Die Abwägungsklausel in § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1, die sich in der Praxis bewährt hat, bleibt erhalten; sie erlaubt im Rahmen der Beurteilung eines Zusammenschlusses die Berücksichtigung aller - also auch möglicher positiver - wettbewerblichen Auswirkungen einer Unternehmensfusion.

Die neue Nummer 2 in Satz 2 übernimmt die so genannte Bagatellmarktklausel, die bisher als Aufgreifkriterium und Element der formellen Fusionskontrolle in § 35 Absatz 2 Nummer 2 geregelt war. Damit wird die Rechtsfolge der Bagatellmarktklausel, wie bis zur 6. GWB-Novelle 1998, auf den Wegfall der materiellen Untersagungsmöglichkeit des Zusammenschlusses, soweit der Bagatellmarkt betroffen ist, beschränkt. Derzeit entscheidet die Frage, ob die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel vorliegen, über die Anwendbarkeit der Vorschriften der Fusionskontrolle insgesamt, also auch darüber, ob ein Zusammenschlussvorhaben anmeldepflichtig ist und dem Vollzugsverbot unterliegt. Mit der erforderlichen Marktabgrenzung und Ermittlung des Marktvolumens waren in der Praxis oft erhebliche Probleme verbunden. Das zeigen etwa die schwierigen Auslegungsfragen, die in den letzten Jahren auch die Gerichte beschäftigt haben. Das

Risiko einer Fehleinschätzung trugen dabei im Hinblick auf die Anmeldepflicht die Unternehmen.

**Zu Nummer 21 :**

**Zu Buchstabe a:**

Die durch die 3. GWB-Novelle 1976 eingeführte Rechenklausel für Presseerzeugnisse wird den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf den Pressemärkten angepasst. Die heutigen Pressemärkte kennzeichnet mit dem Internet als bedeutendem Informationsmedium eine gewachsene Konkurrenz durch neue Anbieter, andere Mediengattungen sowie ein geändertes Mediennutzungsverhalten. In diesem Umfeld soll die Reduzierung des Multiplikationsfaktors von 20 auf 8 die Schwellenwerte erhöhen, ab denen das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen nach den Regeln der Fusionskontrolle prüft. Künftig ist die Fusionskontrolle erst ab einem gemeinsamen weltweiten Umsatz der beteiligten Presseunternehmen von 62,5 Millionen Euro, statt wie bisher ab 25 Millionen Euro, sowie bei Inlandsumsätzen eines Unternehmens von 3,125 Millionen Euro und eines weiteren von 625.000 Euro anwendbar. Durch die Senkung des Multiplikationsfaktors wird auch die Bagatellmarktschwelle in § 36 Absatz 1 Satz 2 (neu) im Pressebereich von 750.000 Euro auf 1,875 Millionen Euro angehoben. Diese moderate Änderung erweitert angemessen die Spielräume der Verlage zur Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis durch Zusammenschlüsse und steigert ihre Wettbewerbsfähigkeit mit anderen Medien. Sie erlaubt aber weiterhin eine effektive, den Besonderheiten des Pressebereichs Rechnung tragende Fusionskontrolle. Bei der Ermittlung des Umsatzes werden wie bisher die Presseumsätze als solche, d.h. Erlöse aus Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen, erfasst. Es bleibt dabei, dass § 38 Absatz 3 hinsichtlich des Vertriebs von Presseerzeugnissen auf allen Handelsstufen gegenüber § 38 Absatz 2 (Handel mit Waren) die speziellere Norm ist. Die Erlöse aus dem Vertriebsbereich werden daher vollumfänglich in Ansatz gebracht und nicht nur zu drei Vierteln. Auf Erlöse aus anderen Tätigkeitsbereichen der Presseunternehmen - wie zum Beispiel Akzidenz-Druck, Briefzustelldiensten, bei „reinen“ Anzeigenblättern ohne nennenswerten redaktionellen Inhalt oder Internetportale der Verlage - findet der Multiplikationsfaktor bereits derzeit keine Anwendung.

**Zu Buchstabe b:**

Die Neufassung des § 38 Absatz 5 Satz 1 gleicht die Regelung zur eingeschränkten Berücksichtigung der Umsatzerlöse und Marktanteile des Veräußerers an die entsprechende europäische Vorschrift in Artikel 5 Absatz 2 der FKVO an. Sie erstreckt die im Fall eines Vermögenserwerbs in § 38 Absatz 5 bereits geregelte Klarstellung auf andere Zusammenschlusstatbestände, etwa den Anteilserwerb. Danach ist nur auf die Umsätze und Marktanteile abzustellen, die auf den veräußerten Teil entfallen. Dieser Schritt beseitigt eine Rechtsunsicherheit über die Anmeldepflicht, die bei Unternehmen dadurch entstanden war, dass die ursprüngliche gesetzliche Klarstellung infolge der Neugestaltung des Zusammenschlusstatbestandes in der 6. GWB-Novelle nur für den Vermögenserwerb beibehalten wurde, für den Anteilserwerb aber entfallen war. Eine Berücksichtigung der gesamten Ressourcen des Veräußerers ist aber gerechtfertigt, soweit er selbst nach dem Zusammenschluss in relevanter Weise mit mindestens 25% der Anteile an dem Unternehmen beteiligt bleibt oder kontrollierenden Einfluss besitzt. Satz 2 stellt dies im Hinblick auf die Minderheitsbeteiligung wegen der insoweit vom europäischen Recht abweichenden Zusammenschlussdefinition noch einmal heraus. Entgegen der Gesetzesfassung bis zur 6. GWB-Novelle wird bei einer fortbestehenden Verbindung des Veräußerers im Sinne eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Absatz 1 Nummer 4) bei der Berechnung der für die Anmeldepflicht maßgeblichen Kriterien das veräußernde Unternehmen nicht mehr berücksichtigt. Das wäre im Rahmen der formellen Fusionskontrolle nicht sachgerecht. Auch der in der Gesetzesfassung bis zur 6. GWB-Novelle erwähnten Zusammenschlussfiktion der Mütter eines Gemeinschaftsunternehmens in § 37 Absatz 2 Nummer 3 Satz 2 a.F. bedarf es nicht. Dieser Tatbestand ist bei fortbestehender Beteiligung des Anteilsveräußerers in Höhe von

25% automatisch erfasst. Satz 3 übernimmt die Zusammenrechnungsklausel des Artikels 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 der FKVO bei mehreren zeitlich gestaffelten Erwerbsvorgängen, die für sich betrachtet an der Zweiten Inlandsumsatzschwelle scheitern würden. Umgehungsstrategien (so genannte Salamtaktik) lassen sich so verhindern.

**Zu Nummer 22 :**

**Zu Buchstabe a:**

Der in § 39 Absatz 1 neu eingefügte Satz 2 gewährleistet, dass im Falle einer elektronischen Anmeldung eines Zusammenschlusses die der Anmeldung zugrunde liegenden wirtschaftlich sensiblen Informationen dem Bundeskartellamt sicher vor Manipulationen übermittelt werden und die Anmeldung nur an einen zentralen Zugang des Bundeskartellamtes erfolgt. Die Ergänzung beseitigt damit eine in der Praxis bestehende Unsicherheit über den Beginn des Fristenlaufs und stellt klar, dass Anmeldungen eines Zusammenschlusses per einfacher E-Mail die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllen und auch keinen Fristenlauf auslösen. Sie befindet sich im Einklang mit dem Ziel der Bundesregierung, das E-Government weiter zu fördern und den Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechniken zwischen öffentlicher Verwaltung und Unternehmen weiter zu verbessern. Satz 3 bestimmt, dass die Zugänge über die Internetseite des Bundeskartellamtes erreichbar sind.

