



Bonn, den 30. November 2011

## **Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle**

Das Bundeskartellamt begrüßt den Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle und stimmt den vorgeschlagenen Änderungen im Wesentlichen zu.

Im Bereich der Fusionskontrolle ist der SIEC-Test in einen Verfahrenskontext eingebettet, der dem Bundeskartellamt und den Gerichten weiterhin eine effektive Fusionskontrolle erlaubt. Allerdings sollte für den Test eine abschließende Auslegungskompetenz der deutschen Gerichtsbarkeit festgelegt werden, um für die Unternehmen belastende erhebliche Verlängerung der Verfahren durch Vorlagen zum Europäischen Gerichtshof zu verhindern. Für eine Änderung im Bereich der Pressefusionskontrolle sieht das Bundeskartellamt keinen Handlungsbedarf. Die derzeitige Pressefusionskontrolle dient der Pressevielfalt und belastet die betroffenen Unternehmen nicht übermäßig. Dringend gesetzlicher Regelung bedarf die Fusionskontrolle von gesetzlichen Krankenkassen.

Im Bereich der Kartellverfolgung befürwortet das Bundeskartellamt in dem geltenden System paralleler Verfolgungszuständigkeiten der nationalen Kartellbehörden und der Europäischen Kommission ein auf einheitlichen Grundprinzipien beruhendes, eigenständiges Verfahrensrecht. Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen lösen einige Detailprobleme, lassen aber noch einige erhebliche Lücken, die eine effektive Sanktionierung von Kartellverstößen erschweren und zum Teil sogar verhindern. Insbesondere Regelungen zur Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung und Aufsichtspflichten im Konzern sind unentbehrlich, aber im derzeitigen Referentenentwurf nicht enthalten. Auch die zur Akteneinsicht und zu Gerichtsverfahren im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen sollten noch wesentlich stärker den Bedürfnissen kartellrechtlicher Verfahren Rechnung tragen.

Im Bereich Wasser und Fernwärme plädiert das Bundeskartellamt für eine Intensivierung der Missbrauchsaufsicht. So ist die Wasserwirtschaft einer der letzten großen Mo-

nopolbereiche in der Daseinsvorsorge. Allerdings folgt nur die Aufsicht über privatrechtlich organisierte Unternehmen der strikten kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle. Um Verbraucher vor überhöhten Gebühren zu schützen, wäre auch die kartellrechtliche Aufsicht über die Gebührenerhöhung öffentlich-rechtlicher Versorger wünschenswert. Auch Fernwärmeversorger sind innerhalb ihres Versorgungsnetzgebietes in aller Regel Monopolisten. Eine Übernahme der verschärften Preismissbrauchsaufsicht nach § 29 GWB erscheint daher geboten, um die Preisgestaltung auch bei der Fernwärme einer wirksameren kartellrechtlichen Kontrolle unterziehen zu können.

Die Ausweitung der Berechtigung von Verbraucherverbänden, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu erheben, begrüßt das Bundeskartellamt. Weitergehende Forderungen nach einer Berechtigung von Verbraucherverbänden zur Vorteilsabschöpfung im Interesse ihrer eigenen Finanzierung lehnt das Bundeskartellamt dagegen ab.

## **A. Modernisierung der deutschen Fusionskontrolle**

### **I. Übernahme des SIEC-Tests**

Bei der Übernahme des SIEC-Tests in das GWB ist seine Einbettung in einen Verfahrenskontext, der dem Bundeskartellamt und den Gerichten weiterhin eine effektive Fusionskontrolle erlaubt, von entscheidender Bedeutung. Dem trägt der Referentenentwurf Rechnung. Eine wichtige Verbesserung wäre allerdings, die Vorlagefähigkeit an den Europäischen Gerichtshof auszuschließen.

1. Im Referentenentwurf wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der SIEC-Test eine Erfassung aller wettbewerblich kritischen Fälle ermöglicht. Es mag sein, dass hierin ein Vorteil des neuen Tests liegt, obwohl auch eine Fortentwicklung der Auslegung des Marktbeherrschungstests durchaus möglich wäre. Konzeptionell ist es im Rahmen des SIEC-Tests aber wahrscheinlich leichter als mit dem Marktbeherrschungstest, nicht-koordinierte Effekte in komplexen Oligopolsachverhalten (z.B. differenzierte Produkte in engen Oligopolmärkten) zu erfassen.

Eine verstärkte ökonomische Ausrichtung der Fusionskontrolle wird im Referentenentwurf nicht als Argument für den Testwechsel aufgeführt. Vielmehr wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das Bundeskartellamt unter dem bisherigen Marktbeherrschungstest verstärkt ökonomische Konzepte und Methoden berücksichtigt und anwendet. Die Wirkung des SIEC-Tests wird sich daher darauf beschränken, diese Tendenz zu unterstützen.

Schließlich wird im Referentenentwurf darauf hingewiesen, dass die Einführung des SIEC-Tests nicht zu Rechtsunsicherheit führen wird. Dem ist grundsätzlich beizupflichten, wenn auch zu dem Marktbeherrschungskriterium bislang noch eine weit reichhaltigere Fall- und Rechtsprechungspraxis vorliegt. Diese wird auch in Zukunft maßgeblich sein, wie der Referentenentwurf richtigerweise betont, da das Marktbeherrschungskriterium als Regelbeispiel erhalten bleibt.

2. Die Vermutungsschwellen sind ein wichtiger Teil des Verfahrenskontexts, der vom Referentenentwurf beibehalten wird. Das wird nachdrücklich begrüßt. Die Vermutungsregeln setzen für die Zusammenschlussbeteiligten Anreize, dem Bundeskartellamt alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorzulegen. Das ist wichtig, um innerhalb der kurzen Fristen einer Fusionskontrollprüfung richtige Entscheidungen treffen zu können. Damit werden die Zusammenschlussbeteiligten gegenüber der europäischen Fusionskontrolle auch nicht schlechter gestellt. Im europäischen Verfahren wird diese Funktion nämlich durch die - im Unterschied zum deutschen Recht - sehr weitgehenden Informationsanforderungen an die Anmeldung (Form CO) und die Ausgestaltung des Verfahrens vor Einreichung der Anmeldung erfüllt. Die Vermutungsschwellen sind gerade kein Ersatz für eine tiefgehende Prüfung sondern ermöglichen sie erst. Daher weist der Referentenentwurf zu Recht auch daraufhin, dass der Amtsermittlungsgrundsatz gilt und auch die Umkehr der Beweislast (der Oligopolvermutung) in gewissem Umfang einschränkt.

Im gerichtlichen Verfahren ermöglichen die Vermutungsschwellen dem Richter, die gerichtliche Überprüfung zu fokussieren und praktikabel zu halten. Wenn das Bundeskartellamt seine Verpflichtungen im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes erfüllt hat, kann das Gericht komplexe wirtschaftliche Sachverhalte mit einer praktikablen Kontrolldichte überprüfen. Im Kontext der europäischen Fusionskontrolle hat der europäische Richter mit der Anerkennung eines Einschätzungsspielraums der Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten ein vergleichbares Instrument. Es ermöglicht dem Richter, die gerichtliche Überprüftiefe im Einzelfall handhabbar zu halten und gleichzeitig flexibel dort eine besonders vertiefte Überprüfung vorzunehmen, wo das notwendig erscheint.

