



Bonn, den 22.06.2012

Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle

Das Bundeskartellamt begrüßt den Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle und stimmt den vorgeschlagenen Änderungen ganz weitgehend zu.

- Anstelle des Marktbeherrschungstest wird in der deutschen Fusionskontrolle das Kriterium einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (,significant impediment to effective competition ‘, kurz: SIEC) eingeführt. Die Einführung des von der EU-Kommission und vielen anderen Mitgliedstaaten bereits angewandten SIEC-Tests ist ein richtiger Schritt. Damit wird die in der Praxis schon zu beobachtende Tendenz der Angleichung des europäischen und des deutschen Prüfrahmens weiter verstärkt. Der Test bleibt in einen Verfahrenskontext eingebettet, der dem Bundeskartellamt und den Gerichten weiterhin eine effektive Fusionskontrolle erlaubt. Für eine Änderung im Bereich der Pressefusionskontrolle sieht das Bundeskartellamt allerdings keinen Handlungsbedarf. Die derzeitige Pressefusionskontrolle dient der Pressevielfalt und belastet die betroffenen Unternehmen nicht übermäßig.
- Das Bundeskartellamt begrüßt, dass das Kartellrecht einschließlich der Fusionskontrolle im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherungen für entsprechend anwendbar erklärt wird. Für eine effiziente Fusionskontrolle im Bereich der Krankenhäuser wäre eine verfahrensrechtliche Erleichterung der Informationsbeschaffung wünschenswert.
- Im Bereich der Kartellverfolgung gehen die im Rahmen der Arbeiten zur 8. GWB-Novelle vorgeschlagenen Änderungen zwar in die richtige Richtung,

lassen aber in zentralen Bereichen immer noch einige erhebliche Lücken, die eine effektive Sanktionierung von Kartellverstößen erschweren. Insbesondere geht der vom Bundesministerium der Justiz vorgelegte Diskussionsentwurf zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung nicht weit genug und eröffnet offensichtliche Umgehungsmöglichkeiten; eine Regelung zu den Aufsichtspflichten im Konzern ist nicht vorgesehen. Außerdem sollte die Akteneinsicht Beschränkungen unterworfen werden. Schließlich fehlt neben einem eigenen Fragerecht und einem eigenen Rechtsmittelrecht der Kartellbehörden auch eine Anpassung des sehr schwerfälligen Gerichtsverfahrensrechts, das in seiner derzeitigen Ausgestaltung die Verfahrensführung erheblich erschwert und eine Belastung sowohl für die Kartellverfolgung wie auch für die Interessen der Betroffenen darstellt.

- Hinsichtlich Wasser und Fernwärme hält das Bundeskartellamt an seiner Forderung nach einer Ausdehnung der Sonderregeln für eine schärfere Missbrauchsaufsicht fest. So ist die Wasserwirtschaft einer der letzten großen Monopolbereiche in der Daseinsvorsorge. Allerdings folgt nur die Aufsicht über privatrechtlich organisierte Unternehmen der strikten kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle. Um Verbraucher vor überhöhten Gebühren zu schützen, wäre auch die kartellrechtliche Aufsicht über die Gebührenerhöhung öffentlich-rechtlicher Versorger wünschenswert. Auch Fernwärmeversorger sind innerhalb ihres Versorgungsnetzgebietes in aller Regel Monopolisten, weshalb mithilfe einer verschärften Missbrauchsaufsicht bestehende Verhaltensspielräume der Versorger zugunsten der Verbraucher besser begrenzt werden könnten.
- Die Ausweitung der Rechte von Verbraucherverbänden dahingehend, ebenfalls kartellrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche erheben zu können, begrüßt das Bundeskartellamt. Weitergehende Forderungen nach einer Ermächtigung von Verbraucherverbänden zur Vorteilsabschöpfung im Interesse ihrer eigenen Finanzierung lehnt das Bundeskartellamt dagegen ab.

A. Modernisierung der deutschen Fusionskontrolle

I. Übernahme des SIEC-Tests

Die Einführung des SIEC-Tests als neues Prüfkriterium der Fusionskontrolle ist eine sinnvolle weitere Annäherung an das europäische Recht. Bei der Übernahme des SIEC-Tests in das GWB ist seine Einbettung in einen Verfahrenskontext, der dem Bundeskartellamt und den Gerichten weiterhin eine effektive Fusionskontrolle erlaubt, von entscheidender Bedeutung. Dem trägt der Regierungsentwurf Rechnung.

1. Im Regierungsentwurf wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der SIEC-Test eine Erfassung aller wettbewerblich kritischen Fälle ermöglicht. Im Rahmen des SIEC-Tests ist es wahrscheinlich leichter als mit dem bisherigen Konzept, nicht-koordinierte Effekte in komplexen Oligopolsachverhalten (z.B. differenzierte Produkte in engen Oligopolmärkten) zu erfassen.

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

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

2. Die Vermutungsschwellen sind ein wichtiger Teil des Verfahrenskontextes, der vom Regierungsentwurf beibehalten wird. Die Vermutungsregeln setzen für die Zusammenschlussbeteiligten Anreize, dem Bundeskartellamt alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorzulegen. Das ist wichtig, um innerhalb der kurzen Fristen einer Fusionskontrollprüfung richtige Entscheidungen treffen zu können.

nen. Damit werden die Zusammenschlussbeteiligten gegenüber der europäischen Fusionskontrolle auch nicht schlechter gestellt. Im europäischen Verfahren wird diese Funktion nämlich durch die – im Unterschied zum deutschen Recht – sehr weitgehenden Informationsanforderungen an die Anmeldung (Form CO) und die Ausgestaltung des Verfahrens vor Einreichung der Anmeldung erfüllt. Die Vermutungsschwellen sind gerade kein Ersatz für eine tiefgehende Prüfung, sondern ermöglichen sie erst. Daher weist der Regierungsentwurf zu Recht auch darauf hin, dass der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, was die mit den Vermutungsschwellen einhergehende Umkehr der Beweislast in gewissem Umfang relativiert.

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

3. Aus Sicht des Bundeskartellamts wäre es wünschenswert, den Regierungsentwurf noch zu verbessern, indem die Vorlagefähigkeit von Fragen zur Auslegung des SIEC-Tests an den Gerichtshof der Europäischen Union noch klarer ausgeschlossen würde. Die mit der damit einhergehenden Verzögerung verbundene Belastung der betroffenen Unternehmen könnte so vermieden werden. Aus der Gesetzessystematik und der Gesetzesbegründung geht zwar klar hervor, dass sich der deutsche SIEC-Test nach dem Willen des Gesetzgebers an dem Vorbild aus dem europäischen Recht orientiert. Dass seine Auslegung aber aufgrund der konkreten deutschen Ausgestaltung nicht der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof unterliegen soll, geht daraus zumindest nicht ebenso klar hervor, obwohl nur das gewollt sein kann. So wird in dem lediglich formal neugefassten

