
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Gerne nimmt der Deutsche Industrie- und Handelskammertag e. V. (DIHK) die Gelegenheit wahr, zum Regierungsentwurf der 8. GWB-Novelle Stellung zu beziehen.

Allgemeine Bemerkungen

Grundsätzlich unterstützen wir das Ziel des Gesetzes, das deutsche Recht weiter an die europäischen Regelungen anzupassen und die Missbrauchsvorschriften einfacher, verständlicher und anwenderfreundlicher zu gestalten. Insgesamt erscheint der Anpassungs- und Regelungsbedarf recht gering. Umso bedauerlicher ist es, dass die seit mehreren Jahren geübte Kritik an der Intransparenz des Verfahrens zur Ermittlung der Bußgelder und daran, dass die Basis dafür nicht im Gesetz selbst, sondern nur in Leitlinien geregelt ist, nicht aufgegriffen wurde.

Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Missbrauchsaufsicht:

Die Systematisierung der §§ 18 bis 20 wird von uns positiv gesehen. Hierdurch wird die normative Struktur systematischer und verständlicher.

a) § 18 Abs. 2 S. 1 - Anhebung der Marktanteilsschwelle

Die geplante Anhebung der Marktanteilsschwelle für die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung von bislang einem Drittel auf 40 % (§ 18 Abs. 2 S. 1) erscheint uns richtig. Die Angleichung an die Praxis der Gemeinschaftsorgane, die in der Regel erst bei einem Marktanteil von mindestens 40 % von einer Marktbeherrschung ausgehen, bietet insbesondere international tätigen Unternehmen mehr Rechtssicherheit. Das Risiko unterschiedlicher Beurteilungen nach nationalem und europäischem Recht verringert sich entsprechend.

Zugleich sollte aber die Vermutung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung in § 18 Abs. 2 Nr. 1 (drei oder weniger Unternehmen erreichen einen Marktanteil von 50 %) entfallen. Der Abstand zur Einzelmarktbeherrschungsvermutung von 40 % ist zu gering. Es genügt die in

§ 18 Abs. 2 Nr. 2 vorgesehene Vermutung, dass eine kollektive marktbeherrschende Stellung vorliegt, wenn fünf oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.

Wenn allerdings die Angleichung an das europäische Recht und der SIEC-Test tatsächlich so wie im RefE geplant umgesetzt werden, dann dürfte für Marktbeherrschungsvermutungen ohnehin kein Raum mehr sein. Sie müssten dann konsequenterweise gestrichen werden.

b) § 19 Abs. 3 (früher § 20 Abs. 3 S. 2) – Anzapfverbot

Die befristete Regelung zum Anzapfverbot soll laut RefE auslaufen, da Großunternehmen durch diese Regelung nicht länger geschützt werden müssten. Insbesondere Herstellerunternehmen im Lebensmittel- und Textilbereich berichten uns, dass allein die Existenz dieser Regelung und ein Hinweis darauf dazu geführt hätten, dass ein solches Anzapfen verhindert werden konnte. So mag sich auch erklären, dass das BMWi in der Begründung feststellt, dass diese Vorschrift in der Praxis nur eine sehr geringe Bedeutung gehabt habe, da diese Fälle nicht an das Licht der Öffentlichkeit gedrungen sein dürften. Zum anderen dürfte die geringe Anwendung an der schon lange als schwierig erkannten Ross-und-Reiter-Problematik liegen, die aber nicht dadurch gelöst werden sollte, dass man die Schutzvorschrift streicht. Um der immer wieder auflebenden Diskussion um die Nachfragemacht des Handels – sei sie berechtigt oder nicht – zumindest ein wenig entgegenhalten zu können, und um die recht schwierigen Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Beschränkung auf abhängige kleine oder mittlere Unternehmen zu vermeiden, sollte daher die Vorschrift nicht auslaufen, sondern unbefristet verlängert werden.

c) § 20 Abs. 1

Der Text wäre leichter verständlich, wenn nicht so viele Verweisungen enthalten wären.

d) § 20 Abs. 4 Nr. 1 – Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis

Schon bei der Einführung dieser Verschärfung hatte sich der DIHK gegen die Ausweitung des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis ausgesprochen, da diese nicht geeignet ist, die als Gründe angeführten Ziele (Schutz des Mittelstandes, Verhinderung von Gammelfleischskandalen) zu erreichen. Zu dieser Einschätzung war der DIHK nach Abwägung auch der Argumente insbesondere der Marken- und Lebensmittelindustrie im Gesamtinteresse der Wirtschaft gelangt. Im Referentenentwurf war noch das Auslaufen der befristeten Verschärfung des Verbotes des Verkaufs unter Einstandspreis vorgesehen, was der DIHK entsprechend unterstützt hat. Angesichts der für das Bundeskartellamt faktisch nahezu unmöglichen Anwendung dieser Vorschrift seit dem Rossmann-Urteil wäre das Auslaufenlassen der Regelung der richtige Weg gewesen. Darüber hinaus sollte sogar überlegt werden, auch die sonstige Regelung zum Verkauf unter Einstandspreis zu streichen.

e) § 32 – Strukturelle Maßnahmen und Rückerstattungsanordnung

Zunächst möchten wir explizit darauf hinweisen, dass wir es sehr positiv bewerten, dass die **missbrauchsunabhängige Entflechtung** mit der 8. GWB-Novelle nicht weiter verfolgt wird. Eine solche war vom DIHK wiederholt nachdrücklich abgelehnt worden.

