



21.06.2012

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) (BT-Drs. 17/9852 vom 31.05.2012)

I. Zusammenfassung der Positionen

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU haben mit Stellungnahmen vom 29.11.2011 und 30.01.2012 (Bundesvereinigung) und 01.12.2011 (VKU) bereits die kommunalen Positionen zur GWB-Novelle dargestellt. Zwischenzeitlich hat das Bundeskabinett den Gesetzentwurf für das 8. GWB-ÄndG beschlossen, der Bundesrat hat Stellung genommen und die Gegenäußerung der Bundesregierung liegt vor.

Mit der folgenden Stellungnahme möchten die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU noch einmal die aus kommunaler Sicht wesentlichen Punkte der GWB-Novelle darstellen und den Gesetzesentwurf auch im Hinblick auf die zwischenzeitliche Positionierung von Bundesrat und Bundesregierung kommentieren.

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU begrüßen die Intention des Gesetzesentwurfs zum 8. GWB-ÄndG, die Missbrauchsvorschriften einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher zu gestalten sowie Verbesserungspotenzial bei der kartellbehördlichen Rechtsanwendung zu erschließen.

Aus unserer Sicht müssen im Gesetzgebungsverfahren noch folgende Punkte berücksichtigt werden:

- **Entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates sollte in § 130 Abs. 1 GWB ausdrücklich aufgenommen werden, dass öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge nicht der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen.** Der Bundesgerichtshof hat in seiner Niederbarnim-Entscheidung vom 18.10.2011 (Az. KVR 9/11) die grundsätzliche Möglichkeit offen gelassen, dass auch öffentlich-rechtliche Gebühren der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen könnten. Eine solche Gesetzesauslegung wäre ordnungspolitisch verfehlt und verfassungsrechtlich bedenklich und sollte durch eine Klarstellung im GWB ausgeschlossen werden. Der Ansatz der Bundesregierung in ihrer

Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, die Frage durch die Rechtsprechung klären zu lassen, ist nicht zielführend. Die Bedeutung einer solchen Entscheidung würde weit über den Einzelfall hinausreichen und berührte die Grundfesten der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.

- **Die intendierte 1:1-Übernahme der Regelungen zur kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle über Wasserversorger in den Hauptteil des Gesetzes ist zu begrüßen.** Dabei sollten jedoch die Besonderheiten der Wasserversorger in Text und Begründung noch deutlicher herausgearbeitet werden. Zudem erscheinen verschiedene zusätzliche Klarstellungen sinnvoll, wie z.B. die vom Bundesrat geforderte Ergänzung, dass bei Wasserversorgern keine Durchleitungsansprüche möglich seien. Eine Einführung der Möglichkeit der Kostenkontrolle bei der Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise, wie sie mit unterschiedlicher Akzentuierung Bundesrat und Bundesregierung fordern, ist nur dann zu unterstützen, wenn diese Kostenkontrolle so ausgestaltet wird, dass die Besonderheiten der Wasserversorgung und insbesondere auch kalkulatorische Kosten berücksichtigt werden.
- **Die Verlängerung der Regelungen zur besonderen Missbrauchsaufsicht über Energieversorger in § 29 GWB in Bezug auf Handel und Vertrieb mit Strom und Gas ist ordnungspolitisch verfehlt.** Wie die Monopolkommission wiederholt festgestellt hat, ist diese besondere Missbrauchsvorschrift ein Hemmschuh für die weitere wettbewerbliche Entwicklung auf den Vertriebsmärkten und angesichts der tatsächlichen Entwicklungen des Wettbewerbs auf diesen Märkten auch nicht notwendig. Stattdessen bietet die Vorschrift ein Einfallstor für Preisregulierung der Endkundenmärkte.
- **Ausdrücklich begrüßt wird die Position der Bundesregierung, die Fernwärme nicht in den Anwendungsbereich des § 29 GWB miteinzubeziehen.** Für einen solchen Schritt besteht keine Notwendigkeit, er wäre auch ordnungspolitisch verfehlt.
- **Durch geeignete Verfahrensvorschriften sollte sichergestellt werden, dass Sektoruntersuchungen nicht leichtfertig begonnen werden und zu unnötigen bürokratischen Belastungen der Unternehmen führen.** So sollte im Gesetz die Notwendigkeit eines formellen Einleitungsbeschlusses und einer Erstellung eines Abschlussberichts durch die Kartellbehörde zwingend vorgesehen werden.
- **Die Durchsetzung von Schadensersatzklagen im Nachgang von Kartellbußgeldverfahren sollte erleichtert werden.** Derzeit sehen sich Kartellopfer verschiedenen Unsicherheiten in Bezug auf Schadensberechnung und praktischer Durchsetzung gegenüber.
- **Schließlich unterstützen wir das Anliegen des Bundesrates, dass die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehende Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe nicht der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterliegen sollte und dass allein die Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine**