§ 18 GWB der vom BGH geprägte Marktbeherrschungsbegriff normiert. Innerhalb des GWB muss somit auch das Regelbeispiel der Marktbeherrschung im Rahmen des SIEC-Tests durch § 18 GWB geprägt werden, der der europäischen Auslegung nicht unterliegt. Außerdem ergibt sich aus der Begründung zu § 18 GWB, dass der dort definierte Marktbeherrschungsbegriff neben der Missbrauchsaufsicht auch für die Fusionskontrolle gelten soll. Das erscheint insbesondere deshalb sinnvoll, weil eine Vorlagefähigkeit mit ganz erheblichen Nachteilen verbunden wäre. Mit der Vorlagefähigkeit würde sich die gerichtliche Überprüfung der Fusionskontrollentscheidungen des Bundeskartellamts in zahlreichen Verfahren erheblich verzögern, da die durchschnittliche Verfahrensdauer bei Vorlagefragen derzeit rund 16 Monate beträgt. Dies wäre sowohl für das Bundeskartellamt als auch für die betroffenen Unternehmen nachteilig. In der Sache erscheint eine weitgehende Orientierung an der europäischen Rechtslage auf jeden Fall ausreichend. Die Beibehaltung abweichender Regelungen in der materiellen Fusionskontrolle – insbesondere in Bezug auf die Abwägungsklausel und die Ministererlaubnis – rechtfertigen es, eine Übernahme aller Rechtsentwicklungen des SIEC-Tests auf europäischer Ebene nicht automatisch vorzugeben. Deshalb wäre es wünschenswert, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch einmal deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass die Auslegung des SIEC-Tests nicht der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof unterliegen soll.

II. Modernisierung weiterer Regelungen im Bereich der Fusionskontrolle

Das Bundeskartellamt begrüßt die Übernahme von verschiedenen Regelungen aus der europäischen Fusionskontrolle. Mit dem Regierungsentwurf ist auch insoweit eine sachgerechte Modernisierung gelungen. Die Regelungen der deutschen Fusionskontrolle werden weiter verbessert, wo dies sinnvoll ist. Auf eine überschießende Angleichung wird verzichtet.

1. Begrüßt wird insbesondere die Übernahme folgender Regelungen aus dem europäischen Recht:
 - Zusammenrechnung von mehreren Transaktionen zwischen denselben Unternehmensgruppen innerhalb von zwei Jahren (§ 38 Abs. 5 Satz 3 GWB-E).

Diese Regelung ist eine notwendige Ergänzung nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle.

- Fristhemmung bei zu vertretender nicht rechtzeitiger Beantwortung von Auskunftersuchen durch ein anmeldendes Unternehmen (§ 40 Abs. 2 Satz 5-6 GWB-E). Die rechtzeitige Vorlage der angeforderten notwendigen Informationen ist essentiell für eine funktionsfähige Fusionskontrolle, zumal in Deutschland für eine Anmeldung im internationalen Vergleich nur sehr wenige Pflichtangaben verlangt werden.
 - Fristverlängerung bei erstmaliger Vorlage von Vorschlägen für Bedingungen oder Auflagen (§ 40 Abs. 2 Satz 7 GWB-E). Markttest und Verhandlung von Vorschlägen verlängern zwangsläufig die Prüfungsdauer, daher erleichtert eine automatische Fristverlängerung das Verfahren.
 - Heilung der Unwirksamkeit von Vollzugshandlungen bei nachträglicher Anzeige eines Zusammenschlusses und nach Abschluss der nachträglichen Prüfung (§ 41 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB-E). Diese Klarstellung ist notwendig, um Unsicherheiten bei der Auslegung zu beseitigen. Eine fortdauernde Unwirksamkeit nach der Prüfung wäre eine überschießende Sanktion.
2. Begrüßt wird auch, dass insbesondere folgende bewährte Regelungen aus dem deutschen Fusionskontrollrecht beibehalten wurden:
- Zusammenschlusstatbestände auch bei Minderheitsbeteiligungen (wettbewerblich erheblicher Einfluss, Anteilserwerb ab 25%). Negative wettbewerbliche Effekte können auch durch Minderheitsbeteiligungen verursacht werden, wie sich insbesondere in der Praxis vertikaler Verflechtungen im Energiebereich gezeigt hat.
 - Zusammenschlusstatbestände des Vermögenserwerbs und des Anteilserwerbs. Diese Zusammenschlusstatbestände sind oft sehr viel leichter zu handhaben als der parallel dazu anwendbare Kontrollerwerb, der auch in wettbewerblich einfach gelagerten Fällen eine sehr aufwändige und komplexe

Zuständigkeitsprüfung erfordert. Auf diese Zusammenschlusstatbestände kann daher nicht verzichtet werden.

- Keine zwingende Integration der Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in die Fusionskontrolle. Im deutschen Recht würde dies auf sehr viel mehr Fälle Anwendung finden als im europäischen Recht. Innerhalb der kurzen Monatsfrist für das fusionskontrollrechtliche Vorprüfverfahren (die im deutschen Verfahren auch nicht durch quasi-obligatorische Vorgespräche verlängert wird) ist diese Prüfung in den meisten Fällen nicht zu bewältigen.
- Beibehaltung der Bagatellmarktklausel bei Verschiebung in die materielle Fusionskontrolle. Die Anwendung der Bagatellmarktklausel erfordert u.a. eine Marktabgrenzung und Ermittlung des Marktvolumens. Für die Anmelder ist das mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, daher erleichtert die Verschiebung die Bestimmung der Anmeldepflicht.
- Ausdrücklicher Ausschluss von Nebenbestimmungen, die eine laufende Verhaltenskontrolle erfordern. Auch in der Praxis der Kommission werden Nebenbestimmungen nicht akzeptiert, deren Umsetzung nicht effektiv kontrolliert werden kann und die daher nicht wirksam sind. Die ausdrückliche Regelung im GWB erreicht dieses Ziel noch effektiver, indem solche Vorschläge bereits in der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen werden.

B. Pressefusionsregelungen

Das Bundeskartellamt sieht die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen des Pressefusionskontrollrechts kritisch. Durch die Fusionskontrolle zur Begrenzung wirtschaftlicher Macht wird im Pressebereich die publizistische Vielfalt mitgeschützt. Letztere gilt im Allgemeinen als unverzichtbar für eine funktionierende Demokratie. Und anders als im Rundfunkbereich gibt es im Pressebereich auch keine Institution, die die Vielfalt explizit schützt. Die Absenkung der Presserechenklausel vom Zwanzigfachen auf das Achtfache für Presseerzeugnisse (§ 38 Abs. 3 GWB-E) schränkt die Fusionskontrolle im Pressebereich ein:

Derzeit geltende Regelung (Umsätze x 20)	Regierungsentwurf (Umsätze x 8)
Anmeldepflicht , d.h. Fusionkontrolle bei: - insg. weltweiten Umsatzerlösen \geq 25 Mio.€ + - 1. Unternehmen Inlandsumsatz \geq 1,25 Mio.€ + - 2. Unternehmen Inlandsumsatz \geq 250.000 €	Anmeldepflicht , d.h. Fusionskontrolle erst bei: - insg. weltweiten Umsatzerlösen \geq 62,5 Mio.€ + - 1. Unternehmen Inlandsumsatz \geq 3,125 Mio.€+ - 2. Unternehmen Inlandsumsatz \geq 625.000 €
Bagatellmarkt bei $<$ 750.000 € d.h. Fusionskontrolle ab 750.000 € Marktvolumen	Bagatellmarkt bei $<$ 1,875 Mio. € d.h. Fusionskontrolle ab 1,875 Mio. € Marktvolumen