Eine Regelung zu sog. strukturellen Maßnahmen bei Missbrauch der Marktmacht ins GWB aufzunehmen, dürfte grundsätzlich keine Änderung der Rechtslage darstellen, durch die gesetzliche Normierung aber zu mehr Rechtssicherheit führen.

§ 32 Abs. 2 S. 3 GWB ermöglicht zudem, dass die Kartellbehörde im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die Rückerstattung in Folge eines kartellrechtswidrigen Verhaltens erwirtschafteter Vorteile anordnen kann. Eine derartige Rückerstattungsanordnungsmöglichkeit lehnt der DIHK ab.

Es ist richtig, dass ein durch kartellrechtswidriges Verhalten erlangter Vorteil nicht bei dem Täter verbleiben soll. Die vom BMWi zur Begründung der Neuaufnahme des § 32 Abs. 2 S. 3 GWB angeführte Entscheidung des BGH in Sachen Stadtwerke Uelzen (Urteil vom 10. Dezember 2008, AZ KVR 2/08) enthält zwar ein obiter dictum, wonach aus Sicht des Gerichtes "keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung diene[n]". Diese nur beiläufige Feststellung, dass „keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen“, begründet aber die Einführung einer derartigen Anordnungsmöglichkeit für das Bundeskartellamt nicht.

Den Kartellbehörden die Befugnis zu verleihen, zugunsten des Geschädigten die Rückerstattung der erlangten Vorteile anzuordnen, vermengt auf bedenkliche Weise den zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch des Geschädigten mit der verwaltungsrechtlichen Sanktionsbefugnis der Kartellbehörde. Die Verfolgung von Kartellrechtsverstößen und der Schutz des Wettbewerbes obliegt dagegen den staatlichen Behörden. Während die Durchsetzung eines Schadenersatzanspruches der Kompensation des Geschädigten dient, verfolgt die verwaltungsrechtliche Maßnahme die Sanktionierung des Schädigers. Eine Rückerstattungsanordnung als Maßnahme nach § 32 Abs. 2 GWB würde im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nach §§ 54 f. GWB ergehen und ist insoweit auch ohne Verschulden des Unternehmens möglich. Aufgrund dessen könnte man mit Hilfe einer Rückerstattungsanordnung das Verschuldenserfordernis der anderen im GWB vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten umgehen, denn sowohl der Schadenersatzanspruch Betroffener nach § 33 Abs. 3 GWB als auch die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB setzen vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraus. Sollte S. 3 im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens beibehalten werden, so müsste zumindest das Verschuldenserfordernis auch in S. 3 eingefügt werden.

Darüber hinaus sollte es in erster Linie Sache der Betroffenen sein, den ihnen entstandenen Schaden nach § 33 Abs. 3 GWB geltend zu machen und gegebenenfalls einzuklagen. Durch eine Rück-

erstattungsanordnung würde das Ergebnis derartiger Prozesse praktisch vorweggenommen. Dies gilt umso mehr, als durch die Novelle gerade auch die private Kartellrechtsdurchsetzung nach § 33 GWB gestärkt werden soll: So soll die Neufassung von § 33 Abs. 2 Verbänden der Marktgegenseite sowie Verbraucherverbänden eine eigene Klagebefugnis zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 33 Abs. 1 GWB einräumen (vgl. RefE S. 39). Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Rückerstattung und Vorteilsabschöpfung gibt es immerhin eine Regelung. Ungeregt ist aber, wie sich die Rückerstattungsanordnung auf den Schadenersatzanspruch auswirkt. Hier fehlt es bislang an Rechtssicherheit, um Doppelbelastungen zu verhindern und Unternehmen Klarheit zu geben, ob nach Abschluss des Verfahrens mit dem Kartellamt noch zivilrechtliche Verfahren Betroffener drohen.

Auch die praktische Umsetzung einer Rückerstattungsanordnung erscheint problematisch, insbesondere vor dem Hintergrund, dass für Maßnahmen nach § 32 GWB der Bestimmtheitsgrundsatz gilt. Fraglich ist, ob die Kartellbehörde tatsächlich die einzelnen Geschädigten und/oder die genaue Schadenshöhe ermitteln und in einer der gerichtlichen Überprüfung standhaltenden Form nachweisen kann. Auch hier stellt sich die Frage, ob dies tatsächlich Aufgabe des Kartellamtes sein kann und soll.

