



## Stellungnahme

### zum „Entwurf eines achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (Regierungsentwurf)

---

Wettbewerb,  
Öffentliche Aufträge und  
Verbraucher

#### A. Allgemeines

Dokumenten Nr.  
D 0525

Datum  
6. Juni 2012

Seite  
1 von 26

Das Bundeskabinett hat am 28. März 2012 den vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie vorgelegten Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verabschiedet, der auf dem zuvor vorgelegten Referentenentwurf basiert. Ziel der 8. GWB-Novelle ist es insbesondere, Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen. Die Missbrauchsvorschriften sollen zudem einfacher, verständlicher und anwenderfreundlicher gestaltet werden. Auch sollen Verbraucherverbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beteiligt werden. Schließlich soll das kartellrechtliche Bußgeldverfahren effizienter gestaltet werden.

Einige Elemente des Regierungsentwurfs sind im BDI auf Zustimmung, andere auf Kritik gestoßen. Der BDI hatte bereits am 7. Dezember 2011 eine Stellungnahme zum Referentenentwurf verfasst und am 22. September 2010 im Vorfeld „Überlegungen zur Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)“ angestellt.<sup>1</sup>

Generell wird das Kartellrecht durch die Novelle, auch wenn die Bundesregierung keinen grundlegenden Änderungsbedarf konstatiert, weiter verschärft. Zusammenfassend die wichtigsten Positionen des BDI vorab:

#### 1. Fusionskontrolle

Es gibt gute Argumente für eine weitgehende Angleichung des deutschen Fusionskontrollrechts an die europäische Fusionskontrollverordnung. Unterschiedliche Systeme verursachen erhebliche Kosten, wenn Fusionen in mehreren Ländern nach unterschiedlichen Regelungen angemeldet werden müssen. Einige Kritikpunkte, die der BDI im Vorfeld der GWB-Novelle formuliert hatte, sind vom Regierungsentwurf aufgegriffen worden, andere nicht. Insbesondere sollte das Untersagungskriterium der Europäischen Fusionskontrolle nicht ohne Not übernommen werden, da der neue Test zu

Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

Telekontakte  
T: 030 2028 1408  
F: 030 2028-2408

Internet  
www.bdi.eu

E-Mail  
U.Suchsland-Maser@bdi.eu

---

<sup>1</sup> BDI-Positionspapier zum „Entwurf eines achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (Referentenentwurf), abrufbar unter: <http://bdi.eu/Deutsches-Kartellrecht.htm>; BDI-Positionspapier „Überlegungen zur Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)“ vom 22.09.2010, abrufbar unter: [http://www.bdi.eu/echtwerte/download\\_content/KonjunkturStandortUndWettbewerb/BDI\\_PP\\_Ueberlegungen\\_Novellierung\\_GWB.pdf](http://www.bdi.eu/echtwerte/download_content/KonjunkturStandortUndWettbewerb/BDI_PP_Ueberlegungen_Novellierung_GWB.pdf)

Unwägbarkeiten zu Lasten der Unternehmen führen und die Dauer der gerichtlichen Verfahren überhand nehmen würde, wodurch der Erfolg von Zusammenschlussvorhaben direkt gefährdet würde.

## **2. Missbrauchskontrolle**

Die Anhebung der Schwelle für Einzelmarktbeherrschung auf 40 Prozent erachtet der BDI als ersten richtigen Schritt. Es sollte auch die Schwelle für die kollektive Marktbeherrschung angehoben werden. Allerdings sollten die Marktbeherrschungsvermutungen insgesamt gestrichen werden.

Die geplante Verlängerung der Preismissbrauchsaufsicht auf der Energieerzeugungsebene (§ 29 GWB) bewertet der BDI hingegen kritisch. Die 2007 eingeführte Vorschrift des § 29 GWB hat der BDI von Beginn an als ordnungspolitisch verfehlt kritisiert. Zahlreiche rechtliche Einzelfragen, insbesondere zum neuartigen Konzept der kartellrechtlichen Kostenkontrolle, sind weiterhin ungeklärt. Infolge der Beweislastumkehr haben Unternehmen keine Möglichkeit, zu Beginn eines Missbrauchsverfahrens zu beurteilen, ob die vorgeworfene Preisabweichung auch tatsächlich – und in welcher Höhe – einen Kartellrechtsverstoß darstellt, sowie im Verlauf eines Verfahrens abzuschätzen, durch welche Verteidigungsmittel und Kostenpositionen der Vorwurf ausgeräumt werden kann. Aus diesen Gründen sollte auch keine Erweiterung auf weitere Bereiche, wie z.B. Fernwärme, erwogen werden.

Die Überführung des Wasserkartellrechts in das GWB befürwortet der BDI. Der Gesetzgeber sollte zudem dringend eine Ausdehnung der kartellrechtlichen Aufsicht auf „Gebühren“ vornehmen, um Anreize für eine Umgehung der Missbrauchskontrolle entgegenzuwirken.

## **3. Befugnisse der Kartellbehörden**

Die Übernahme der Möglichkeit zu strukturellen Abhilfemaßnahmen (inklusive Entflechtungen) bei einem Kartellrechtsverstoß sollte nicht deckungsgleich analog der EU-Regelung erfolgen. Dem europäischen Vorbild fehlt es – nach deutschem Rechtsverständnis – an rechtsstaatlicher Kontur. Der deutsche Gesetzgeber müsste zumindest die Begrifflichkeiten präzisieren und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisieren.

Besonders kritisch bewertet der BDI die neue Befugnis der Kartellbehörden, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen. Als Beseitigungsanspruch darf die Abstellungsverfügung nicht, wie aktuell geplant, über die Beseitigung der Quelle einer andauernden Störung des Wettbewerbsgeschehens hinausgehen. Umgekehrt zur Problematik von Sammelklagen im öffentlichen Interesse würde hier die Kartellbehörde in ordnungspolitisch bedenklicher Weise zur Durchsetzung privater Ansprüche instrumentalisiert. Dies steht in einem erheblichen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Gewaltenteilung. In jedem Fall fehlt es an notwendigen Einschränkungen dieser Regelung. Solch eine Anordnung muss unter dem Vorbehalt des öffentlichen Interesses stehen und der erkennbaren Schwierig-

keit, Schadenersatzansprüche durchzusetzen; außerdem müssten die Rückerstattungsberechtigten auf der Stufe der Endverbraucher stehen.

#### **4. Kartellordnungswidrigkeiten**

Anders als im Referentenentwurf (§ 81 b Ref-E) ist im Regierungsentwurf ein vollständiger Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in Kronzeugenanträge und damit im Zusammenhang stehende Beweismittel nicht mehr vorgesehen (§ 81 b GWB-E). Der Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in Kronzeugenanträge war auf Zustimmung des BDI gestoßen, der selbst angeregt hatte, die Vertraulichkeit von Unterlagen, die dem Kartellamt im Zusammenhang mit einem Kronzeugenantrag übermittelt werden, gesetzlich zu normieren. Der BDI plädiert somit dafür, den vollständigen Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in Kronzeugenanträge wieder vorzusehen.

#### **5. Private Kartellrechtsdurchsetzung**

Die Industrie steht der geplanten Stärkung der Verbraucherverbände in Kartellverfahren skeptisch gegenüber. Das gilt insbesondere für die geplante Abschöpfung von Vorteilen, die die Unternehmen aus den verbotenen Kartellabsprachen ziehen. Die Sicherung wirksamen Wettbewerbs wie auch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils ist in erster Linie die Aufgabe des Bundeskartellamts. Essentiell ist, dass der abgeschöpfte Gewinn auch weiterhin an die Bundeskasse abgeführt wird, um Missbräuchen vorzubeugen. Einer zweckgebundenen Verwendung des abgeschöpften Gewinns für Verbraucherbelange, wie derzeit vom Bundesrat überdies auch für einen Anteil an Bußgeldern gefordert, passt nicht zum Charakter der staatlichen Sanktion der „Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils“. Auch stehen Bundeshaushaltsmittel grundsätzlich nicht für Länderaufgaben zur Verfügung. Die institutionelle Förderung der Verbraucherarbeit obliegt den Verbraucherzentralen der Länder. Darüber hinaus sind in Deutschland im Zuge der 7. GWB-Novelle die Rechte von Kartellgeschädigten und Verbrauchern massiv gestärkt worden. Eine erhöhte Zahl auf Schadenersatz gerichteter Klagen zeigt, dass diese Maßnahmen bereits Wirkung entfalten.

### **B. Zu den Regelungen des Regierungsentwurfs im Einzelnen:**

#### **I. Missbrauchsaufsicht**

##### **1. Systematisierung der §§ 19, 20 GWB**

Der BDI befürwortet die übersichtliche Neustrukturierung der Vorschriften zur Missbrauchskontrolle.

##### **a. Streichung der Marktbeherrschungsvermutungen (§ 18 Abs. 4 und 6 GWB-E)**

Die Marktbeherrschungsvermutungen in § 18 Abs. 4 und 6 GWB-E sollten ersatzlos entfallen. Diese Vermutungen sind schematisch und für die Feststellung von Marktbeherrschung praktisch ohne Bedeutung. Es fehlt schon

an entsprechenden Erfahrungssätzen, die als Grundlage für solche Vermutungen dienen. So konnte bis heute nicht nachgewiesen werden, dass den Vermutungen des bisherigen § 19 Abs. 3 GWB (§ 18 Abs. 4 und 6 GWB-E) regelmäßig oder typischerweise Marktbeherrschungstatbestände entsprechen.

Trotzdem enthalten sie *de facto* eine Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen, aufgrund derer vorschnell Marktbeherrschung unterstellt werden kann. Das OLG Düsseldorf geht im „Cargotec“-Fall (2008) sogar von einer echten Umkehr der Beweislast aus, die nicht nur bei einem materiellen *non liquet*, sondern auch bei einer unzureichenden Darlegung der Widerlegungskriterien zum Tragen kommt. Im Übrigen sind die Vermutungen im geschriebenen europäischen Recht unbekannt und stehen somit weiteren Harmonisierungsansätzen im Wege.