- Zum einen werden die Anmeldeschwellen erheblich angehoben. Dadurch fallen künftig rund 20% der bislang anmeldepflichtigen Pressezusammenschlüsse aus der Fusionskontrolle heraus. Es ist zu befürchten, dass dadurch der Wettbewerb und die Pressevielfalt insbesondere im Bereich der regionalen und lokalen Zeitungen und Anzeigenblätter eingeschränkt würden. Die Zahl der Mehrzeitungskreise ist bereits seit einigen Jahren rückläufig, die geplante Einschränkung der Pressefusionskontrolle wird diese Tendenz zusätzlich verstärken, da kleinere Zeitungsverlage die neuen Anmeldeschwellen nicht mehr erreichen und daher fusionskontrollfrei erworben werden können. Es ist zu befürchten, dass dies nicht in erster Linie der Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Verlage zugutekommt, sondern auch Großverlagen gestattet, kleinere Verlage aufzukaufen, selbst wenn dadurch Marktbeherrschung entsteht oder verstärkt wird. Wettbewerb und Pressevielfalt würden eingeschränkt.
- Zum anderen wird durch die geplante Änderung der Presserechenklauseel auch der Anwendungsbereich der Bagatellmarktklausel ausgeweitet. Dies wirkt sich insbesondere im Bereich der Abonnement-Tageszeitungen aus, da diese überwiegend auf Märkten tätig sind, die regional oder auf Landkreise bezogen abzugrenzen sind. Es ist zu befürchten, dass künftig in mehr als 20% der Pressezusammenschlüsse auch Bagatellmärkte betroffen sind. Damit würde sich die Zahl der Märkte, auf denen keine Fusionskontrolle mehr stattfindet, noch einmal deutlich erhöhen, mit nachteiligen Auswirkungen auf Wett-

bewerb und Pressevielfalt vor allem im Bereich der Lokal- und Regionalpresse.

Eine exakte Angabe der in Zukunft ohne Fusionskontrolle durchführbaren Zusammenschlüsse im Pressebereich ist nicht möglich. Die derzeit bestehenden Anmelde-schwellen führen dazu, dass wettbewerblich problematische Fusionspläne teilweise bereits im Vorfeld aufgegeben werden, ohne dass es zu einer Anmeldung beim Bundeskartellamt kommt. Daher ist zu befürchten, dass mehr kleinen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen ein Aufkauf droht als bislang bekannt.

Vor diesem Hintergrund begrüßt das Bundeskartellamt, dass der Regierungsentwurf die weiteren Vorschläge von BDZV und VDL nicht aufgreift und insbesondere an den bisherigen Regelungen zur Anschlussklausel festhält. Die Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 GWB-E) findet für den Pressebereich bislang zu Recht keine Anwendung. Die Einführung der Anschlussklausel für den Pressebereich würde die aufgrund einer Absenkung der Presserechenklausel auf Faktor 8 zu erwartenden, negativen Entwicklungen für die Vielfalt im Pressebereich zusätzlich verstärken. Denn bei einer Anschlussklausel (mit Faktor 8) könnten künftig alle konzernfreien Presseunternehmen mit einem Umsatz von weniger als 1,25 Mio. € (d.h. fünfmal höherem Umsatz als bislang) fusionskontrollfrei aufgekauft werden. Dies würde es großen Verlagen erleichtern, verstärkt flächendeckende Zeitungsketten zu bilden.

C. Pressegrosso

Ein funktionsfähiges Pressegrosso erfüllt eine wichtige Funktion zur Sicherung der Presse- und Meinungsvielfalt. Bei der Ausgestaltung des Pressegrossos sind aber kartellrechtliche Rahmenbedingungen zu beachten. Das Bundeskartellamt begrüßt, dass im Regierungsentwurf von einer Regelung des Pressegrossos abgesehen wurde. Die kartellrechtliche Zulässigkeit einzelner Aspekte des Pressegrossos (Zulässigkeit gemeinsamer Verhandlungen und Zulässigkeit von Gebietsabsprachen) ist gerade Gegenstand eines Verfahrens vor dem OLG Düsseldorf. Zuvor hatte das LG Köln in dem erstinstanzlichen Urteil zu Recht darauf hingewiesen, dass hier europäisches Kartellrecht einschlägig ist. Darum würde eine etwaige kartellrechtliche Freistellung des Pressegrossos oder einzelner Aspekte des Pressegrossos durch den

nationalen Gesetzgeber durch das vorrangige europarechtliche Kartellverbot dergestalt überlagert, dass es wegen fehlender Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Vorgaben leerlaufen würde.

D. Anwendung des Kartellrechts auf Krankenkassen

Das Bundeskartellamt begrüßt die vorgesehene ausdrückliche Anordnung der entsprechenden Anwendung des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen. Dies gilt sowohl für Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht als auch für die in der Vergangenheit regelmäßig durch das Bundeskartellamt vorgenommene Zusammenschlusskontrolle. Die dagegen ins Feld geführten Argumente entbehren teilweise der sachlichen Grundlage. Insbesondere bleibt das Primat des Sozialrechts unangetastet. Wo das Sozialrecht ausdrücklich eine Zusammenarbeit anordnet, ist das Kartellverbot schon nicht anwendbar. Ein generelles kartellrechtliches Kooperationsverbot besteht insoweit von vornherein nicht. Eröffnet das Sozialrecht aber Spielräume für Wettbewerb, muss Kartellrecht Anwendung finden, um diesen Wettbewerb zu schützen. Dabei steht die Anwendbarkeit des Kartellrechts einer Zusammenarbeit im Sinne der Versicherten nicht im Wege; solche Kooperationen sind bereits unter den allgemeinen kartellrechtlichen Voraussetzungen vom Kartellverbot freigestellt. Zugleich gilt es, die Gestaltungsmöglichkeiten des Sozialgesetzgebers gegenüber einer nicht monopolisierten Kassenlandschaft für die Zukunft zu erhalten.

Zwar unterliegen schon heute die vertikalen Leistungsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern ausdrücklich dem Kartellrecht. Nach einem Urteil des LSG Hessen (in Sachen „Zusatzbeiträge“ vom 15. September 2011) soll es für die Anwendung des Kartellrechts auf andere Wettbewerbsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen aber an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlen. Das Bundessozialgericht hatte bereits zuvor die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen im Sinne des europäischen Kartellrechts verneint (zuletzt Urteil vom 22. Juni 2010). Die vom Parlament eröffneten wettbewerblichen Verhaltensspielräume der gesetzlichen Krankenkassen, vor allem durch Zusatzbeiträge, Bonusprogramme und Wahltarife, konnten in der Folge nicht mehr vom Bundeskartellamt geschützt werden. Dies widerspricht dem im Koalitionsvertrag niedergelegten Ziel der Regierungskoalition, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen

auch in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Anwendung zu bringen. Der Entwurf behebt dieses Problem. Dabei stellt er insbesondere auch die wichtige Verzahnung von Sozialrecht und Kartellrecht dar: Sozialrecht definiert den Anwendungsbereich von Kartellrecht, das heißt Kartellrecht ist nur anwendbar, soweit Sozialrecht wettbewerbliche Verhaltensspielräume eröffnet.