Im Regierungsentwurf ist – anders als noch im Referentenentwurf – die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen die behördliche Verfügung vorgesehen und nicht mehr der Sofortvollzug. Dies hilft aber den betroffenen Unternehmen nur wenig, da dennoch jederzeit die Anordnung des Sofortvollzugs durch die Kartellbehörde im Einzelfall möglich ist.

Sollte von dieser Rückerstattungsregelung nicht gänzlich Abstand genommen werden, ist es zumindest erforderlich, sie auf enge Fälle zu begrenzen. Diese Einschränkung sollte lauten, dass die Rückerstattungsanordnung nur in Frage kommt, wenn sie im öffentlichen Interesse steht, nur greift, wenn die Geltendmachung individueller Schadenersatzansprüche zu schwierig wäre und die Geschädigten ausschließlich Endverbraucher sind. Jedenfalls muss eine doppelte Inanspruchnahme ausgeschlossen werden.

Umgekehrt darf nicht außer Acht gelassen werden, dass im Zusammenhang mit den aus der EU drohenden Regelungen zu Sammelklagen sich hier eine Möglichkeit böte, die Missbrauchsgefahr durch Vereine oder Private dadurch zu mindern, dass das Kartellamt eine solche Rückerstattungsanordnung vornimmt. Dies setzt – wie schon gesagt – jedenfalls Verschuldensabhängigkeit und Anrechnung auf Vorteilsabschöpfung und Schadenersatzansprüche voraus.

2. Fusionskontrolle

a) SIEC-Test

Die Einführung des SIEC-Tests als Untersagungskriterium stößt auf Bedenken.

Positiv ist zwar der Ansatz, einen Gleichlauf mit dem EU-Recht herzustellen. Eine isolierte Übernahme des SIEC-Tests ohne weitergehende Anpassungen an das EU-System (z. B. hinsichtlich der Vermutungsregelungen) wird jedoch nicht den bezweckten Gleichlauf bewirken können. Eine weitergehende Anpassung an das EU-Recht würde nicht zwangsläufig bedeuten, dass sinnvolle und wichtige Elemente der deutschen Fusionskontrolle aufgegeben werden müssten.

Das Konzept des SIEC-Tests hat sich auch auf EU-Ebene bisher nicht eindeutig als das effizientere System erwiesen. Es gibt bislang – soweit uns bekannt – keinen Fall, in dem die Anwendung des SIEC-Tests zu einem anderen Ergebnis geführt hätte als bei Anwendung des bisherigen Marktbeherrschungskriteriums. Es lässt sich hingegen eindeutig prognostizieren, dass durch die für den SIEC-Test erforderlichen ökonomischen umfangreichen Gutachten das Verfahren für die Unternehmen teuer und langwieriger wird.

Auch die Dauer der gerichtlichen Verfahren wird erheblich zunehmen, zumal dann, wenn nicht vom Mündlichkeitsgrundsatz abgesehen wird und zusätzlich zu der notwendigen Zeit für die Einholung des Gutachtens die Verfahren in die Länge gezogen werden, weil die vielen Seiten der Gutachten mündlich vor Gericht verlesen werden müssen. Die bereits jetzt schon bestehende Tendenz zum Einsatz von Sachverständigengutachten sollte durch die Gesetzesnovelle nicht noch verstärkt werden. Ziel der Novelle ist es schließlich, das kartellrechtliche Kontrollverfahren effizienter zu gestalten und nicht zu verlängern. Jede Verlängerung des Verfahrens geht zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Im Ergebnis wird ein Zusammenschlussvorhaben – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – oftmals schlicht an der langen Verfahrensdauer scheitern.

b) § 41 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 – Nachträglich angemeldete Zusammenschlüsse

Die Regelung zu nachträglich angemeldeten Zusammenschlüssen wird positiv bewertet. Die rückwirkende Heilung eines zunächst unwirksamen Zusammenschlusses bei nachträglicher Anmeldung und Genehmigung schafft wieder die notwendige Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen. Wünschenswert wäre allerdings eine deutliche Regelung zu der Frage, was die Genehmigungswirkung nachträglich auslöst, insbesondere ob sie ex tunc oder ex nunc wirkt.

Zudem sollte sich die Wirksamkeitserklärung auch auf Sachverhalte erstrecken, in denen die Unternehmen den Zusammenschluss rückabwickeln oder die Wettbewerbsbeschränkung auf andere Weise beseitigen. Dies hatte das Bundeskartellamt mit Billigung der Rechtsprechung in der Vergangenheit ausreichen lassen, um ein Entflechtungsverfahren einzustellen. Gerade dann aber, wenn die Wettbewerbsbeschränkung etwa durch Weiterveräußerung des unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot übernommenen Unternehmens an einen kartellrechtlich unbedenklichen Dritten entfällt, sollten (auch) diese Erwerbsgeschäfte ausdrücklich für zivilrechtlich wirksam erklärt werden.