3. Aus Sicht des Bundeskartellamts muss der Referentenentwurf im Hinblick auf die Vorlagefähigkeit noch verbessert werden. Die Begründung sollte klarer zum Ausdruck bringen, dass sich der deutsche SIEC-Test zwar an dem Vorbild aus dem europäischen Recht orientiert, seine Auslegung aber nicht der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof unterliegen soll. Der Gesetzesbegründung wird in dieser Frage seitens der Europäischen Gerichte erhebliche Bedeutung beigemessen. Mit der Vorlagefähigkeit würde sich die gerichtliche Überprüfung der Fusionskontrollentscheidungen des Bundeskartellamts in zahlreichen Verfahren erheblich verzögern, da die durchschnittliche Verfahrensdauer bei Vorlagefragen derzeit rund 16 Monate beträgt. Dies wäre sowohl für das Bundeskartellamt als auch für die betroffenen Unternehmen nachteilig. Außerdem erscheint eine weitgehende Orientierung an der europäischen Rechtslage ausreichend. Die Beibehaltung abweichender Regelungen in der materiellen Fusionskontrolle – insbesondere in Bezug auf die Abwägungsklausel und die Ministererlaubnis – rechtfertigen es, eine Übernahme aller Rechtsentwicklungen des SIEC-Tests auf europäischer Ebene nicht automatisch vorzugeben. Schon bei der jetzt vorgeschlagenen Gesetzesfassung sprechen gesetzessystematische Argumente gegen eine Vorlagefähigkeit. So wird in dem lediglich formal neugefassten § 18 GWB der vom BGH geprägte Marktbeherrschungsbegriff normiert. Innerhalb des GWB müsste somit auch das Regelbeispiel der

Marktbeherrschung im Rahmen des SIEC-Tests durch § 18 GWB geprägt werden. der der europäischen Auslegung nicht unterliegt.

## II. Modernisierung weiterer Regelungen im Bereich der Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt begrüßt die Übernahme von verschiedenen Regelungen aus der europäischen Fusionskontrolle. Dem Referentenentwurf ist auch insoweit eine Modernisierung mit Augenmaß gelungen. Die Regelungen der deutschen Fusionskontrolle werden weiter verbessert, wo dies sinnvoll ist. Auf eine überschießende Angleichung wird zu Recht verzichtet.

1. Begrüßt wird insbesondere die Übernahme folgender Regelungen aus dem europäischen Recht:
  - Zusammenrechnung von mehreren Transaktionen zwischen denselben Unternehmensgruppen innerhalb von zwei Jahren (**§ 38 Abs. 5 Satz 3 GWB-E**). Diese Regelung ist eine notwendige Ergänzung nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle.
  - Fristhemmung bei zu vertretender nicht rechtzeitiger Beantwortung von Auskunftersuchen durch ein anmeldendes Unternehmen (**§ 40 Abs. 2 Satz 5-6 GWB-E**). Die rechtzeitige Vorlage der angeforderten notwendigen Informationen ist essentiell für eine funktionsfähige Fusionskontrolle, zumal in Deutschland für eine Anmeldung im internationalen Vergleich nur sehr wenige Pflichtangaben verlangt werden.
  - Fristverlängerung bei erstmaliger Vorlage von Vorschlägen für Bedingungen oder Auflagen (**§ 40 Abs. 2 Satz 7 GWB-E**). Markttest und Verhandlung von Vorschlägen verlängern zwangsläufig die Prüfungsdauer, daher erleichtert eine automatische Fristverlängerung das Verfahren.
  - Heilung der Unwirksamkeit von Vollzugshandlungen bei nachträglicher Anzeige eines Zusammenschlusses und nach Abschluss der nachträglichen Prüfung (**§ 41 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB-E**). Diese Klarstellung ist notwendig, um Unsi-

cherheiten bei der Auslegung zu beseitigen. Eine fortdauernde Unwirksamkeit nach der Prüfung wäre eine überschießende Sanktion.

2. Begrüßt wird auch, dass insbesondere folgende bewährte Regelungen aus dem deutschen Fusionskontrollrecht beibehalten wurden:

- Zusammenschlusstatbestände auch bei Minderheitsbeteiligungen (wettbewerblich erheblicher Einfluss, Anteilserwerb ab 25%). Negative wettbewerbliche Effekte können auch durch Minderheitsbeteiligungen verursacht werden, wie sich insbesondere in der Praxis vertikaler Verflechtungen im Energiebereich gezeigt hat.
- Zusammenschlusstatbestände des Vermögenserwerbs und des Anteilserwerbs. Diese Zusammenschlusstatbestände sind oft sehr viel leichter zu handhaben als der parallel dazu anwendbare Kontrollerwerb, der auch in wettbewerblich einfach gelagerten Fällen eine sehr aufwändige und komplexe Zuständigkeitsprüfung erfordert. Auf diese Zusammenschlusstatbestände kann daher nicht verzichtet werden.
- Keine zwingende Integration der Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in die Fusionskontrolle. Im deutschen Recht würde dies auf sehr viel mehr Fälle Anwendung finden als im europäischen Recht. Innerhalb der kurzen Monatsfrist für das fusionskontrollrechtliche Vorprüfverfahren (die im deutschen Verfahren auch nicht durch quasi-obligatorische Vorgespräche verlängert wird) ist diese Prüfung in den meisten Fällen nicht zu bewältigen.
- Beibehaltung der Bagatellmarktklausel bei Verschiebung in die materielle Fusionskontrolle. Die Anwendung der Bagatellmarktklausel erfordert u.a. eine Markt-abgrenzung und Ermittlung des Marktvolumens. Für die Anmelder ist das mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, daher erleichtert die Verschiebung die Bestimmung der Anmeldepflicht.
- Ausdrücklicher Ausschluss von Nebenbestimmungen, die eine laufende Verhaltenskontrolle erfordern. Auch in der Praxis der Kommission werden Nebenbestimmungen nicht akzeptiert, deren Umsetzung nicht effektiv kontrolliert werden

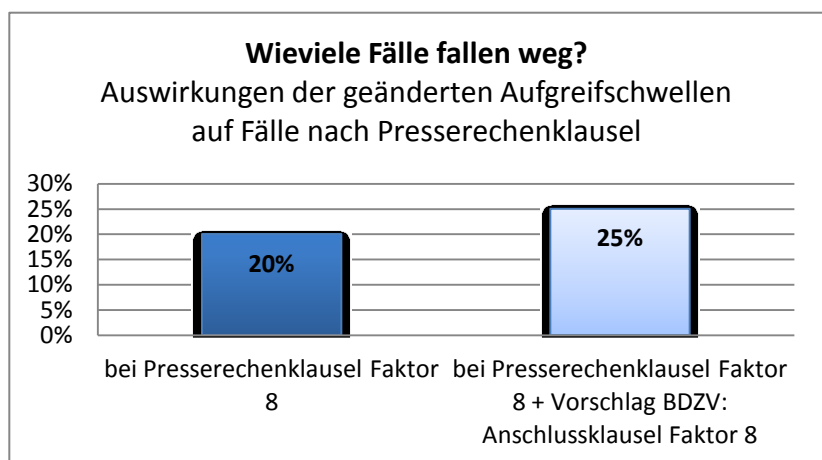
kann und die daher nicht wirksam sind. Die ausdrückliche Regelung im GWB erreicht dieses Ziel noch effektiver, indem solche Vorschläge bereits in der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen werden.

