

**Stellungnahme**  
zum Regierungsentwurf eines  
**Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen  
Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)**

**Gesamtverband der Deutschen  
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin  
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin  
Tel.: +49 30 2020-5413  
Fax: +49 30 2020-6413

60, avenue de Cortenbergh  
B - 1000 Brüssel  
Tel.: +32 2 28247-30  
Fax: +32 2 28247-39

Ansprechpartner:  
**Karen Bartel**  
**Recht**  
E-Mail: [k.bartel@gdv.de](mailto:k.bartel@gdv.de)

**Dr. Friederike Wiegand**  
**Recht**  
Email: [f.wiegand@gdv.de](mailto:f.wiegand@gdv.de)

[www.gdv.de](http://www.gdv.de)

## Zusammenfassung:

Aus Sicht des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) haben sich die allgemeinen, sektorübergreifenden Vorschriften des GWB bewährt. Gleichwohl wird begrüßt, dass das GWB in einzelnen Bereichen weiter modernisiert werden soll. Einzelne Kritikpunkte bestehen dennoch.

Dies gilt insbesondere für die **private Kartellrechtsdurchsetzung**. Mit Blick auf die aktuelle Diskussion in Brüssel wird zwar begrüßt, dass die Bundesregierung Sammelklagen ablehnt. Im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch und dem Anspruch auf Vorteilsabschöpfung pflegt sich die Sammelklage nicht in das bewährte Rechtsschutzsystem des GWB ein. Insbesondere der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung ist bei Masse- und Streuschäden ein geeigneteres Instrument als die Sammelklage. Die **Vorteilsabschöpfung** steht dabei im **Allgemeininteresse**. Hieraus folgt zwingend die Notwendigkeit der Auskehrung des Erlöses an den Bundeshaushalt. Der GDV begrüßt daher auch, dass § 34a Abs. 1 GWB-E dies unverändert so vorsieht. Unabhängig hiervon steht der GDV der beabsichtigten Ausweitung der Klagemöglichkeiten von Verbänden bei Masse- und Streuschäden skeptisch gegenüber. Wie der Deutsche Bundestag festgestellt hat, bestehen keine Defizite bei der Durchsetzung materieller Rechte (Drucksache 17/5956). Alleine wegen der derzeit laufenden Diskussion auf europäischer Ebene sollte das GWB aber nicht geändert werden.

Bei der **Fusionskontrolle** wird die Einführung „der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs“ (SIEC-Test) als maßgebliches Untersagungskriterium kritisch gesehen. Es besteht keine zwingende Notwendigkeit zur Einführung des SIEC-Tests. In jedem Fall abgelehnt wird eine isolierte Übernahme des SIEC-Tests. Falls der SIEC-Test tatsächlich eingeführt werden soll, sind weitere Anpassungen an das EU-Recht erforderlich. Insbesondere sind dann die aus dem nationalen Recht stammenden **Marktbeherrungsvermutungen** in der Fusionskontrolle zu streichen. Der SIEC-Test nach EU-Recht kommt ohne gesetzliche Vermutungsregelungen aus. Die Beibehaltung der Marktbeherrungsvermutungen führt bei gleichzeitiger Einführung des SIEC-Tests zu unnötiger Rechtsunsicherheit. Auch sollten die **Zusammenschlusstatbestände** des § 37 GWB an die europäischen Vorgaben angepasst werden. Die Zusammenschlusstatbestände jenseits des Kontrollerwerbs sollten daher gestrichen werden.

## **A. Einleitung**

Der vorgelegte Entwurf für eine 8. GWB-Novelle findet die Zustimmung der Versicherungswirtschaft. Gleichwohl bestehen einzelne Kritikpunkte, auf die nachfolgend hingewiesen wird.

## **B. Einzelheiten**

### **I. Missbrauchsaufsicht, §§ 18 GWB-E ff**

Der GDV begrüßt, dass die Regelungen zur Missbrauchsaufsicht systematisch vereinfacht werden sollen. Die Neustrukturierung ändert aber nichts daran, dass die Abhängigkeitsregeln in § 20 GWB-E für die Praxis schwer handhabbar sind. Die Vorgaben setzen weit vor einer tatsächlichen Marktmacht an. Ihre Auslegung ist daher für die Unternehmen mit einer Rechtsunsicherheit verbunden.

### **II. Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile, § 32 Abs. 2a GWB-E**

Das Bundeskartellamt soll zukünftig durch eine Abstellungsverfügung die Rückerstattung der durch das kartellrechtswidrige Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen können, § 32 Abs. 2a GWB-E.

Es wird begrüßt, dass Beschwerden gegen derartige Verfügungen gemäß § 64 Absatz 1 Nr. 2 GWB-E ausdrücklich aufschiebende Wirkung beigelegt wird. Im Falle einer sofortigen Vollziehbarkeit bestünde für die betroffenen Unternehmen bei einem späteren Obsiegen sonst die Gefahr, die rückerstatteten Vorteile von den Empfängern nicht zurückzuerhalten.

