

Eckpunkte einer 8. GWB-Novelle

I. Vorgaben des Koalitionsvertrags

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). So sollen weitere Elemente der europäischen Fusionskontrolle in das GWB übernommen werden. Das allgemeine Wettbewerbsrecht soll als Ordnungsrahmen grundsätzlich auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung Anwendung finden. Dazu gehört auch die Überprüfung des Rechtswegs. Im Interesse der Erhaltung der Meinungs- und Pressevielfalt sind das Medienkonzentrations- und das Pressekartellrecht zu überprüfen. Das Presse-Grosso soll ein unverzichtbarer Teil unserer Medienordnung bleiben. Zur Verbesserung der wettbewerblichen Strukturen auf den Energiemärkten soll eine Markttransparenzstelle eingerichtet werden. Diese soll gewährleisten, dass sich insbesondere im Stromgroßhandel die Preise zeitnah und transparent bilden.

Der Auftrag des Koalitionsvertrags, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen grundsätzlich auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung anzuwenden, wurde bereits umgesetzt. Das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG) sieht die entsprechende Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts auf Einzelverträge der Krankenkassen mit den Leistungserbringern vor. Zudem gilt für kartell- und vergaberechtliche Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern seit dem 1. Januar 2011 der Rechtsweg zu den Zivilgerichten. Zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas wird unabhängig von der 8. GWB-Novelle ein gesonderter Gesetzentwurf vorgelegt.

II. Zielrichtung der Novellierung

Das GWB hat sich mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in der Praxis bewährt. Grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf - über die Vorgaben im Koalitionsvertrag hinaus - besteht deshalb nicht. Die Zusammenarbeit im Netzwerk zwischen nationalen und europäischen Wettbewerbsbehörden hat sich, trotz teilweise unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Regelungen, gut entwickelt. Vor diesem Hintergrund soll die Novelle das GWB weiter optimieren und

seine Durchsetzung noch effizienter gestalten. Die Bundesregierung hat deshalb in ihrem Jahreswirtschaftsbericht 2011 angekündigt, die wettbewerblichen Rahmenbedingungen insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, der Bußgeldvorschriften und des Verfahrens bei Kartellverstößen weiter zu verbessern. Die bestehenden Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle sollen verringert werden, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu erreichen. Die nationalen Missbrauchsvorschriften gehen über das europäische Recht hinaus, da sie auch den Missbrauch relativer Marktmacht verbieten. Daran soll insbesondere wegen der hohen Bedeutung dieser Vorschriften für kleine und mittlere Unternehmen festgehalten werden. Die Regelungen sollen jedoch einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher gestaltet werden. Die Novelle soll die Position der Verbraucherverbände verbessern, indem sie angemessen an der privaten Durchsetzung des Kartellrechts beteiligt werden. Schließlich sollen die bestehenden Bußgeld- und Verfahrensvorschriften überarbeitet werden, um das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter zu machen. Im Bereich der Presse und des Presse-Grosso besteht aus Sicht des BMWi derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Zur Vorbereitung der 8. GWB-Novelle hat das BMWi im Juni 2010 eine Expertengruppe eingesetzt, deren Diskussionsergebnisse in diesen Eckpunkten berücksichtigt sind. Dies gilt auch für die Erkenntnisse, die eine von Mai 2008 bis Ende 2009 tätige Arbeitsgruppe aus Vertretern der betroffenen Ministerien (BMW, BMJ), der Kartellbehörden, des OLG Düsseldorf und der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf sowie aus Anwaltschaft und Wissenschaft zum Bereich Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht gewonnen hat. Die Novelle soll am 1. Januar 2013 in Kraft treten.

III. Eckpunkte der Novelle

Vor diesem Hintergrund ergeben sich folgende Eckpunkte:

1. Übernahme weiterer Elemente der europäischen Fusionskontrolle, insbesondere Ergänzung des materiellen Prüfkriteriums

Zwischen der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle bestehen trotz des grundsätzlich übereinstimmenden Ansatzes formell- und materiellrechtliche Unterschiede. Bei der Verabschiedung der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 bestand für eine Anpassung der materiellen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle weder eine Notwendigkeit noch ein ausreichender Erfahrungshintergrund, da die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) gerade erst in Kraft getreten war. Nachdem sich inzwischen die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gefestigt hat, erscheint eine Übernahme von weiteren Elementen der europäischen Fusionskontrolle sinnvoll, um das GWB weiter zu entwickeln.