Es ist für die Unternehmen auch nicht von vorneherein leichter, ihren Marktanteil und den anderer Unternehmen verlässlich einzuschätzen. Zum Beispiel kommt es auf dem Tankstellenmarkt nun auf ein „Erreichbarkeitsmodell“ aus Sicht des Verbrauchers mit genau festgelegten Entfernungen (30 km Stadt / 60 km Land) an. Solche Kriterien können von den Unternehmen nicht antizipiert werden. Ein weiteres Problem stellt die Marktabgrenzung bei dynamischen neuen Märkten dar, die von den Unternehmen praktisch nicht zu leisten ist.

Es entsteht ferner Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, wenn beispielsweise in einem Jahr die Schwelle überschritten wird, auf Grund eines volatilen Marktes im Folgejahr der Marktanteil aber unterhalb der Schwelle liegt. Müsste sich dann das Unternehmen auf die verschärften Kontrollen eines Marktbeherrschers einstellen?

Bei der Vermutung für kollektive Marktbeherrschung kommt erschwerend hinzu, dass das Entstehen kollektiver Marktbeherrschung kaum eindeutig festgestellt werden kann. Die Oligopolvermutung des § 18 Abs. 6 GWB-E spiegelt die ökonomische Realität nicht wider. Nicht nur Ökonomen, sondern auch Verwaltungspraxis und Rechtsprechung haben mehrere fundamentale Voraussetzungen eines dauerhaft koordinierten Verhaltens ermittelt, ohne die kollektive Marktbeherrschung nicht möglich ist. Hierzu gehören zum Beispiel folgende Merkmale:

- Es muss eine besondere Marktstruktur vorliegen (Homogenität der Produkte, nur begrenzter technischer Fortschritt, nur geringe Konjunkturschwankungen, keine Tendenz zu Marktaustritten, keine Ressourcenschöpfung etc.);
- die Ungleichförmigkeit des Marktverhaltens muss für die Wettbewerber erkennbar sein, der Markt muss also transparent sein;
- es muss einen glaubhaften Sanktionsmechanismus für Abweichler geben;
- es darf keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck durch Außenseiter geben.

Hieraus folgt, dass es schlechterdings nicht sachgerecht ist, aus dem Umstand allein, dass die größten Unternehmen bestimmte Marktanteile auf sich

vereinen, auf kollektive Marktbeherrschung zu schließen. In Anbetracht der Vielzahl weiterer Voraussetzungen und der erheblichen Unsicherheit, auch unter Ökonomen, wann kollektive Marktbeherrschung vorliegt, sollte die Vermutung kollektiver Marktbeherrschung wegfallen. Dies würde bei § 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB-E und § 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB-E zum Tragen kommen.

Bei Anpassung des § 36 Abs. 1 GWB an den europäischen SIEC-Test wären die Marktbeherrschungsvermutungen zumindest für die Fusionskontrolle zu streichen. Derartige Vermutungen gibt es im EU-Recht nicht. Deshalb wären bei Einführung des SIEC-Tests in Deutschland konsequenterweise auch die entsprechenden Vermutungen zu streichen, um einen nahtlosen Gleichlauf zwischen EU-Recht und nationalem Recht zu schaffen. Da bei Übernahme des SIEC-Tests die Begründung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nur noch ein Regelbeispiel sein wird, würde eine Beibehaltung der Marktbeherrschungsvermutungen den Fokus auf dem alten Prüfmechanismus belassen und damit einer umfassenden Wettbewerbsprüfung entgegenlaufen.

#### **b. Anhebung der Marktbeherrschungsschwellen (§ 18 Abs. 4, Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 2 GWB-E)**

Hilfsweise wird angemerkt, dass die bisherigen Marktbeherrschungsschwellen zu niedrig im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen sind. Die geplante Anhebung des Schwellenwerts für die Einzelmarktbeherrschung auf 40 Prozent erachtet der BDI daher als ersten richtigen Schritt. Marktbeherrschung im EU-Recht wird erst ab 40 Prozent Marktanteil erwogen. Nach der EuGH-Rechtsprechung können Marktanteile von 40 bis 50 Prozent auf eine marktbeherrschende Stellung hinweisen, allerdings ohne von vorneherein eine entsprechende Vermutungswirkung zu begründen.

Für die Fusionskontrolle dürfte sich diese Anhebung bei gleichzeitiger Einführung des SIEC-Tests allerdings als bedeutungslos erweisen, weil die Schwelle für die Untersagung abgesenkt werden und es auf die marktbeherrschende Stellung allenfalls als Regelbeispiel ankommen soll.

Konsequenterweise müssten – nach diesem ersten Schritt – auch die Schwellenwerte bei der Oligopolvermutung angehoben werden.

#### **c. Klarstellung: Keine Oligopolvermutung bei asymmetrischen Marktanteilen (§ 18 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 2 GWB-E)**

§ 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB-E sieht vor, dass ein marktbeherrschendes Oligopol vermutet wird, wenn drei oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen. Da die Schwelle für die Einzelmarktbeherrschung auf 40 Prozent angehoben wird, können Konstellationen auftreten, in denen ein Unternehmen mit 40 Prozent und ein weiteres mit 10 Prozent oder zwei weitere mit je 5 Prozent Marktanteil die Vermutungsregelung erfüllen. Es obliegt dann diesen Unternehmen, gemäß § 18 Abs. 7 GWB-E die Oligopolvermutung zu widerlegen. Zwar dürfte dies aufgrund der offensichtlichen Asymmetrie zwischen den Unternehmen im Regelfall gelingen. Jedoch müssen die Unternehmen bis zu einer Klärung mit einer Kartellbehör-

de zunächst die besonderen Sorgfaltspflichten eines Marktbeherrschers beachten.

Wir schlagen hier eine Ergänzung der Gesetzesbegründung vor. Als neuer Absatz sollte folgender Text eingefügt werden:

*„Erfüllen drei oder weniger Unternehmen die gesetzliche Vermutung für eine gemeinsame Marktbeherrschung nur aufgrund von asymmetrischen Marktanteilen (z.B. Marktanteilsunterschiede von größer als 20 Prozent), so ist im Regelfall die gesetzliche Vermutung als widerlegt anzusehen.“*

Entsprechendes gilt auch für § 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB-E, der vorsieht, dass ein marktbeherrschendes Oligopol vermutet wird, wenn fünf oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von zwei Drittel erreichen. Auch hier sollte eine Diskrepanz in den Marktanteilen von mehr als 20 Prozent eine automatische Widerlegung der Vermutung bewirken.

**d. Verlängerung des befristeten Verschärfung des Verkaufs unter Einstandspreis im Lebensmittelhandel (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB, Art. 4 des Änderungsgesetzes)**

Das Verbot des nur gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis soll nun - anders als im Referentenentwurf vorgeschlagen - um weitere fünf Jahre verlängert werden. Dies wird mit der hohen präventiven Vorfeldwirkung begründet, auch wenn es nur eine geringe Zahl von eingeleiteten Verfahren gegeben habe. Der BDI hatte sich nicht nur für ein Auslaufen dieser Vorschrift ausgesprochen, sondern auch für die Abschaffung des allgemeinen Verbots von Untereinstandspreisen.

Der BDI setzt sich weiterhin für das Auslaufen der befristeten Verschärfung des Verkaufs unter Einstandspreis im Lebensmittelhandel ein<sup>2</sup>. In dieser Regelung liegt ein branchenspezifischer Sonderweg.

Ob und unter welchen Umständen Verkäufe unter Einstandspreis aus wettbewerblicher Sicht zu missbilligen sind, wird in Deutschland seit mehr als zwei Jahrzehnten kontrovers erörtert.

Bereits das gesetzliche Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis in der geltenden Fassung ist aus ordnungspolitischen Gründen verfehlt und beinhaltet – im Verhältnis zum EU-Recht – einen deutschen Sonderweg. Dies gilt erst Recht für die Verschärfung der Regelung.

Im europäischen Recht ist ein Verkauf unter Einstandspreis nur dann missbräuchlich, wenn das betreffende Unternehmen durch gezielte Ausschaltung von Konkurrenten handelt und beabsichtigt, die erlittenen Verluste durch spätere Preiserhöhungen anschließend wieder auszugleichen (vgl. Diskussionspapier der Europäischen Kommission zur Anwendung des Art. 82 (jetzt Art. 102 AEUV), Dezember 2005, Rn. 95 f.).

---

<sup>2</sup> Die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie (BVE) hat sich für eine Verlängerung der Vorschrift ausgesprochen.

Darüber hinaus zeigen die Erfahrungen in anderen Ländern wie auch in Deutschland, dass man sich von einer solchen Vorschrift – und der in Rede stehenden Verschärfung – nicht zu viel erhoffen darf. Eine gesetzliche Regelung trifft schon grundsätzlich auf das Problem, dass Verkäufe unter Einstandspreis sehr viele unterschiedliche Facetten haben. Sie können eingesetzt werden, um Mitbewerber zu behindern oder aus dem Markt zu drängen, sind aber auch für kaufmännische Zwecke wie die Lagerräumung einsetzbar, gegen die keine Einwände zu erheben sind. Das eine vom anderen zu unterscheiden, ist bisher noch nicht überzeugend gelungen.

Hinzu kommt, dass das Verbot in der Praxis aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe mit großen Auslegungs- und Anwendungsproblemen behaftet ist. Besonders schwierig ist es in den meisten Fällen, den Einstandspreis zu berechnen. Auch sind die Ausnahmen von dem Verbot des Unter-Einstandspreisverkaufs zu eng.

Die durch das Grundgesetz garantierte Wettbewerbs- und Berufsausübungsfreiheit sollte nur in dem absolut erforderlichen Maße beschränkt werden dürfen, das für einen Ausgleich divergierender berechtigter Interessen der verschiedenen Marktseiten zwingend notwendig ist. Im Grunde kann es an der Rechtmäßigkeit des Verhaltens nur fehlen, wenn die Preisgestaltung des marktbeherrschenden oder überlegenen Unternehmens keine vernünftigen betriebswirtschaftlichen Gründe erkennen lässt und nur das Ziel verfolgt, kleine und mittlere Wettbewerber ernsthaft zu behindern. Andernfalls wäre das Unternehmen verpflichtet, seine eigenen Interessen an einer wettbewerbsgemäßen Gestaltung der Verkaufspreise zugunsten von anderen Unternehmen zu opfern.