**Zu Buchstabe b:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 23:**

**Zu Buchstabe a:**

Nach der bisherigen Regelung ist die Freigabefiktion des Absatzes 2 Satz 2 ausgeschlossen, wenn die in Nummer 2 genannten Angaben und Auskünfte nicht rechtzeitig oder unrichtig erfolgt sind und deshalb das Bundeskartellamt die Mitteilung nach Absatz 1 Satz 1 unterlassen oder keine Untersagung ausgesprochen hat. In Angleichung an die europäische Regelung in Artikel 10 Absatz 4 FKVO regeln die Sätze 5 und 6 nun den Fall, dass ein anmeldendes Unternehmen aus Gründen, die von ihm zu vertreten sind, angeforderte Auskünfte nicht in der im Auskunftsverlangen gesetzten Frist oder nicht so korrekt beantwortet, dass das Bundeskartellamt innerhalb der Prüffrist von vier Monaten eine fundierte Entscheidung treffen kann. Ohne die Regelung ist das Bundeskartellamt in dieser Situation wegen der fehlenden Angaben häufig gezwungen, den Zusammenschluss entweder mit einer unzureichenden und dadurch anfechtbaren Begründung zu untersagen oder ihn trotz wettbewerblicher Bedenken nach vier Monaten freizugeben. Denn der derzeit erforderliche Nachweis der Kausalität nach Nummer 2 ist für das Bundeskartellamt nur schwer zu führen. Um dem abzuwehren, wird dem Bundeskartellamt die Möglichkeit gegeben, in diesen Fällen einen weiteren Auskunftsbeschluss zu erlassen, der eine Fristhemmung unabhängig von der Kausalität der fehlenden Auskunft für die Entscheidung auslöst, bis die erneut angeforderten Auskünfte vollständig erteilt sind. Insbesondere der durch unkooperatives Verhalten der Unternehmen bewirkte Zeitverlust darf nicht zu Lasten der Prüfungsfrist des Bundeskartellamtes gehen.

In der Praxis des Bundeskartellamtes hat sich gezeigt, dass eine Beurteilung von Zusagenvorschlägen der Unternehmen innerhalb der Viermonatsfrist ab Anmeldung in den meisten Fällen nicht möglich ist. Die Bewertung von Zusagenvorschlägen erfordert in der Regel eine Marktbefragung. In vielen Fällen sind Nachverhandlungen über den Gegenstand oder die Einzelheiten der Zusagenregelung erforderlich. Deshalb wird in Satz 7 eine pauschale Verlängerung der Kontrollfrist um einen Monat, die nach den praktischen Erfahrungen angemessen ist, vorgesehen. Sie knüpft an die erstmalige Vorlage von Zusagenvorschlägen in einem Verfahren an. Dies entspricht der europäischen Regelung in Artikel 10 Absatz 1 und 3 der FKVO. Darüber hinaus kann im

Einzelfall, wenn erforderlich, eine zusätzliche Fristverlängerung wie bisher einvernehmlich vereinbart werden.

**Zu Buchstabe b:**

Absatz 3 Satz 1 gleicht die Regelung über Nebenbestimmungen zu Freigabeentscheidungen dem europäischen Recht an (Artikel 6 Absatz 2 Unterabsatz 2 und Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO). Damit wird verdeutlicht, dass Bedingungen und Auflagen auch bei den Verfahren des Bundeskartellamtes allein dem Zweck dienen, sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen tatsächlich den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung des Zusammenschlusses abzuwenden. Dabei sind Verhaltenszusagen möglich, wenn sie ebenso geeignet und wirksam sind wie Veräußerungszusagen, um das identifizierte Wettbewerbsproblem zu beseitigen. Zur Annahme von Verhaltenszusagen ist das Bundeskartellamt nur verpflichtet, wenn es die Durchführung der Zusagen effektiv kontrollieren kann. Aus diesem Grund bleibt es bei der Voraussetzung, dass sie nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

**Zu Nummer 24 :**

**Zu Buchstabe a:**

Die Neufassung des § 41 Absatz 1 Satz 3 entspricht in den Nummern 1 und 2 inhaltlich dem bisherigen Satz 3. Die neue Nummer 3 regelt darüber hinaus klarstellend, wann die zivilrechtliche Unwirksamkeitsfolge für sonstige Rechtsgeschäfte infolge des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot nicht gilt beziehungsweise rückwirkend geheilt wird. Bis zur 7. GWB-Novelle war dies mit der „nachträglichen Freigabeentscheidung“ des Bundeskartellamtes für nachträglich angemeldete Zusammenschlüsse nach Durchführung des Untersagungsverfahrens der Fall. Seit der 7. GWB-Novelle setzt die Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses nach § 41 Absatz 3 Satz 1 kein separates Untersagungsverfahren mehr voraus. Vollzogene Zusammenschlüsse sind sofort in einem Entflechtungsverfahren auf das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen zu prüfen. Die Heilungswirkung einer Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch Entscheidung oder formlos ist rechtlich zweifelhaft. Durch die neu eingefügte Nummer 3 wird den Unternehmen die Rechtssicherheit zurückgegeben, die früher bestand. Die schwebende Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte entfällt rückwirkend (ex tunc), wenn beziehungsweise soweit das Entflechtungsverfahren eingestellt wird oder eine Ministererlaubnis erteilt wurde.

Dies ist angesichts der erheblichen nachteiligen Folgen einer dauerhaften Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte für die Unternehmen gerechtfertigt, die mit dem durch die 7. GWB-Novelle eingeführten verkürzten unabhängigen Entflechtungsverfahren nicht bezweckt waren. Eine nachträgliche Heilungsmöglichkeit sehen auch andere Rechtsordnungen vor, die kein unabhängiges Entflechtungsverfahren kennen, wie zum Beispiel die FKVO. Dem Vollzugsverbot kommt aber eine große wettbewerbliche Bedeutung zu, um wettbewerbsschädliche Zustände zu verhindern, die nach einer Untersagung in vielen Fällen nur schwer wieder rückgängig gemacht werden können. Aus diesem Grund stellt die Heilungsmöglichkeit keinen Freibrief für eine nachlässige Prüfung der Anmeldepflicht oder gar vorsätzliche Nichtanmeldungen dar. In den Genuss kommen, wie in der Vergangenheit, nur Unternehmen, die sich freiwillig nachträglich durch eine Anzeige der Fusionskontrolle unterwerfen. Dadurch wird auch klargelegt, dass eine nachträgliche Anmeldung von Zusammenschlüssen nicht mehr möglich ist und der Vorteil der kurzen Fusionskontrollfristen auf diese nachträglich im Entflechtungsverfahren geprüften Zusammenschlüsse keine Anwendung findet. Es gelten für das Bundeskartellamt im Entflechtungsverfahren keine Fristen. Der Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass nach Eingang der Anzeige des Vollzugs eines nicht angemeldeten Zusammenschlusses das Bundeskartellamt das Entflechtungsverfahren einleiten und in angemessener Zeit abschließen sowie den Unternehmen das Ergebnis der Prüfung mitteilen wird. Die Befugnis, den Verstoß gegen das Vollzugsverbot mit Geldbußen wirksam zu ahnden, bleibt von der Heilungsmöglichkeit unberührt.