- Das Bundeskartellamt muss nach geltendem Recht einen Zusammenschluss untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine **marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt** (§ 36 Abs. 1 GWB). Der materielle Prüfungsmaßstab war bis zum Jahr 2004 identisch mit dem der europäischen Fusionskontrolle. Letztere enthielt allerdings keine ausdrückliche Regelung über die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen (Abwägungsklausel). Seit 2004 ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der europäischen Fusionskontrolle nur noch ein Beispiel für die untersagungs begründende **erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs** (sog. **SIEC-Test**; „Significant Impediment of Effective Competition“). Das Untersagungskriterium des GWB wird dem Test in der europäischen Fusionskontrollverordnung angeglichen, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu erreichen.
- Im nationalen Recht dürfen **Bedingungen und Auflagen** bei der Freigabe einer Fusion nicht darauf gerichtet sein, die Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 GWB). Die europäische Fusionskontrollverordnung enthält kein entsprechendes ausdrückliches Verbot. Die

Kommission verhängt allerdings ebenfalls vorrangig strukturell wirkende Auflagen. Vor diesem Hintergrund wird geprüft, ob die Einschränkung von Verhaltenszusagen beibehalten werden soll.

- Die Einführung einer **Zweiten Inlandsumsatzschwelle** von 5 Mio. Euro (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB) im Jahr 2009 hat die Anmeldepflicht und die damit verbundenen Transaktionskosten für die Unternehmen sowie Verwaltungskosten für das Bundeskartellamt bei Fusionen ohne erhebliche Inlandsauswirkungen deutlich reduziert. Die Zweite Inlandsumsatzschwelle kann allerdings durch Aufspaltung größerer Transaktionen in mehrere kleinere umgangen werden. Deshalb soll zur Vermeidung von Umgehungsstrategien entsprechend der Regelung in der europäischen Fusionskontrollverordnung (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 FKVO) eine Zusammenrechnungsklausel eingeführt werden.
- Nach europäischem Recht ist bei **öffentlichen Übernahmen** der Vollzug von Zusammenschlüssen schon vor der Freigabe möglich (Art. 7 Abs. 2 FKVO). Da bei öffentlichen Übernahmeangebote teilweise sehr kurze Fristen zu beachten sind, soll eine entsprechende Regelung in das GWB eingefügt werden (§ 41 Abs. 1 GWB).
- Vom europäischen Recht abweichende Elemente, die sich in der deutschen Praxis bisher grundsätzlich bewährt haben, sollten beibehalten werden. Im Gegensatz zum europäischen Recht enthält das GWB **Vermutungstatbestände** für die Einzel-Marktbeherrschung und die Oligopol-Marktbeherrschung (§ 19 Abs. 3 GWB). An den **Marktbeherrschungsvermutungen** als solchen soll festgehalten werden. **Reformbedarf** besteht allerdings bei den **konkreten Marktanteilshöhen**, an die die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen anknüpfen. Insbesondere die Schwelle von einem Drittel für die Einzel-Marktbeherrschung soll angehoben werden, da sie nicht mehr die wirtschaftliche Realität abbildet. Des Weiteren soll aus derzeitiger Sicht auch die sog. **Abwägungsklausel** (§ 36 Abs. 1 2. Hs. GWB) bestehen bleiben, die trotz Marktbeherrschung die Freigabe eines Zusammenschlusses bei Vorliegen von Wettbewerbsverbesserungen ermöglicht. Erhalten bleibt auch das Instrument der **Ministererlaubnis** (§ 42 GWB), mit der Zusammenschlüsse, die aus wettbewerblichen Gründen vom Bundeskartellamt zu untersagen sind, aus politischen Allgemeinwohlgründen durch den Bundeswirtschaftsminister gestattet werden können. Im Gegensatz

zum europäischen Recht erfasst der **Zusammenschlusstatbestand** (§ 37 GWB) auch Minderheitsbeteiligungen und den Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses ohne Kontrollerwerb. Vor allem im Bereich der Energieversorgung kann das Bundeskartellamt damit den Wettbewerb wirksamer schützen. Daher wird dieser Tatbestand beibehalten.