Auch ist die Durchschlagskraft des Verbots von Unter-Einstandspreis-Verkäufen zweifelhaft. Größere Handelsunternehmen können aufgrund ihrer Marktmacht bereits jetzt niedrige Einkaufspreise aushandeln, die zu niedrigen Verkaufspreisen führen, mit denen kleine und mittlere Unternehmen nicht konkurrieren können. So hat auch die kartellbehördliche Praxis – laut Begründung des Regierungsentwurfs – für den Lebensmitteleinzelhandel für die Jahre 2008 und 2009 festgestellt, dass bei beanstandetem Verhalten von Handelsunternehmen die Einstandspreise unterhalb der Angebotspreise lagen.

**e. Auslaufen der befristeten Regelung der Verschärfung des Verbots der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen (§ 20 Abs. 3 Satz 2 GWB)**

Es gibt zwar laut Begründung des Regierungsentwurfs keine Anhaltspunkte dafür, dass Großunternehmen in besonderem Maße vor der Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen geschützt werden müssten. Auch habe die Norm in der Praxis nur sehr geringe Bedeutung gehabt. Letzteres will auch der BDI nicht in Abrede stellen.

Allerdings hat die Beschränkung des Verbots für marktbeherrschende oder marktstarke Lieferanten im Verhältnis zu von ihnen abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen in der Praxis in der Vergangenheit zu erheb-

lichen Abgrenzungs- und Anwendungsschwierigkeiten geführt. Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Ausnutzung von Marktmacht zur Erlangung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile von abhängigen Unternehmen deshalb wettbewerbsrechtlich billigenwert sein soll, weil diese nicht der engen Definition von kleinen und mittleren Unternehmen unterfallen. Die wettbewerbsverzerrende Wirkung des sog. Anzapfens wäre potentiell sogar größer. Der BDI spricht sich aus diesem Grund für die Beibehaltung der befristeten Regelung aus.

## **2. Keine Verlängerung der Preismissbrauchsaufsicht auf der Energieerzeugungsebene (§ 29 GWB)**

Der BDI wendet sich gegen die geplante Verlängerung der Preismissbrauchsaufsicht auf der Energieerzeugungsebene (§ 29 GWB i.V. m. § 131 Abs. 1 GWB-E). Die 2007 eingeführte Vorschrift des § 29 GWB hat der BDI von Beginn an als ordnungspolitisch verfehlt kritisiert. Zahlreiche rechtliche Einzelfragen, insbesondere zum neuartigen Konzept der kartellrechtlichen Kostenkontrolle, sind nach wie vor ungeklärt. Auch die Monopolkommission hat ihre Kritik an der Vorschrift in ihrem Sondergutachten vom 13.09.2011 geäußert: Die Anwendung von § 29 GWB sei kein geeignetes Instrument zur Verwirklichung eines wettbewerblichen (Gas)Marktes. Sie kritisiert insbesondere die für die Entwicklung des Wettbewerbs kontraproduktive und wettbewerbsökonomisch fragwürdige Anwendung der Preismissbrauchskontrolle gemäß § 29 GWB im Heizstromsektor und die Einstellung der Verfahren durch Zusagenentscheidungen. Die Vorschrift war vom Gesetzgeber ausdrücklich bis zum 31.12.2012 befristet worden.

Das gesetzlich vorgesehene Auslaufen der Vorschrift bietet die Gelegenheit zur Streichung einer ordnungs- wie rechtspolitisch verfehlten Vorschrift. §§ 19, 20 GWB bieten den Kartellbehörden ausreichende Rechtsgrundlagen auch für Maßnahmen auf den Strom- und Gasmärkten. § 29 GWB schafft somit allein Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen sowie für *neue* Marktteilnehmer, ohne die Effektivität der kartellbehördlichen Preismissbrauchsaufsicht zu erhöhen. Diese Aspekte hatte der BDI bereits im damaligen Gesetzgebungsverfahren kritisiert.

Eine Umfrage des BDI zu den Erfahrungen zu § 29 GWB stützt diese Kritik. Die Umfrage hat ergeben, dass die auf der Grundlage von § 29 GWB geführten Verfahren ganz wesentlich die Vertriebskosten aufgegriffen haben. Die Höhe der Energiepreise ist jedoch, wie die abgeschlossenen Verfahren weiter belegen, nur zu einem äußerst geringen Teil auf die Vertriebskosten zurückzuführen:

- Gas: Gerade die Untersuchungen des Bundeskartellamtes im Jahr 2008 haben gezeigt, dass – zusätzlich zu den staatlich erhobenen bzw. regulierten Preisbestandteilen wie Steuern und Konzessionsabgaben (zusammen Anteil von rund 30 Prozent) sowie Netznutzungsgebühren – die Beschaffungskosten einen Anteil von rund 50 Prozent am Endkunden-Gaspreis ausmachen.
- Strom: Die BDEW-Übersicht zum Haushaltsstrompreis zeigt, dass bei einem Preis von 21,65 Ct/kWh nur ein Anteil von 0,3 Ct/kWh auf den



Vertrieb entfällt. Die übrigen 98,6 Prozent des Preises werden durch staatliche Abgaben (rd. 40 Prozent), regulierte Netzentgelte (rd. 28 Prozent) und Beschaffungskosten (rd. 30 Prozent) bestimmt.

Da also die Endkundenpreise wesentlich von den Beschaffungskosten abhängen, bietet auch § 29 GWB keine Möglichkeit zu einer effektiveren Kontrolle. Die Beschaffungspreise werden entweder bereits durch einen transparenten Börsenpreis geprägt (Strom: EEX, Gas: TTF) oder durch vor allem ausländische Produzenten bestimmt, die nicht der Geltung des GWB unterfallen (Gas).

Des weiteren drohen unverändert koordinierte Effekte bei der Preisgestaltung sowie insbesondere beim Beschaffungsverhalten: Wenn Kartellbehörden die Rechtfertigung höherer Endkundenpreise nur insoweit über die Beschaffungskosten zulassen, wie diese dem Marktdurchschnitt entsprechen, kann jeder „Beschaffungs-Ausreißer“ zugleich als Kartellverstoß geahndet werden. Energieversorgungsunternehmen haben damit einen erheblichen Anreiz, ihr eigenes Beschaffungsverhalten an den Marktdurchschnitt anzugleichen – was für den Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten insgesamt negativ ist.

Aus wettbewerblicher Sicht ebenso nachteilig ist der Effekt, dass auf § 29 GWB gestützte Maßnahmen des Bundeskartellamts den Anreiz für ein Unternehmen vermindern, auf dem deutschen Energiemarkt tätig zu werden oder seine dortige Tätigkeit zu intensivieren. Gerade neuen Wettbewerbern wird aufgrund der extensiven Begrenzung der Marge der Energieversorgungsunternehmen bis zur Kostenunterdeckung ein Markteintritt kaum möglich sein. Und auch Unternehmen, die bereits auf dem deutschen Strommarkt tätig sind, werden regulatorische Risiken, wie sie § 29 GWB birgt, genau beobachten und insbesondere im Rahmen von Investitionsentscheidungen berücksichtigen. Im Ergebnis geht somit mit der Praxis des Bundeskartellamts auf Grundlage des § 29 GWB gerade eine solche Abschreckungswirkung und Verminderung des Wettbewerbs einher, die zu verhindern eigentliche Kernaufgabe des Kartellrechts ist.

Auch die Regelungen zur Beweislastumkehr stellen für die betroffenen Unternehmen ein großes Hindernis für die effektive und sachgerechte Rechtsverteidigung dar. Dies zeigt sich besonders deutlich bei der sachlichen Rechtfertigung höherer Entgelte durch entsprechend höhere Beschaffungskosten. Die Beweislastumkehr führt hier dazu, dass sich das Unternehmen in einer „black box“ verteidigen muss. Da es nicht weiß, zu welchem Preis sein Wettbewerber beschafft hat, kann es selbst nicht den „Entlastungsbeweis“ antreten, um sich gegen den Vorwurf des Kartellrechtsverstößes zu wehren. Es wird an einer Benchmark gemessen, die es selbst vorab nicht kannte und auch nachträglich nicht ermitteln darf, wenn es nicht gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßen will.

Auch die Kartellbehörden können diese Daten im Hinblick auf die Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerber nur sehr eingeschränkt, etwa über Spannenangaben, offenlegen. Das Unternehmen hat auch in diesem Fall keine Möglichkeit, die Behördenangaben zu überprüfen.

Infolge der Beweislastumkehr haben Unternehmen damit keine Möglichkeit,

- zu Beginn eines Missbrauchsverfahrens zu beurteilen, ob die vorgeworfene Preisabweichung auch tatsächlich – und in welcher Höhe – einen Kartellrechtsverstoß darstellt;
- im Verlauf eines Verfahrens abzuschätzen, durch welche Verteidigungsmittel und Kostenpositionen der Vorwurf ausgeräumt werden kann.

Aus diesen Gründen sollte auch keine Erweiterung auf weitere Bereiche, wie z.B. Fernwärme, erwogen werden.

### **3. Aufnahme der Regelungen der verschärften Missbrauchskontrolle über die Wasserwirtschaft ins GWB (§ 31 GWB)**

Der BDI befürwortet die bessere Übersichtlichkeit und Handhabbarkeit des Wasserkartellrechts mittels Übernahme der bisherigen Regelungen der verschärften Missbrauchskontrolle über die Wasserwirtschaft in das GWB. Sowohl die allgemeine Missbrauchsaufsicht als auch die verschärfte Missbrauchsaufsicht sollten im Wassersektor weiterhin Anwendung finden. Langfristig sollte der Sektor bei fortschreitender Liberalisierung dem allgemeinen Kartellrecht unterstellt werden. Anders als im Anwendungsbereich von § 29 GWB ist im Wasserbereich derzeit keine Wettbewerbssituation gegeben, so dass die verschärfte Missbrauchskontrolle hier sinnvoll wäre. Die Wasserpreise sind in Deutschland zu hoch und könnten viel günstiger sein; dies hat zuletzt die Bundesnetzagentur im September 2011 festgestellt.