Aus den genannten Urteilen wurde außerdem deutlich, dass vom Standpunkt der Sozialgerichte auch für die bislang zum Schutz wettbewerblicher Strukturen durchgeführte Zusammenschlusskontrolle bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen kein Raum blieb. Das Bundeskartellamt sah sich daher gezwungen, die bislang durchgeführte Fusionskontrolle bei Vereinigungen gesetzlicher Krankenkassen einzustellen. Eine unter wettbewerblichen Aspekten zu beurteilende Strukturkontrolle findet seither nicht mehr statt. Das steht im Widerspruch zu den Vorstellungen bei Schaffung des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG): Ausweislich der Begründung im Gesetzentwurf zu § 171a SGB V, durch den kassenartübergreifende Fusionen von Krankenkassen zugelassen wurden, sollte gerade die Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt sicherstellen, dass dadurch keine wettbewerbsschädigenden Machtkonzentrationen entstehen.

E. Datenübermittlung zwischen DRG-Stelle und Bundeskartellamt

Bedarf besteht aus Sicht des Bundeskartellamts für eine Klarstellung im Krankenhausentgeltgesetz dahingehend, dass die vom Bundeskartellamt für die Zwecke der Krankenhausfusionskontrolle benötigten *aggregierten* Zahlen nach Postleitzahlgebieten direkt durch die DRG-Datenstelle bereitgestellt werden. Eine solche Regelung war im Referentenentwurf vorgesehen und sollte in Anbetracht der damit erzielbaren Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung im Interesse der Krankenhäuser umgesetzt werden. Die Praxis hat gezeigt, dass die vom Bundeskartellamt für die Zwecke der Krankenhausfusionskontrolle benötigten Daten auf der Grundlage der derzeitigen Regelung nicht von der DRG-Datenstelle zur Verfügung gestellt werden und daher weiterhin von den einzelnen Krankenhäusern in einem zeit- und kostenaufwändigen Verfahren abgefragt werden müssen. Die direkte Bereitstellung der benötigten Daten durch die DRG-Datenstelle würde diesen Zeit- und Ressourcenaufwand

erheblich verringern. Zudem würde es dem Bundeskartellamt insbesondere bei den regelmäßig im Wege der Bieterverfahren durchgeführten Veräußerungen von Krankenhäusern der öffentlichen Hand möglich, zeitnah Voreinschätzungen über die wettbewerbliche Unbedenklichkeit bestimmter Bieter abzugeben. Personenbezogene Daten werden nicht benötigt; der Schutz der übermittelten aggregierten Daten als Geschäftsgeheimnis ist im Rahmen der Gesetze gewährleistet.

F. Verbesserung des Rechtsrahmens für die Verfolgung und Sanktionierung von Kartellen

Der Rechtsrahmen für die Verfolgung und Sanktionierung von Kartellen in Deutschland ist reformbedürftig. Die im Rahmen der Arbeiten zur 8. GWB-Novelle vorgesehenen Änderungen gehen zwar einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung. Sie bleiben aber hinter dem Erforderlichen zurück. Die Regelungen zur Kartellverfolgung beruhen derzeit auf dem allgemeinen Recht der Ordnungswidrigkeiten, modifiziert durch einige Regelungen im GWB. Die Besonderheiten des Kartellrechts einerseits und der durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vorgegebene europarechtliche Rahmen andererseits zeigen die Schwächen des geltenden Rechtsrahmens auf. In dem geltenden System der parallelen Zuständigkeiten, in dem es von weichen Kriterien wie etwa Ressourcenfragen abhängen kann, ob die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt einen Fall aufgreift, sollte ein auf erhebliche Sanktionen abzielendes Verfahren einheitlichen Grundprinzipien folgen. Gleichzeitig zeigt die laufende Verfahrenspraxis, dass das kartellrechtliche Verfahren aufgrund der hohen Komplexität und Stoffmasse den klassischen ordnungswidrigkeitenrechtlichen Rahmen überfordert. Eine funktionstüchtige und angemessen schnelle Rechtspflege, wie sie verfassungsrechtlich geboten ist, ist im Bereich der Kartellverfolgung nur noch eingeschränkt gewährleistet. Daher besteht dringender Bedarf, den Rechtsrahmen wesentlich zu überarbeiten. Am sachgerechtesten dürfte es langfristig sein, ein eigenständiges Kartellverfahrensrecht zu schaffen, das einerseits europäischer Konvergenz dienen kann und andererseits den praktischen Anforderungen genügt.

I. Rechtsnachfolge

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass das Bundesministerium der Justiz einen Entwurf zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung vorgelegt hat. Diese ist eines der drängendsten Probleme der Kartellverfolgung. Wirksame Kartellverfolgung erfordert die Verhängung und Vollstreckung abschreckend hoher Bußgelder. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes enthält das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht eine Lücke, durch die sich kartellbeteiligte Unternehmen einer Kartellbuße entziehen können: Sie können eine Rechtsnachfolge herbeiführen, durch die sie einem Bußgeld ganz oder teilweise entgehen können. Die bestehende Regelungslücke führt dazu, dass allein bezüglich der dem Bundeskartellamt schon bekannten Umstrukturierungen Bußgelder entfallen bzw. nicht verhängt werden können, die mittlerweile in den dreistelligen Millionenbereich gehen dürften. Der Diskussionsentwurf regelt wichtige Rechtsnachfolgetatbestände, belässt aber auch weitgehende Umgehungsmöglichkeiten. Diese auszuschließen ist nicht nur rechtspolitisch wünschenswert, sondern sogar europarechtlich geboten.

In der Praxis des Bundeskartellamts sind in zahlreichen Verfahren Rechtsnachfolgen in Form sowohl der Gesamtrechtsnachfolge (z.B. mittels Verschmelzung) als auch der Einzelrechtsnachfolge (z.B. mittels *asset deal*) vorgekommen. Der Diskussionsentwurf erfasst aber mögliche Konstellationen der Gesamtrechtsnachfolge nicht vollständig und die Einzelrechtsnachfolge überhaupt nicht. Auch in den nicht erfassten Konstellationen kann das Vermögen so weitgehend vom Rechtsvorgänger zum Rechtsnachfolger verschoben werden, dass ein adäquates Bußgeld ganz oder zum wesentlichen Teil verhindert wird. Die Vorsitzenden der mit Kartellbußgeldverfahren befassten Kartellsenate des OLG Düsseldorf und der Generalstaatsanwalt Düsseldorf, der als Verfolgungsbehörde die Fälle des Bundeskartellamts vor Gericht vertritt, bewerten in einer gemeinsamen Stellungnahme den bisherigen Diskussionsvorschlag daher als unzureichend. Dem schließt sich das Bundeskartellamt an. Eine Regelung zur Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung muss sämtliche Konstellationen der Rechtsnachfolge erfassen. Besonders dringlich ist dies bei konzerninternen Rechtsnachfolgen.

Die Möglichkeit, Bußgelder durch Rechtsnachfolge umgehen zu können, ist den Unternehmen und deren Anwälten spätestens aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bekannt. Dies geht so weit, dass es in Fachkreisen zunehmend als Verpflichtung der Rechtsberater bewertet wird, in die Beratung Möglichkeiten einer Rechtsnachfolge einzubeziehen. Daher ist zu erwarten, dass Rechtsnachfolgen in Zukunft noch häufiger als bisher auftreten werden.