Hingegen steht der GDV der in § 32 Abs. 2a Satz 2 GWB-E vorgesehenen Möglichkeit der Schätzung der in den erwirtschafteten Vorteilen enthaltenen Zinsvorteile skeptisch gegenüber. Es sind keine Gründe ersichtlich, die eine Schätzung rechtfertigen könnten. Die von der Bundesregierung dargelegte Begründung – es müssten sonst wesentliche Ermittlungsressourcen für die sachlich nachrangige Frage der Zinshöhe aufgewendet werden – überzeugt jedenfalls nicht. Die Frage der Aufklärung eines Sachverhalts darf nicht von der Höhe der einzusetzenden staatlichen Ermittlungsressourcen abhängig gemacht werden. Vielmehr muss stets (und damit auch bezüglich der erwirtschafteten Zinsvorteile) eine umfassende Aufklärung erfolgen.

Zudem ist bisher das Verhältnis dieser Abstellungsverfügung zum individuellen Schadenersatzanspruch nicht ausdrücklich geregelt. Vielmehr wird nur das Rangverhältnis der neuen Abstellungsverfügung zur Vorteilsabschöpfung im Entwurf angesprochen. Hierzu sieht der Entwurf Änderungsvorschläge zu § 34 Abs. 2 GWB und § 34a Abs. 1 GWB vor. Aus Sicht des GDV ist es aber auch erforderlich, das (Rang-)Verhältnis zwischen neuer Abstellungsverfügung und Schadenersatzanspruch klarzustellen. Es sollte ausdrücklich geregelt werden, dass individuelle Schadenersatzansprüche der Abstellungsverfügung nach § 32 Abs. 2a GWB-E stets im Rang vorgehen. Hierzu sollte eine § 34 Abs. 2 GWB entsprechende Regelung aufgenommen werden.

### **III. Private Kartellrechtsdurchsetzung, §§ 33, 34a GWB-E**

Als Reaktion auf die laufende Diskussion auf europäischer Ebene zum kollektiven Rechtsschutz sollen die Regelungen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung novelliert werden. Durch einen neuen § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E sollen der Unterlassungsanspruch und der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung bei Masse- und Streuschäden auf qualifizierte Einrichtungen wie etwa Verbraucherverbände ausgedehnt werden. Die Einführung von Sammelklagen wird dagegen abgelehnt.

Zu begrüßen ist, dass die Bundesregierung Sammelklagen nach wie vor ablehnt. Anders als der Unterlassungsanspruch und der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung pflegt sich die Sammelklage nicht in das bewährte Rechtssystem des GWB ein. Insbesondere der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung ist bei Masse- und Streuschäden daher auch ein geeigneteres Instrument als die Sammelklage.

Der GDV begrüßt zudem, dass § 34a Abs. 1 GWB-E unverändert vorsieht, dass der wirtschaftliche Vorteil an den Bundeshaushalt abzuführen ist. Anders als der individuelle Schadenersatz erfolgt die Vorteilsabschöpfung im Allgemeininteresse. Hieraus folgt zwingend die Notwendigkeit der Auskehrung des Erlöses an den Bundeshaushalt. Bei einer Gesetzesänderung ist zudem darauf zu achten, dass die Effektivität der Kronzeugenprogramme nicht beeinträchtigt wird. Ein erhöhtes Risiko von Schadenersatzklagen kann die Attraktivität von Kronzeugenregelungen mindern. Dies würde sich sehr nachteilig auf die Arbeit der Kartellbehörden auswirken. Aus diesem Grund sollten Fehlanreize zur Geltendmachung von Verbandsklagen soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Dies erfordert

zumindest, dass der wirtschaftliche Vorteil nicht bei den Verbänden verbleibt, sondern an den Bundeshaushalt abgeführt wird.

Unabhängig davon steht der GDV der beabsichtigten Erweiterung der Klagebefugnis in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E skeptisch gegenüber. Handlungsbedarf in der Praxis besteht für die geplante Änderung nicht. Hierzu wird auf den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 25.05.2011 zur Konsultation der EU-Kommission zum kollektiven Rechtsschutz hingewiesen (Drucksache 17/5956). Der Deutsche Bundestag hat festgestellt, dass bei der Durchsetzung materieller Rechte keine Defizite bestehen. Diese Feststellung bezog sich auch auf das Kartellrecht. Ein praktisches Bedürfnis für die Erweiterung des § 33 Abs. 2 GWB-E besteht damit nicht. Alleine wegen der derzeit laufenden Diskussion auf europäischer Ebene sollte das GWB aber nicht geändert werden.