Der Gesetzgeber sollte dringend eine Ausdehnung der kartellrechtlichen Aufsicht auf „Gebühren“ vornehmen, damit nicht die organisationsrechtliche Form der Wasserbetriebe und die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zu den Wasserkunden darüber entscheidet, ob die Missbrauchsaufsicht greifen kann oder nicht.

Anders als im Energiesektor ist der Wassermarkt noch nicht liberalisiert, sondern wird weitgehend vom öffentlichen Sektor getragen. Der BDI hat sich im Zusammenhang mit der Diskussion über die Daseinsvorsorge stets nachdrücklich für eine Marktöffnung des Wassersektors ausgesprochen.

## **II. Fusionskontrolle**

Es gibt gute Argumente für eine weitgehende Angleichung des deutschen Fusionskontrollrechts an die europäische Fusionskontrollverordnung. Unterschiedliche Systeme verursachen erhebliche Kosten, wenn Fusionen in mehreren Ländern nach unterschiedlichen Regelungen angemeldet werden müssen.

Auch lagen die deutschen Anmeldungen 2006 mit 1829 (2007: 2231) im internationalen Vergleich extrem hoch; Italien z.B. lag bei 696, Großbritannien-

en gar nur bei rund 300 Verfahren. Mittlerweile liegen die Fallzahlen für 2009 und 2010 mit 998 und 987 zwar deutlich unter dem Niveau der Vorjahre, allerdings immer noch erheblich über den Zahlen der Nachbarländer.

Der sehr geringe Anteil von Untersagungen (einschließlich der benachbarten Fälle von Zurücknahmen, Modifikationen etc.) im Vergleich zu unproblematischen Fusionen belegt das Missverhältnis zwischen Kontrollaufwand und tatsächlichen Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbs. Richtig verstandener Bürokratieabbau erstreckt sich nicht nur auf die Abschaffung überflüssiger Statistiken, sondern auch auf das Streichen bürokratischer Anmeldepflichten.

Die tatsächlichen volkswirtschaftlichen Kosten einer extensiven Fusionskontrolle dürften unbekannt und kaum zu ermitteln sein. Jedenfalls sind die unternehmensinternen Kosten für die Ermittlung der Anmeldepflicht und die Vorbereitung und Durchführung von Anmeldungen sowie die häufig unvermeidlichen Kosten für externe Beratung in Summe erheblich. Durch die niedrigen Schwellenwerte werden in einer Vielzahl von Fällen „mittelständische“ Unternehmen (d.h. in diesem Kontext: solche ohne Rechtsabteilung und ohne sonstige kundige Fachleute) erfasst. Eine Anmeldung ohne fachliche Beratung durch Rechtsanwälte ist jedoch kaum möglich.

## **1. Anpassung der Aufgreifschwellen (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB)**

Die Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 1. GWB sollte erhöht werden. Wir schlagen hier eine Erhöhung auf 2 Mrd. Euro vor (mindestens jedoch auf 1 Mrd. Euro). Die 500 Mio. Euro-Schwelle ist nicht mehr zeitgemäß. Die Fusionskontrolle ist einmal für Fusionen von überragender Bedeutung (so genannte „Elefantenhochzeiten“) eingeführt worden. So eng soll der Anwendungsbereich erklärtermaßen nicht mehr sein, aber erfasst werden derzeit Fälle von geringer bis geringster Bedeutung. Dafür gibt es kein wettbewerbspolitisch notwendiges Bedürfnis.

Bei der Betrachtung der Auswirkung der „kalten Progression“ durch den starren, seit langem nicht angepassten Schwellenwert sollte nicht die Inflationsrate der Maßstab sein, sondern ein Vergleich: Wie viele Unternehmen erreichte man auf der Liste der umsatzstärksten Unternehmen mit a) 500 Mio. Euro bei Einführung der Fusionskontrolle und b) heute? Wie sähe dieses Raster bei Zugrundelegung höherer Aufgreifschwellen aus?

## **2. Geringfügige Inlandsanteile (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB)**

Zwar wurde im März 2009 eine zweite Inlandsumsatzschwelle i. H. v. 5 Mio. Euro eingeführt. Dieser Schwellenwert ist allerdings zu niedrig, um ein sinnvolles Gegengewicht zu der sehr weiten Regulierungsintensität des GWB zu bilden.

Zwar sind die Anmeldezahlen für 2009 und 2010 mit 998 und 987 auf einem niedrigeren Niveau als in den Jahren 2007 und 2008. Hier hat sich jedoch der Effekt der zweiten Inlandsumsatzschwelle mit der Wirtschaftskrise gekreuzt, so dass nicht auszuschließen ist, dass nach dem Ende der Rezession wieder mit höheren Anmeldezahlen gerechnet werden muss und die

zweite Inlandsumsatzschwelle künftig nur einen geringen Effekt haben wird.

Auch im Vergleich zu anderen europäischen Rechtsordnungen ist die Schwelle niedrig. Das ist nicht zu rechtfertigen. Das Vereinigte Königreich etwa greift Akquisitionen bis 10 Mio. GBP selbst bei Marktanteilen über 25 Prozent *nicht* auf. In Frankreich beträgt die zweite Inlandsumsatzschwelle bei mindestens zwei beteiligten Unternehmen im Hinblick auf das jeweilige Unternehmen sogar 50 Mio. EUR. Aufgrund dieser hohen Schwelle mussten im Jahr 2010 nur 200 Zusammenschlüsse angemeldet werden. Im Jahr 2011 sind ebenfalls nur 215 Zusammenschlüsse angemeldet und geprüft worden. In einer größeren Volkswirtschaft wie Deutschland sollten daher unseres Erachtens ebenfalls mindestens 25 Mio. Euro als zweite Inlandschwelle keine Konzentrationsängste auslösen.

Sinnvoll wäre daher eine Änderung des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB, die verlangt, dass mindestens zwei beteiligte Unternehmen jeweils Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt haben.

### **3. Anpassung der Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 GWB)**

Bei einer Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle würde die Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB) obsolet.

Die Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB) sollte auch im Hinblick auf die Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle angehoben werden. Sie ist angesichts der Inflationsrate zu niedrig und bedarf einer Anpassung. In anderen Ländern, zum Beispiel in den USA und Italien, werden die Schwellen turnusmäßig an die Inflation angepasst. Da dies in Deutschland nicht geschehen ist, haben die Klauseln bereits jetzt an praktischer Bedeutung verloren und werden so ihrem Zweck nicht gerecht, die Kontrolle von Bagatellfällen auszuschließen.

Praktische Relevanz gewinnt die Bagatellklausel in Zukunft nur noch, wenn die relevante Umsatzschwelle deutlich über die zweite Inlandsumsatzschwelle angehoben wird, etwa auf 15 Mio. Euro. Auch vertretbar erschiene bei signifikanter Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle eine komplette Streichung der Bagatellklausel in § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

### **4. Überführung der Bagatellmarktklausel in die formelle Fusionskontrolle (§ 36 Absatz 1 Satz 2 GWB-E)**

Es ist richtig, die Bagatellmarktklausel weiter aufrechtzuerhalten, um volkswirtschaftlich nicht bedeutende Märkte von der Regelungsintensität der deutschen Fusionskontrolle auszunehmen. Allerdings soll sie laut Regierungsentwurf künftig nicht mehr als Korrektiv für die Anmeldepflicht wirken, sondern zum materiellen Prüfungskriterium werden. Mit anderen Worten: Auch wenn die Bagatellmarktklausel erfüllt ist, ist dennoch eine Anmeldung beim Bundeskartellamt vorzunehmen. Das erhöht den Aufwand für die betroffenen Unternehmen. Dieser Aufwand ist vor allem in denjenigen Branchen unnötig, in denen die Marktabgrenzung durch eine langjährige Praxis des Bundeskartellamtes gefestigt ist.

Aus diesem Grund spricht sich der BDI gegen die Verschiebung der Bagatellmarktklausel in die materielle Fusionskontrolle aus.

In jedem Fall sollte – wie die Bagatellklausel – auch die Bagatellmarktklausel der Höhe nach angehoben werden, da sie angesichts der Inflation der Anpassung bedarf.

## **5. Geplante Übernahme des Untersagungskriteriums der EU-Fusionskontrolle (SIEC-Test; § 36 Abs. 1 GWB-E)**

Der BDI lehnt die Einführung des Untersagungskriteriums der EU-Fusionskontrolle, so genannter SIEC-Test (Significant Impediment of Effective Competition), weiterhin ab.

- a) In der Begründung des Regierungsentwurfs wird für die Übernahme des Tests angeführt, dass dies eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene erlaube. Darüber hinaus könne die deutsche Rechtsanwendungspraxis dadurch die Entwicklungen in der Fusionskontrolle in und außerhalb der Europäischen Union mit gestalten. Der SIEC-Test sei zudem in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union das am häufigsten angewandte materielle Prüfkriterium.

Der so genannte SIEC-Test wird zwar eine Annäherung an das europäische Fusionskontrollrecht herbeiführen, er dürfte jedoch zu größerer Unsicherheit hinsichtlich der Frage führen, ob ein Zusammenschlussvorhaben umsetzbar ist oder nicht. Auch dürfte der Test gegenüber dem Ist-Zustand eine Verschärfung der deutschen Fusionskontrolle darstellen, da der Test nahezu isoliert übernommen werden soll und die übrigen Vorschriften zur Fusionskontrolle, wie die Zusammenschlusstatbestände, unverändert bestehen bleiben.

Eine Regelungslücke, die eine Einführung des SIEC-Tests erforderlich machen würde, ist im Übrigen nicht erkennbar. Im Zuge der letzten Novelle war der deutsche Gesetzgeber selbst davon ausgegangen, dass es keine solche Lücke gibt.

Aus Sicht des BDI ist nicht damit zu rechnen, dass durch das Spürbarkeitskriterium „erheblich“ des neuen Tests Fusionen in größerem Umfang als bisher genehmigungsfähig würden. Es dürfte schon deshalb nicht mit einer erleichterten Fusionsfreigabe gerechnet werden, weil der Marktbeherrschungstest nach wie vor als Regelbeispiel bestehen bleibt. Das neue Untersagungsmerkmal dürfte vor allem dann zur Anwendung gelangen, wenn eine Fusion nicht schon nach dem Regelbeispiel verboten wäre. Dadurch ist in Zukunft der Fall denkbar, dass die Fusion zweier nicht marktbeherrschender Unternehmen, die im Ergebnis eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt, dennoch untersagt werden könnte, wenn durch die Fusion eine Verringerung der bisherigen Wettbewerbsintensität im Markt die Folge sein und der Spielraum eines dritten Unternehmens (Marktführer) dadurch vergrößert werden könnte.