Die Möglichkeiten zur Umgehung eines Bußgelds, die sich im deutschen Recht auch nach der Regelung des Diskussionsentwurfs bieten, bestehen im europäischen Recht nicht. Konzerninterne Vermögensverschiebungen „lohnen“ sich schon deswegen nicht, weil in aller Regel neben der kartellbeteiligten Konzerntochter auch die Konzernmutter gesamtschuldnerisch haftet.

Eine umfassende Regelung der Rechtsnachfolge auch im deutschen Recht ist nach dem europarechtlichen Effektivitätsgebot des Art. 197 AEUV (effet utile) erforderlich. Darauf hat der Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in einem Brief an den Präsidenten des Bundeskartellamts jüngst eindringlich hingewiesen (vgl. Anlage). Ob sich das Erfordernis eines Gleichlaufs auch aus Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ergibt, wird derzeit diskutiert, ist aber bislang noch nicht von einem europäischen Gericht entschieden. Jedenfalls ist es in einem System paralleler Zuständigkeiten kaum nachvollziehbar, warum unterschiedliche Regelungen für Behörden gelten, die grundsätzlich beide für den Fall zuständig sind und den Fall auch noch in einem späten Stadium an die jeweils andere abgeben können.

Für die nicht erfassten Fälle der Rechtsnachfolge ist die im Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz vorgeschlagene Erleichterung eines Arrests nicht ausreichend: Erstens sichert ein Arrest eine bestehende Forderung. Durch eine Vermögensverschiebung kann sich das – u.a. nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestimmte – Bußgeld aber erheblich verringern oder ganz entfallen. Zweitens kann die Kartellbehörde in aller Regel einen Arrest schon deswegen nicht beantragen, weil sie von einer bevorstehenden Vermögensverschiebung nicht erfährt. Und drittens erfasst die im Diskussionsentwurf vorgeschlagene Regelung Vermögensverschiebungen erst nach, nicht aber vor Erlass des Bußgeldbescheids. Angesichts der

Dauer von Kartellbußgeldverfahren von oft einigen Jahren verbleibt einem kartellbeteiligten Unternehmen damit ausreichend Zeit für Vermögensverschiebungen.

Schließlich ist auch eine Regelung zum Verhältnis der Haftung jeweils von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger erforderlich. Hier ist eine der gesamtschuldnerischen Haftung ähnliche Regelung sachgerecht. Bei europäischen Kartellbußen, die auch in Deutschland vollstreckt werden können, besteht eine solche bereits.

Vor diesem Hintergrund ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, dass die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu den Vorschlägen des Bundesrates angekündigt hat, ein Jahr nach dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle die Praxis mit der neuen Vorschrift zu überprüfen und danach zu entscheiden, ob gegebenenfalls gesetzlicher Nachbesserungsbedarf besteht. Aufgrund des akuten Handlungsbedarfs erscheint ein weiteres Abwarten jedoch nicht sachgerecht.

II. Aufsichtspflichten im Konzern

Der europarechtlichen Rechtslage angenähert werden sollte auch die Verantwortlichkeit innerhalb eines Konzerns im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht. Das würde zugleich jedenfalls konzerninterne Rechtsnachfolgen zur Vermeidung oder Verminderung eines Bußgelds unattraktiv machen.

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

Wie bei der Rechtsnachfolge, so ist auch bei der Konzernhaftung der deutsche Gesetzgeber europarechtlich verpflichtet, für Verstöße gegen europäisches Kartellrecht, die auch von deutschen Kartellbehörden sanktioniert werden, effektive Sanktionen vorzusehen. Dies kann nach Auffassung des Bundeskartellamts im Einklang mit dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht dadurch geschehen, dass die Konzernmutter für die Verletzung einer Aufsichtspflicht über die Töchter haftet. Nach Auffassung des

Bundeskartellamts führt die Geltung des europarechtlichen Konzepts des Unternehmens als „wirtschaftlicher Einheit“ dazu, dass die Konzernmutter als Leitung der wirtschaftlichen Einheit Kartellrechtsverstöße ihrer Töchter als weiterer Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit verhindern muss. Durch eine Klarstellung im Gesetz könnte die Rechtssicherheit in diesem Bereich deutlich erhöht werden, ohne dass erst eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden muss. Angesichts der Höhe der im Raume stehenden Bußgelder ist die Klarstellung im Interesse aller Verfahrensbeteiligten geboten.

Neben der europarechtlichen Dimension ist eine kartellrechtliche Konzernhaftung auch ein Gebot der Gerechtigkeit: Anders als Unternehmen, die als einheitlicher Verband strukturiert sind, könnten Konzerne – wie bei dem insoweit vergleichbaren Problem der Rechtsnachfolge – sich der Haftung für Verstöße gegen das Kartellrecht durch die geschickte Wahl der Konzernstruktur entziehen.

III. Akteneinsicht

Bedauerlich ist die Streichung der im Referentenentwurf noch enthaltenen Regelung zur Vertraulichkeit von Aufklärungsbeiträgen. Zumindest hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu den Vorschlägen des Bundesrates angekündigt, bis März 2013 die Spruchpraxis der Gerichte zu Akteneinsichtsansträgen bei Kartellverfahren weiter zu verfolgen und ggf. Maßnahmen zu ergreifen. Aufklärungsbeiträge von Kartellteilnehmern, die im Rahmen der Bonusregelung (Kronzeugenregelung) erfolgen, sollten sich nicht zu deren Lasten im Hinblick auf mögliche Schadensersatzforderungen auswirken.

Die Bonusregelung hat sich seit ihrer Einführung vor gut einem Jahrzehnt als das schlagkräftigste Instrument bei der Verfolgung von besonders schädlichen Hardcore-Kartellen erwiesen. Rund die Hälfte der Fälle des Bundeskartellamts geht auf die Aufdeckung durch Kronzeugen zurück. Die Effektivität der Bonusregelung wird aber beeinträchtigt, wenn die durch ein Kartell Geschädigten nach Einsicht in die notwendigerweise sehr umfassenden Kooperationsbeiträge primär von dem kooperierenden Unternehmen Schadensersatz verlangen. Dies steht wegen der – grundsätzlich begrüßenswerten – Tendenz zur verstärkten zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartell-

rechts zu erwarten. Wenn dadurch grundsätzlich zur Kooperation bereite Unternehmen von einem Bonusantrag abgehalten und dadurch weitere Kartelle nicht aufgedeckt werden, wird bezüglich dieser unentdeckten Kartelle die öffentliche wie auch die private Kartellrechtsdurchsetzung beeinträchtigt. Ziel ist es nicht, das kooperierende Unternehmen von Schadensersatzforderungen der Opfer freizustellen. Es geht lediglich darum, sie im Vergleich zu den nicht-kooperierenden Unternehmen nicht schlechter zu stellen, in dem sie sich mehr als die anderen Kartellanten für Schadensersatzansprüche exponieren.

Darüber hinaus ist eine Einsicht in den Bonusantrag für Kartellgeschädigte auch nicht erforderlich: Eine Einsicht ist nicht nötig, soweit es um den Kartellverstoß als solchen geht, da insoweit der Bußgeldbescheid der Kartellbehörde das Zivilgericht bindet. Außerdem enthalten die für das Bußgeldverfahren erheblichen Unterlagen – wie der Bonusantrag – typischerweise auch keine Informationen, die dem Kartellgeschädigten die Bezifferung seines Schadens deutlich erleichtern würden.