**Zu Buchstabe b:**

Durch den neu eingefügten § 41 Absatz 1a wird die nach Artikel 7 Absatz 2 der FKVO geltende Ausnahme vom Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote und andere sukzessive Erwerbsvorgänge über die Börse, wenn mehrere Veräußerer beteiligt sind, übernommen. Eine automatische Ausnahme vom Vollzugsverbot gilt, wenn der Erwerb unverzüglich beim Bundeskartellamt angemeldet wird und die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden. Das Vollzugsverbot wird insoweit auf ein Verbot der Stimmrechtsausübung abgemildert. Ziel dieser Ausnahme ist es, Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die sich aus der schwebenden Unwirksamkeit für Massengeschäfte an der Börse ergeben kann. Sie erleichtert Transaktionen für börsennotierte Unternehmen über die Börse. Positiv wirkt sich die Angleichung an das europäische Recht beispielsweise in den Fällen aus, in denen nicht eindeutig ist, ob ein Erwerb unter die europäische oder die nationale Fusionskontrolle fällt. Rechtsunsicherheit wird ferner beseitigt, wenn Übernahmeangebote zunächst bei der Europäischen Kommission angemeldet, später aber von dort an das Bundeskartellamt verwiesen werden. Die Ausnahmeregelung ist wettbewerblich unbedenklich. Auf Antrag kann eine Befreiung vom Vollzugsverbot gewährt werden, wenn die Stimmrechte nur ausgeübt werden, um den vollen Wert der Investition zu erhalten.

**Zu Nummer 25 :**

**Zu Buchstabe a:**

Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung. Der bisherige Verweis in § 42 Absatz 2 Satz 2 auch auf § 40 Absatz 3 Satz 1 ist überflüssig, da die dort geregelte Möglichkeit, die Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden, bereits unmittelbar von § 42 Absatz 2 Satz 1 erfasst ist.

**Zu Buchstabe b:**

**Zu Doppelbuchstabe aa:**

Die Ergänzung ist erforderlich, da seit der 7. GWB-Novelle das Entflechtungsverfahren nach § 41 Absatz 3 ohne vorheriges Untersagungsverfahren durchzuführen ist; d.h. eine Entflechtungsanordnung ergeht ohne vorhergehende Untersagungsentscheidung. Bisher fehlte eine Regelung, wann in diesen Fällen die Frist für den Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis beginnt. Die Fristenregelung stellt klar, dass eine Entflechtungsanordnung ergehen kann, bevor klar ist, ob eine Ministererlaubnis beantragt oder erteilt wird. Die Entflechtungsverpflichtung besteht zwar nach § 41 Absatz 3 nur, „wenn nicht der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie nach § 42 die Erlaubnis zu dem Zusammenschluss erteilt.“ Dieses Ergebnis kann allerdings sichergestellt werden, indem die Kartellbehörde die Entflechtungsanordnung unter die aufschiebende Bedingung stellt, dass kein Antrag auf Ministererlaubnis gestellt oder keine Ministererlaubnis erteilt wird.

**Zu Doppelbuchstabe bb:**

Die Ergänzung zum Fristbeginn bei Auflösungsanordnungen ist ebenfalls bedingt durch das mit der 7. GWB-Novelle geänderte Entflechtungsverfahren.

**Zu Nummer 26 :**

Die bisher sowohl in § 43 Absatz 2 Nummer 2 als auch in Nummer 3 geregelten Bekanntmachungspflichten im Fall einer Ministererlaubnis werden in Nummer 2 zusammengefasst. Bei der Ergänzung in § 43 Absatz 2 Nummer 3 handelt es sich um die Berichtigung eines redaktionellen Versehens. Neben der Rücknahme und dem Widerruf ist auch eine Änderung der Freigabe des Bundeskartellamtes von allgemeinem Interesse und deshalb im Bundesanzeiger bekannt zu machen.

**Zu Nummer 27 :**

**Zu Buchstabe a:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe c:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe d:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist. Dabei wird zudem klargestellt, dass Bedienstete von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei den genannten Ermittlungen durch Bedienstete des Bundeskartellamtes nicht nur passiv anwesend sein dürfen, sondern sich auch aktiv daran beteiligen dürfen. Dass dies auch bislang schon galt, ergab sich aus der Gesetzesbegründung zu § 30 Absatz 4 (BT-Drs. 15/3640, S. 61 f.) und entsprach auch der Kommentarliteratur (Schneider, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., Band 1, § 30 Rn. 20). Die Änderung bringt dies nun auch im Wortlaut klar zum Ausdruck. Zum anderen wird durch die Änderung ausdrücklich geregelt, dass Ermittlungsmaßnahmen, an denen Bedienstete von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union mitwirken dürfen, neben Durchsuchungen auch Vernehmungen sind. Dafür besteht ein praktisches Bedürfnis, insbesondere in Fällen grenzüberschreitender Kartelle. Auch hinsichtlich der Beteiligung von Bediensteten von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union an Vernehmungen ist es sinnvoll, dass diese aktiv mitwirken dürfen. Denn diese haben die besten Kenntnisse vom Fall und vom Markt, soweit der Fall ein Gebiet außerhalb Deutschlands betrifft.

**Zu Buchstabe e:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 28 :**

**Zu Buchstabe a:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Buchstabe b:**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 29 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 30:**

Das Bundesversicherungsamt und die zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder für die Krankenkassen werden als weitere Stellen benannt, mit denen die Kartellbehörden im Rahmen ihrer Aufgaben regelmäßig zusammenarbeiten. Damit ist sichergestellt, dass die Kartellbehörden bei der Anwendung des Kartellrechts auf die Krankenkassen im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit den Aufsichtsbehörden für die Krankenkassen zusammenarbeiten.

### **Zu Nummer 31:**

Durch die Änderung wird die Vorschrift des § 58 Absatz 2 an die im Straf- und Bußgeldverfahren geltende Rechtslage angepasst. Grund hierfür ist, dass in der Literatur der derzeit geltende Wortlaut als zwingend angesehen wird. Fristverstöße der Behörde im Verwaltungsverfahren führen zur Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme und zur Herausgabepflicht der Behörde (vergleiche Schmidt/Bach, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 58 Rn. 17 m.w.N.). Damit weicht die Regelung zu Lasten der Kartellbehörde von der im Straf- und Bußgeldverfahren geltenden und häufig angewendeten Regelung des § 98 Absatz 2 der Strafprozessordnung ab. Eine Angleichung an die Vorschrift des § 98 Absatz 2 der Strafprozessordnung ist sachgerecht. Die Asservate können erfahrungsgemäß nicht immer innerhalb von drei Tagen von der Kartellbehörde beim Amtsgericht vorgelegt werden. Die Möglichkeit der Betroffenen, gemäß § 58 Absatz 3 jederzeit Rechtsmittel gegen die Beschlagnahme einzulegen, bleibt unberührt.

Darüber hinaus wird eine Zuständigkeitskonzentration beim Amtsgericht Bonn erreicht, die zum Gleichlauf mit der ebenfalls geänderten Zuständigkeit gemäß § 59 Absatz 4 Satz 1 sowie gemäß dem geltenden § 46 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten i.V.m. § 98 Absatz 2 der Strafprozessordnung als allgemeiner (straf)prozessualer Zuständigkeitsregelung führt. Die Beschlagnahme bei Durchsuchungen im Kartellverwaltungsverfahren ist eine Ausnahme im Bereich des deutschen Verwaltungsrechts. Das Beweismaß für die Darlegung der Beschlagnahmenvoraussetzungen wird zukünftig durch ein aufgrund der Zuständigkeitskonzentration spezialisiertes Amtsgericht bestimmt. Zudem wird durch die Zuständigkeitskonzentration das unter der bisher geltenden Regelung in § 58 Absatz 2 und 3 erforderliche deutschlandweite Verschicken von teils umfangreichen beschlagnahmten Gegenständen durch die verschiedenen Amtsgerichte beziehungsweise die Kartellbehörde vermieden.