Darin zeigt sich eine wesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage:

Die Schwelle für die Untersagung einer Transaktion durch den neuen Prüfungsmaßstab wird grundsätzlich zugunsten der Kartellbehörde abgesenkt mit der Folge, dass es die Behörde vor Gericht leichter haben wird, eine Untersagung gerichtsfest zu verteidigen. Dies war im Übrigen einer der unausgesprochenen Gründe (oder ein sehr willkommener Nebeneffekt) bei der Einführung des SIEC-Tests auf EU-Ebene, nachdem drei Untersagungen der Kommission in Folge vom damaligen Gericht erster Instanz in Luxemburg aufgehoben worden waren.

Bisher hat es auf europäischer Ebene noch keinen Fall gegeben, in dem ein Zusammenschluss auf Grund des SIEC Testes untersagt wurde. Allerdings wird der Test durch die EU-Kommission gelegentlich als Druckmittel verwendet, um die Unternehmen zu Zusagen und Zugeständnissen zu verpflichten. Es hat sich gezeigt, dass die Anwendung des SIEC-Tests die Verfahren verzögert und bis zum Schluss des Verfahrens zu Rechtsunsicherheit für die Unternehmen führt. Hinzu kommt, dass die einzelnen Elemente des Tests durch die EU-Kommission immer noch nicht ausreichend konkretisiert worden sind; die Begrifflichkeiten bleiben daher weitgehend unbestimmt. Eine Vorab einschätzung des Ausgangs der Prüfung durch die EU-Kommission würde durch die Unternehmen dadurch deutlich erschwert werden. Bereits aus diesem Grund empfiehlt sich eine Übernahme des SIEC-Tests zurzeit nicht.

- b) Ein gewichtigerer Grund gegen die Übernahme des SIEC-Tests in das deutsche Recht ist jedoch, dass dadurch die Dauer der gerichtlichen Verfahren erheblich zunehmen würde. Bei der Anwendung des SIEC-Test kommt der Kartellbehörde kein Beurteilungs- oder Prognosespielraum zu. Die Voraussetzungen des SIEC-Tests sind von den Gerichten daher im Einzelnen nachzuprüfen; eine bloße Evidenzkontrolle ist ausgeschlossen. Die Gerichte werden eine wirkungsorientierte Analyse, wie vom SIEC-Test gefordert, jedoch nicht ohne das Einholen von wirtschaftswissenschaftlichen Sachverständigengutachten vornehmen können. Erfahrungsgemäß führt das Einholen von Sachverständigengutachten aber zu einem Anstieg der Verfahrensdauer, die gerade für Unternehmenstransaktionen abträglich und kontraproduktiv wäre. Das liegt daran, dass sich das Zeitfenster für Fusionen schnell schließt. Vor diesen Konsequenzen hat auch der Vorsitzende Richter am OLG Düsseldorf vor kurzem besonders eindringlich gewarnt.<sup>3</sup> Lange Gerichtsverfahren werden daher unweigerlich, unabhängig von deren Ausgang, das „Aus“ für die Zusammenschlussvorhaben bedeuten. Um diesen Preis sollte der SIEC-Test nicht eingeführt werden.
- c) Eine isolierte Änderung des Untersagungstatbestandes in § 36 GWB sollte nicht vorgenommen werden. Eine umfassende Anpassung an die Europäische Fusionskontrolle würde es erforderlich machen, zumindest

---

<sup>3</sup> Kühnen, Jürgen: Wohin führt uns die 8. GWB-Novelle in der Fusionskontrolle? In: Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht (2011) Heft 1, S. 3-9

den anachronistischen Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 1, 3 bzw. Nr. 4 GWB) zu streichen und die Marktbeherrschungsvermutungen aufzuheben (vgl. oben B.I.1.a).

## **6. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB sollte gestrichen werden**

Nach den Vorstellungen des Regierungsentwurfs sollen die Zusammenschlusstatbestände des § 37 GWB erhalten bleiben und nicht an das europäische Recht angepasst werden.

Der BDI fordert erneut die Abschaffung des Auffangtatbestands des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Schon bei der letzten Novelle wurde darauf hingewiesen, dass dieser Tatbestand eine Überregulierung in der deutschen Fusionskontrolle darstellt und abgeschafft werden sollte. Im internationalen Vergleich kann die Vorschrift nur als „exotisch“ bezeichnet werden. Die bereits mit der 6. GWB-Novelle beabsichtigte Anpassung an das europäische Recht durch die Übernahme des Kontrollbegriffs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) ist unvollkommen geblieben, da die im Vergleich zum EG-Recht wesentlich größere Eingriffstiefe der deutschen Fusionskontrolle aufrechterhalten wurde.

Der Begriff des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ hat nichts von seiner Unschärfe und Unbestimmtheit verloren. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit und die erheblichen Sanktionen im Falle einer unterlassenen Anmeldung haben den Druck auf die Unternehmen verstärkt, ihren Zusammenschluss, vorsorglich anzumelden, sofern auch nur Zweifel bestehen, ob dieser Zusammenschlusstatbestand erfüllt ist. Da bereits die Möglichkeit der Einflussnahme ausreicht, sind in der Praxis in Einzelfällen auch schon Beteiligungen in Höhe von lediglich 10 Prozent als anmeldepflichtig bewertet worden. Im Fall „Abfallentsorgungsanlage Märkischer Kreis“ hat das Bundeskartellamt sogar bereits einen Kapitalanteil von 1 Prozent an einem Gemeinschaftsunternehmen für ausreichend erachtet, um die Beteiligten zu einer Umstrukturierung des Vorhabens zu bewegen. Nur etwa 20 Fälle (1 Prozent der angemeldeten Fälle) werden im Jahr vom Bundeskartellamt auf dieser Grundlage entschieden.

Der bürokratische Aufwand für Unternehmen ist durch die Anmeldepflicht erheblich und steht zu den Kontroll- und Erkenntnismöglichkeiten der Kartellbehörden außer Verhältnis.

Darüber hinaus entspricht die Beibehaltung von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht dem Ziel der 8. GWB-Novelle, nämlich einer Angleichung des deutschen Fusionskontrollrechts an das europäische Fusionskontrollrecht. Zukünftig werden im Fall einer Beibehaltung des Zusammenschlusstatbestandes die Unternehmen eine komplexere materielle Prüfung zu erwarten haben, jedenfalls bei Implementierung des so genannten SIEC-Tests. Darüber hinaus wird die Kartellbehörde Prüfverfahren verlängern können, da Prüf Fristen bei Lieferung von unvollständigen Informationen (was im Einzelfall subjektiv von der Behörde beurteilt werden kann) gehemmt werden. Als Gegengewicht zu den komplexeren, materiellen Prüfungen erscheint es sachgerecht, den fusionskontrollrechtlichen Aufgriffsumfang ebenfalls dem europäischen Maßstab anzugleichen.

Über eine Streichung des Anteilserwerbs in § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB könnte insofern ebenfalls nachgedacht werden. Weder auf EU-Ebene noch in den Mitgliedstaaten (mit Ausnahme von Österreich) gibt es eine derartige Aufgreifschwelle.

## **7. Verhaltenszusagen (Neufassung § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB)**

Künftig sollen Verhaltenszusagen möglich sein, solange sie nicht auf eine laufende Verhaltenskontrolle hinauslaufen. Zur Annahme von Verhaltenszusagen soll das Bundeskartellamt nur verpflichtet sein, wenn es die Durchführung der Zusagen effektiv kontrollieren kann. Aus diesem Grund sollen Verhaltenszusagen nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

Der BDI befürwortet diese flexible Annäherung an die europäische Fusionskontrollverordnung ausdrücklich. Hierdurch dürften die in der Praxis schwierigen Abgrenzungsprobleme, inwieweit es sich bei einer Auflage um eine zulässige Strukturmaßnahme oder um eine verbotene Verhaltensmaßnahme handelt, und das derzeitige Aufhebungsrisiko infolge von Drittbeschwerden wegen eines Verfahrens gegen § 40 Abs. 3 S. 2 GWB beseitigt werden. Das Bundeskartellamt hatte das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle bisher zu Recht eher restriktiv interpretiert. Insbesondere bei Marktzugangs- und Öffnungsaufgaben war es bislang zutreffend davon ausgegangen, dass bei diesen Auflagen die strukturelle Natur überwiegt.

## **8. Ausnahme vom Vollzugsverbot von Zusammenschlüssen bei öffentlichen Übernahmen (§ 41 Abs. 1a GWB-E)**

Der BDI befürwortet die Schaffung einer Ausnahme vom Vollzugsverbot von Zusammenschlüssen bei öffentlichen Übernahmen. Für diese Angleichung an das europäische Recht hatte der BDI schon länger plädiert.

## **9. Heilungsfolgen infolge eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot (§ 41 Abs. 1 Satz 3 GWB-E)**

Der BDI hatte sich schon im Vorfeld dafür ausgesprochen, dass bei einer späteren Einstellung eines Entflechtungsverfahrens nach einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot die schwebende zivilrechtliche Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts rückwirkend beseitigt werden sollte. Dieser Auffassung trägt die Regelung in § 41 Abs. 1 Satz 3 GWB-E nun Rechnung.

## **10. Doppelprüfung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen**

Eine Doppelprüfung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen (Nicht-Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen) nach Kartellverbot und Fusionskontrolle sollte nicht vorgenommen werden. Die Doppelkontrolle belastet Unternehmen mit einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit und hat in der Vergangenheit für einen erheblichen Aufwand der anmeldenden Unternehmen gesorgt. Ob die Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens nämlich ein genehmigungsfähiges Vorhaben darstellt, muss unter Umständen mit zwei verschiedenen Sachverhalten begründet werden, da die



Sonderregelung über die Fusionskontrolle nicht die Anwendbarkeit des § 1 GWB ausschließt. Gegenwärtig behält sich das Bundeskartellamt eine weitere kartellrechtliche Prüfung in einem separaten, nicht fristgebundenen Verfahren ausdrücklich in seinen Abschlusschreiben vor, wodurch ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen wird.