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

IV. Gerichtsverfahren

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

Innerhalb des geltenden Rechtsrahmens fordert das Bundeskartellamt – wie im Referentenentwurf noch vorgesehen – die Einführung eines eigenen Fragerechts der Kartellbehörde im gerichtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren. Dadurch könnte sie noch stärker als bisher ihr Fachwissen und ihre Sachkenntnis im Hinblick auf den konkreten Fall in das gerichtliche Verfahren einbringen. Fraglich bliebe allerdings, ob damit der europarechtlich gebotenen Stärkung der Stellung der Kartellbehörden im Gerichtsverfahren (EuGH vom 7. Dezember 2010, Rs. C 439/08 – VEBIC) schon umfassend nachgekommen würde. Der Europäische Gerichtshof hat eine Regelung belgischen Rechts, die der belgischen Wettbewerbsbehörde keine Befugnis einräumt, sich an einem gerichtlichen Verfahren gegen eine von ihr erlassene Entscheidung als Antragsgegnerin zu beteiligen, als europarechtswidrig bewertet. Dementsprechend erscheint es angezeigt, die Rolle der Kartellbehörde im gerichtlichen Verfahren über ein eigenes Fragerecht hinaus weiter zu stärken, z.B. indem ihr auch ein eigenes Rechtsmittelrecht eingeräumt wird.

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

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

Speziell hinsichtlich der Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu den Vorschlägen des Bundesrates angekündigt, zu prüfen, inwieweit im Hinblick auf das Ziel effektiver Verfahren und bestmöglicher Verfahrensbeschleunigung Änderungsbedarf besteht.

V. Auskunftspflicht

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

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

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

Festsetzung einer der Schuld und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft angemessenen Geldbuße.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erkennt juristischen Personen kein verfassungsunmittelbares Recht auf Freiheit von Selbstbelastung zu. Insoweit könnte die Aussagepflicht weitere Punkte – wie z.B. Informationen zur Aufklärung von Zuständigkeitsverteilungen innerhalb des Unternehmens – einschließen, ohne in den Kern der Selbstbelastungsfreiheit einzugreifen. Nach europäischem Recht ist eine umfassende Tatsachenaufklärung auch des Tatvorwurfs mittels bußgeldbewehrter Auskunftsschreiben möglich. Auch wenn das Bundeskartellamt insoweit keine Angleichung an den europäischen Standard fordert, würden etwas weitergehende Auskunftspflichten der Unternehmen die Kartellverfolgung noch effizienter machen.

G. Verschärfte Aufsicht über leitungsgebundene Versorgung

Das Bundeskartellamt begrüßt die im Regierungsentwurf vorgesehene Verlängerung der verschärften Missbrauchsaufsicht über die leitungsgebundene Strom- und Gasversorgung um weitere fünf Jahre im Rahmen von § 29 GWB. Die ehemaligen und teils weiterhin bestehenden leitungsgebundenen Monopole der Daseinsvorsorge bedürfen auch künftig eines besonderen kartellrechtlichen Aufsichtsregimes. Vor allem die erleichterte Auswahl von Vergleichsunternehmen, die Beweislastumkehr sowie die Möglichkeit zum Sofortvollzug kartellbehördlicher Verfügungen ermöglichten bereits bei den abgeschlossenen Preismissbrauchsverfahren auf den Endkundenmärkten für Gas und Heizstrom einen schnellen Abschluss der Verfahren, die im Ergebnis zu deutlichen Entlastungen auf Seiten der Verbraucher führten. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, dass die verschärfte Missbrauchsaufsicht nicht auf weitere von der Norm bislang nicht erfasste Bereiche – insbesondere der Wasser- und Fernwärmeversorgung – ausgeweitet werden soll. Sowohl bei der Wasserversorgung als auch bei der Fernwärmeversorgung sind die Kunden bei ihren örtlichen Versorgern „gefangen“. Die Kunden können weder ihren Versorger wechseln, noch stehen ihnen im Regelfall Substitutionsmöglichkeiten zur Verfügung.

I. Wasserversorgung

Die Wasserversorgung ist eines der letzten verbliebenen natürlichen Monopole im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung. Die Alleinstellung der Wasserversorger in ihren Versorgungsgebieten eröffnet den Unternehmen Spielräume bei der Entgeltfestsetzung, die nicht vom Wettbewerb kontrolliert werden. Die Kunden sind bei ihrem örtlichen Versorger „gefangen“. Deshalb ist eine effektive und stringente Aufsicht durch die Kartellbehörden notwendig, um die Verbraucher vor Missbräuchen zu schützen. Eine Entgeltüberprüfung durch die Kartellbehörden in begründeten Einzelfällen ist einer flächendeckenden Regulierung der Wasserentgelte vorzuziehen, da sie insbesondere zu einem deutlich geringeren bürokratischen Aufwand für Branche und staatliche Aufsicht führt.

Die vorgesehene Integration der bislang für die Wasserwirtschaft geltenden kartellrechtlichen Übergangsregelungen des § 103 GWB a.F. (GWB 1990) in §§ 31 – 31b GWB-E trägt der Forderung nach einer effektiven und zugleich einheitlichen Maßstäben unterliegenden Aufsicht über die Wasserwirtschaft nur zum Teil Rechnung. § 31 Abs. 4 GWB-E bezieht sich ebenso wie die Vorgängerregelung – jedenfalls soweit man die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugrunde legt – nicht auf Wasserversorger, die ihre Kunden auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen bei Bestehen eines Anschluss- und Benutzungszwangs beliefern. Der Regierungsentwurf stellt unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings zumindest klar, dass Gebühren erhebbende Wasserversorger zu Vergleichszwecken in die kartellrechtliche Prüfung einbezogen werden können. Außerdem ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Niederbarnim offen, ob – wenigstens jenseits von Fällen mit Anschluss- und Benutzungszwang – eine Überprüfung von Wassergebühren mit dem kartellrechtlichen Instrumentarium möglich ist. Jedenfalls hat eine Überprüfung von Gebühren allein nach kommunalabgabenrechtlichen Maßstäben immer zur Folge, dass Kunden bei Versorgern mit öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehung anders als Kunden bei Versorgern mit privatrechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen nicht von kartellbehördlicher Missbrauchsaufsicht profitieren könnten.