Nicht geregelt, aber regelungsbedürftig ist außerdem, ob die Heilungswirkung auch in den Fällen eintritt, in denen das Bundeskartellamt das nach § 41 erforderliche Auflösungsverfahren nicht

durchführt und abschließt, da es keine wettbewerblichen Probleme durch den vollzogenen Zusammenschluss sieht. Es sollte im Interesse der Rechtsklarheit und Verfahrensbeschleunigung daher gesetzlich festgeschrieben werden, dass das Entflechtungsverfahren z. B. sechs Monate nach Anzeige des vollzogenen Zusammenschlusses als eingestellt gilt, falls das Bundeskartellamt bis zu diesem Zeitpunkt keine Entflechtungsverfügung erlassen hat. In jedem Fall sind die Unternehmen über die Einstellung des Verfahrens zu unterrichten.

3. Beteiligung der Verbraucherverbände

Die Ausweitung der Klagebefugnis auf Verbraucherverbände erscheint nicht erforderlich. Allenfalls für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch scheint ein solches Klagerecht vertretbar, obwohl man auch da fragen muss, ob es nicht sinnvoller ist, wenn sich der Verbraucherverein mit seiner Beschwerde an das Bundeskartellamt wendet, damit dort Weiteres veranlasst wird. Bei der Vorteilsabschöpfung ist die eigene Klagebefugnis von Verbraucherverbänden hingegen überflüssig und auch nicht zweckmäßig. Sie birgt selbst dann eine Missbrauchsgefahr, wenn – wie im RegE vorgesehen – der abgeschöpfte Gewinn an den Bundeshaushalt abzuführen ist. Dies ist zwar eine gewisse Hürde, da aber die Aufwendungen des Vereins zu ersetzen sind, besteht dennoch ein gewisses Risiko. Bereits das Bundeskartellamt hat die Möglichkeit, den kartellrechtswidrig erlangten Vorteil abzuschöpfen und so dafür zu sorgen, dass der Unrechtsgewinn nicht bei dem Unternehmen verbleibt. Gerade bei Massen- und Streuschäden dürften die verhängten Bußgelder als Sanktion ohnehin ausreichend sein. Insofern lässt sich die Argumentation, dass auch im UWG den Verbraucherverbänden ein Klagerecht nach § 10 UWG auf Gewinnabschöpfung zusteht, nicht ohne Weiteres übertragen, da es bei UWG-Verstößen schließlich keine Behörde gibt, die Sanktionen verhängt und Vorteile abschöpfen kann.

Die Forderung des Bundesrates, die Vorteilsabschöpfung verschuldensunabhängig auszugestalten, wird nachdrücklich abgelehnt. Dies gilt sowohl für das hier in Rede stehende GWB, aber auch für den Gewinnabschöpfungsanspruch im UWG. Es ist nicht ersichtlich, dass die Ansprüche auf Vorteilsabschöpfung gerade an der fehlenden Nachweisbarkeit von Verschulden scheitern. Eine sachliche und nachvollziehbare Begründung dafür, dass verschuldensunabhängig in das Vermögen von Unternehmen eingegriffen werden muss, fehlt bislang.

Eine Gewinnabschöpfung zugunsten eines Sondervermögens zur Finanzierung der Verbraucherarbeit (oder eine Stiftung Verbraucherschutz), wie der Bundesrat es vorgeschlagen hat, lehnt der DIHK ebenfalls ab. Dies birgt einerseits Missbrauchsgefahr, da finanzielle Eigeninteressen entstehen können, wenn auch das Geld nicht direkt an den konkreten Verein fließt, aber doch mittelbar dem Verein zu Gute kommt, da es in den großen „Topf“ kommt, aus dem auch dieser Verein Fördermittel erhält. Zum anderen stehen abgabenrechtliche Argumente entgegen. Es sollte hier auch nicht der Anfang einer Reihe von Sondervermögen für diverse gesellschaftspolitisch erwünschte

Dinge geschaffen werden. Soweit die Arbeit von Verbraucherschutzeinrichtungen staatlich finanziert werden soll müssen auch die transparenten haushaltsrechtlichen Wege eingehalten werden.

4. Kartellordnungswidrigkeitenverfahren

a) § 81 a – Unternehmensbezogene Auskunftspflichten

Der Regierungsentwurf schränkt in § 81a die einfachgesetzlichen Aussageverweigerungsrechte betroffener juristischer Personen im Hinblick auf bestimmte unternehmens- und marktbezogene Daten ein. Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs soll dadurch der Ermittlungsaufwand der Kartellbehörden verringert werden. Der bloße Wunsch nach einer Verfahrenserleichterung seitens der Kartellbehörden trägt aus unserer Sicht einen derartigen Eingriff nicht. Zwar mag eine juristische Person nicht in selber Weise verfassungsrechtlich vom „nemo-tenetur“-Grundsatz profitieren wie eine natürliche Person. Letztlich wird man differenzieren müssen nach dem Inhalt der verlangten Auskunft. Solange die Auskunft den Nachweis der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen der Bußgeldbemessung betrifft, kann dem Entwurf zugestimmt werden. Es muss aber weiter im Blick behalten werden, dass es nicht zu Selbstbeichtigungen kommen kann. Zweifel bestehen darüber hinaus vor allem hinsichtlich der Auskunftspflicht über Umsätze der Konzernmutter oder von Schwestergesellschaften, die für dem befragten Unternehmen gar nicht vorliegen. D. h., die Auskunftspflicht muss auf solche Informationen beschränkt werden, die dem auskunftspflichtigen Unternehmen vorliegen oder zumindest vorliegen können.