2. Weitere Änderungen der nationalen Fusionskontrolle

- Nach der Praxis des Bundeskartellamtes ist seit der 7. GWB-Novelle bei vollzogenen, nicht angemeldeten Zusammenschlüssen zwingend ein Entflechtungsverfahren (§ 41 Abs. 3 GWB) durchzuführen. Das zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist wegen Verstoßes gegen das **Vollzugsverbot** zivilrechtlich unwirksam. Eine Heilung dieser Unwirksamkeit bei Zusammenschlüssen, die nicht die Untersagungsvoraussetzungen erfüllen, ist mangels „Freigabe“ nicht rechtssicher. Diese **Rechtsunsicherheit** bei Einstellung eines solchen Entflechtungsverfahrens soll **beseitigt** werden.
- Die **Bagatellmarktklausel** (§ 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB) nimmt Vorhaben von der Fusionskontrolle und Anmeldepflicht aus, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen. Dies ist mit der Notwendigkeit in Einklang zu bringen, dass die Voraussetzungen für eine Anmeldung für die Unternehmen klar und ohne größeren Ermittlungsaufwand feststellbar sind. Dies ist bisher oft nicht der Fall, da die Marktabgrenzung und das Volumen des jeweiligen Marktes bekannt sein müssen. Deshalb wird die Bagatellmarktklausel wieder, wie vor der 6. GWB-Novelle, der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet.
- Der Bundesrat hat verfassungsrechtliche Bedenken geäußert, auf die **Zusammenführung öffentlicher Einrichtungen in Folge landesgesetzlich angeordneter Gebietsreformen** die Vorschriften der Fusionskontrolle anzuwenden. Es wird deshalb geprüft, ob und wie sichergestellt werden kann, dass die Organisationshoheit der Länder bei der Anwendung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse im Zusammenhang mit gemeindlichen Gebietsneuordnungen gewahrt wird.

3. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen

Im Gegensatz zum europäischen Recht erfasst die Missbrauchsaufsicht im GWB nicht nur marktbeherrschende, sondern auch marktstarke Unternehmen („relative Marktmacht“). Die Vorschriften über das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen erfüllen eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Der Gestaltungsspielraum, den das europäische Recht für die Anwendung von strengeren Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen gewährt (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003), wird deshalb weiterhin genutzt.

- Ziel ist es, die bisherigen Regelungen der **Missbrauchsaufsicht** (§§ 19, 20) systematisch zu vereinfachen. Die Vorschriften sollen so strukturiert werden, dass die Normen anwenderfreundlicher und verständlicher werden, die bisherige umfangreiche Rechtsprechung aber weiterhin nutzbar bleibt. Ein neuer § 18 soll die Marktbeherrschung definieren. § 19 soll zukünftig ausschließlich das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung regeln, während § 20 missbräuchliche Verhaltensweisen von Unternehmen mit relativer Marktmacht zusammenfassen soll.
- Das **Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels** hat die Regelung verschärft, die das Auffordern oder Veranlassen zur Gewährung von Vorteilen verbietet (§ 20 Abs. 3 Satz 2 GWB), und auch den nur gelegentlichen Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB). Diese **Verschärfungen** des **§ 20 GWB** sind bis Ende 2012 befristet und sollen vor dem Hintergrund der behördlichen und gerichtlichen Praxis **auslaufen**.
- Das **gleiche Gesetz** hat das Verbot einer **Preis-Kosten-Schere** für alle Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 GWB) normiert und **Preismissbräuche** durch **marktbeherrschende Strom- und Gasanbieter** in § 29 GWB **definiert**. Diese Regelung erleichtert den Kartellbehörden, die Preismissbrauchsaufsicht wahrzunehmen. Beide Vorschriften sind ebenfalls bis Ende 2012 befristet, **sollen aber verlängert werden**. Insbesondere im Mineralölbereich bestehen nach wie vor unbillige Behinderungsmöglichkeiten in Form von

Preis-Kosten-Scheren, und im Energiebereich herrscht immer noch kein **strukturell gesicherter Wettbewerb**.

- Das GWB sieht keine ausdrückliche Regelung vor, bei kartellrechtswidrigem Verhalten sog. **strukturelle Maßnahmen** treffen zu können. Damit unterscheidet es sich vom europäischen Recht (Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003), das neben Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter Art ausdrücklich auch solche struktureller Art gestattet. Solche strukturellen Maßnahmen können Eingriffe in die Unternehmenssubstanz bis hin zur Entflechtung umfassen. Die allgemeinen Befugnisse der Kartellbehörden für Abstellungsmaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen (§ 32 GWB) werden deshalb um das Instrument der **Entflechtung** ergänzt. Dafür wird § 32 Abs. 2 GWB dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der VO 1/2003 angepasst. Damit wird die in der 7. GWB-Novelle begonnene Angleichung der Befugnisse der nationalen Kartellbehörden an die der Europäischen Kommission komplettiert.
- Zusätzlich sollen die Kartellbehörden in § 32 GWB die ausdrückliche Befugnis erhalten, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die **Rückerstattung** erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen.
- Die **Wasserversorgung** unterliegt einer besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. In einer Grundsatzentscheidung hat der BGH das kartellrechtliche Instrument der verschärften Missbrauchskontrolle zur Prüfung von Wasserpreisen bestätigt und zudem die gleichzeitige Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§§ 19, 32 GWB) nicht ausgeschlossen (Wasserpreise Wetzlar). Die Freistellung des Wasserbereichs von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts (z.B. Freistellung von Gebietsschutzabreden vom Kartellverbot) und dessen Ausnahmenvorschriften (§ 103 GWB a.F.) sind seit der 6. GWB-Novelle in einer Übergangsvorschrift geregelt. Die Vorschriften sollen in den aktuellen Gesetzestext aufgenommen werden.

4. Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht

Das Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht soll insbesondere durch beschleunigte Verfahren effektiver werden. Dies war das einhellige Ergebnis einer hierfür von Mai 2008 bis Ende 2009 tätigen Arbeitsgruppe aus Vertretern der zuständigen Ministerien (BMW, BMJ), der Kartellbehörden, des OLG und der Generalstaatsan-

waltschaft Düsseldorf sowie aus Anwaltschaft und Wissenschaft. Das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission haben in den vergangenen Jahren die Kartellverfolgung erheblich verstärkt. Die sog. Kronzeugen-Regelung hat sich in Deutschland und in der Europäischen Union bewährt. Da das europäische neben dem deutschen Kartellrecht parallele Anwendung findet und die ökonomische Analyse der Fälle stetig zunimmt, steigt auch der Veränderungsdruck auf das deutsche Verfahrensrecht.

- Gesetzliche Lücken bei der **Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung** (§ 30 OWiG) sollen im Lichte einer in Kürze zu erwartenden **Entscheidung des BGH** geschlossen werden. Die Rechtsnachfolge unterliegt nach der Rechtsprechung sehr engen Grenzen. Das kann dazu führen, dass die Bebußung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens in der Praxis unmöglich ist, da die zu bebußenden Unternehmen z.B. aufgrund von Fusionen, Verschmelzungen oder konzerninternen Umstrukturierungen nicht mehr mit dem ursprünglichen Haftungsobjekt wirtschaftlich identisch und damit haftungstechnisch keine Rechtsnachfolger sind.
- Die **einfachgesetzlichen Aussageverweigerungsrechte** betroffener **juristischer Personen** sollen im Hinblick auf unternehmens- und marktbezogene Daten eingeschränkt werden. Unternehmen müssen sich derzeit in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen nicht äußern. Dies kann zu einer Verlängerung der Verfahren und zu aufwändigen Nachermittlungen durch die Kartellbehörden führen. Bei den Änderungen wird den grundrechtlichen Anforderungen und dem Rechtsstaatsprinzip Rechnung getragen.
- Das **Mündlichkeitsprinzip** bzw. der Unmittelbarkeitsgrundsatz in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren soll so eingeschränkt werden, dass das Gericht schriftliche Informationen (z.B. ökonomische Gutachten) einfacher und ohne Zustimmung der anderen Verfahrensbeteiligten in das Verfahren einführen kann. Dies entlastet die Gerichte, die Generalstaatsanwaltschaft und das Bundeskartellamt.
- Den Kartellbehörden wird im gerichtlichen Beschwerdeverfahren ein eigenes **Fragerecht** eingeräumt, das sich inhaltlich an die bestehende Regelung in der Abgabenordnung anlehnt.

5. Angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Die Position der Verbraucherschutzorganisationen wird durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung - mit Ausnahme von Schadensersatzansprüchen - verbessert.

- Qualifizierten Einrichtungen, d.h. insbesondere den **Verbraucherverbänden**, soll sowohl ein Unterlassungsanspruch als auch ein **Anspruch auf Vorteilsabschöpfung** für den Fall von Masse- und Streuschäden **ingeräumt** werden. Dabei wird an das bewährte System des Rechtsschutzes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) angeknüpft. Sammelklagen werden nicht eingeführt.
- Auch die von den entsprechenden Regelungen des GWB bislang nicht erfassten **Verbände der Marktgegenseite** (z.B. Markenverband) sollen in Zukunft klagebefugt sein.

6. Weitere Änderungen

Sofern sich aus der kartellbehördlichen oder -gerichtlichen Praxis weiterer Änderungsbedarf ergeben sollte, wird diesem im Rahmen der Novelle ebenfalls Rechnung getragen.