Die fortgesetzte Zweiteilung der Aufsicht schafft – wie bereits verschiedene Einzelfälle belegen – Anreize bei den Unternehmen, sich durch eine „Flucht ins Gebührenrecht“ der strikteren kartellrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Das kommunalabgabenrechtliche Aufsichtsregime weist gegenüber der kartellrechtlichen Aufsicht, wie sie insbesondere in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Rechtsache Wasserpreise Wetzlar ihre Ausprägung gefunden hat, eine deutlich zurückgenommene Kontrolldichte auf. Anders als die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht, die an der effizienten Leistungsbereitstellung ansetzt, erfolgt die kommunalrechtliche Gebührenkontrolle im Wesentlichen durch die Gegenüberstellung der Gebührenhöhe mit den von den Versorgern geltend gemachten Kosten der Wasserversorgung. Wirtschaftlichkeitsaspekte bleiben dabei weitgehend unbeachtet. Das Kommunalabgabenrecht ist daher nur sehr eingeschränkt geeignet, zu verhindern, dass sich monopolbedingte Ineffizienzen zu Lasten der Endverbraucher auswirken. Demgegenüber ist die kartellrechtliche Prüfung geprägt durch eine Darlegungs- und Beweislastumkehr, welche es den zuständigen Behörden ebenso wie Bürgern und Gerichten erleichtert zu prüfen, ob gegenüber Vergleichsunternehmen erhöhte Wasserpreise sachlich gerechtfertigt sind. Dabei umfasst die kartellrechtliche Prüfung sowohl eine Kosten- als auch eine wirksame Effizienzkontrolle. Denn den Wasserversorgungsunternehmen obliegt nicht nur die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ihnen die der Preisberechnung zugrunde liegenden Kosten tatsächlich entstanden sind. Darüber hinaus können selbst berücksichtigungsfähige Kostenpositionen nur dann eine höhere Gebühr rechtfertigen, wenn das betroffene Unternehmen nachweist, dass es seine Rationalisierungsreserven ausgeschöpft hat.

Vor diesem Hintergrund spricht sich das Bundeskartellamt weiterhin dafür aus, alle Wasserversorger unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zu unterstellen. Hierdurch würden alle Kunden von dem höheren Schutzniveau der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht profitieren. Zudem wäre mit der Auslegung durch den Bundesgerichtshof ein bundesweit einheitlicher Kontrollmaßstab gewährleistet. Gegenüber einer – in Fachkreisen ebenfalls diskutierten – Regulierung der Wasserpreise hätte diese Lösung zudem den Vorteil, dass den Kommunen ein gewisser Gestaltungspielraum erhalten und damit der Kernbestand der kommunalen Eigenverantwortung (Art. 28 Abs. 2

GG) gewahrt bliebe. Im Vergleich mit einer flächendeckenden Regulierung bedeutete die am Einzelfall ansetzende Missbrauchsaufsicht schließlich einen deutlich niedrigeren bürokratischen Aufwand.

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

Im Übrigen sollte für alle Missbrauchsverfügungen gegenüber Wasserversorgern – unabhängig, ob auf § 19 GWB oder auf eine besondere Missbrauchsnorm gestützt – im Grundsatz die sofortige Vollziehbarkeit gelten. Für die in § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E vorgesehene Privilegierung der Wasserwirtschaft im Hinblick auf Missbrauchsverfügungen nach § 31b Abs. 3 GWB-E ist eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar.

II. Fernwärmeversorgung

Die Fernwärmeversorgung weist ähnliche monopolistische Strukturen auf wie die Wasserversorgung. Regelmäßig können Fernwärmekunden weder ihren Versorger noch das Heizsystem wechseln. Fernwärmeversorger verfügen über vom Wettbewerb unkontrollierte Verhaltensspielräume und sollten daher einer strikten kartellrechtlichen Kontrolle unterzogen werden.

Das Bundeskartellamt bedauert, dass der Bereich der Fernwärmeversorgung auch künftig nicht der verschärften Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB unterliegen soll. Begrüßt wird allerdings, dass die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu den Vorschlägen des Bundesrates zumindest angekündigt hat, noch im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Einführung eines speziellen Missbrauchsbeispiels für eine Prüfung auf Kostenbasis zu prüfen. Wie für den Bereich der Wasserwirtschaft sollte dies auch für den Bereich der Fernwärme klarstellen, dass eine Missbrauchsprüfung nicht nur auf Basis eines Preisvergleichs möglich ist. Fernwärmeversorger sind innerhalb

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

H. Änderungen im Bereich der allgemeinen Missbrauchsaufsicht

Das Bundeskartellamt bewertet die meisten Änderungen der §§ 18, 19 und 20 GWB als sachgerecht.

- Ein Anknüpfungspunkt für Missbrauchsaufsicht soll in Deutschland weiterhin eine marktstarke Stellung sein. Dieser Anknüpfungspunkt ist gerade für die private Durchsetzung des Kartellrechts von großer Bedeutung. Für Private ist es besonders schwierig, eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen. Missbrauchsaufsicht auch anknüpfend an eine marktstarke Stellung zuzulassen, ist ein international beachtetes Konzept.
- Der Regierungsentwurf beschränkt den Schutzbereich des derzeitigen § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB wieder auf kleine und mittlere Unternehmen. Große Unternehmen dürften typischerweise trotz etwaiger Abhängigkeiten eher in der Lage sein, ungerechtfertigte Forderungen abzuwehren. Die Ausdehnung des Schutzbereichs im Rahmen der Preismissbrauchsnovelle hat auch nicht zu ei-

ner wesentlichen Reduzierung des Ermittlungsaufwands geführt. Bereits der Aufwand für den Nachweis einer Abhängigkeit ist erheblich. Sehr erfreulich ist die vorgesehene Klarstellung in der Begründung zum derzeitigen § 20 Abs. 3 GWB (§ 20 Abs. 2 GWB-E), wonach für die Feststellung der Schutzbedürftigkeit neben der horizontalen auch die vertikale Position eines Unternehmens zu berücksichtigen ist. Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich aus einem Mangel an Verhandlungsmacht. Der Vergleich der Position eines Unternehmens mit der seiner Wettbewerber lässt darauf nicht in jedem Fall hinreichende Rückschlüsse zu. Wichtig ist dafür vielmehr auch die Betrachtung der Position eines Unternehmens im Verhältnis zu seinem Vertragspartner.

- Das ebenfalls mit der Preismissbrauchsnovelle eingeführte Verbot, Lebensmittel auch nur gelegentlich unter Einstandspreis verkaufen zu dürfen, soll entgegen dem Referentenentwurf verlängert werden. Das Bundeskartellamt sieht keinen Bedarf für die Ausdehnung des Erprobungszeitraums um weitere fünf Jahre: Durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs zur Berücksichtigung von Werbekostenzuschüssen bei der Berechnung des Einstandspreises ist es in vielen Konstellationen kaum noch möglich, etwaige Verstöße festzustellen. Dieses Problem ließe sich nur durch eine legislative Klarstellung zum Einstandspreis verbessern, nachdem die Definition des Einstandspreises durch das Bundeskartellamt (Bekanntmachung Nr. 124/2003) durch die Gerichte in Teilen verworfen wurde.

Hiervon abgesehen ist die beabsichtigte Verlängerung der Verschärfung des Verbots von Untereinstandspreisen ordnungspolitisch problematisch. Es stellt einen ganz erheblichen Eingriff in die Preissetzungsfreiheit dar. Eine behindernde Wirkung auf kleine und mittlere Wettbewerber bereits beim einmaligen Verkauf eines Produktes unter Einstandspreis ist in aller Regel nicht zu erwarten. Vielmehr können gelegentliche Untereinstandspreise eines Unternehmens im Rahmen einer Mischkalkulation bei Verkauf eines Warenbündels auf kurzfristigen Umsatz- und Gewinnzuwachs zielen. Sie können damit zu Erhalt und Verstärkung von Wettbewerb beitragen. Ein intensiver Preiswettbewerb kommt Endverbrauchern in aller Regel in Form günstigerer Endverkaufspreise

zugute. Zudem hindert das Verbot große Unternehmen nicht abschließend an Verdrängungsstrategien. Es ist ihnen regelmäßig möglich, zu deutlich besseren Konditionen einzukaufen als kleine oder mittlere Unternehmen und daher auch zu deutlich niedrigeren Preisen zu verkaufen, ohne dass diese Preise unter den Einstandspreisen liegen müssen.