### **Zu Nummer 32 :**

#### **Zu Buchstabe a:**

Der neu eingefügte Satz 3 stellt klar, dass die Kartellbehörde die Form, in der Angaben zu machen sind, den betroffenen Unternehmen vorgeben kann. Insbesondere in Verfahren, in denen umfangreiche Daten angefordert und ausgewertet werden, wie etwa in Sektoruntersuchungen oder in Preismissbrauchsverfahren, können Daten in anderer als der von der Kartellbehörde vorgegebenen Form ansonsten praktisch unverwertbar sein. Bei elektronisch übermittelten Angaben kann die Kartellbehörde insbesondere eine Internetplattform zur Eingabe der Angaben vorgeben. In diesen Fällen wird sich der damit verbundene Aufwand für die Unternehmen und das Bundeskartellamt nicht unerheblich reduzieren.

#### **Zu Buchstabe b:**

Die Änderung bezweckt in Anlehnung an das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Zuständigkeitskonzentration für die Anordnung von Durchsuchungen. Bei Durchsuchungen im Verwaltungsverfahren haben sich in der Praxis des Bundeskartellamtes in der Vergangenheit häufiger Schwierigkeiten ergeben, für alle Durchsuchungsobjekte rechtzeitig eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu erwirken. Sind von einer Durchsuchung mehrere Objekte betroffen, die zur Zuständigkeit unterschiedlicher Amtsgerichte gehören, lässt sich der Durchsuchungserfolg nur gewährleisten, wenn sämtliche Zielobjekte gleichzeitig durchsucht werden. Das Kartellrecht stellt ein Spezialgebiet der Rechtsordnung dar und ist insoweit häufig dem jeweils für den Erlass des Durchsuchungsbeschlusses im Verwaltungsverfahren zuständigen Amtsrichter am Ort der Durchsuchung nicht so bekannt wie dem regelmäßig mit der Materie befassten Amtsrichter, so dass eine effektive Kontrolle unter Berücksichtigung der jeweiligen zeitlichen Zwänge erschwert wird. Dem lässt sich mit der Zuständigkeitskonzentration beim Amtsgericht am Sitz der Kartellbehörde abhelfen. Sie fördert durch eine größere Anzahl von Fällen die Sachkunde des zuständigen Richters, der damit seine Kontrollaufgabe besser und effektiver ausüben kann. Die Regelung

vollzieht deshalb für die Durchsuchung im Verwaltungsverfahren die in der Strafprozessordnung bereits erfolgte Zuständigkeitskonzentration im Ordnungswidrigkeitenrecht nach. Nach der Neufassung des § 162 Absatz 1 der Strafprozessordnung ist für die Anordnung der Durchsuchung im Verwaltungsverfahren stets das Gericht am Sitz der Kartellbehörde zuständig.

**Zu Buchstabe c:**

Absatz 5 erklärt § 55 der Strafprozessordnung für die zur Auskunft verpflichtete Person für entsprechend anwendbar, inhaltliche Änderungen sind damit nicht verbunden.

**Zu Nummer 33 :**

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die aufgrund des neu eingefügten § 31b erforderlich ist. Die Kartellbehörde hat auch bei Verfügungen nach § 31b Absatz 3 die Möglichkeit, einstweilige Anordnungen zu treffen.

**Zu Nummer 34 :**

Die Änderung stellt klar, dass nur an Zustellungsbevollmächtigte im Inland zugestellt werden kann. Damit wird der Sache nach die Regelung des § 39 Absatz 3 Nummer 6 GWB übernommen und der heutigen Praxis des Bundeskartellamtes entsprochen. Soweit ausländische Anwaltskanzleien oder Unternehmen letztlich Verfügungsadressaten sind, werden Korrespondenzanwälte oder Kanzleibüros in Deutschland eingeschaltet. Die gesetzliche Klarstellung ist angesichts der auf das Gebiet Deutschlands beschränkten Anordnungsbefugnis der Kartellbehörde und der auf die Zustellung im Inland beschränkten Auslösung von gesetzlichen Fristen erforderlich.

**Zu Nummer 35 :**

Es handelt sich um Folgeänderungen, die aufgrund der neu eingefügten § 31b und § 32 Absatz 2a Satz 1 erforderlich geworden sind. Auch Beschwerden gegen Verfügungen nach § 31b Absatz 3 haben aufschiebende Wirkung, weil dies auch nach bisher geltendem Recht der Fall war und es beabsichtigt ist, die derzeitige Rechtslage ohne materielle Änderungen in den aktuellen Gesetzestext zu übertragen.

In Fällen, in denen die Kartellbehörde eine Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile nach § 32 Absatz 2a Satz 1 anordnet, ist eine sofortige Vollziehbarkeit nur schwer zu rechtfertigen. Die betroffenen Unternehmen hätten sonst bei einem späteren Obsiegen regelmäßig nur sehr geringe Chancen, die rückerstatteten Vorteile von einer Vielzahl von Empfängern zurück zu erhalten. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, den Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen der Kartellbehörde im Regelfall aufschiebende Wirkung beizulegen. Sofern es im Einzelfall angezeigt erscheint, eine Rückerstattungsanordnung sofort zu vollziehen, bleibt es der Kartellbehörde unbenommen, die sofortige Vollziehbarkeit nach § 65 Absatz 1 anzuordnen, wenn dies in bestimmten Fällen im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse der Beteiligten geboten ist.

**Zu Nummer 36 :**

**Zu Buchstabe a:**

**Zu Doppelbuchstabe aa:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31a Absatz 1 für die Wasserwirtschaft. Mit der Regelung wird die bislang in § 80 Absatz 2 Nummer 1 i.V.m. Absatz 3 Nummer 6 GWB 1990 enthaltene Gebührenpflicht für die Anmeldung bestimmter Verträge bei der Kartellbehörde in diesem Bereich in den aktuellen Gesetzestext überführt.

**Zu Doppelbuchstabe bb:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31b. Sie sieht eine Gebührenpflicht für Verfügungen der Kartellbehörde nach § 31b Absatz 3 vor.

**Zu Doppelbuchstabe cc:**

Mit der Änderung der Nummer 3 wird klargestellt, dass auch die Einstellung eines Entflechtungsverfahrens nach § 41 Absatz 3 eine gebührenpflichtige Handlung des Bundeskartellamtes darstellt.

**Zu Doppelbuchstabe dd:**

Der Inhalt der bisherigen Nummer 3 wird als Folgeänderung in die neue Nummer 4 überführt.

**Zu Buchstabe b:**

**Zu Doppelbuchstabe aa:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31b. Sie sieht eine Gebührenobergrenze von 25.000 Euro für gebührenpflichtige Verfügungen der Kartellbehörde nach § 31b Absatz 3 vor.