b) Akteneinsichtsrecht in Bonusanträge (RefE § 81 b, im RegE nicht enthalten)

Der Referentenentwurf sah noch eine Regelung zur Akteneinsicht vor. Eine solche ist im Regierungsentwurf nun in Hinblick auf ein noch offenes EuGH-Verfahren zu diesem Thema nicht mehr enthalten. Ob die im Pfeleiderer-Urteil des EuGH geforderte Interessenabwägung, die dort im Sinne einer Einzelfallabwägung dem zuständigen nationalen Gericht zugedacht wurde, durch eine allgemeine Interessenabwägung des Gesetzgebers ersetzt werden kann, erscheint zwar zweifelhaft. Jedenfalls ist aber für Unternehmen – sowohl auf Seiten von Bonusanträge stellenden Unternehmen als auch auf Seiten derjenigen Unternehmen, die Akteneinsicht fordern – eine rechtssichere Lösung erforderlich.

c) Mündlichkeitsgrundsatz

Bereits in der Diskussion vor der Veröffentlichung des Referentenentwurfs wurde gefordert, dass im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vor Gericht vom Mündlichkeitsgrundsatz insoweit abgesehen werden sollte, als z. B. auf die Verlesung von oft mehrere hundert Seiten dicken ökonomischen Sachverständigengutachten verzichtet werden kann. Diese Verlesung bringt das Verfahren weder voran, noch ist ein sonstiger Nutzen erkennbar. Vielmehr trägt sie nur zur längeren Verfahrensdauer bei. Zumindest wenn Kartellamt und betroffene Unternehmen mit dem Verzicht auf die Verlesung einverstanden sind, sollte dies möglich sein. Ob dies allgemein für alle Ordnungswidrigkeiten gere-

gelt werden muss oder man doch eine Sonderregelung für Kartellordnungswidrigkeitenverfahren findet, sollte einer sinnvollen und notwendigen Lösung nicht entgegenstehen.

d) Rechtsnachfolge

Da eine kartellrechtsspezifische Regelung zur Rechtsnachfolge seitens der Bundesregierung nicht gewollt war, hat das BMJ einen Diskussionsentwurf für eine allgemeine, sektorunabhängige Rechtsnachfolgeregelung im OWiG zur Konsultation gestellt. Der DIHK hat sich in seiner Stellungnahme vom 31.05.2012 hierzu gegen eine uneingeschränkte Übertragung der Verantwortlichkeit für Ordnungswidrigkeiten und Straftaten auf den Rechtsnachfolger eines Unternehmens ausgesprochen. Eine Haftung des Rechtsnachfolgers ist nur in Fällen akzeptabel, in denen eine Umwandlung unter ausschließlicher Beteiligung bislang verbundener Unternehmen erfolgt.

5. Pressefusionskontrolle

Durch die Änderung des § 38 des Regierungsentwurfes zur 8. GWB-Novelle soll der Zusammenschluss kleiner und mittlerer Verlage erleichtert werden, wohingegen größere Verlage davon nicht profitieren sollen. Dies unterstützt der DIHK.

Die Neuregelung in § 38 Abs. 3 GWB, wonach die für Presseunternehmen geltende Aufgreifschwelle von Faktor 20 auf den Faktor acht reduziert wird, so dass Verlage mit einem gemeinsamen Umsatz von bis zu 62,5 Millionen Euro künftig keiner Kontrolle durch das Kartellamt mehr unterliegen, erleichtert den kleineren und mittleren Verlagen einen Zusammenschluss. Durch diese Fusionsmöglichkeit können sie ihre Positionierung am Markt gegenüber den „großen“ Verlagen stärken, indem sie an eigener Größe gewinnen und dadurch ein Gegengewicht gegen die großen Verlage bilden können. Den großen Verlagen wird die Fusionsmöglichkeit durch die Neuregelung zudem nicht genommen, sie unterliegt nun richtigerweise weiterhin der Kontrolle durch das Bundeskartellamt.

Dass im RegE nun auch die Bagatellmarktklausel auf den Faktor acht angepasst wurde, wird befüwortet.

6. Energie- und Wasserwirtschaft

a) § 29

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels wurde 2007 die Preismissbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung verschärft. § 29 GWB verbietet Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Den Kartellbehörden soll damit die Durchsetzung des in § 19 GWB festgelegten Missbrauchsverbotes

für den Energiesektor erleichtert werden. Ursprünglich hatte die Vorschrift eine Brückenfunktion, bis die vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Energiebereich ihre Wirkung entfalten. Da nach Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie im Energiebereich noch immer kein strukturell nachhaltig gesicherter Wettbewerb herrscht, soll die Regelung den Kartellbehörden die Wahrnehmung der Preismissbrauchsaufsicht erleichtern. Sie soll nun um weitere fünf Jahre verlängert werden. Inhaltliche Änderungen erfährt die Norm hierbei nicht.