### **11. Verstärkter Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der Fusionskontrolle**

Mit Blick auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit von Fusionskontrollentscheidungen wäre – im Einklang mit jüngerer BGH-Rechtsprechung in Sachen „Springer/ProSieben“ – § 71 Abs. 2 GWB an den europäischen Rechtsschutz anzupassen. Die Vorschrift verlangt ein besonderes Feststellungsinteresse für die gerichtliche Überprüfung einer Untersagungsentscheidung, wenn der Antragssteller das Vorhaben aufgegeben hat. Zwar bejaht der BGH seit 2007 dieses Interesse, wenn der Beschwerdeführer im Hinblick auf spätere, entsprechende, wenn auch derzeit noch nicht absehbare Zusammenschlussvorhaben daran interessiert ist, die Entscheidungsgründe der angefochtenen Verfügung auszuräumen. Doch stellt auch diese BGH-Rechtsprechung nur eine Annäherung an das europäische Recht dar: Der EuGH eröffnet die gerichtliche Überprüfung der Untersagungsverfügung in *allen* Fällen, in denen das Vorhaben im Hinblick auf die behördliche Untersagung aufgegeben wurde. Gleiches sollte im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes auch in Deutschland gelten.

## **III. Befugnisse der Kartellbehörden**

### **1. Entflechtung**

Bei einer Entflechtung droht der Verlust von eingesetztem Kapital und erzielten Forschungs- und Entwicklungserfolgen. Entflechtungsverfahren beseitigen bei wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen unnötig Effizienzen und dämpfen die Investitionsbereitschaft. Allerdings soll nun im Rahmen der anstehenden GWB-Novelle die Möglichkeit struktureller Maßnahmen (inklusive Entflechtungen) nach Verstößen gegen das Kartellrecht, wie auch im EU-Recht verankert, vorgesehen werden.

### **2. Einführung von Abhilfemaßnahmen struktureller Art (Neufassung von § 32 Abs. 2 GWB-E)**

§ 32 Abs. 2 GWB soll dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 vollständig angepasst werden, d.h. bei Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV sollen den beteiligten Unternehmen auch alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“ vorgeschrieben werden können, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind.

Es entspricht den Tatsachen, dass der Gesetzgeber bei der 7. GWB-Novelle nicht hat ausschließen wollen, dass es nach § 32 Abs. 2 GWB auch zu „eventuellen Eingriffen in die Unternehmenssubstanz (sog. strukturellen

Maßnahmen)“ kommen kann. Allerdings wollte er im Jahr 2005 die ausdrückliche Regelung über strukturelle Maßnahmen im europäischen Recht gerade nicht in den Wortlaut des Gesetzes aufnehmen, weil strukturelle Maßnahmen als solche im deutschen Recht kein präziser Rechtsbegriff seien. Das hat sich bis heute nicht geändert.

Der BDI spricht sich gegen eine nahezu deckungsgleiche Übernahme der EU-Regelung aus. Dem europäischen Vorbild fehlt es – nach deutschem Rechtsverständnis – an rechtsstaatlicher Kontur. Der deutsche Gesetzgeber müsste zumindest die Begrifflichkeiten präzisieren und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weiter konkretisieren.

Art. 7 VO 1/2003 stellt eine zu weit gehende Ermächtigungsgrundlage dar. Um dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 GG zu genügen, ist der Gesetzgeber verpflichtet, im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (Wesentlichkeitsgebot). Außerdem sind nach dem Bestimmtheitsgebot die Rechtsvorschriften so genau wie möglich zu fassen. Dafür reicht es nicht, einen unpräzisen Rechtsbegriff in das GWB einzufügen. Der Begriff „strukturelle Maßnahmen“ ist nach wie vor unbestimmt.

Auch dürfte eine Anwendung von „strukturellen Maßnahmen“ bereits bei einer Erstbegehung oder gar bei einer (Erst-)Begehungsgefahr unverhältnismäßig sein. Zudem müsste man, wie bei dem verfehlten Gesetzesvorschlag zu einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung, an eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf die Schwellenwerte der Fusionskontrolle denken (wie bei § 41 a RefE-GWB zur Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung).

Es ist darauf hinzuweisen, dass Struktureingriffe bei Unternehmen stets einen erheblichen Grundrechtseingriff und Eingriff in den Leistungswettbewerb darstellen. Aus diesem Grund hatte die Bundesregierung bereits 1978 die Vorschläge der Monopolkommission zur Einführung einer Missbrauchsentflechtung abgelehnt. Eine verhaltensunabhängige Entflechtung stand seinerzeit nicht zur Debatte. Das Leistungsstreben der Wirtschaft sollte nicht von vornherein durch den Staat beschränkt werden. Diese grundsätzlichen Bedenken bestehen prinzipiell auch heute. Umso wichtiger ist es, eine derart weitgehende Ermächtigungsgrundlage auf eine einwandfreie rechtsstaatliche Grundlage zu stellen.

### **3. Anordnung der Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens (§ 32 Abs. 2 Satz 2 GWB-E)**

Der BDI spricht sich gegen die für die Kartellbehörden geplante Befugnis aus, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen. Er hält diesen Vorschlag für ordnungspolitisch verfehlt, ermächtigt er doch eine Behörde, unmittelbar ein letztlich zivilrechtlich geprägtes Rechtsverhältnis zwischen Privaten und Unternehmen zu regeln. Die hinter dem Vorschlag stehende Motivation, dass ein Kartelltäter die Vorteile aus dem Kartell nicht behalten soll, ist zwar nachvollziehbar und billigenwert. Hierfür gibt es jedoch, neben der Möglichkeit abschöpfender Bußgelder

auch die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung und die Rückerstattung von Schäden im Wege von Schadenersatzklagen. Es ist nicht erkennbar, dass es ein wirkliches rechtspolitisches Bedürfnis für eine weitere Sanktion gibt.

Im Hinblick auf den in Rede stehenden Regelungsgegenstand hatte der BGH zwar in der Rechtssache „Stadtwerke Uelzen“ (2008) keine grundsätzlichen Bedenken geäußert, dass im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen angeordnet werden können, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dienen, wie der Rückerstattung durch missbräuchliches Verhalten erwirtschafteter Vorteile. Es handelte sich jedoch lediglich um ein *obiter dictum*, und der an der Entscheidung mitwirkende Vorsitzende Richter hat dieses *obiter dictum* in seiner aktuellen Kommentierung zum deutschen und europäischen Kartellrecht dahingehend relativiert, dass eine solche Anordnung auf Fälle beschränkt sein müsse, in denen die zivilrechtliche Durchsetzung des Beseitigungs- oder Schadenersatzanspruchs erkennbar Schwierigkeiten bereitet und in denen die Rückerstattung der missbräuchlich erlangten Mehrerlöse im öffentlichen Interesse liegt<sup>4</sup>.

Von dieser Einschränkung liest man im Regierungsentwurf nichts. Die Rechtsfolgenseite betrifft im Übrigen sämtliche Industrien, Sektoren und Unternehmen und wirft Fragen zur privaten Rechtsverfolgung und Gewaltenteilung auf.

Abstellungsverfügungen nach § 32 Abs. 1 GWB sind darauf gerichtet, einen gegenwärtigen, noch andauernden Verstoß gegen eine kartellrechtliche Vorschrift *ex nunc* zu beenden. Nach Beendigung des Preishöhenmissbrauchs kann demnach nur noch die Rechtswidrigkeit des beanstandeten Verhaltens festgestellt werden. Für eine Rückforderung der erwirtschafteten Vorteile im Wege des Beseitigungsanspruchs ist dann kein Raum mehr.

Aber auch bei einem andauernden Verstoß ist für einen solchermaßen verstandenen Beseitigungsanspruch kein Raum. Der Beseitigungsanspruch darf nicht über die Beseitigung der Quelle einer andauernden Störung des Wettbewerbsgeschehens hinausgehen. Er richtet sich daher lediglich *ex nunc* auf die Reduzierung des Preisniveaus unmittelbar unter der Missbrauchsgrenze und nicht auf die Rückzahlung der Differenz zum angemessenen Preis. Mit der Normierung der Möglichkeit zur Anordnung der Rückerstattung wirtschaftlicher Vorteile würde der Gesetzgeber die Grenzen eines bloßen Beseitigungsanspruchs verlassen und letztlich einen vermögensrechtlichen Anspruch zugunsten der Geschädigten geltend machen können, ohne vorgeschaltetes abgeschlossenes Erkenntnisverfahren, unabhängig von einem Verschulden des Adressaten der Rückforderungsanordnung, ohne die Notwendigkeit eines gerichtlich durchzusetzenden Anspruchs und ohne Einwilligung oder einen Antrag der Rückforderungsbegünstigten, wie dies beispielsweise im strafrechtlichen Adhäsionsverfahren – wohlgerne einem gerichtlichen Verfahren – zwingend erforderlich ist.

---

<sup>4</sup> Bornkamm, in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Auflage, Bd. 1, § 32 Rz. 32 -36.

Äußerst problematisch ist, wie bereits angedeutet, dass ein Beseitigungsanspruch, der auf Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile gerichtet ist, verschuldensunabhängig vorliegen würde. Auch müsste einer solchen Anordnung kein abgeschlossenes Erkenntnisverfahren vorgeschaltet sein. Ein solcher Anspruch könnte zudem den Zwang auf Unternehmen weiter erhöhen, verbindliche Verpflichtungszusagen zu geben.

In Deutschland gibt es eine sorgsam austarierte Balance zwischen der öffentlichen Kartellverfolgung und dem privatrechtlichen Schadenersatz. Diese könnte durch die Möglichkeit einer Rückforderungsanordnung empfindlich gestört werden. Umgekehrt zur Problematik von Sammelklagen im öffentlichen Interesse würde hier die Kartellbehörde in ordnungspolitisch bedenklicher Weise zur Durchsetzung privater Ansprüche instrumentalisiert. Dies steht in einem erheblichen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Gewaltenteilung. Der Ausgleich von Vermögensschäden ist generell von den Geschädigten im Wege des Zivilrechts einzufordern. Die Dispositionsmaxime des Zivilprozessrechts würde durch die Rückerstattungsverfügung ausgehebelt. § 32 Abs. 2 Satz 2 GWB-E ist ein behördliches Verfahren, das keinen Anspruchsberechtigten als Verfahrensbeteiligten kennt. Ein zivilprozessuales Erkenntnisverfahren würde insoweit ausgehebelt, als dem Geschädigten in rechtsstaatlich bedenklicher Weise seine Darlegungsrechte genommen und die grundsätzlich behutsam austarierten Beweislastverteilungen zur Disposition gestellt würden. Auch würde das schadenersatzrechtliche Verschuldensprinzip ausgehebelt.