Darüber hinaus wird vor dem Hintergrund der Erfahrungen in der behördlichen Praxis die Gebührenobergrenze für Verfügungen nach § 32c von 7.500 Euro auf 25.000 Euro angehoben. Die bisherige Gebühr von 7.500 Euro ist sowohl relativ im Verhältnis zu den Gebühren für Entscheidungen nach §§ 32 und 32b als auch absolut erheblich zu niedrig. Im Verhältnis zu den Gebühren für Entscheidungen nach §§ 32 und 32b, die bis zu 25.000 Euro betragen können, ist die bisherige Gebühr für Entscheidungen nach § 32c zu niedrig, weil alle drei Verfahren den gleichen Aufwand verursachen können. Zu Beginn eines Verfahrens ist regelmäßig noch nicht absehbar, ob eine Entscheidung nach §§ 32, 32b oder 32c ergeht. Erst im Laufe der Ermittlungen wird erkennbar, ob ein Verhalten unzulässig ist und eine Verpflichtung zur Abstellung nach § 32 verfügt wird. Ein Verhalten kann auch mit Verpflichtungszusagen zulässig werden, so dass diese nach § 32b für verbindlich erklärt werden oder aber gegebenenfalls nach Änderung zulässig sein können, so dass eine Entscheidung nach § 32c ergehen kann. Das neben der wirtschaftlichen Bedeutung für die Höhe der Gebühr maßgebliche Kriterium ist aber nicht die technische Einkleidung des Ergebnisses, sondern der Aufwand für das Verfahren. Die Praxis der Kartellbehörden zeigt (BKartA, Tank und Rast - Aktenzeichen B 8 - 95/10M; BKartA, 2G-National Roaming - Aktenzeichen B 7 - 73/08), dass Entscheidungen auf der Grundlage von § 32c das Ergebnis von sehr aufwändigen Verfahren sein können, die sich nicht von aufwändigen Verfahren, die zu Untersagungen führten, unterscheiden.

**Zu Doppelbuchstabe bb:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Änderung des § 80 Absatz 2 Nummer 2.

**Zu Doppelbuchstabe cc:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31a. Die bisherige Gebührenobergrenze betrug nach § 80 Absatz 2 Nummer 1 i.V.m. Absatz 3 Nummer 6 GWB a.F. (1990) 5.000 DM. In Anbetracht dieser seit über 20 Jahren nicht mehr angepassten Gebührenhöhe und der in der Zwischenzeit eingetretenen Preissteigerungen von durchschnittlich ca. 2% p.a. sieht die Norm zukünftig eine Gebührenobergrenze von 5.000 Euro für die Anmeldung wasserwirtschaftlicher Verträge nach § 31a Absatz 1 i.V.m. § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 vor. Bei der Bemessung der Gebühr sind weiterhin der sachliche und personelle Aufwand im Einzelfall zu berücksichtigen.

**Zu Doppelbuchstabe dd:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der neu eingefügten Nummer 3 in Absatz 1.

**Zu Buchstabe c:**

Die bisherige Regelung des Absatzes 4 Nummer 3 nimmt die Erteilung einer Ministererlaubnis von der Gebührenpflicht aus, wenn die vorangegangene Verfügung des Bundeskartellamtes nach § 36 Absatz 1 aufgehoben worden ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Vergleich dazu eine Gebührenpflicht im Fall einer Ministererlaubnis bestehen sollte, wenn durch die Ministererlaubnis eine Verfügung nach § 41 Absatz 3

aufgehoben worden ist. Die entsprechende Ergänzung des Tatbestandes um die Auflösungsverfügung stellt klar, dass auch in diesen Konstellationen keine Gebühren erhoben werden dürfen.

**Zu Buchstabe d:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der neu eingefügten Nummer 3 in Absatz 1.

**Zu Nummer 37 :**

**Zu Buchstabe a:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20.

**Zu Buchstabe b:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung des § 31b. Sie sieht eine Bußgeldbewehrung für die Fälle vor, in denen einer vollziehbaren Anordnung der Kartellbehörde nach § 31b Absatz 3 zuwider gehandelt wird.

**Zu Buchstabe c:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung durch die neu eingefügte Nummer 7.

**Zu Buchstabe d:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung durch die neu eingefügte Nummer 7.

**Zu Buchstabe e:**

Die Vorschrift dient in erster Linie dem Zweck, den Erlass eines Bußgeldbescheids gegen die nach § 81a auskunftspflichtige juristische Person oder Personenvereinigung zu ermöglichen (§ 30 OWiG), um auf diese Weise die Auskunftspflicht gegenüber der juristischen Person oder Personenvereinigung durchzusetzen. Von der Festsetzung eines Bußgeldbescheids gegen die für die juristische Person handelnde natürliche Person wird in der Regel abzusehen und das Verfahren gemäß § 47 OWiG einzustellen sein.

**Zu Nummer 38 :**

Seit der Einführung der Bonusregelung durch das Bundeskartellamt im Jahr 2006 hat die Verfolgung von Kartellabsprachen, insbesondere von so genannten Hardcore-Kartellen, stark zugenommen. Hierzu zählen unter anderem Absprachen zwischen Unternehmen über die Festsetzung von Preisen oder Absatzquoten sowie über die Aufteilung von Märkten. Solche Absprachen sind schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die sich für die Verbraucher grundsätzlich preistreibend auswirken und deshalb in hohem Maße wirtschafts- und sozialschädlich sind. Obwohl das Bundeskartellamt mittlerweile drei auf die Kartellverfolgung spezialisierte Beschlussabteilungen eingerichtet hat, die von einer Sonderkommission Kartellbekämpfung unterstützt werden, sind die Verfahren nach wie vor sehr komplex, aufwändig und langwierig. Anders als die Europäische Kommission müssen die Kartellbehörden in Deutschland in Bußgeldverfahren prinzipiell ohne jegliche Kooperation der betroffenen Unternehmen ermitteln. Dementsprechend müssen auch Informationen, die nicht die Tat selbst betreffen, sondern nur für die Festsetzung der Geldbuße von Bedeutung sind (Umsatzdaten, Konzernzusammenhänge), ermittelt werden. Im Rahmen solcher Ermittlungen sind bislang in einigen Fällen auch nochmalige Durchsuchungen erforderlich geworden, die sowohl für die Kartellbehörden als auch für die Unternehmen erheblichen zusätzlichen Aufwand verursachen. Der Europäischen Kommission, die ein Verfahren des Bundeskartellamtes, soweit es sich auf Artikel 101 oder 102 AEUV stützt, jederzeit an sich ziehen kann (Artikel 11 Absatz 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003), stehen hingegen bereits heute weitgehende bußgeldbewehrte Auskunftsrechte nach Artikel 18 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu.

Um die erfolgreiche Arbeit der Kartellbehörden weiter zu fördern, sieht der neue § 81a eine Regelung über Auskunftspflichten von juristischen Personen und Personenvereinigungen vor, die unter Wahrung der Verteidigungsinteressen den Abschluss von Kartellverfahren beschleunigen soll. Sie stellt einen abgewogenen

Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Ahndung von Kartellrechtsverstößen und der Wahrung der Verteidigungsinteressen dar.