Die Verlängerung der Geltungsdauer des § 29 GWB ist abzulehnen. Grundsätzlich ist eine effektive Missbrauchskontrolle im Energiemarkt zwar zu begrüßen, der rechtliche Rahmen muss jedoch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in diesem Markt vermeiden. Die Norm wurde ursprünglich befristet eingeführt, um die Entfaltung des Wettbewerbs auf den Energiemärkten zu gewährleisten. In den letzten Jahren hat sich der Wettbewerb in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, insbesondere im Endkundenbereich, jedoch positiv entwickelt. Die Notwendigkeit für § 29 GWB ist somit in Frage zu stellen. In der praktischen Anwendung besteht zudem die Gefahr, dass § 29 GWB potentiellen Wettbewerbern den Markteintritt erschwert, da zusätzliche Marktbarrieren geschaffen werden. Auf diese Gefahr hat bereits die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom September 2011 hingewiesen und betont, dass § 29 GWB keine Förderung des Wettbewerbs nach sich ziehe, sondern diesen eher verhindere. Diese Sichtweise wird sowohl von kleineren als auch größeren Marktteilnehmern auf den Endkundenmärkten geteilt. Eine Verlängerung des § 29 GWB wird hier mit Verweis auf die Wettbewerbsbeschränkungen und erzeugten Markthemmnisse abgelehnt. Zusätzlich unterliegt dieser Bereich dem Geltungsbereich der am 14. September 2011 verabschiedeten Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes (REMIT).

b) § 31

Der neue § 31 GWB schreibt den bisher übergangsweise gültigen § 103 GWB von 1990 (GWB 1990) im neuen Gesetzestext dauerhaft fest. Damit wird die Wasserwirtschaft wie bisher einer besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Der neue § 31 wird zu keinen substantiellen Änderungen im Gesetz führen. Die Begründung nimmt jedoch auf die Rechtsprechung des BGH Bezug und legt sie im Sinne eines umfassenden Vergleichmarktkontrollrechts für das Bundeskartellamt aus. Die Anwendung und Gestalt dieses Konzeptes erfährt scharfe Kritik vieler Versorgungsunternehmen, weil lokale Faktoren der Wasserpreisgestaltung aus ihrer Sicht nicht ausreichend berücksichtigt werden können. Zahlreiche Gerichtsverfahren sind zu dieser Frage derzeit anhängig, auch weil der Gesetzestext großen Interpretationsspielraum bietet.

Zudem wird kritisiert, dass sich viele Versorgungsunternehmen durch die "Flucht in das Gebührenrecht" der Missbrauchskontrolle entziehen. Dies führt zu einer starken Ungleichbehandlung zwischen Unternehmen, auf die das GWB Anwendung findet, und solchen, die unter das Gebührenaufsichtsrecht fallen.

Deshalb ist zu kritisieren, dass mit der Novellierung des GWB weiterhin keine Rechtssicherheit für die Missbrauchskontrolle des Bundeskartellamtes besteht. Viele aktuell anhängige Gerichtsverfahren werden nicht berücksichtigt. Stattdessen wird versucht, die derzeitige Rechtsauslegung des Kartellamtes in der Begründung festzuschreiben. Das betrifft insbesondere § 31 Abs. 5, in dem weiterhin das Vergleichsmarktkonzept aufgeführt wird. Hier sollte deutlicher definiert werden, in welchem Umfang das Kartellamt die verschiedenen Preisbildungsfaktoren der Versorgungsunternehmen zu berücksichtigen hat, welche Informationen das Kartellamt von Versorgungsunternehmen dazu einholen darf und welchen Spielraum die Versorger haben, dem Ergebnis zu widersprechen. Durch die Übernahme des bestehenden Gesetzestextes bleibt es bei der bestehenden nicht ausreichend eindeutigen Regelung. Die Begründung ist für eine sichere Auslegung des Gesetzes nicht ausreichend. Weitere Rechtsstreitigkeiten und eine ungewisse Entwicklung des Kartellrechtes erschweren damit die auf langfristige Investitionen angewiesene Geschäftstätigkeit der Wasserwirtschaft.

Auch die Ungleichbehandlung der Versorgungsunternehmen sollte durch die Novellierung beendet werden. Die gebührenrechtliche Kontrolle weicht in der Praxis stark von der kartellrechtlichen Kontrolle ab. Versorgungsunternehmen, die dem Kartellrecht unterliegen, werden teilweise sowohl gebührenrechtlich als auch kartellrechtlich mit unterschiedlichen Ergebnissen geprüft. Die Wirtschaft ist auf eine sichere und effiziente Wasserversorgung angewiesen. Hierzu bedarf es einer eindeutigen Preiskontrolle unabhängig davon, ob die Versorger dem Gebühren- oder dem Kartellrecht unterliegen. Der Gesetzgeber sollte deshalb für einen klaren Rechtsrahmen sorgen, der eine einheitliche und effektive Kontrolle des Wassermarktes gewährleistet.