kommunale Gebietskörperschaft keine kartellrechtlich in Blick zu nehmende Struktur eines Zusammenschlusses oder Konzerns (insbesondere § 36 Absatz 2, § 37 GWB) begründet.

II. Ausführliche Bewertung

1. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Niederbarnim-Entscheidung vom 18.10.2011 (Az.: KVR 9/11) ausgeführt, dass es denkbar sei, dass auch öffentlich-rechtlich organisierte Leistungsbeziehungen von Kommunen zu Bürgern einer Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen. Dies könne vor allem dann der Fall sein, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung weitgehend austauschbar seien.

Wesentliche kommunale Dienstleistungen unterliegen dem durch die Länder zu regelnden Gebührenrecht. Dieses System der Gebührenermittlung und -kontrolle durch die Kommunalaufsicht und die Verwaltungsgerichte hat sich seit Jahrzehnten bewährt, ist transparent und unterliegt auch der Zustimmung der von den Bürgerinnen und Bürgern direkt gewählten kommunalen Vertretungskörperschaften. Deshalb gibt es kein Erfordernis, dies in Frage zu stellen und sogar die Gesetzgebungskompetenz der Länder durch zusätzliche Kompetenzen anderer Institutionen oder Behörden, wie z.B. dem Bundeskartellamt, zu ergänzen.

Der Bundesgerichtshof sieht dem gegenüber die Möglichkeit vor, dass der Anwendungsbereich des Kartellrechts weit über das bisher angenommene Maß eröffnet wird. Wenn der Bundesgerichtshof oder andere Gerichte diese Argumentation weiterführen sollten, bestünde die Gefahr, dass Kartellbehörden sich umfassend mit der Kontrolle der öffentlich-rechtlichen Gebühren beschäftigen. Angesichts des Kriteriums der Austauschbarkeit könnte das einen weiten Bereich der kommunalen (und ggf. auch Landes-) Tätigkeiten betreffen. Diese Argumentation liegt auf einer Linie mit jüngsten Äußerungen der Monopolkommission, die eine umfassende kartellrechtliche Kontrolle von Gebühren fordert. Im Ergebnis würde damit eine massive Einschränkung kommunalen Handelns in seinem Kernbereich, dem öffentlich-rechtlichen Tätigwerden, und der Kompetenzen der kommunalen Vertretungskörperschaften sowie der Länder erfolgen. Das in jedem einzelnen Bundesland ausgestaltete und im Interesse der Bürgerinnen und Bürger vor Ort funktionierende System der Kontrolle von Gebühren und Beiträgen wird für nachrangig erklärt und stattdessen der Kontrolle durch zentrale Behörden das Wort geredet.

Um dem bisher bestehenden Grundsatz des Bundesgerichtshofs noch mehr Geltung zu verschaffen, sollte ausdrücklich im Gesetz verankert werden, dass Körperschaften, die ihre Leistungsbeziehung zu den Bürgerinnen und Bürgern öffentlich-rechtlich organisieren, nicht dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen. Diese Forderung entspricht der Position des Bundesrates zur Ergänzung des § 130 Abs. 1 GWB in der Stellungnahme vom 11.05.2012 (BR-Drucksache 176/12 – Beschluss –).