Bei der Bemessung der Kartellgeldbußen von Nebenbetroffenen spielt, anders als bei anderen Wirtschaftsdelikten, der Umsatz in zweierlei Hinsicht eine maßgebliche Rolle. Zum einen ist der tatbezogene Umsatz, also der Umsatz, der von dem betroffenen Unternehmen mit den Produkten beziehungsweise Dienstleistungen, die mit der kartellrechtlichen Zuwiderhandlung in Zusammenhang steht, Ausgangspunkt für die Bemessung der Geldbuße. Zum anderen ist der Gesamtumsatz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr von Bedeutung, wenn es um die Frage geht, ob die nach den allgemeinen Grundsätzen ermittelte Geldbuße nach § 81 Absatz 4 Satz 2 gekappt wird. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren (vergleiche § 81 Absatz 4 Satz 3). Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die vorausgegangenem fünf Geschäftsjahre, weil die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei der Bußgeldbemessung berücksichtigen muss. Beruft sich ein Unternehmen darauf, gestattet ein Vergleich mit den vorangegangenen Geschäftsjahren eine Einschätzung, ob tatsächlich die zu verhängende Geldbuße die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bedroht oder die Bedrohung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht bereits durch das unternehmerische Handeln in der Vergangenheit angelegt war. Von Relevanz sind die vorausgegangenem Geschäftsjahre außerdem bei der Bestimmung der angemessenen Geldbuße gegenüber dem Rechtsnachfolger, dessen Höhe nicht die angemessene Geldbuße gegenüber dem Rechtsvorgänger übersteigen darf und in Fällen, in denen die Frage im Raum steht, ob eine unrechtmäßige Entreichung vorliegt oder nicht.

Absatz 1 Satz 1 legt den Normadressatenkreis fest und nennt die Tatsachen, über die Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben sind. Normadressaten sind nur juristische Personen und Personenvereinigungen. Anders als natürlichen Personen ist diesen verfassungsrechtlich keine Selbstbelastungsfreiheit garantiert. Die Selbstbelastungsfreiheit ist Ausfluss der Garantie der Menschenwürde, die auf juristische Personen und Personenvereinigungen nicht wesensgleich im Sinne von Artikel 19 Absatz 3 Grundgesetz anwendbar ist. Die Tatsachen, über die Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben sind, sind „tatterne“ Informationen. Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass sich die Auskunftspflicht auf die weltweiten Umsätze aller natürlichen und juristischen Personen erstreckt, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Dabei ist der Begriff der wirtschaftlichen Einheit im Sinne der ständigen Rechtsprechung der europäischen Gerichte auszulegen. Nach § 81a Absatz 1 Nummer 2 können Kartellbehörden beispielsweise auch gebietsbezogene Umsätze (seien es deutschlandweite, regionale oder lokale Umsätze) abfragen, indem sie das maßgebliche Gebiet als abstraktes Merkmal vorgeben.

Absatz 2 stellt klar, dass die Auskunfts- und Herausgabepflichten des Absatzes 1 entsprechend für die Erteilung einer Auskunft oder die Herausgabe von Unterlagen an das Gericht gelten.

Absatz 3 modifiziert die Auskunftspflichten der für die juristische Person oder Personenvereinigung handelnden natürlichen Person insofern, als letztere sich oder einen der in § 52 Absatz der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen durch die Auskunft selbst belasten würde.

**Zu Nummer 39 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 40 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 41 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Die notwendigen Schriftstücke in Absatz 2 Satz 2 umfassen die Kopien aller Schriftsätze sowie die Abschriften aller Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen. Absatz 2 Satz 3 wird gestrichen, da die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) mangels verdrängender bereichsspezifischer Vorschriften ohnehin unmittelbar zur Anwendung kommen. Der bestehende Verweis ist insofern überflüssig. Sollten Gerichte der Länder personenbezogene Daten übermitteln, richtet sich die Zulässigkeit nach den entsprechenden Vorschriften in den Landesdatenschutzgesetzen. Das BDSG ist in diesen Fällen nicht anwendbar.

**Zu Nummer 42 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 43 :**

Redaktionelle Anpassung an den Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

**Zu Nummer 44 :**

Die Regelungen in den Absätzen 1 bis 5 und 7 enthalten Übergangsvorschriften, die inzwischen außer Kraft getreten sind. Der Regelungsgehalt des Absatzes 6 wird in die neuen §§ 31 bis 31b überführt. Infolgedessen sind diese Vorschriften zu streichen und die verbleibenden Vorschriften umzubenennen.

Die bislang bis zum 31. Dezember 2012 befristete Geltungsdauer von § 29 wird um fünf Jahre bis zum 31. Dezember 2017 verlängert. Mit der Vorschrift haben die Kartellbehörden schärfere Instrumente zur Verfolgung von Missbräuchen durch marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung erhalten. Hintergrund waren Preisentwicklungen, die auf die Marktstruktur zurückgeführt wurden, da sich der Wettbewerb auf diesen Märkten noch nicht hinreichend entwickelt hatte. Die zusätzlichen Befugnisse im Vergleich zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht waren die nötige flankierende kartellrechtliche Maßnahme, um ein effektives Vorgehen gegen Preismissbräuche zu gewährleisten, bis die vom Gesetzgeber im Übrigen ergriffenen strukturellen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Energiebereich ihre Wirkung entfalten konnten. Die Einführung von § 29 hat die effiziente Durchführung von Preismissbrauchsverfahren im Energiebereich erheblich erleichtert und wesentlich dazu beigetragen, dass die durchgeführten Preismissbrauchsverfahren, etwa im Gasendkundenbereich und bei Heizstrom zügig und erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Befürchtungen, ein flächendeckendes Vorgehen des Bundeskartellamtes könnte neue Anbieter vom Markteintritt abhalten, haben sich nicht bewahrheitet. Dies hat etwa die Vielzahl neuer in den Gasmarkt eingetretener Anbieter gezeigt. Zwar hat sich die wettbewerbliche Entwicklung auf den Strom- und Gasmärkten auf Endkunden- und auch auf Großhandelsebene grundsätzlich positiv entwickelt. Dennoch verbleiben Bereiche der Energieversorgung, in denen der Übergang von monopolistisch geprägten Märkten zu Wettbewerbsmärkten nach wie vor nicht hinreichend gelungen ist. Zum besseren Schutz der Marktgegenseite vor Ausbeutungsmissbräuchen ist deshalb die befristete Verlängerung der Anwendbarkeit des § 29 im Strom- und Gasbereich geboten. Das gilt vor allem bei Heizstrom, kann aber, wie die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes gezeigt hat, zum Beispiel auch für Bereiche der Stromerzeugung und des Stromgroßhandels zum Tragen kommen.

**Zu Artikel 2 (Weitere Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen):**

Das durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S.

2966) verschärfte Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis in § 20 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 wird zunächst um fünf Jahre verlängert. Aus diesem Grund begrenzt Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 6 die Geltungsdauer der Vorschrift bis zum 31. Dezember 2017; danach tritt inhaltlich die bis zum 21. Dezember 2007 gültige Fassung wieder in Kraft.