7. Gesetzliche Krankenkassen

In der 8. GWB-Novelle wird die derzeit offene Rechtslage hinsichtlich der Anwendung des GWB auf den horizontalen Zusammenschluss von Krankenkassen sowie deren wettbewerbliches Verhalten untereinander und zu den Versicherten in erfreulicherweise aufgegriffen.

Es ist erklärtes Ziel des Gesetzgebers, die wettbewerblichen Elemente im Gesundheitssystem zu stärken. Nicht zuletzt die Zusatzbeiträge, die Krankenkassen erheben können und die nunmehr auch in ihrer Höhe unbegrenzt und einkommensunabhängig erhoben werden können, sind Ausdruck dieses Ziels. Hinsichtlich der Rolle des Bundeskartellamtes ist beispielsweise im Rahmen des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG) die Anwendung des GWB festgeschrieben und damit die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes bei der Prüfung von Vertragsabschlüssen im vertikalen Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungsanbietern fixiert worden (Änderung des Art. 69 SGB V). Und im GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz wurde in der Gesetzesbegründung zu der Änderung von § 171a Abs. 1 SGB V explizit darauf hingewiesen, dass Zusammenschlüsse von Krankenkassen nach den Regeln der Fusionskontrolle des GWB zu prüfen sind. Eine Klarstellung

im Gesetzestext ist nun erfolgt. Zugleich darf bei Einbeziehung der Krankenkassen in das Wettbewerbsrecht deren in Teilen fehlende Unternehmenseigenschaft im Sinne des EU-Wettbewerbsrecht nicht außer Acht gelassen werden werden.

Die bloße Anwendung des GWB reicht im Übrigen noch nicht aus. Vielmehr sollte ausdrücklich geregelt werden, dass die Anwendung des GWB auch insoweit durch das Bundeskartellamt erfolgt. Dieses ist in der Anwendung dieses Gesetzes erfahren und kann eine gleichmäßige Kontrolle sicherstellen.

Das Ziel einer stärkeren wettbewerblichen Ausrichtung des Gesundheitswesens und damit zusammenhängend einer Prüfung auch der Krankenkassen durch das Bundeskartellamt ist aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive sinnvoll. Wettbewerb ist im Gesundheitswesen ebenso wie auf anderen Märkten notwendig, um Kostensenkungspotenziale zu heben und marktbeherrschende Positionen einzelner Akteure zu vermeiden. Bei dem angesichts der Rechtsprechung angekündigten Rückzug des Bundeskartellamts aus der Fusionskontrolle der Krankenkassen als Folge der gegenwärtigen Rechtslage und Rechtsprechung drohte sich der Konsolidierungsprozess der Krankenkassen noch zu beschleunigen und damit der Wettbewerb auf dieser Stufe des Gesundheitssystems weiter abzunehmen. Hieraus wären negative Wirkungen auf die Effizienz der Krankenversicherungen, auf die bedarfsgerechte Ausgestaltung des Leistungsangebots und auch auf die Entwicklung neuer Versorgungsformen unter Einbezug gewerblicher Angebote in der Gesundheitswirtschaft entstanden. Insbesondere für die weitere positive Entwicklung gewerblicher Angebote im so genannten zweiten Gesundheitsmarkt sind wirtschaftliche Handlungsspielräume, größtmögliche Vertragsfreiheit und wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlung aller Beteiligten eine wichtige Voraussetzung. Daher ist die wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlung aller Beteiligten durch das Bundeskartellamt und damit auch der gesetzlichen Krankenkassen der richtige Weg. Streitigkeiten in diesem Kontext sollten folgerichtig der Zivilgerichtsbarkeit unterstellt sein.

8. Mehr Transparenz und gesetzliche Grundlage für das Verfahren zur Ermittlung der Bußgelder

Der Regierungsentwurf geht nicht auf die seit mehreren Jahren in Fachliteratur, bei Veranstaltungen und auch im Austausch von DIHK und BDI mit dem BMWi vorgebrachten Forderungen nach einer verbesserten Transparenz des Verfahrens und einer sachlich nachvollziehbaren und verlässlichen Bemessungsgrundlage für Bußgelder im Gesetz selbst und nicht nur in Leitlinien des Bundeskartellamtes ein. In einem Brief des damaligen Bundeswirtschaftsministers, Rainer Brüderle, in einem Antwortschreiben vom 8. Juli 2010 an den Präsidenten des Bremer Senats und den Präses der Handelskammer Bremen war das Aufgreifen der Verfahrensprobleme in der kartellrechtlichen Bußgeldpraxis in der 8. GWB-Novelle ausdrücklich in Aussicht gestellt worden.