## B. Pressefusionsregelungen

Das Bundeskartellamt sieht die im Referentenentwurf vorgeschlagene Änderung der Anmeldeschwellen für Fusionen im Pressebereich kritisch. Die Absenkung des Umsatzberechnungsfaktors vom Zwanzigfachen auf das Achtfache (**§ 38 Abs. 3 Satz 1 GWB-E**) wirkt sich als erhebliche Anhebung der Anmeldeschwellen aus:

Derzeit geltende Regelung (Umsätze x 20)	Referentenentwurf (Umsätze x 8)
Anmeldepflicht bei: - insg. weltweiten Umsatzerlösen $\geq$ <b>25 Mio.€ +</b> - 1. Unternehmen Inlandsumsatz $\geq$ <b>1,25 Mio.€ +</b> - 2. Unternehmen Inlandsumsatz $\geq$ <b>250.000€.</b>	Anmeldepflicht erst bei: - insg. weltweiten Umsatzerlösen $\geq$ <b>62,5 Mio.€ +</b> - 1. Unternehmen Inlandsumsatz $\geq$ <b>3,125 Mio.€ +</b> - 2. Unternehmen Inlandsumsatz $\geq$ <b>625.000€.</b>

Senkt man die Presserechenklausel auf den Faktor 8 ab, fallen künftig rd. 20% der Pressezusammenschlüsse aus der Fusionskontrolle heraus (Schätzung auf der Grundlage der dem Bundeskartellamt in der Vergangenheit angemeldeten Fusionen). Es ist zu befürchten, dass dadurch der Wettbewerb und die Pressevielfalt eingeschränkt würden. Eine exakte Angabe der in Zukunft ohne Fusionskontrolle durchführbaren Zusammenschlüsse im Zeitungs-, Zeitschriften- und Radiobereich ist ohne weitere Untersuchungen nicht möglich. Die derzeit bestehenden Anmeldeschwellen führen dazu, dass entsprechende Fusionspläne teilweise bereits im Vorfeld aufgegeben



werden, ohne dass es zu einer Anmeldung beim Bundeskartellamt kommt. Daher ist zu

befürchten, dass mehr kleinen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen ein Aufkauf droht als bislang bekannt. Der Schutz, den die Präventivwirkung der Fusionskontrolle bisher entfaltet, wird durch das Anheben der Anmeldeschwellen eingeschränkt.

Vor diesem Hintergrund begrüßt das Bundeskartellamt, dass der Referentenentwurf die weiteren Vorschläge von BDZV und VDL nicht aufgreift, sondern an den bislang geltenden Regelungen zur Anschlussklausel und zur Bagatellmarktklausel festhält. Die Zahl der Mehrzeitungskreise ist bereits seit einigen Jahren rückläufig, die geforderte Einschränkung der Pressefusionskontrolle würde diese Tendenz zusätzlich verstärken, da kleine Zeitungen und Zeitschriften künftig einfacher aufgekauft werden können.

<b>Derzeit geltende Regelung (Umsätze x 20)</b>	<b>Vorschlag von BDZV und VDL (Umsätze x 8)</b>
Bagatellmarkt bei < <b>750.000 €</b>	Bagatellmarkt bei < <b>1,875 Mio. €</b>
Anschlussklausel <b>gilt nicht.</b>	Anschlussklausel <b>f. Unternehmen &lt; 1,25 Mio. €</b>

Die Anschlussklausel findet für den Pressebereich bislang zu Recht keine Anwendung (**§ 35 Abs. 2 Satz 1 GWB-E**). Würde man die Anschlussklausel (mit Faktor 8) einführen, könnten – unabhängig von den in § 35 Abs. 1 GWB normierten Anmeldeschwellen – künftig alle konzernfreien Presseunternehmen mit einem weltweiten Umsatz von weniger als 1,25 Mio. € (d.h. fünfmal höherem Umsatz als bislang) fusionskontrollfrei aufgekauft werden.

Bei der Bagatellmarktklausel hält der Referentenentwurf am bislang geltenden Umsatzberechnungsfaktor 20 fest (**§ 38 Abs. 3 Satz 1 GWB-E**). Würde man für die Bagatellmarktklausel stattdessen den abgesenkten Faktor 8 ansetzen, wären künftig in mehr als 20% der Pressezusammenschlüsse auch Bagatellmärkte betroffen. Damit würde sich die Zahl der Märkte, auf denen keine Fusionskontrolle mehr stattfindet, noch einmal deutlich erhöhen, mit nachteiligen Auswirkungen auf Wettbewerb und Pressevielfalt vor allem im Bereich der Lokal- und Regionalpresse.



## **C. Anwendung des Kartellrechts auf Krankenkassen**

Das Bundeskartellamt sieht dringenden Handlungsbedarf bei der Geltung des Kartellrechts für gesetzliche Krankenkassen. Dies gilt sowohl für Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht als auch für die bislang bereits regelmäßig durch das Bundeskartellamt vorgenommene Zusammenschlusskontrolle.

Die vertikalen Leistungsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern unterliegen nach geltender Rechtslage zwar bereits ausdrücklich weitgehend dem Kartellrecht. Nach einem jüngst vom LSG Hessen erlassenen Urteil (i.S. Zusatzbeiträge v. 15.09.2011) fehlt es für die Anwendung des Kartellrechts auf die Wettbewerbsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen untereinander aber sowohl an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung als auch an der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen.<sup>1</sup> Das Bundessozialgericht hatte bereits zuvor die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen im Sinne des europäischen Kartellrechts verneint (zuletzt Urteil vom 22.06.2010). Die vom Parlament eröffneten wettbewerblichen Verhaltensspielräume der gesetzlichen Krankenkassen, vor allem durch Zusatzbeiträge, Bonusprogramme und Wahltarife, können in Folge dessen nicht mehr vom Bundeskartellamt geschützt werden, weil es insoweit an einer hinreichenden gesetzlichen Regelung fehlt. Dies widerspricht dem im Koalitionsvertrag niedergelegten Ziel der Regierungskoalition, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen auch in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Anwendung zu bringen.

Es wird aus dem genannten Urteil außerdem deutlich, dass auch für die bislang zum Schutz wettbewerblicher Strukturen durchgeführte Zusammenschlusskontrolle bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen kein Raum bleibt. Auch hier ist eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erforderlich. Vor dem Hintergrund des Urteils des LSG Hes-

---

<sup>1</sup> Das Bundeskartellamt hat trotz bestehender erheblicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidungsgründe davon abgesehen, den Rechtsstreit weiter zu führen. Aus den bisherigen Verfahren ist absehbar, dass bei den Sozialgerichten kein anderes Ergebnis erreicht werden kann, und dies den entstehenden hohen Aufwand und die erheblichen Kosten nicht gerechtfertigt hätte.

sen reicht die Gesetzesbegründung zu § 171a SGB V zur Anwendung der Fusionskontrolle auf gesetzliche Krankenkassen nicht aus, um Rechtssicherheit für die gesetzlichen Krankenkassen und das Bundeskartellamt zu schaffen. Ohne hinreichende gesetzliche Grundlage sah sich das Bundeskartellamt daher gezwungen, die bislang durchgeführte Fusionskontrolle bei Vereinigungen gesetzlicher Krankenkassen einzustellen. Nach derzeitiger Rechtslage könnten nun alle gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland fusionieren und damit ein den Wirtschaftlichkeitszielen diametral entgegenstehendes Monopol schaffen. Eine unter wettbewerblichen Aspekten zu beurteilende Strukturkontrolle findet nicht mehr statt.