2. Besondere Missbrauchskontrolle über Wasserversorger

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU befürworten die in dem Gesetzesentwurf vorgenommene Übernahme der besonderen Vorschriften für die Wasserversorgung in den Haupttext des Gesetzes. Dabei darf aber die rechtliche Situation der Wasserversorger durch diese redaktionelle Übernahme nicht verschlechtert werden; laut Begründung sind durch die Neufassung auch keine inhaltlichen Änderungen beabsichtigt. Um diesem Ziel gerecht zu werden, sind aus unserer Sicht noch verschiedene klarstellende Ergänzungen erforderlich. Wie auch vom Bundesrat gefordert, sollte die Durchleitung im Bereich der Wasserversorgung explizit ausgeschlossen werden. Schließlich ist durch die Streichung des bisher geltenden § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB 1990, der einen Durchleitungsanspruch nur für Elektrizität und Gas vorsieht, die Entscheidung des Gesetzgebers, im Rahmen der Missbrauchskontrolle über die Wasserversorgung Durchleitungsansprüche nicht zu ermöglichen, nicht mehr im GWB dokumentiert. Dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung sollte deswegen durch eine Ergänzung des § 31 Abs. 5 GWB Rechnung getragen werden. Da eine Durchleitung von Wasser aus technischen, hygienischen und volkswirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll erscheint, sollte in Abs. 8 zudem ergänzt werden, dass § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB für die Wasserwirtschaft keine Anwendung findet. Bundesrat und Bundesregierung fordern mit unterschiedlicher Akzentuierung eine Einführung der Möglichkeit der Kostenkontrolle bei der Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise. Eine solche Möglichkeit ist aus unserer Sicht unterstützenswert, wenn die Kostenkontrolle so ausgestaltet wird, dass die Besonderheiten der Wasserversorgung und insbesondere auch kalkulatorische Kosten berücksichtigt werden können. Eine Annäherung an die problematischen Regelungen des § 29 GWB ist dagegen abzulehnen.

3. Verlängerung der Anwendung des § 29 GWB

Die Anwendung des § 29 GWB war auf fünf Jahre befristet. Mit der Vorschrift sollte den Kartellbehörden die Durchsetzung des in § 19 GWB festgelegten Missbrauchsverbotes für den Energiesektor erleichtert werden, solange sich der Wettbewerb auf den Energiemärkten, die den jeweiligen Netzebenen vor- oder nachgelagert sind, noch nicht voll entfaltet hat. Schon bei der Einführung des § 29 GWB gab es scharfe Kritik an der Geeignetheit der Vorschrift. Die Monopolkommission hat sich erst kürzlich in ihrem Sondergutachten 59 wieder deutlich gegen die Verlängerung der Geltungsdauer ausgesprochen. Sie weist darauf hin, dass die Anwendung des § 29 GWB zur Folge hat, dass in den sukzessive liberalisierten Märkten die Wettbewerbsentwicklung verlangsamt statt gefördert wird. Aus Sicht der Monopolkommission schwächt die Anwendung insbesondere im Hinblick auf die Endkundenmärkte für Energie die Anreize potenzieller Wettbewerber, in den durch den Eingriff weniger lukrativen und unsichereren Markt einzutreten.

Insbesondere die in der Gesetzesbegründung herangezogenen Heizstromverfahren des Bundeskartellamtes belegen, dass die konkrete Anwendung des § 29 GWB zu Markteintrittsbarrieren führen kann. Die Monopolkommission führt hierzu aus, es dränge sich der Eindruck auf, dass die in diesem Fall methodisch schwierige Kontrolle möglicher Renditen der marktbeherrschenden Versorger in einzelnen Verteilnetzen eine erhebliche

Marktzutrittsschranke darstellten und der Eingriff des Bundeskartellamtes mögliche Marktzutritte in diesen Netzen damit zunehmend unwahrscheinlicher gemacht habe. Die praktische Anwendung der besonderen Missbrauchskontrolle trägt damit die Züge einer Preisregulierung, die wettbewerbsfeindlich ist.

Die Verlängerung der Geltungsdauer des § 29 GWB in Bezug auf die Energie-Endkundenmärkte ist damit abzulehnen. Aufgrund der aufgezeigten methodischen und wettbewerblichen Probleme unterstützen wir ausdrücklich die Position der Bundesregierung, keine weiteren Sektoren wie z.B. die Fernwärme in die Anwendung dieser Norm einzubeziehen.

4. Aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen Rückerstattungsanordnungen

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU begrüßen, dass Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen aufschiebende Wirkung haben. Sie teilen die Einschätzung der Bundesregierung, dass dies aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots des effektiven Rechtsschutzes notwendig ist.