#### **IV. Fusionskontrolle**

Die beabsichtigten Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle werden in vielen Punkten begrüßt. Einzelne Kritikpunkte hinsichtlich des SIEC-Tests bestehen allerdings:

Es soll analog der europäischen Fusionskontrolle die „erhebliche Behinderung des Wettbewerbs“ (SIEC-Test) als maßgebliches Untersagungskriterium eingeführt werden, § 36 Absatz 1 GWB-E. Wie nach EU-Recht soll „die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“ dagegen nur noch Regelbeispiel für die „erhebliche Behinderung des Wettbewerbs“ sein. Durch die Einführung des SIEC-Tests soll u. a. eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene hergestellt werden. Es soll damit ein „level playing field“ für die Unternehmen geschaffen werden.

Aus Sicht des GDV besteht keine zwingende Notwendigkeit zur Einführung des SIEC-Tests. In der weit überwiegenden Anzahl der Fusionen dürfte sich an dem Ergebnis der Kontrollverfahren hierdurch nichts ändern. In jedem Fall abgelehnt wird eine isolierte Übernahme des SIEC-Tests. Falls der SIEC-Test eingeführt werden soll, hält der GDV vielmehr in weiteren Punkten eine Anpassung an das EU-Recht für notwendig. Mit dem bisherigen Entwurf wird das Ziel eines „level playing field“ nicht erreicht.

#### **a) Aufgabe der Marktbeherrungsvermutungen**

Die Einführung des SIEC-Tests setzt die Aufgabe der Marktbeherrungsvermutungen in der Fusionskontrolle voraus. Das EU-Recht kommt ohne Marktbeherrungsvermutungen aus. Stattdessen hat der EuGH etwa für die Beurteilung kollektiver Marktbeherrschung gesonderte Kriterien entwickelt. Diese sind flexibler als die starren deutschen Vermutungsregelungen. Das EU-Recht hat insofern eine andere Systematik als das GWB. Es ist daher zumindest fraglich, ob die gesetzlichen Vermutungsregelungen nach deutschem Recht hiermit kompatibel sind. In jedem Fall führt die Aufrechterhaltung der Marktbeherrungsvermutungen zu unnötiger Rechtsunsicherheit, inwieweit europäische Entscheidungen zum SIEC-Test auch in Deutschland herangezogen werden können. Diese Rechtsunsicherheit sollte vermieden werden.

#### **b) Anpassung der Zusammenschlusstatbestände**

Das von der Bundesregierung beabsichtigte „level playing field“ setzt zudem eine Angleichung der Zusammenschlusstatbestände voraus. Im EU-Recht gibt es neben der Fusion nur den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs. In Deutschland bestehen dagegen noch weitere Zusammenschlusstatbestände. Dies ist insbesondere der Tatbestand des Anteilserwerbs von 25 % (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) und der des „Erwerbs eines erheblichen Einflusses“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Diese Tatbestände sollten ersatzlos gestrichen werden, um das Ziel einer Angleichung von nationalem und europäischem Recht zu erreichen. Hinzu kommt, dass insbesondere § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden ist. Gründe hierfür sind die Unbestimmtheit der Regelung und die gleichzeitig weite Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung und das Bundeskartellamt. Es reicht auch nicht aus, dass sich die Regelung laut Gesetzesbegründung in der Energiewirtschaft bewährt haben soll. Selbst wenn diese Aussage zutreffend sein sollte, was der GDV nicht beurteilen kann: Der Bedarf in einem einzigen Wirtschaftsbe- reich kann keine sektorübergreifende Regelung rechtfertigen.

#### **V. Auskunftsverlangen, § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E**

Der neu eingefügte § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E soll klarstellen, dass die Kartellbehörde die Form vorgeben kann, in der ihr gegenüber Auskunftsersuchen zu erfüllen sind. Insbesondere soll die Kartellbehörde auch verlangen können, dass die Informationen über eine Internetplatt-

form eingereicht werden. Die Versicherungswirtschaft hat hiergegen Bedenken, soweit keine Maßnahmen zur Gewährung der Vertraulichkeit der Informationsübermittlung seitens der Kartellbehörde getroffen werden. Es besteht ansonsten die Gefahr der Verletzung von Unternehmensgeheimnissen. Die Abwicklung von Auskunftersuchen über IT-Plattformen sollte daher davon abhängig gemacht werden, dass die Kartellbehörde notwendige technische Maßnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit der Informationsmitteilung ergreift. Dies sollte als Voraussetzung in § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E aufgenommen werden.

#### **VI. Auskunftsverweigerungsrecht juristischer Personen, § 81a GWB-E**

Durch die Einschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts juristischer Personen sollen nochmalige Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig vermieden werden. Zu begrüßen ist die im Vergleich zum Referentenentwurf vorgesehene Einschränkung der Auskunftspflichten auf Informationen bezüglich des Nachweises der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen der Bußgeldbemessung. Darüber hinaus trägt auch das in Absatz 3 niedergelegte Zeugnisverweigerungsrecht der für die juristische Person oder Personenvereinigung handelnden natürlichen Person den beteiligten Interessen in angemessener Weise Rechnung.

Berlin, den 17.04.2012