### **Zu Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch):**

#### **Zu Nummer 1:**

Das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht werden auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der das Landessozialgericht Hessen in seinem Urteil vom 15. September 2011 (L 1 KR 89/10 KL) gefolgt ist, unterfallen Krankenkassen nicht dem Unternehmensbegriff des europäischen Rechts. Der Bundesgesetzgeber hat daher bei den letzten Novellierungen des § 69 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) auf Grund der nicht gegebenen Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen als Nachfrager von Leistungen lediglich eine „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angeordnet und damit das Verhältnis zwischen Krankenkassen und den Leistungserbringern unter den Schutz des Wettbewerbsrechtes gestellt. Mit der nun erfolgenden Neuregelung gelten das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht nicht mehr nur für die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, sondern ausdrücklich auch für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Versicherten sowie für Abreden und Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen, etwa für das abgestimmte Verhalten von Krankenkassen bei der Erhebung von Zusatzbeiträgen. Nach den Ausnahmeregelungen in § 69 Absatz 2 Satz 2 und 3 SGB V ist das Kartellrecht im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern nicht anwendbar auf die Verhaltensweisen der Krankenkassen, von deren Verbänden sowie des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen diese Institutionen gesetzlich verpflichtet sind. Dies ist sachgerecht, da die handelnden Institutionen in ihrem Verhalten festgelegt sind und somit keine Wettbewerbssituation besteht. Aus den gleichen Gründen ist auf die genannten Handlungsweisen nach Satz 3 das Kartellrecht nicht im Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten anwendbar. Somit ist die Festbetragsgruppenbildung durch den gemeinsamen Bundesausschuss nach § 35 Abs. 1 SGB V oder die Festsetzung von Festbeträgen durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 35 Absatz 3 SGB V einer kartellrechtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Gleiches gilt für die Vereinbarungen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmern über Erstattungsbeträge für Arzneimittel nach § 130b SGB V.

Satz 1 gibt den Krankenkassen vor, im Interesse ihrer Leistungsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenzuarbeiten. Auf dieser Vorschrift basierende Kooperationen und Arbeitsgemeinschaften sind weiterhin möglich und wünschenswert, so lange die dort vereinbarte Zusammenarbeit nicht wettbewerbswidrig nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist. Dabei berücksichtigen das Bundeskartellamt und die Gerichte etwa, dass Arbeitsgemeinschaften zu zusätzlichem Wettbewerb führen können (sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke) oder bei geringem Marktanteil den Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigen (vgl. dazu die Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes). Gemeinsame Verhaltensweisen der Krankenkassen, deren Schwerpunkt nicht in einer Beschränkung des Wettbewerbs, sondern in einer im Patienteninteresse sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung liegt, dürften kartellrechtlich unbedenklich sein. Zu nennen wäre hier etwa die Kooperationsgemeinschaft Mammographiescreening, die im Jahr 2005 von den damaligen Spitzenverbänden der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gegründet wurde, und deren Ziel es ist, ein bundesweit einheitliches Krebsfrüherkennungsprogramm zu organisieren. Auch die in §

212 Absatz 5 Satz 5 geregelte Möglichkeit, wonach die Ersatzkassen sich auf eine gemeinsame Vertretung auf Landesebene einigen können, bleibt grundsätzlich erhalten.

Darüber hinaus wird der bereits richterrechtlich entwickelte und aus der gesetzlichen Pflicht zur sachbezogenen Information und zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger aus den §§ 13 bis 15 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch (SGB I) und § 86 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) abgeleitete Unterlassungsanspruch einer Krankenkasse gegen unzulässige Werbemaßnahmen einer anderen Krankenkasse normiert (vergleiche den Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10. Juli 1989; Aktenzeichen GmS-OGB 1/88). Der Mitglieder- und Servicewettbewerb unter den Krankenkassen wird – soweit er sozialgesetzlich zugelassen ist – durch die Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung konkretisiert. Daneben ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auf Krankenkassen auf Grund der hier nicht gegebenen Unternehmenseigenschaft nach geltender Rechtslage nicht anwendbar, denn Krankenkassen treten ihren Mitgliedern nicht im geschäftlichen Verkehr, sondern in Erfüllung sozialgesetzlicher Aufgaben gegenüber. Krankenkassen stehen als Körperschaften des öffentlichen Rechts nur zur Erfüllung ihres sozialen Auftrags im Wettbewerb untereinander und sind dabei besonderen Beschränkungen unterworfen, die über die Anforderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hinausgehen. Gleichwohl lehnen sich die Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden an einzelne Wertungsmaßstäbe des Lauterkeitsrechts an, so dass sich auch für die gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung des sozialrechtlichen Unterlassungsanspruchs die Frage nach vergleichbaren verfahrensrechtlichen Regelungen stellt. Durch Verweis auf den entsprechend anwendbaren § 12 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) haben die Krankenkassen die Möglichkeit, einem unlauteren Wettbewerb im Wege der Abmahnung und des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem Sozialgerichtsgesetz (SGG) unter Beachtung einer gesetzlichen Dringlichkeitsvermutung entgegenzutreten. Die Anrufung der staatlichen Aufsichtsbehörden ist daneben möglich, da deren Zuständigkeit für die Überprüfung des Mitglieder- und Servicewettbewerbs unter den Krankenkassen im Hinblick auf das Lauterbarkeitsrecht unangetastet bleibt. Diese ist jedoch gegenüber einer schnellen außergerichtlichen oder gerichtlichen Klärung zwischen den Krankenkassen nicht vorrangig.

#### **Zu Nummer 2:**

Mit dieser Vorschrift werden die Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen für entsprechend anwendbar erklärt. Die grundsätzliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden im Sinne des § 90 SGB IV für die Genehmigung freiwilliger Vereinigungen von Krankenkassen nach den sozialrechtlichen Vorschriften bleibt hiervon unberührt.

Wie im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung üblich, ist bei der Frage der Marktbeherrschung nicht allein der durch die Vereinigung erzielte Marktanteil maßgeblich. Entscheidend ist die Marktsstellung unter Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, je nach relevantem Markt etwa gegenüber den Versicherten oder den Leistungserbringern. So ist zum Beispiel das Verhältnis von Krankenkassen und Leistungserbringern nach wie vor stark von so genannten Kollektivverträgen – also Verträgen zwischen mehreren Beteiligten oder ihren Verbänden auf beiden Seiten – geprägt, die ein Kräftegleichgewicht in der Regel sicherstellen. Dies kann sich jedoch in Zukunft ändern, wenn Krankenkassen vermehrt die bereits bestehenden Möglichkeiten des Abschlusses von Selektivverträgen nutzen.

#### **Zu Absatz 1:**

In Absatz 1 wird geregelt, welche Vorschriften des GWB bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen Anwendung finden. Die §§ 35 bis 43 GWB finden dabei nach

Maßgabe des Absatzes 2 entsprechende Anwendung, in dem Besonderheiten geregelt werden, die bei Vereinigungen von Krankenkassen im Zusammenspiel der Regelungen des GWB mit den Bestimmungen des SGB V zu beachten sind. Die Umsatzberechnung erfolgte bei den bislang beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben von Krankenkassen anhand der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nach § 266 SGB V, die durch Ausgleichszahlungen im Sinne des § 242b SGB V zu korrigieren sind, sowie Einnahmen aus Zusatzbeiträgen nach § 242 SGB V. Bei den Krankenkassen sind deshalb die Einnahmen aus Zuweisungen und Zusatzbeiträgen als Umsätze für die Umsatzschwellen der Fusionskontrolle heranzuziehen.