Kein Kartellverstoß soll bagatellisiert werden. Richtig ist auch, dass Bußgelder abschreckend sein müssen. Unternehmen müssen aber auch verstehen und gerichtlich überprüfbar nachvollziehen können, wie diese Bußgelder festgelegt werden. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt bleiben. Der zu Recht weite Ermessensspielraum der einen Seite erfordert auf der anderen Seite ein transparentes und alle Verteidigungsrechte sicherndes Verfahren, das derzeit nicht sichergestellt ist. Eine Notwendigkeit zur Korrektur von Fehlentwicklungen besteht insbesondere zu den folgenden Punkten:

- Gewaltenteilungsprinzip: Die ermittelnde Behörde darf nicht selbst die Bußgelder verhängen und die Bußgeldhöhe festsetzen. Eine klare Trennung der Zuständigkeiten der Verfolgungs- und Vollstreckungsbehörden, wie beispielsweise in Österreich, ist anzustreben.
- Bußgeldrahmen: Die Bußgeldhöhe darf gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen keine existenzbedrohende Wirkung haben. Bei der Ermittlung von Bußgeldern müssen Einprodukt-Unternehmen anders behandelt werden als Mehrprodukte-Unternehmen. Dabei muss auch zwischen Märkten, Branchen und Produkten mit geringer bzw. größerer Marge unterschieden werden.
- Wesentlichkeitsvorbehalt: Die bisherige Regelung in § 81 Abs. 4 S. 4, wonach bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen seien, reicht angesichts der enormen Höhe der Bußgelder als einzige vom Gesetzgeber selbst beschlossene Basis bei Weitem nicht aus. Nähere Einzelheiten regelt lediglich das Bundeskartellamt in seinen Bußgeldleitlinien in Form von Verwaltungsvorschriften. Aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes muss das Wesentliche unmittelbar in einem Gesetz geregelt werden, um die erforderliche Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen.

9. Bußgeldmindernde Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen

Wir halten es darüber hinaus für zwingend, Möglichkeiten der Minderung eines Bußgeldes gesetzlich zu verankern. Insbesondere sollte Unternehmen, die angemessene Compliance-Maßnahmen eingeführt haben und sie auch anwenden, eine angemessene Reduzierung des Bußgeldes zugewilligt werden. Einerseits würde dies für Unternehmen einen verstärkten Anreiz zur Einführung eines Compliance-Systems bieten. Andererseits würde damit berücksichtigt, dass durch interne Kontrollsysteme die Aufdeckung von Delikten oftmals überhaupt erst ermöglicht wird. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten von Einzelpersonen unter Umgehung der Unternehmensleitung begangen werden. Hier wäre es unangemessen, das Unternehmen für Verfehlungen Einzelner in voller Höhe in die Verantwortung zu nehmen. Entscheidend muss doch sein, dass Unternehmen alles in ihrer Macht Stehende tun, um Verstöße zu vermeiden und zu unterbinden. Ein benchmarking für Compliance-Systeme ist möglich, wie die diesbezüglichen Positionen der Autorité de la Concurrence ebenso wie des OFT bezeugen.

Zusammenfassung

- **Missbrauchsaufsicht:** Der DIHK befürwortet, dass die Regelung zur Preis-Kosten-Schere beibehalten wird, lehnt hingegen die Verlängerung des verschärften Verbotes des Verkaufs unter Einstandspreis sowie die Verlängerung von § 29 ab. Die verschärfte Missbrauchsaufsicht beim Wasser wird unterstützt; sie sollte sich allerdings auch auf (öffentlich-rechtliche) Gebühren erstrecken. Die Möglichkeit des Bundeskartellamtes, eine Rückerstattung erlangter Vorteile an Dritte im Rahmen der strukturellen Entflechtung anordnen zu können, wird abgelehnt.
- **Fusionskontrolle:** Der DIHK spricht sich gegen die Übernahme des SIEC-Tests aus.
- **Verfahrensrecht:** Die Ausweitung der Klagebefugnis auf Verbraucherverbände erscheint nicht erforderlich; wichtig ist, dass die Vorteilsabschöpfung ausschließlich zugunsten des Bundeshaushalts erfolgt. Es fehlt eine Regelung zu Ausnahmemöglichkeiten vom Mündlichkeitsgrundsatz, insbesondere für ökonomische Gutachten.
- Die entsprechende Anwendung der Regelungen des GWB auf die Gesetzlichen Krankenkassen wird befürwortet. Hierfür sollte ausdrücklich das Bundeskartellamt zuständig sein.
- Die Gelegenheit der 8. GWB-Novelle sollte dringend genutzt werden, die Transparenz des Verfahrens und die Bemessungsgrundlagen für die Ermittlung der Bußgelder im Gesetz selbst ausführlicher als bisher zu regeln.
- Darüber hinaus sollte gesetzlich geregelt werden, dass Compliance-Maßnahmen bußgeldmindernd berücksichtigt werden.

gez. RA Hildegard Reppelmond
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Breite Str. 29, 10178 Berlin

Tel.: 030/20308-2702

Fax: 030/20308-5-2702

E-Mail: reppelmond.hildegard@dihk.de