Aus den Erfahrungen der bisherigen Fälle, in denen Kartellbehörden entsprechende Rückerstattungen verfügt haben, lässt sich ersehen, dass diese Anordnungen eine verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes für die Unternehmen mit sich bringen. Da die Beschwerde gegen die Anordnung keine aufschiebende Wirkung hat, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu der Anordnung der aufschiebenden Wirkung sehr restriktiv ist und in der Regel bei offener Rechtslage keine aufschiebende Wirkung gewährt wird, ist für die betroffenen Unternehmen der rückerstattete Betrag auch im Falle eines späteren gerichtlichen Obsiegens zumindest in großen Teilen unwiederbringlich verloren. Bei einem späteren Obsiegen müsste nämlich das Unternehmen im Regelfall von Tausenden Einzelkunden den zunächst erstatteten Betrag zurückfordern. Aufgrund von Umzügen, Versorgerwechseln etc. ist in vielen Fällen nicht einmal gewährleistet, dass zu den vielen ursprünglich Bedachten überhaupt noch eine geschäftliche Beziehung besteht. Auch wenn weiterhin eine Vertragsbeziehung besteht, ist eine Rückforderung einer Erstattung, die dem einzelnen Verbraucher durch die Kartellbehörde aufgedrängt wurde, für die Unternehmen wenn überhaupt, dann nur mit erheblichem bürokratischem Aufwand zu erreichen.

5. Verfahrensvorschriften für Sektoruntersuchungen

Die in § 32e GWB vorgesehene Sektoruntersuchung ist in den letzten Jahren insbesondere auch von den Landeskartellbehörden vielfach eingesetzt worden, um die Preisgestaltung von Versorgungsunternehmen genauer zu untersuchen. Hier lässt sich ein nahezu flächendeckendes Vorgehen beobachten.

Dabei hat sich gezeigt, dass im Rahmen der Sektoruntersuchungen teilweise Daten abgefragt wurden, die von den betroffenen Unternehmen nur mit erheblichem Aufwand generiert werden konnten. Teilweise wurden auch umfangreiche Unterlagen und Dokumentationen angefordert, die ebenfalls nur mit großem Aufwand zur Verfügung gestellt werden konnten. In einzelnen

Ländern werden die Sektoruntersuchungen auch jährlich wiederholt. In einem Fall wurden unter Berufung auf eine 2006 eingeleitete Sektoruntersuchung in den folgenden Jahren, zuletzt Ende 2010, zusätzliche Auskünfte verlangt. Die Begründung für die Einleitung von Sektoruntersuchungen beschränkt sich dabei teilweise auf die Wiederholung des Wortlautes des § 32e Abs. 1 GWB. Da nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte die Begründung von Auskunftsersuchen auch noch im Beschwerdeverfahren ergänzt oder vervollständigt werden kann, bleibt dieses Vorgehen praktisch sanktionslos.

Damit entfernt sich die Praxis in den Ländern von der eigentlichen Zielsetzung des § 32e GWB. Manche Beispiele lassen vermuten, dass § 32e GWB zur allgemeinen Informationssammlung unter geringen Begründungspflichten genutzt wird. Angesichts der hohen bürokratischen Lasten für die Unternehmen scheinen deswegen verschiedene Konkretisierungen des Verfahrens notwendig, die die ursprüngliche Zielsetzung des § 32e GWB unterstützen.

Zunächst muss in § 32e GWB klargestellt werden, dass eine Sektoruntersuchung eine förmliche Einleitungsverfügung voraussetzt. Mit dieser Verfügung muss die Kartellbehörde im Einzelnen darlegen, auf welche Tatsachen die Vermutung der Einschränkung des Wettbewerbs im betroffenen Bereich gestützt wird und welchen Umfang, Dauer und Zweck die Sektoruntersuchung haben soll. Eine entsprechende ausführliche Darstellung entspricht der bereits geübten Praxis des Bundeskartellamtes und ermöglicht der Behörde ein fokussiertes Vorgehen. Untersuchungen, die über Jahre nur zur erneuten Abfrage genutzt werden, und nicht zum Abschluss gebracht werden, werden damit erschwert.

Im Gesetz sollte zudem vorgesehen werden, dass die Behörde nach Abschluss der Sektoruntersuchung einen Abschlussbericht mit einer Darstellung der Ergebnisse erstellen muss. Auch das entspricht der Praxis des Bundeskartellamtes und einiger Landeskartellbehörden, in vielen Fällen wird jedoch die Sektoruntersuchung nicht formell abgeschlossen, so dass auch ungeklärt bleibt, ob die oft erheblichen erfragten Datenmengen überhaupt ausgewertet wurden. Bei dem Abschlussbericht müssen die Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen gewahrt bleiben.