### **Zu Absatz 2:**

Satz 1 enthält eine Regelung, mit der das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB und das Genehmigungsverfahren nach dem SGB V aufeinander abgestimmt werden. Die zuständigen Aufsichtsbehörden genehmigen die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen (§ 144 Absatz 3 SGB V für die Vereinigung von Ortskrankenkassen, der nach § 150 Absatz 2 Satz 1, § 160 Absatz 1 Satz 3, § 168a Absatz 1 Satz 3, § 171a Absatz 1 Satz 3 SGB V auch für die Vereinigung von Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, Ersatzkrankenkassen sowie für die kassenartenübergreifende Vereinigung gilt). Mit dem Zeitpunkt, an dem die Vereinigung wirksam wird, sind die bisherigen Krankenkassen geschlossen und die neue Krankenkasse tritt in die Rechte und Pflichten der bisherigen Krankenkassen ein (§ 144 Absatz 4 SGB V). Eine anschließende Untersagung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt würde daher ins Leere laufen. Aus diesem Grund wird in Satz 1 angeordnet, dass die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörden nur erfolgen darf, wenn das Bundeskartellamt den Zusammenschluss nicht untersagt. Tritt das Bundeskartellamt innerhalb einer Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung nicht in das Hauptprüfverfahren ein, darf es den Zusammenschluss nicht untersagen (§ 40 Absatz 1 GWB) und die zuständigen Aufsichtsbehörden dürfen die Vereinigung daher genehmigen. Ansonsten entscheidet das Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren, ob der Zusammenschluss untersagt oder freigegeben wird (§ 40 Absatz 2 Satz 1 GWB). Der Zusammenschluss gilt als freigegeben, wenn die Verfügung nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung den anmeldenden Krankenkassen zugestellt wird (vgl. § 40 Absatz 2 Satz 2 GWB). Ist die Freigabe erfolgt, dürfen die zuständigen Aufsichtsbehörden die Genehmigung zur Vereinigung erteilen.

Für die Vereinigung zur Vermeidung der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse (so genannte Rettungsfusion) ist die in § 40 Absatz 2 Satz 2 GWB vorgesehene Frist von vier Monaten zu lang, weil schon vor Ablauf dieser Frist die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über Schließung oder Insolvenz getroffen werden muss. Durch die Regelung in Satz 2 wird die Frist für diese Ausnahmefälle auf sechs Wochen verkürzt und orientiert sich damit an der Frist von acht Wochen zwischen dem Erlass eines Schließungsbescheides durch die Aufsichtsbehörde und dem Wirksamwerden der Schließung nach den § 146a Satz 2, § 153 Satz 2, § 163 Satz 2 und § 170 Satz 2 SGB V. Durch eine beschleunigte Zusammenschlusskontrolle bleibt die Möglichkeit so lange wie möglich erhalten, kurzfristig vor Erlass des Schließungsbescheides noch ein Verfahren einzuleiten, um die Schließung durch Vereinigung zu vermeiden, und dieses rechtzeitig vor Wirksamwerden der Schließung abzuschließen.

Satz 3 bestimmt, dass neben die obersten Landesbehörden, denen nach § 40 Absatz 4 GWB vor einer Untersagung beziehungsweise nach § 42 Absatz 4 Satz 2 GWB vor der Entscheidung des Ministers Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, die für die Vereinigung nach dem SGB V zuständigen Aufsichtsbehörden treten. Die Aufsicht über die gesetzlichen Krankenkassen führen das Bundesversicherungsamt beziehungsweise die zuständigen Landesbehörden (§ 90 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV)).

Die Entflechtungsbefugnis nach § 41 Absatz 3 und 4 GWB ist für den Bereich der gesetzlichen Krankenkassen nicht erforderlich (Satz 4). Die freiwillige Vereinigung von

Krankenkassen bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden. Durch die Regelung in Satz 1 ist sichergestellt, dass eine Vereinigung nicht vor der Freigabe durch das Bundeskartellamt vollzogen werden kann. Überdies kann die Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen auch nicht rückgängig gemacht werden (siehe oben Begründung zu Satz 1).

**Zu Artikel 4 (Änderungen anderer Rechtsvorschriften):**

**Zu Absatz 1:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

**Zu Absatz 2:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 18 bis 20 GWB.

**Zu Absatz 3:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

**Zu Absatz 4:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

**Zu Absatz 5:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Neuregelung der §§ 19 und 20 GWB.

**Zu Absatz 6:**

Die Änderung der Gewerbeordnung zielt darauf ab, zukünftig bei vergaberechtlichen Entscheidungen auch zurückliegende kartellrechtliche Verstöße berücksichtigen zu können. Die Ergänzung ist erforderlich, weil die Vorschrift bislang vom Bundesamt für Justiz dahin ausgelegt wird, dass die darin nicht erwähnten Verurteilungen wegen Kartellordnungswidrigkeiten den Behörden und öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nummern 1 bis 3 und 5 des GWB nicht mitgeteilt werden dürfen, obwohl gemäß § 6 Absatz 5 Buchstabe c) und § 6 EG Absatz 6 Buchstabe c) der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) Bewerber von der Teilnahme ausgeschlossen werden können, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt.

**Zu Absatz 7:**

Die Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes bezweckt, kartellrechtliche Schadensersatzansprüche (zum Beispiel nach § 33 Absatz 3 GWB) nicht mehr in die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen fallen zu lassen. Aufgrund der Natur einer Absprache, die mindestens zwei Parteien benötigt, richten sich Kartellschadensersatzklagen häufig gegen mehrere Kartellteilnehmer, die als Gesamtschuldner haften. Kartelle erstrecken sich regelmäßig über einen längeren Zeitraum und sind sachlich, ökonomisch und rechtlich komplex. Dementsprechend sind auch die Ermittlung des Sachverhaltes und dessen ökonomische und rechtliche Bewertung, insbesondere hinsichtlich der Kausalität und des Schadens, in einem Prozess sehr aufwändig. Dieser Aufwand steigt noch weiter an, wenn der Fall ausländische Bezüge aufweist.

§ 87 GWB begründet die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Kartellzivilstreitigkeiten. § 89 GWB eröffnet die Möglichkeit, die Streitigkeiten nach § 87 GWB bei bestimmten Landgerichten auch für die Bezirke mehrerer Landgerichte zu konzentrieren. Bei den zuständigen Landgerichten ist entweder die allgemeine Zivilkammer als Kartellkammer oder die Kammer für Handelssachen als Kartellkammer zuständig. Denn kartellrechtliche Zivilstreitigkeiten sind nach § 95 Absatz 2 Nummer 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes Handelssachen. Dementsprechend ist nach §§ 96, 98 des Gerichtsverfassungsgesetzes, bei einem in der Praxis regelmäßig gestellten Verweisungsantrag des Beklagten, die Kammer für Handelssachen für die Kartellzivilsache zuständig. Nach § 105 Absatz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes

entscheidet diese grundsätzlich mit einem Mitglied des Landgerichts als Vorsitzenden und zwei ehrenamtlichen Richtern.

Die geänderte Norm weist kartellrechtliche Zivilsachen den Kollegialspruchkörpern der allgemeinen Zivilkammern zu. Diese können die mit den Schadensersatzansprüchen regelmäßig verbundenen komplexen sachlichen, ökonomischen und rechtlichen Fragen besser bewältigen als die meist mit nur einem Berufsrichter besetzte Kammer für Handelssachen.

**Zu Absatz 8:**

Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit wird auf die entsprechende Anwendung der Kartellaufsicht über Krankenkassen und ihre Verbände sowie die Zusammenschlusskontrolle nach den Vorschriften des GWB bei der Vereinigung von Krankenkassen ausgedehnt. Damit wird eine einheitliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte neben der bereits bisher geltenden Zuständigkeit für die Kontrolle von Vergabeverfahren auch für alle Verfahren vor den Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sichergestellt. Für Streitigkeiten von Versicherten oder Leistungserbringern mit Krankenkassen um die Anwendung und Auslegung sozialrechtlicher Vorschriften bleiben im Übrigen die Sozialgerichte zuständig.

**Zu Artikel 5 (Neubekanntmachung):**

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

**Zu Artikel 6 (Inkrafttreten, Außerkrafttreten):**

Die Vorschrift regelt das Inkraft- und Außerkrafttreten.