Darüber hinaus hebt die Anordnung der Rückforderung das bei der letzten Novelle erst geschaffene Institut der Vorteilsabschöpfung aus und umgeht die dort normierten Verschuldensfordernisse. Die Vorteilsabschöpfung würde durch den neuen Rückforderungsanspruch obsolet. Ein verfassungsrechtlich sauberer Weg wäre es hingegen, die Kartellbehörde besser auszustatten, dass sie in die Lage versetzt würde, eine Vorteilsabschöpfung auch tatsächlich vorzunehmen. Dann wäre ein Rückforderungsanspruch zu erleichterten Voraussetzungen und auf der zweifelhaften Grundlage eines Beseitigungsanspruchs überflüssig.

Wenn es keine weiteren Einschränkungen gibt, wie z.B. das eine solche Anordnung im öffentlichen Interesse zu stehen hat und etwa nur greift, wenn die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor zu großen Schwierigkeiten stünde und die Geschädigten ausschließlich Endverbraucher wären, wird der Kartelltäter der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt, nämlich einerseits durch den vermeintlich geschädigten Rückerstattungsberechtigten, andererseits durch den tatsächlich Geschädigten. Der Rückerstattungsberechtigte muss nicht immer derjenige sein, bei dem der wirtschaftliche Nachteil aus dem Kartell hängen bleibt. Dieses Problem ist aus der Diskussion um die *Passing-on-Defence* hinlänglich bekannt. Hinzu kommt das Problem, dass der Rückerstattungsbetrag der Höhe nach geringer sein kann, als es der (Letzt-) Geschädigte für richtig hält. In beiden Fällen ließen sich zivilrechtliche Folgeprozesse wohl nicht vermeiden. Auch im Beschwerdeverfahren würde das Gericht zwangsläufig mit der Frage konfrontiert, ob die Rückerstattungsverfügung insgesamt rechtmäßig ergangen ist. Dazu dürfte zweifelsfrei auch die Frage gehören, ob der Verfügungsberechtigte als Person und der Rückerstattungsbetrag der Höhe

nach zutreffend festgesetzt worden sind. Das Beschwerdegericht würde also mit sämtlichen komplizierten Fragen des zivilrechtlichen Schadenersatz- oder Rückgewähranspruchs konfrontiert – ohne dass die Verfügungsbegünstigten überhaupt Beteiligte des Verfahrens wären, geschweige denn die Letzt-Geschädigten.

Rein vorsorglich lehnt der BDI darüber hinaus eine diskutierte Erweiterung eines solchen Beseitigungsanspruchs auf die Auskehr zukünftiger Erlöse nachdrücklich ab. Für zukünftige Erlöse bietet der Beseitigungsanspruch erst Recht keinen Raum.

Die im Regierungsentwurf neu vorgesehene aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen nach § 32 Abs. 2a Satz 1 GWB-E ist als Verbesserung gedacht. Es bleibt der Kartellbehörde allerdings unbenommen, die sofortige Vollziehbarkeit nach § 65 Abs. 1 GWB anzuordnen, wenn dies in bestimmten Fällen im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse der Beteiligten geboten sei. Für die Möglichkeit der Schätzung von Zinsvorteilen sind fehlende Ressourcen keine ausreichende Rechtfertigung. Hier ist der Amtsermittlungsgrundsatz zu wahren.

#### **4. Elektronische Auskunftspflichten (§ 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E)**

Die Kartellbehörden sollen ermächtigt werden, den Unternehmen bei Auskunftsverlangen vorzugeben, ihre Antworten über eine elektronische Internetplattform einzugeben. Laut Begründung soll eine webbasierte Datenerhebung für die betroffenen Unternehmen eine erhebliche Zeitersparnis gegenüber der persönlichen oder schriftlichen Übermittlung sowie bei der generellen Aufbereitung der Daten bedeuten.

Der BDI bezweifelt, dass dadurch tatsächlich eine Zeitersparnis, und sei es nur in Höhe von 10 Prozent, für die Unternehmen die Folge wäre. Aus Sicht der Unternehmen ist das schon deshalb zweifelhaft, weil insbesondere das Sammeln und Aufbereiten der Informationen den wesentlichen Teil des erforderlichen Aufwands bedeutet und gerade diese Tätigkeiten davon unabhängig sind, ob die Informationen dann in schriftlicher oder elektronischer Form eingereicht werden müssen. Die elektronische Plattform sollte auch nicht dazu führen, dass künftig in noch größerem Umfang als bisher Informationen von Marktteilnehmern abgefragt werden.

Bisherige Erfahrungen der Unternehmen mit Internetplattformen auf EU-Ebene sind eher negativ: Das elektronische Auskunftsersuchen ist oft nicht richtig adressiert und wirft Zuordnungsprobleme innerhalb des Unternehmens auf. Der Zugriff auf die Internet-Plattform war auf den Angeschriebenen beschränkt, was die Bearbeitung eines Auskunftsersuchens erheblich einschränkt. Angebliche Funktionen des Systems standen nicht zur Verfügung. Insgesamt ist der zeitliche Aufwand als erhöht wahrgenommen worden.

## IV. Kartellordnungswidrigkeiten/Bußgeldrecht

### 1. Einschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts für juristische Personen und Personenvereinigungen (neuer § 81 a GWB-E)

Das Auskunftsverweigerungsrecht soll hinsichtlich bestimmter unternehmens- und marktbezogener Tatsachen für juristische Personen und Personenvereinigungen eingeschränkt werden. Dadurch soll sich der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen verringern, da aufwändige Untersuchungen künftig entbehrlich würden.

Die Auskunftspflichten in § 81 a GWB-E sollen sich laut dem Wortlaut des Regierungsentwurfs nicht mehr – wie im Referentenentwurf – explizit auf gesellschaftsrechtliche Verbindungen zu anderen Unternehmen, insbesondere über Beteiligungsverhältnisse, Unternehmensverträge, Gesellschaftervereinbarungen, Minderheitenrechte, Teilnehmer an Gesellschafterversammlungen und Stimmverhalten bei Gesellschafterbeschlüssen, sondern auf Umsätze beziehen, allerdings auch auf die weltweiten Umsätze aller natürlichen und juristischen Personen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Der BDI hatte moniert, dass beispielsweise Auskünfte über das „Stimmverhalten bei Gesellschafterbeschlüssen“ durchaus Umstände darstellen können, die einen Tatvorwurf gegen eine Gesellschaft erst begründen und daher darüber keine Auskunft möglich sein könne.

Eine Auskunftspflicht über die weltweiten Umsätze aller natürlichen und juristischen Personen, die als wirtschaftliche Einheit operieren, dürfte allerdings zu weitgehend sein. Eine Konzerntochter dürfte nicht über Umsatzinformationen der Konzernmutter oder von Schwestergesellschaften verfügen. Der Umfang der Auskunftspflicht wäre daher notwendigerweise auf die Informationen zu beschränken, über die die auskunftspflichtige juristische Person tatsächlich verfügt oder verfügen kann.

Die Neugestaltung der Auskunftspflichten bedeutet in jedem Fall eine Einschränkung des bisher bestehenden Auskunftsverweigerungsrechts für am Verfahren beteiligte Unternehmen. Diese Einschränkung dürfte unter dem Gesichtspunkt des Selbstbeachtungsverbots nicht unproblematisch sein. Die Grenze des Auskunftsrechts ist das Recht, sich nicht selbst beichtigen zu müssen. Anders als die Gesetzesbegründung angibt, gilt das Selbstbeachtungsverbot auch für Unternehmen. Der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbeichtigung ergibt sich für juristische Personen aus dem Rechtsstaatsprinzip, auf welches sich auch juristische Personen berufen können. Im Ergebnis kommt den Organen juristischer Personen ein Auskunftsverweigerungsrecht entweder unmittelbar oder analog §§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. 55 Abs. 2 StPO dann zu, wenn die Gefahr einer Bußgeldverhängung gegen die juristische Person besteht.<sup>5</sup>

Dieses Recht beinhaltet, nicht aktiv an der Aufdeckung und dem Nachweis eines eigenen Gesetzesverstößes mitwirken zu müssen, sondern schweigen zu dürfen. Das Selbstbeachtungsverbot sollte in vollem Umfang aner-

---

<sup>5</sup> Wiedemann, in: Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. § 57, Rz 38; Klaue, in: Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. § 59, Rz, 39-41.

kannt werden. Unternehmen sollen nicht an ihrer eigenen Überführung aktiv mitwirken müssen. Unternehmensvertreter sollten ein Aussageverweigerungsrecht haben, wenn sie mit ihrer Aussage das Unternehmen bezichtigen würden. Eine Einschränkung des Aussageverweigerungsrechts im Hinblick auf „tatterne“ Informationen ist dann nicht hilfreich, wenn im Einzelfall solche Tatsachen unter das Aussageverweigerungsrecht fallen.

## **2. Ausschluss der Akteneinsicht in einen Kronzeugenantrag (§ 81 b GWB-E)**

Anders als im Referentenentwurf (§ 81 b Ref-E) ist im Regierungsentwurf ein vollständiger Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in Kronzeugenanträge und damit im Zusammenhang stehende Beweismittel nicht mehr vorgesehen (§ 81 b GWB-E). Der Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in Kronzeugenanträge war auf Zustimmung des BDI gestoßen, der selbst angeregt hatte, die Vertraulichkeit von Unterlagen, die dem Kartellamt im Zusammenhang mit einem Kronzeugenantrag übermittelt werden, gesetzlich zu normieren. Der BDI plädiert somit dafür, den vollständigen Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in Kronzeugenanträge wieder vorzusehen.