Wenn die gesetzgeberischen Wirtschaftlichkeitsziele im Gesundheitswesen erreicht werden sollen, ist es nicht zweckmäßig, nur die vertikalen Leistungsverträge dem Kartellrecht zu unterwerfen. Soweit sich künftig die gesetzlichen Krankenkassen auf horizontaler Ebene zu großen marktbeherrschenden Einheiten zusammenschließen, unterliegen sie beim Abschluss der Leistungsverträge und beim Wettbewerb um Mitglieder keinem wettbewerblichen Handlungsdruck mehr. Die Krankenkassen könnten außerdem untereinander wettbewerbswidrige Absprachen und Vereinbarungen treffen, ohne kartellrechtliche Überprüfbarkeit. Das in wichtigen Bereichen sinnvolle sozialrechtliche Instrument der Krankenkassenkooperation könnte in diesem Falle zweckfremd zur Umgehung gesetzgeberischer Ziele eingesetzt werden. Es entsteht die paradoxe Situation, dass einerseits die knappen Ressourcen im Gesundheitswesen wirtschaftlicher verwendet werden sollen, andererseits aber die Instrumente zum Erhalt der hierfür erforderlichen – und vom Gesetzgeber gewollten – wettbewerblichen Strukturen und zur Bekämpfung wettbewerbswidrigen Verhaltens fehlen.

## **D. Verbesserung des Rechtsrahmens für die Verfolgung und Sanktionierung von Kartellen**

Die Regelungen zur Kartellverfolgung beruhen derzeit auf dem allgemeinen Recht der Ordnungswidrigkeiten, modifiziert durch einige Regelungen im GWB. Die Besonderheiten des Kartellrechts einerseits und der durch die Verordnung 1/2003 vorgegebene europarechtliche Rahmen andererseits zeigen die Schwächen des geltenden Rechtsrahmens auf. In einem System der parallelen Zuständigkeiten, in dem es von weichen Kriterien wie etwa Ressourcenfragen abhängen kann, ob die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt einen Fall aufgreift, sollte ein auf erhebliche Sanktionen abzielendes Verfahren einheitlichen Grundprinzipien folgen. Gleichzeitig zeigt die laufende Verfahrenspraxis, dass das kartellrechtliche Verfahren aufgrund der hohen Komplexität und Stoffmasse den klassischen ordnungswidrigkeitenrechtlichen Rahmen überfordert. Es sollte daher ein eigenständiges Kartellverfahrensrecht geschaffen werden, das einerseits europäischer Konvergenz dienen kann und andererseits den praktischen Anforderungen genügt. Die im Referentenentwurf vorgesehenen punktuellen Änderungen lösen Detailprobleme, zeigen aber vor allem auch die Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsrahmens für die Verfolgung von Kartellverstößen auf.

### **I. Rechtsnachfolge**

Das Bundeskartellamt bedauert, dass die in den Eckpunkten angekündigte Regelung zur Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung im Entwurf bislang noch nicht enthalten ist. Dabei handelt es sich aus Sicht des Bundeskartellamts um ein Problem, dessen Lösung für die Wirksamkeit der Kartellverfolgung zentral ist.

Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes weist das Kartellordnungswidrigkeitenrecht eine Lücke auf, durch die sich eine kartellbeteiligte Gesellschaft einer Kartellbuße entziehen kann: Sie kann eine Rechtsnachfolge herbeiführen, sei es gezielt, um einem Bußgeld zu entgehen, sei es im Rahmen einer Umstrukturierung aus anderen Gründen. Auch bei Veräußerung des kartellbeteiligten Unternehmens

kann ein Bußgeld dadurch vermieden werden, dass die Form der Übertragung geschickt gewählt wird. Das Bußgeld droht nach bisheriger Rechtslage selbst dann zu entfallen, wenn zwei kartellbeteiligte Gesellschaften miteinander verschmelzen.

Es ist ein fatales wettbewerbspolitisches Signal, wenn für die kartellbeteiligten Gesellschaften zur Wahl steht, ob sie für ihre rechtswidrige Tat einstehen oder sich dem Bußgeld entziehen. Zudem führt die gesetzliche Lücke dazu, dass Bußgelder in Millionenhöhe für den Bundeshaushalt ausfallen.

Die Ausgestaltung einer Regelung im Einzelnen ist – das verkennt das Bundeskartellamt nicht – durchaus komplex: Einer Regelung bedarf neben dem Fall der Gesamtrechtsnachfolge, bei der eine Gesellschaft in die Rechtsstellung einer kartellbeteiligten Gesellschaft als Ganze einrückt, auch der Fall der Einzelrechtsnachfolge, bei der sich eine kartellbeteiligte Gesellschaft entreichert, indem sie einzelne Vermögensgegenstände entäußert. Darüber hinaus ist die Frage regelungsbedürftig, in welchem Verhältnis die Haftung jeweils des Rechtsvorgängers und des (ggf. Teil-) Rechtsnachfolgers zu einander stehen. Das Bundeskartellamt hält hier eine der gesamtschuldnerischen Haftung ähnliche Regelung für sachgerecht. Dass Kartellbußen gesamtschuldnerisch festgesetzt werden können, zeigt das europäische Kartellrecht; diese können nach geltender Rechtslage auch in Deutschland vollstreckt werden. Darüber hinaus sind auch die Auswirkungen zu regeln, die eine Rechtsnachfolge auf ein anhängiges behördliches oder gerichtliches Verfahren entfaltet. Bei der Regelung dieser Fragen kann es nach Ansicht des Bundeskartellamts erforderlich sein, allgemeine ordnungswidrigkeitenrechtliche Prinzipien zu modifizieren, solange nicht – wie es das Bundeskartellamt vorschlägt – ein vom Ordnungswidrigkeitenrecht losgelöstes, eigenständiges Kartellverfahrensrecht geschaffen worden ist.

## II. Aufsichtspflichten im Konzern

Aus Sicht des Bundeskartellamts sollte die Verantwortlichkeit innerhalb eines Konzerns im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht der europarechtlichen Rechtslage angenähert werden.

Nach europäischem Recht haften Konzernmütter für die Kartelltaten ihrer (faktisch un-selbständigen) Töchter. Das folgt aus dem europarechtlichen Verständnis des Begriffs „Unternehmen“, nach dem die „wirtschaftliche Einheit“, d.h. der gesamte Konzern, Adressat des Kartellverbots ist. Daher kann ein Bußgeld der Europäischen Kommission gegen mehrere Gesellschaften innerhalb der wirtschaftlichen Einheit verhängt und vollstreckt werden.

Der deutsche Gesetzgeber ist europarechtlich verpflichtet, für Verstöße gegen europäisches Kartellrecht, die auch von deutschen Kartellbehörden sanktioniert werden, effektive Sanktionen vorzusehen. Dies kann nach Auffassung des Bundeskartellamts im Einklang mit dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht dadurch geschehen, dass die Konzernmutter für die Verletzung einer Aufsichtspflicht über die Töchter haftet. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes führt die Geltung des europarechtlichen Konzepts des Unternehmens als „wirtschaftlicher Einheit“ dazu, dass die Konzernmutter als Leitung der wirtschaftlichen Einheit Kartellrechtsverstöße ihrer Töchter als weiterer Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit verhindern muss. Auf Grundlage dieser angenommenen Aufsichtspflicht verhängt das Bundeskartellamt derzeit Bußgelder. Allerdings wurde die Rechtsauffassung des Amtes wiederholt bestritten. Durch eine Klarstellung im Gesetz kann diese Rechtsunsicherheit beseitigt werden. Angesichts der Höhe der im Raume stehenden Bußgelder wäre hier ein Abwarten einer gerichtlichen Klärung aus Sicht des Bundeskartellamtes fahrlässig.