Schließlich ist nach – bestrittener - Rechtsprechung des OLG Düsseldorf im Rahmen des § 32e die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes nicht durch § 48 GWB begrenzt. Dies führt dazu, dass Unternehmen zu gleichen Themenkomplexen doppelt befragt werden, weil sowohl Landeskartellbehörden als auch Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen durchführen. Um diese Doppelzuständigkeiten zu vermeiden, ist nicht nur der Verweis auf die Informationspflichten des § 49 Abs. 1 GWB, der bereits im Entwurf vorgesehen ist, sondern auch eine Bezugnahme auf § 48 GWB in § 32e Abs. 4 GWB sinnvoll.

6. Vereinfachungen von Schadensersatzforderungen im Nachgang zu Kartellbußgeldverfahren

Hintergrund dieser Forderungen sind die Erfahrungen von Städten, Kreisen und Gemeinden, die insbesondere durch zwei Kartelle im Bereich des Feuerwehrwesens – „Feuerwehrtkartell“ (Fahrzeuge ab 7,5 t ohne sog. „Drehleiterfahrzeuge“ sowie „Feuerwehrtkartell“) – aktuell betroffen sind. Die seit rund einem Jahr gemachten Erfahrungen zur Realisierung dieser

Ansprüche machen die weitgehende Wirkungslosigkeit der derzeitigen Regelung sichtbar und führen zu den nachstehend aufgeführten Forderungen zur Verbesserung der Realisierbarkeit dieser Schadensersatzansprüche. So sollte zum einen die Pflicht des Bundeskartellamts zur Veröffentlichung der bestandskräftigen Bußgeldbescheide bestehen. Die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB ist wirkungslos, wenn die potenziell Schadensersatzberechtigten keine Kenntnis von bestandskräftigen Bußgeldbescheiden der Kartellbehörden erlangen können. Nur so kann geprüft werden, ob und ggfs. in welchem Umfang die Schadensersatzansprüche bestehen. Durch gesetzliche Regelungen sollte auch sichergestellt werden, dass in allen Fällen, in denen das Kartellamt zu einem sog. Settlement mit Kartellanten kommt, auch zumindest ein feststellender Verwaltungsakt des Kartellamtes über das Vorliegen eines Kartells erlassen wird. Zudem erscheint es notwendig, eine gesetzliche Vermutung zu normieren, dass Kartelle zu einem kausalen Schaden führen. Die gesetzliche Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB ist bekanntlich beschränkt. Die neuere Rechtsprechung leitet zwar einen Anscheinsbeweis dahingehend ab, dass regelmäßig der Kartellant die Vermutung erschüttern muss, dass im konkreten Fall das Kartell kausal auf den Vertragsabschluss eingewirkt hat. Dieser richtige Ansatz sollte gesetzlich normiert werden und zwar unabhängig von den unterschiedlichen Kartellarten wie Preis- und Quotenkartelle. Er verdeutlicht potenziellen Kartellanten vor Bildung des Kartells die schadensersatzrechtliche Gefahr und kann so zugleich ebenfalls abschreckend wirken. Zugleich stärkt er die Rechte der Geschädigten, in dem diesen die Realisierung des Schadensersatzanspruchs erleichtert wird. Schließlich sollte, um Probleme bei der Schadensschätzung zu umgehen, eine gesetzliche Vermutung für eine Schadensquote, aufgenommen werden. Derzeit hilft die gesetzliche Erleichterung (§ 33 Abs. 3 S. 3 GWB sowie § 287 ZPO) den Geschädigten kaum. So wurde und wird in den o.g. Vergleichsverhandlungen immer wieder von Seiten der an dem Kartell beteiligten Firmen ein Schaden bestritten. Z.T. wird gar vorgetragen, dass das Kartell den Kommunen geholfen habe. Die Schadenshöhe wird somit dem Grunde und der Höhe nach bestritten.

7. Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft

Wie vom Bundesrat gefordert, muss durch geeignete Regelungen sichergestellt werden, dass die Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft nicht automatisch zu der Annahme von Konzernstrukturen in der Kartellrechtsanwendung (insbesondere § 36 Absatz 2, § 37 GWB) führt. Der bisherigen rechtlichen Einordnung durch die Kartellbehörden liegt die Annahme zugrunde, dass ein Oberbürgermeister, Landrat oder Ortsbürgermeister – einem Konzernchef gleich – das kommunale Krankenhaus, den Abfallbetrieb und das Schwimmbad zusammen mit der kommunalen Sparkasse vom Schreibtisch aus wie eine wirtschaftliche Einheit mit einem gemeinsamen wirtschaftlichen „Finanzpotenzial“ zielgerichtet zur Mehrung der Marktmacht steuert. Diese rechtliche Einordnung beruht auf einer unzutreffenden Annahme kommunaler Konzernstrukturen, die in der Praxis zu einer Benachteiligung der kommunalen Ebene gegenüber anderen Marktteilnehmern führt. § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB regelt, dass Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden, generell von der Notifizierungspflicht der Zusammenschlusskontrolle erfasst werden. Diese Auffassung wird von den

kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU auch grundsätzlich geteilt. Öffentlichen Unternehmen kommt im Rahmen des GWB keine Sonderrolle zu, insoweit sind sie nicht besser, aber eben auch nicht schlechter als private Unternehmen zu behandeln.

Ist die generelle Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB unstrittig, kommt es auf die Anwendbarkeit im konkreten Fall an. Gemäß § 35 Abs. 1 GWB finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, wenn in dem Zusammenschluss vorangegangenen Geschäftsjahr die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. € erzielt haben. § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB stellt in diesem Zusammenhang klar, dass, soweit ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 AktG oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG ist, die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen sind. Letztere Bestimmungen sind für die kommunale Ebene besonders bedeutsam, da hier in der Praxis erst durch eine breite, von den kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU nicht geteilte, Auslegung die Aufgreifschwelle erreicht werden. Anders als die Monopolkommission in ihrem XVII. Hauptgutachten sind die kommunalen Spitzenverbände und der VKU nicht der Auffassung, dass bei Fusionen, bei denen mindestens ein Unternehmen einer Gebietskörperschaft zuzuordnen ist, zugleich auch regelmäßig alle anderen (wirtschaftlichen) Umsätze dieser Gebietskörperschaft ohne Rücksicht auf tatsächlich bestehende oder nicht-bestehende Beziehungen und Verflechtungen zwischen den betroffenen Tätigkeitsbereichen mitberücksichtigt werden müssen. Dies entspricht auch nicht der dauernden Praxis der Zurechnung von Beteiligungen von Gebietskörperschaften durch die Kommission im Rahmen europäischer Fusionskontrollverfahren Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2009/C 43/09), Abschnitt 1.7. Zusammenschluss unter Beteiligung staatlicher Unternehmen. Eine Korrektur dieser Auffassung ist also auch im Rahmen der durch die Novelle gewünschten Harmonisierung deutschen und europäischen Fusionskontrollrechts geboten.

Auch aus dem bisherigen Gesetzeswortlaut lässt sich die vom Bundeskartellamt vertretene Sichtweise nicht direkt entnehmen. Vielmehr kann nur im Wege einer über den Wortlaut deutlich hinausgehenden Auslegung von §§ 17 und 18 AktG zu dieser Einschätzung gelangt werden. Maßgeblich sind in diesem Zusammenhang insbesondere der angewandte Unternehmensbegriff, das zugrundeliegende Bild eines Konzerns und seine Übertragung auf die öffentliche Gebietskörperschaft sowie das Merkmal der einheitlichen Leitung.

8. Anwendbarkeit des Kartellrechts zudem bei der Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen, die in einem Zusammenhang mit Gebietsreformen stehen

Problematisch ist schließlich die vorbehalt- und unterschiedslose Anwendung der Fusionskontrolle auf lediglich als Reflex auf eine Gebietsreform erfolgende Zusammenschlüsse öffentlicher Unternehmen. Die kommunalen Spitzenverbände und der VKU unterstützen deswegen die von Bundesrat und Bundesregierung in

Aussicht gestellte Prüfung dieses Punktes und plädieren insoweit dafür, solche Zusammenschlüsse, die aufgrund einer Gebietsreform geschehen (z.B. Krankenhausfusionen bei Kreisgebietsreformen), generell aus dem Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle auszunehmen, da hier der Zusammenschluss kein Trägerwechsel im üblichen Sinne, sondern lediglich Reflex auf die kommunalrechtliche Neuordnung ist.