Die Vertraulichkeit von Unterlagen, die dem Kartellamt im Zusammenhang mit einem Bonusantrag übermittelt werden, ist eine wichtige Voraussetzung für das Funktionieren der Bonusregelung und dessen Anreizwirkung insgesamt. Der BDI erachtet es daher für richtig, die Akteneinsicht in einen Kronzeugenantrag auszuschließen<sup>6</sup>.

Der BDI hatte sich ebenfalls für eine Immunitätswirkung bei erfolgreichen Bonusanträgen für das Strafverfahren ausgesprochen. Bislang kann sich der betroffene Kronzeuge gegenüber der Staatsanwaltschaft nicht auf die Bonusregelung des Bundeskartellamts berufen. Dies könnte Unternehmen im Einzelfall von einem Bonusantrag abhalten oder die Vorbereitung eines Bonusantrags erheblich erschweren. Hier sollte eine Änderung des Strafrechts erwogen werden, um die Durchschlagkraft der Bonusregelung zu erhöhen. Die Immunitätswirkung sollte für sämtliche betroffenen Mitarbeiter des Unternehmens gelten, die mit dem Unternehmen kooperieren und einen Kronzeugenantrag erst ermöglichen.

## **3. Grundzüge der Bußgeldpolitik im GWB selbst regeln**

Der BDI regt an, dass der Gesetzgeber die Grundzüge der Bußgeldzumessung im Kartellrecht, wie sie in der Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bußgeldleitlinien) festgelegt sind, in das GWB selbst aufnimmt. Die Ermächtigungsgrundlage in § 81 Abs. 4 GWB legt lediglich fest, dass die zu erlassende Geldbuße 10 Prozent des im der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten darf und dass bei der Höhe der Geldbuße die

---

<sup>6</sup> Der Hauptverband der deutschen Bauindustrie regt an, die Einschränkung des Einsichtsrechts in den Kronzeugenantrag davon abhängig zu machen, ob ein Kronzeugenantrag – und gegebenenfalls in welchem Maße – erfolgreich war, um die Rechte der Geschädigten nicht unnötig einzuschränken.

Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen ist. Bei der konkreten Festsetzung der Geldbuße steht dem Bundeskartellamt damit ein praktisch unbegrenzter Ermessensspielraum zu. Die nähere Ausgestaltung und Anpassungen des Sanktionssystems erfolgten nur durch Verwaltungsvorschriften.

Angesichts immer höher werdender Bußgelder wäre es angesichts des Wesentlichkeitsvorbehalts und des Grundsatzes der Gewaltenteilung adäquat, wenn die wesentlichen Grundzüge des Sanktionssystems durch den deutschen Gesetzgeber festgelegt werden würden. Der Hinweis auf „Schwere“ und „Dauer“ der Zuwiderhandlung dürfte wie im europäischen Recht nicht als ausreichend bestimmt anzusehen sein.

Die seit jeher bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Verortung des kartellbußgeldrechtlichen Sanktionssystems beinahe ausschließlich in behördlichen Verwaltungsvorschriften sind zuletzt noch gesteigert worden durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Menarini. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass es sich beim Kartellbußgeldrecht – selbst wenn das geltende Recht dies formal anders regeln mag – materiell um Strafrecht im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) handelt. Das kartellrechtliche Bußgeldverfahren sollte nach dieser Entscheidung des EGMR auch in Deutschland den Anforderungen an das in Art. 6 Abs. 1 EMRK geregelte Recht auf ein faires Verfahren entsprechen.<sup>7</sup>

In dem Zusammenhang regt der BDI zudem die explizite Klarstellung an, dass konzernweite umfassende und effektive Compliance-Bemühungen keinesfalls bußgelderhöhend wirken oder als Nachweis oder Indiz für die bußgeldrechtliche (Mit-)Haftung eines Mutterunternehmens für seine Tochterunternehmen herangezogen werden. Würden Compliance-Bemühungen auch zu Lasten des Unternehmens berücksichtigt, würde dies die erheblichen Compliance-Bemühungen der Wirtschaft konterkarieren und einen Gegenanreiz für durchgreifende Compliance-Systeme darstellen.

Vor dem Hintergrund der Diskussionen, die derzeit in Europa und in einzelnen Mitgliedstaaten zur Bußgeldbemessung geführt werden, wäre auch zu überlegen, inwieweit dem Bundeskartellamt nicht auch explizit ein Ermessen eingeräumt werden könnte, umfassende und effektive Compliance-Anstrengungen von Unternehmen bei der Bußgeldbemessung positiv zu honorieren (vgl. hierzu auch die aktuellen Regelungen bzw. Reformbestrebungen in Frankreich und im Vereinigten Königreich).

## **V. Private Kartellrechtsdurchsetzung**

Es soll eine Klagebefugnis für Verbraucherverbände für Unterlassungsklagen, allerdings nicht für Schadenersatzklagen, eingeführt werden. Auch sollen diese Verbände eine Vorteilsabschöpfung vornehmen können (§ 33 Abs. 2 GWB i. V. mit § 34 a GWB). Die Klagebefugnis soll nicht nur auf Ver-

---

<sup>7</sup> Vgl. EGMR, *Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Requête no 43509/08, Arrêt, Strasbourg, 27.9.2011, Rn. 44, abrufbar unter <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>: " ... a un caractère pénal, de sorte que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer ...".



bände von horizontalen Wettbewerbern beschränkt bleiben, sondern auch auf die Marktgegenseite ausgedehnt werden, § 33 Abs. 2 GWB.

Der BDI lehnt die geplanten stärkeren Rechte für Verbraucherverbände in Kartellverfahren ab. Die geplanten Regelungen waren bereits bei der 7. GWB-Novelle diskutiert und in der Schlussphase abgelehnt worden. Ein wirkliches Bedürfnis für neue Befugnisse ist auch heute nicht ersichtlich. Das gilt insbesondere für die geplante Abschöpfung von Vorteilen, die die Unternehmen aus den verbotenen Kartellabsprachen ziehen.

Die Sicherung wirksamen Wettbewerbs, wie auch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils, ist in erster Linie die Aufgabe des Bundeskartellamts. Eine Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände könnte zu missbräuchlichem Verhalten einladen, wenn es die Verbände selbst in der Hand haben, ihre Verwaltungskosten, als Aufwendersatz geltend gemacht, in die Höhe zu treiben. In dem Zusammenhang wäre es essentiell, dass der abgeschöpfte Gewinn (auch weiterhin) an die Bundeskasse abzuführen wäre und nicht bei den Verbänden verbliebe, um Missbräuchen vorzubeugen. Eine zweckgebundene Verwendung des abgeschöpften Gewinns für Verbraucherbelange, wie derzeit vom Bundesrat in die Diskussion gebracht, passt nicht zum Charakter der staatlichen Sanktion der „Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils“. Auch stehen Bundeshaushaltsmittel grundsätzlich nicht für Länderaufgaben (die institutionelle Förderung der Verbraucherarbeit obliegt den Verbraucherzentralen der Länder und Kommunen) zur Verfügung. Wenn der Staat eine Fachbehörde, wie das Bundeskartellamt, zum Schutz allgemeiner Interessen eingesetzt hat, besteht gerade kein Vollzugsdefizit, das durch Verbandsklagen auszufüllen ist. Kommt der Staat seinen Aufgaben nicht nach, müssten in erster Linie dem Bundeskartellamt weitere Ressourcen zur Verfügung gestellt werden, um der (staatlichen) Aufgabe der Vorteilsabschöpfung gerecht werden zu können.

Darüber hinaus hat Deutschland anlässlich der 7. GWB-Novelle die Rechte von Kartellgeschädigten und Verbrauchern massiv gestärkt. Eine erhöhte Zahl auf Schadenersatz gerichteter Klagen zeigt, dass diese Maßnahmen bereits Wirkung entfalten. Auch können etwaige vorhandene Defizite bei der Geltendmachung von Streu- und Bagatellschäden mit Hilfe einer Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt in hinreichendem Maße ausgeglichen werden. In Deutschland haben auf Grundlage des geltenden Rechts bereits mehrere Obergerichte den Geschädigten Schadenersatz gegen Kartelltäter zugesprochen. Das Schutzniveau für Verbraucher ist bereits heute sehr hoch.

## **VI. Verschiedenes**

### **Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen**

Der BDI befürwortet die vorgeschlagene Ausdehnung der Novelle des Kartellrechts auf das wettbewerbliche Handeln der Krankenkassen. Dies hatte der BDI explizit gefordert. Nachdem das Bundeskartellamt angekündigt hat, nach dem Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom September 2011 Zusammenschlüsse von gesetzlichen Krankenkassen in Zukunft nicht mehr

prüfen zu können, hält der BDI es für eine notwendige Konsequenz, dass das GWB explizit auch für Zusammenschlüsse von gesetzlichen Krankenkassen Geltung entfaltet. Der BDI erachtet es auch für richtig, dass das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt werden. Auch sollte hierfür die Zuständigkeit der Kartellbehörden gegeben sein.

Eine verstärkte Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts steht im Gegensatz zu den Befürchtungen des Bundesrats nicht im Konflikt mit dem sozialstaatlichen Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen. Vielmehr ist eine wirksame Wettbewerbskontrolle Voraussetzung für die Modernisierung des Gesundheitssystems hin zu einer effizienten marktwirtschaftlichen Versorgung, wobei die Krankenversicherungen im Interesse der Versicherten einer ähnlichen Aufsicht unterworfen sein könnten wie z.B. die Lebensversicherer. Der Gesetzgeber ist zur Schaffung eines klaren Ordnungsrahmens aufgerufen, wobei sich die Regelungen des Sozialrechts und die Prinzipien des Wettbewerbs- und Kartellrechts sinnvoll ergänzen. Doch wenn aus Krankenkassen Krankenversicherungsunternehmen werden, entfällt auch das Kompetenzgerangel zwischen Sozial- und Zivilgerichten und es bleibt die alleinige Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit mit den fachlich kompetenten Zivilgerichten. Schlussendlich maßgebliches Ziel sind Initiierung und Erhaltung eines möglichst freien und vielgestaltigen Wettbewerbs im Interesse einer langfristig optimalen Versorgung der Patienten.



Lau



Dr. Suchsland-Maser