Neben der europarechtlichen Dimension ist eine kartellrechtliche Konzernhaftung auch ein Gebot der Gerechtigkeit: Anders als Unternehmen, die als einheitlicher Verband strukturiert sind, könnten Konzerne – wie bei dem insoweit vergleichbaren Problem der

Rechtsnachfolge – sich der Haftung für Verstöße gegen das Kartellrecht durch die geschickte Wahl der Konzernstruktur entziehen.

### **III. Akteneinsicht**

Das Bundeskartellamt begrüßt die Regelung zur Vertraulichkeit von Aufklärungsbeiträgen in § 81b GWB des Entwurfs. Mit der Regelung wird sichergestellt, dass sich Aufklärungsbeiträge von Kartellteilnehmern, die im Rahmen der Bonusregelung erfolgen, nicht zu deren Lasten im Hinblick auf mögliche Schadensersatzforderungen auswirken.

Die Bonusregelung hat sich seit ihrer Einführung vor gut einem Jahrzehnt als das schlagkräftigste Instrument bei der Verfolgung von besonders schädlichen Hardcore-Kartellen erwiesen. Die Effektivität der Bonusregelung würde aber beeinträchtigt, wenn durch ein Kartell Geschädigte nach Einsicht in die notwendigerweise sehr umfassenden Kooperationsbeiträge primär von dem kooperierenden Unternehmen Schadensersatz verlangen würden. Wenn dadurch grundsätzlich zur Kooperation bereite Unternehmen von einem Bonusantrag abgehalten und dadurch weitere Kartelle nicht aufgedeckt würden, würde bezüglich dieser unentdeckten Kartelle die öffentliche wie auch die private Kartellrechtsdurchsetzung beeinträchtigt. Damit soll das kooperierende Unternehmen in keiner Weise von Schadensersatzforderungen der Opfer freigestellt werden. Es geht lediglich darum, sie im Vergleich zu den nicht-kooperierenden Unternehmen nicht schlechter zu stellen, in dem sie sich mehr als die anderen Kartellanten für Schadensersatzansprüche exponieren.

Darüber hinaus ist eine Einsicht in den Bonusantrag für Kartellgeschädigte auch nicht erforderlich: Eine Einsicht ist nicht nötig, soweit es um den Kartellverstoß als solchen geht, da insoweit der Bußgeldbescheid der Kartellbehörde das Zivilgericht bindet.

Zu begrüßen ist auch, dass die Vertraulichkeit nicht nur im Ordnungswidrigkeitenverfahren, sondern auch im Strafverfahren gilt. Andernfalls würde die Attraktivität der Bonusregelung gerade bei besonders sozialschädlichem, mit Strafe bedrohtem Verhal-

ten beeinträchtigt, obgleich gerade bei diesen Taten die Aufdeckung und Abstellung besonders wichtig ist.

Das Bundeskartellamt hält des Weiteren eine Regelung für erforderlich, mit der die Akteneinsicht Geschädigter regelmäßig auf den Bußgeldbescheid beschränkt wird. Akten in Kartellverfahren haben einen ganz beträchtlichen Umfang, der eine dreistellige Anzahl von Aktenordnern umfassen kann. Davon müsste jede Seite einzeln und für jeden (mutmaßlichen) Kartellbeteiligten einzeln auf vertrauliche Angaben überprüft werden. Angesichts dessen würde eine Einsicht in die gesamte Akte die Stelle, die die Akten führt und die Einsicht gewährt – dies können die Kartellbehörde, die Staatsanwaltschaft oder das Gericht sein – in solchem Ausmaß belasten, dass die Kartellverfolgung in anderen Fällen erheblich beeinträchtigt wäre. Eine generelle Beschränkung der Akteneinsicht beeinträchtigt die zivilrechtliche Verfolgung von Schadensersatzansprüchen nur wenig, ermöglicht aber die kartellbehördliche Verfolgung weiterer Fälle, die wiederum die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in diesen anderen Fällen erst ermöglicht. Soweit der Gesetzgeber diese Schwächung der öffentlichen Kartellverfolgung hinnimmt und keine entsprechende Beschränkung vorsieht, müsste in jedem Fall eine dem erheblichen Aufwand korrespondierende Kostentragungspflicht normiert werden.

#### **IV. Gerichtsverfahren**

Auch für das Gerichtsverfahren gilt die grundsätzliche Anregung, einen neuen, dem Kartellrecht angepassten gesetzlichen Rahmen zu schaffen.

Innerhalb des geltenden Rechtsrahmens begrüßt das Bundeskartellamt die Einführung eines eigenen Fragerechts der Kartellbehörde im gerichtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren. Dadurch kann sie noch stärker als bisher ihr Fachwissen und ihre Sachkenntnis im Hinblick auf den konkreten Fall in das gerichtliche Verfahren einbringen. Fraglich bleibt allerdings, ob damit der europarechtlich gebotenen Stärkung der Stellung der Kartellbehörden im Gerichtsverfahren (EuGH v. 7. Dezember 2010, Rs. C 439/08 –

VEBIC) schon umfassend nachgekommen wird. Der Europäische Gerichtshof hat eine Regelung belgischen Rechts, die der belgischen Wettbewerbsbehörde keine Befugnis einräumt, sich an einem gerichtlichen Verfahren gegen eine von ihr erlassene Entscheidung als Antragsgegnerin zu beteiligen, als europarechtswidrig bewertet.

Im Übrigen würde sich das Bundeskartellamt weitere Verbesserungen des gerichtlichen Verfahrens dadurch erhoffen, dass – wie in den Eckpunkten zur 8. GWB-Novelle angekündigt – einzelne strafprozessuale Prinzipien an die Besonderheiten kartellrechtlicher Verfahren angepasst würden. Insbesondere verlangt das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Form der mündlichen Verfahrensführung, die weder zum verfahrensrechtlichen Schutz der Betroffenen beiträgt noch zur Information der Öffentlichkeit erforderlich ist: Beispielsweise werden ökonomische Gutachten verlesen. Dies erfordert angesichts des Umfangs in der Regel ein oder zwei ganze Tage, ohne dass dadurch das Verständnis des Gutachtens erhöht würde, weil die darin enthaltenen Formeln und Tabellen nicht zum Verlesen geeignet sind. Auch sollte geprüft werden, ob nicht durch eine Neuregelung die in der Praxis die Verfahren extrem belastenden Zeugenvernehmungen gestrafft werden können. Es würde sehr zur Beschleunigung der ohnedies langen Verfahren beitragen, insoweit punktuelle Modifikationen vorzunehmen.

Weiter einer Regelung bedürfen die Einführung von elektronischen Daten und deren EDV-mäßige Aufbereitung. Die oft notwendigen Datenmengen lassen sich nach derzeitiger Rechtslage nur mühsam in das Verfahren einbringen, ohne dass die Art der Einführung etwa durch Ausdruck von Datenmengen einem erkennbaren Schutzzweck dient.

Es sollte die Vergütungshöchstgrenze für Sachverständige angepasst werden, um auch in zukünftigen Bußgeldverfahren geeignete Sachverständige beauftragen zu können, soweit das Gericht das im Einzelfall für erforderlich hält. In der Praxis der Gerichtsverfahren hat sich gezeigt, dass das Gericht angesichts der derzeit vorgegebenen Vergütungssätze in der Zukunft kaum ausreichend qualifizierte Sachverständige, die das Gericht bei der Entscheidungsfindung unterstützen, gewinnen kann. Hier zeigt sich in der



Praxis angesichts der oft von den Kartelltätern aufgewandten Mittel für Parteigutachter ein eklatantes Ungleichgewicht.

## **V. Auskunftspflicht**

Das Bundeskartellamt begrüßt die im Entwurf enthaltene Regelung über die Auskunftspflichten von juristischen Personen und Personenvereinigungen. Die Auskunftspflichten betreffen Informationen, die allein für die Zumessung der Höhe der Geldbuße relevant sind. Die Gesellschaften werden hingegen nicht verpflichtet, sich im Hinblick auf den Tatvorwurf selbst zu belasten.

Nach der derzeitigen Rechtslage müssen häufig die Unternehmen allein deswegen durchsucht werden, um die für die Bußgeldbemessung maßgeblichen Daten zu erhalten. Daten, die bei einer früheren Durchsuchung erlangt wurden, genügen in der Regel nicht, da maßgeblich für die Bußgeldbemessung die wirtschaftliche Lage bei der kartellbehördlichen Entscheidung ist. Die Vorbereitung und Durchführung einer Durchsuchung belastet nicht nur die Kartellbehörden; vielmehr behindert die Durchführung einer Durchsuchung auch ganz erheblich die betrieblichen Abläufe im durchsuchten Unternehmen. Die Regelung im Referentenentwurf stellt insoweit auch eine Entlastung für die Betroffenen dar.

Aus Sicht des Bundeskartellamts trifft die vorgeschlagene Regelung einen Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Ahndung von Kartellrechtsverstößen und der Wahrung der Verteidigungsinteressen. Der Nachweis des Tatvorwurfs obliegt nach dem Entwurf weiterhin den Kartellbehörden. Erst nachdem der Tatnachweis gelungen ist, unterstützen die Auskunftspflichten die Festsetzung einer der Schuld und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft angemessenen Geldbuße.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erkennt juristischen Personen kein verfassungsunmittelbares Recht auf Freiheit von Selbstbelastung zu. Insoweit

könnte aus Sicht des Bundeskartellamtes die Aussagepflicht noch eine Reihe weiterer Punkte einschließen, auch ohne in den wesentlichen Kern der Freiheit von Selbstbelastung einzugreifen. Nach europäischem Recht ist eine umfassende Tatsachenaufklärung auch des Tatvorwurfs mittels bußgeldbewehrter Auskunftsschreiben möglich. Auch wenn das Bundeskartellamt insoweit keine Angleichung an den europäischen Standard fordert, würden etwas weitergehende Auskunftspflichten der Unternehmen (z.B. zur Aufklärung von Zuständigkeitsverteilungen innerhalb des Unternehmens) die Kartellverfolgung noch effizienter machen.

### **E. Verschärfte Aufsicht über leitungsgebundene Versorgung**

Die ehemaligen und teils weiterhin bestehenden leitungsgebundenen Monopole der Daseinsvorsorge bedürfen nach Ansicht des Bundeskartellamtes auch künftig eines besonderen kartellrechtlichen Aufsichtsregimes. Die im Referentenentwurf vorgesehene Verlängerung der verschärften Missbrauchsaufsicht über die leitungsgebundene Strom- und Gasversorgung im Rahmen von § 29 GWB wird daher begrüßt. Das Bundeskartellamt hat § 29 GWB bislang überwiegend auf den Endkundenmärkten angewendet. Mithilfe der verschärften Missbrauchsaufsicht konnten die Gaspreis- und Heizstromverfahren effektiv und schnell durchgeführt werden. Vor allem die erleichterte Auswahl von Vergleichsunternehmen, die Beweislastumkehr sowie die Möglichkeit zum Sofortvollzug kartellbehördlicher Verfügungen ermöglichten einen schnellen Abschluss der Verfahren, die im Ergebnis zu deutlichen Entlastungen auf Seiten der Verbraucher führten. In Zukunft sieht das Bundeskartellamt die Notwendigkeit einer verschärften Missbrauchsaufsicht vor allem in noch nicht von der Norm erfassten Bereichen. Sowohl bei der Wasserversorgung als auch bei der Fernwärmeversorgung sind die Kunden bei ihren örtlichen Versorgern „gefangen“. Die Kunden können weder ihren Versorger wechseln noch stehen ihnen im Regelfall Substitutionsmöglichkeiten zur Verfügung. Das Bundeskartellamt spricht sich daher für eine flächendeckende und effektive kartellrechtliche Aufsicht im Bereich der Wasser- und Fernwärmeversorgung aus.

## I. Wasserversorgung

Die vorgesehene Integration der bislang für die Wasserwirtschaft geltenden kartellrechtlichen Übergangsregelungen des § 103 GWB a.F. (GWB 1990) in **§ 31 GWB-E** trägt der Forderung nach einer effektiven und zugleich einheitlichen Maßstäben unterliegenden Aufsicht über die Wasserwirtschaft nur zum Teil Rechnung. § 31 Abs. 5 GWB-E bezieht sich ebenso wie die Vorgängerregelung – jedenfalls soweit man die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugrunde legt – nicht auf Wasserversorger, die ihre Kunden auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen bei Bestehen eines Anschluss- und Benutzungszwangs beliefern. Solche Gebühren erhebenden Wasserversorger sollen dem Referentenentwurf zufolge zwar zu Vergleichszwecken in die kartellrechtliche Prüfung einbezogen werden können. Die Überprüfung der Gebühren selbst dürfte danach dagegen auch künftig allein nach kommunalabgabenrechtlichen Maßstäben möglich sein. Dies hätte zur Folge, dass Kunden bei Versorgern mit öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehung und Bestehen eines Anschluss- und Benutzungszwangs anders als anderen Kunden weiterhin nicht von der kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht profitieren könnten.

Die fortgesetzte Zweiteilung der Aufsicht schafft – wie bereits verschiedene Einzelfälle belegen – Anreize bei den Unternehmen, sich durch eine „Flucht ins Gebührenrecht“ der strikteren kartellrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Das kommunalabgabenrechtliche Aufsichtsregime weist gegenüber der kartellrechtlichen Aufsicht, wie sie insbesondere in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Rechtssache *Wasserpreise Wetzlar* ihre Ausprägung gefunden hat, eine deutlich zurückgenommene Kontrolldichte auf. So ist das Kommunalabgabenrecht nur sehr eingeschränkt geeignet zu verhindern, dass sich monopolbedingte Ineffizienzen zulasten der Endverbraucher auswirken. Demgegenüber ist die kartellrechtliche Prüfung geprägt durch eine Darlegungs- und Beweislastumkehr, welche es den zuständigen Behörden ebenso wie Bürgern und Gerichten erleichtert zu prüfen, ob gegenüber Vergleichsunternehmen erhöhte Wasserpreise sachlich gerechtfertigt sind. Dabei umfasst die kartellrechtliche Prüfung sowohl eine Kosten- als auch eine *wirksame Effizienzkontrolle*. Denn den Wasserversorgungs-

Unternehmen obliegt nicht nur die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ihnen die der Preisberechnung zugrunde liegenden Kosten tatsächlich entstanden sind. Darüber hinaus können selbst berücksichtigungsfähige Kostenpositionen nur dann eine höhere Gebühr rechtfertigen, wenn das betroffene Unternehmen nachweist, dass es sämtliche Rationalisierungsreserven ausgeschöpft hat.

Vor diesem Hintergrund spricht sich das Bundeskartellamt dafür aus, *alle* Wasserversorger unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung der *kartellrechtlichen* Missbrauchskontrolle zu unterstellen. Hierdurch würden alle Kunden von dem höheren Schutzniveau der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht profitieren. Zudem wäre mit der Auslegung durch den Bundesgerichtshof ein bundesweit einheitlicher Kontrollmaßstab gewährleistet. Gegenüber einer – in Fachkreisen ebenfalls diskutierten – *Regulierung* der Wasserpreise hätte diese Lösung zudem den Vorteil, dass den Kommunen ein gewisser Gestaltungsspielraum erhalten und damit der Kernbestand der kommunalen Eigenverantwortung (Art. 28 Abs. 2 GG) gewahrt bliebe. Im Vergleich mit einer flächendeckenden Regulierung bedeutete die am Einzelfall ansetzende Missbrauchsaufsicht schließlich einen deutlich niedrigeren bürokratischen Aufwand.

Um eine effektive und gleichzeitig verbrauchernahe Kartellrechtsdurchsetzung im Bereich der Wasserversorgung zu ermöglichen, regt das Bundeskartellamt ferner eine Klarstellung hinsichtlich der Abstellung von Zuwiderhandlungen bei festgestellten Preishöhenmissbräuchen an. Hat ein Wasserversorger nachweislich missbräuchlich überhöhte Entgelte verlangt, sollte der Kartellbehörde ermöglicht werden auch im Rahmen der verschärften Missbrauchsaufsicht wie bei § 29 i.V.m. § 32 Abs. 2 GWB Feststellungen für die Vergangenheit zu treffen und ggf. auch Rückzahlungen an die Verbraucher anzuordnen.

Im Übrigen sollte für alle Missbrauchsverfügungen gegenüber Wasserversorgern – unabhängig, ob auf § 19 oder auf eine besondere Missbrauchsnorm gestützt – im Grundsatz die sofortige Vollziehbarkeit gelten. Für die in § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E vorgese-

hene Privilegierung der Wasserwirtschaft im Hinblick auf Missbrauchsverfügungen nach § 31 Abs. 6 GWB-E ist eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar.

## **II. Fernwärmeversorgung**

Handlungsbedarf sieht das Bundeskartellamt darüber hinaus im Bereich der Fernwärmeversorgung. Fernwärmeversorger sind innerhalb ihrer örtlichen Versorgungsgebiete in aller Regel Monopolisten. Ein Wechsel des Fernwärmeversorgers kommt für die Verbraucher mangels Alternativen meistens nicht in Betracht; eine Durchleitung von Fernwärme durch Dritte findet ganz überwiegend nicht statt. Die Umstellung des Heizsystems ist für Verbraucher zum einen mit hohem finanziellem und bautechnischem Aufwand verbunden. Zum anderen ist ein Wechsel des Heizsystems häufig aufgrund eines kommunalrechtlich verankerten Anschluss- und Benutzungszwangs ausgeschlossen. Infolge der marktbeherrschenden Stellung innerhalb ihres Versorgungsgebiets verfügen Fernwärmeversorger über weite Preissetzungsspielräume, die sich zulasten der Energieverbraucher auswirken. Aus diesem Grund scheint es geboten, die verschärfte Preissmissbrauchsaufsicht nach § 29 GWB künftig auf den Bereich der Fernwärmeversorgung auszuweiten. Die im Vergleich zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB niedrigeren Anforderungen an die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts (§ 29 Satz 1 Nr. 1 GWB) und der Kostenkontrolle (§ 29 Satz 1 Nr. 2 GWB), insbesondere die erhöhten Mitwirkungspflichten der betroffenen Unternehmen, würden die Abstellung missbräuchlichen Verhaltens erleichtern.

## **F. Änderungen im Bereich der allgemeinen Missbrauchsaufsicht**

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass im Bereich der allgemeinen Missbrauchsaufsicht bewährte Regelungen fortgelten und Regelungen, die sich als wenig nützlich erwiesen haben, auslaufen sollen. Auch der Vorschlag für eine Neufassung der §§ 18, 19 und 20 GWB ist gelungen.

- Ein Anknüpfungspunkt für Missbrauchsaufsicht soll in Deutschland weiterhin eine marktstarke Stellung sein. Dieser Anknüpfungspunkt ist gerade für die private Durchsetzung des Kartellrechts von großer Bedeutung. Für Private ist es besonders schwierig, eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen. Missbrauchsaufsicht auch anknüpfend an eine marktstarke Stellung zuzulassen, ist ein international beachtetes Konzept.
- Der Referentenentwurf beschränkt den Schutzbereich von § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB (Anzapf-Verbot) wieder auf kleine und mittlere Unternehmen. Große Unternehmen dürften typischerweise trotz etwaiger Abhängigkeiten eher in der Lage sein, ungerechtfertigte Forderungen abzuwehren. Die Ausdehnung des Schutzbereichs im Rahmen der Preismissbrauchsnovelle hat auch nicht zu einer wesentlichen Reduzierung des Ermittlungsaufwands geführt. Bereits der Aufwand für den Nachweis einer Abhängigkeit ist erheblich. Sehr erfreulich ist die vorgesehene Klarstellung in der Begründung zu § 20 Abs. 3 GWB, wonach für die Feststellung der Schutzbedürftigkeit neben der horizontalen auch die vertikale Position eines Unternehmens zu berücksichtigen ist. Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich aus einem Mangel an Verhandlungsmacht. Der Vergleich der Position eines Unternehmens mit der seiner Wettbewerber lässt darauf nicht in jedem Fall hinreichende Rückschlüsse zu. Wichtig ist dafür vielmehr auch die Betrachtung der Position eines Unternehmens im Verhältnis zu seinem Vertragspartner.
- Sachgerecht erscheint es darüber hinaus, dass das ebenfalls mit der Preismissbrauchsnovelle eingeführte Verbot, Lebensmittel auch nur gelegentlich unter Einstandspreis verkaufen zu dürfen, nicht verlängert werden soll. Durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs zur Berücksichtigung von Werbekostenzuschüssen bei der Berechnung des Einstandspreises ist es außerordentlich aufwändig geworden, etwaige Verstöße festzustellen. Zudem ist das Verbot aus ordnungspolitischen Gründen abzulehnen. Es stellt einen ganz erheblichen Eingriff in die Preissetzungsfreiheit dar. Eine besonders schädliche Wirkung von nur gelegentlichen Verkäufen unter Einstandspreis ist aber nicht nachgewiesen. Vielmehr können sie Teil einer insge-

samt stimmigen Wettbewerbsstrategie sein und einen funktionsfähigen Preiswettbewerb im Einzelfall unterstützen. Zudem hindert das Verbot große Unternehmen nicht abschließend an Verdrängungsstrategien. Es ist ihnen regelmäßig möglich, zu deutlich besseren Konditionen einzukaufen als kleine oder mittlere Unternehmen und daher auch zu deutlich niedrigeren Preisen zu verkaufen, ohne dass diese Preise unter den Einstandspreisen liegen müssen.

- Sinnvoll erscheint es, demgegenüber wie im Referentenentwurf vorgesehen die Spezialbestimmung zu Preis-Kosten-Scheren in § 20 Abs. 4 GWB beizubehalten. Im Kraftstoffbereich führt das Bundeskartellamt nach Abschluss seiner Sektoruntersuchung weiter konkrete Verfahren auf dieser Grundlage. Durch die Verfahren soll erreicht werden, dass Preis-Kosten-Scheren von vornherein vermieden werden. Für die Verfahren ist es hilfreich, sich nicht auf § 19 GWB stützen zu müssen, sondern sie auf der Grundlage einer Spezialbestimmung führen zu können. Zusätzliche Bedeutung kommt der Bestimmung dadurch zu, dass sie bereits in Fällen greifen kann, in denen die Schwelle der Marktbeherrschung nicht (sicher) erreicht ist. In Verbindung mit der Beweislastumkehr in § 20 Abs. 5 GWB erleichtert sie es auch kleinen und mittleren Unternehmen, sich im Wege der privaten Durchsetzung des Kartellrechts gegen Preis-Kosten-Scheren zu wehren.
- Schließlich würde durch die Neufassung der §§ 18, 19 und 20 GWB ein systematisch durchdachter und gut lesbarer Regelungskomplex geschaffen. In einer entsprechenden Neufassung sollten sich alle Rechtsanwender schnell zurechtfinden können. Der materielle Gehalt der Vorschriften wird ausdrücklich nicht geändert. Angesichts der insofern weitentwickelten Anwendungspraxis und Rechtsprechung ist dies zu begrüßen.
- Aus Sicht des Bundeskartellamtes sollte die Erforderlichkeit der für Wettbewerbsregeln im GWB befindlichen Sonderregelungen kritisch geprüft werden. Hier besteht Potential für eine weitere Entbürokratisierung.

## **G. Stärkung von Verbraucherverbänden**

Das Bundeskartellamt begrüßt die in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E vorgesehene Stärkung der Rechtsstellung von Verbraucherverbänden, soweit diesen die Berechtigung zur Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen eingeräumt wird. Hier erscheint die Ausweitung der Aktivlegitimation geeignet, die Durchsetzung des Kartellrechts angemessen zu stärken. Da die staatliche Kartellverfolgung schon aus Ressourcengründen nicht jeden möglichen Verstoß aufgreifen kann, kommt der Erhebung von Unterlassungsklagen durch Verbände eine wertvolle Ergänzungsfunktion zu.

Weitergehende Forderungen nach einer Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände zur Vorteilsabschöpfung im Interesse ihrer eigenen Finanzierung lehnt das Bundeskartellamt dagegen ab. Die von den Verbraucherverbänden vertretenen Interessen stimmen nicht notwendigerweise mit den Interessen der tatsächlich Geschädigten überein. Auch sind Verbraucherverbände nicht in gleichem Maße wie die staatlichen Verfolgungsorgane dem allgemeinen öffentlichen Interesse verpflichtet. Sie sind bei der Abschöpfung des Mehrerlöses insbesondere nicht an Zusagen im Rahmen der Bonusregelung gebunden und brauchen auf deren Funktionsfähigkeit keine Rücksicht zu nehmen. Sie wären privatrechtlich in keiner Weise gehalten, die Klage an dem Interesse funktionierenden Wettbewerbs auszurichten. So können Abschöpfungsklagen der Verbände Unternehmen in die Insolvenz treiben, da sie anders als die Kartellbehörde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigen müssen. Es ist auch nicht ersichtlich, mit welcher Legitimation der Kartellmehrerlös (der im Einzelfall Größenordnungen von jeweils mehreren hundert Millionen Euro erreichen kann) zur Finanzierung von Verbandsinteressen verwandt werden soll. Scheidet eine Rückerstattung an die tatsächlich Geschädigten – etwa aufgrund deren Anonymität – aus, ist es nach wie vor sachgerecht, den Kartellmehrerlös dem Bundeshaushalt – und damit der Allgemeinheit – zugutekommen zu lassen. Die finanzielle Förderung von Verbraucherverbänden sollte wie bisher in dem politisch verantworteten Umfang aus dem Bundeshaushalt erfolgen, in den die Bußgelder fließen. Ein Anspruch auf direkte Auskehrung des Kartellmehrerlöses an die Verbände selbst, dessen Höhe letztlich völlig losgelöst von deren tatsächli-



chen Finanzbedarf und allein von Umfang und Schwere des Kartellverstoßes abhängig wäre, ginge weit über das Ziel einer angemessenen Finanzausstattung der Verbraucherverbände hinaus. Bei einer flächendeckenden Mehrerlösabschöpfung im Eigeninteresse des Verbandes, von der letztlich auch der Bonusantragsteller nicht ausgenommen wäre, drohte eine erhebliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Bonusregelung zulasten der Effektivität der Kartellverfolgung insgesamt.

Darüber hinaus dürfte die Abschöpfung der durch ein Kartell erlangten Vorteile auch effizienter durch die Kartellbehörde als durch Verbraucherverbände sein, verfügt diese doch über weitreichende Möglichkeiten zur Ermittlung und über langjährige Erfahrung. Insgesamt erachtet das Bundeskartellamt die im Entwurf zur 8. GWB-Novelle vorgesehene Erweiterung der Klagemöglichkeiten von Verbraucherverbänden für ausgewogen. Eine weitere Ausdehnung zu Gunsten der kollektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung würde die Balance zu Lasten der behördlichen Kartellverfolgung und damit der Kartellverfolgung allgemein verschieben.

## **H. Weitere Änderungen**

Das Bundeskartellamt begrüßt die vorgesehenen Klarstellungen in § 32 Abs. 2 GWB.

- In der Vergangenheit ist angezweifelt worden, dass nach § 32 Abs. 2 GWB auch strukturelle Maßnahmen – wenn notwendig bis hin zu einer Entflechtung im Falle eines Verstoßes – angeordnet werden können. Dies ist in der deutschen Rechtsprechung inzwischen geklärt (vgl. „Langfristige Gaslieferverträge“ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V); „Xella“ BGH, Beschluss vom 4. März 2008, Az. KVZ-55/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, Az. VI-Kart 14/06 (V)). Durch die vorgesehene Klarstellung werden verbleibende Restzweifel ausgeräumt werden. Um Unklarheiten von vornherein vorzubeugen, dass die deutsche Rechtsprechung zu § 32 Abs. 2 GWB auch auf die neue, an die Formulierung in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 angeglichene

Fassung anwendbar bleibt, wäre noch eine entsprechende Klarstellung in der Begründung wünschenswert.

- Außerdem ist in der Vergangenheit angezweifelt worden, dass nach § 32 Abs. 2 GWB auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile angeordnet werden kann. Der Bundesgerichtshof hat zwar zu erkennen gegeben, dass er gegen eine entsprechende Rückerstattung keine grundsätzlichen Bedenken hat, dokumentiert hat er dies bislang allerdings nur in einem obiter dictum. Durch die vorgesehene Klarstellung sollten auch diesbezüglich alle Zweifel ausgeräumt werden können. Zu wünschen wäre hier allerdings noch, dass in der Begründung ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass auch Pauschalierungen möglich sein sollen. Dies dürfte die praktische Handhabung erheblich erleichtern.

Das Bundeskartellamt begrüßt Verbesserungen im Bereich der Informationsbeschaffung in Verwaltungsverfahren, wie sie die Änderungen in § 59 und in § 21 Absatz 3 des Krankenhausentgeltgesetzes darstellen. Mit diesen Änderungen kann eine effizientere und im Ergebnis für die Unternehmen auch weniger belastende Informationsbeschaffung gewährleistet werden.