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

I. Stärkung von Verbraucherverbänden

Der Regierungsentwurf weist den Verbraucherverbänden eine wichtige komplementäre Rolle bei der Durchsetzung des Kartellrechts zu. Dies ist förderlich im Sinne eines effektiven Wettbewerbsschutzes. Bei der Ausgestaltung ist aber darauf zu achten, dass das kartellrechtliche Durchsetzungsinstrumentarium nicht zur Verfolgung von Finanzierungsinteressen zweckentfremdet wird.

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

Weitergehende Forderungen nach einer Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände zur Vorteilsabschöpfung im Interesse ihrer eigenen Finanzierung lehnt das Bundeskartellamt dagegen ab. Die von den Verbraucherverbänden vertretenen Interessen stimmen nicht notwendigerweise mit den Interessen der tatsächlich Geschädigten überein. Auch sind Verbraucherverbände nicht in gleichem Maße wie die staatlichen Verfolgungsorgane dem allgemeinen öffentlichen Interesse verpflichtet. Sie sind bei der Abschöpfung des Mehrerlöses insbesondere nicht an Zusagen im Rahmen der Bonusregelung gebunden und brauchen auf deren Funktionsfähigkeit keine Rücksicht zu nehmen. Es ist auch nicht ersichtlich, mit welcher Legitimation der Kartellmehrerlös (der im Einzelfall Größenordnungen von jeweils mehreren hundert Millionen Euro erreichen kann) zur Finanzierung von Verbandsinteressen verwandt werden soll. Scheidet eine Rückerstattung an die tatsächlich Geschädigten – etwa aufgrund deren Anonymität – aus, ist es nach wie vor sachgerecht, den Kartellmehrerlös dem Bundeshaushalt – und damit der Allgemeinheit – zugute kommen zu lassen. Die finanzielle Förderung von Verbraucherverbänden sollte wie bisher in dem politisch verantworteten Umfang aus dem Bundeshaushalt erfolgen, in den die Bußgelder fließen. Bei einer flächendeckenden Mehrerlösabschöpfung im Eigeninteresse des Verbandes, von der letztlich auch der Bonusantragsteller nicht ausgeschlossen wäre, drohte eine erhebliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Bonusregelung zulasten der Effektivität der Kartellverfolgung insgesamt.

Entsprechende Ressourcen beim Bundeskartellamt vorausgesetzt dürfte die Abschöpfung der durch ein Kartell erlangten Vorteile auch effizienter durch die Kartell-

behörde als durch Verbraucherverbände sein, verfügt diese doch über weitreichende Möglichkeiten zur Ermittlung und über langjährige Erfahrung.

Insgesamt erachtet das Bundeskartellamt die im Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle vorgesehene Erweiterung der Klagemöglichkeiten von Verbraucherverbänden für ausgewogen.

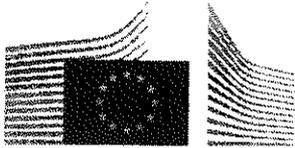
J. Weitere Änderungen

Das Bundeskartellamt begrüßt die vorgesehenen Klarstellungen in § 32 Abs. 2 und Abs. 2a GWB-E.

- In der Vergangenheit ist angezweifelt worden, dass nach § 32 Abs. 2 GWB auch strukturelle Maßnahmen – wenn notwendig bis hin zu einer Entflechtung im Falle eines Verstoßes – angeordnet werden können. Dies ist in der deutschen Rechtsprechung inzwischen geklärt (vgl. „Langfristige Gaslieferverträge“ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V); „Xella“ BGH, Beschluss vom 4. März 2008, Az. KVZ-55/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, Az. VI-Kart 14/06 (V)). Durch die vorgesehene Klarstellung in § 32 Abs. 2 werden verbleibende Restzweifel ausgeräumt. Es dürfte Einigkeit darüber herrschen, dass die deutsche Rechtsprechung zu § 32 Abs. 2 GWB auch auf die neue, an die Formulierung in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 angegliche Fassung anwendbar bleibt, so dass dies in der Begründung nicht noch einmal ausdrücklich klargestellt werden musste.
- Außerdem ist in der Vergangenheit angezweifelt worden, dass nach § 32 Abs. 2 GWB auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile angeordnet werden kann. Zwar hat sich der Bundesgerichtshof für eine Möglichkeit der Rückerstattung ausgesprochen – bislang allerdings nur in einem obiter dictum. Durch die vorgesehene Klarstellung in § 32 Abs. 2a GWB-E werden diesbezügliche Zweifel ausgeräumt. Die vorgesehenen Schätzmöglichkeiten hinsichtlich der Zinsvorteile ist sachgerecht. Da im Rahmen der Novelle die sofortige Vollziehbarkeit von Rückerstattungsanordnungen im Grundsatz entfällt, wird außerdem im Gegenzug eine pauschale Verzinsung der erwirtschafteten Vor-

teile für die Zeit nach Ablauf der für die Rückerstattung bestimmten Frist vorgesehen.

Das Bundeskartellamt begrüßt die Verbesserung im Bereich der Informationsbeschaffung in Verwaltungsverfahren, wie sie die Änderung in § 59 Abs. 1 GWB darstellt. Mit dieser Änderung kann eine effizientere und im Ergebnis für die Unternehmen auch weniger belastende Informationsbeschaffung gewährleistet werden.



EUROPÄISCHE KOMMISSION

GD Wettbewerb

Generaldirektor

Anlage

ZU

Bundeskartellamt
Stellungnahme
8. GWB-Novelle

Brüssel, den 18/06/2012

DG COMP/CV/a/ (2012) 064 709

An den
Herrn Präsidenten des Bundeskartellamtes
Kaiser-Friedrich-Str. 16
D-53113 Bonn

Sehr geehrter Herr Präsident,

Mit Interesse verfolge ich die zurzeit in Deutschland geführte Debatte über die Frage der Haftungsnachfolge in Kartellbußgeldsachen, die sowohl eine Reihe von vor deutschen Gerichten anhängigen Bußgeldverfahren, als auch eine mögliche Änderung der gesetzlichen Grundlagen betrifft. Wie Sie wissen hat diese Debatte einen europarechtlichen Hintergrund. Sie ist von großer Relevanz, denn sie betrifft zahlreiche Fälle der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln durch das Bundeskartellamt und auch die Zusammenarbeit im europäischen Netzwerk der Wettbewerbsbehörden (ECN).

Ich unterstütze deshalb nachdrücklich, dass Sie sich für eine umfassende gesetzliche Regelung einsetzen, die eine effektive und hinreichend abschreckende Sanktionierung von Unternehmen in einem Umfang ermöglicht, der demjenigen des EU-Rechts nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte entspricht und die die Anforderungen des EU-Rechts erfüllt. In diesem Zusammenhang bitte ich Sie, die nachfolgenden Erwägungen aus Sicht der Kommission in die Debatte einzubringen.

Die Artikel 101 und 102 AEUV, deren Durchsetzung das Bundeskartellamt in vielen Fällen im Rahmen des ECN übernimmt, verpflichten "Unternehmen". Der Unternehmensbegriff ist als ein Begriff des Unionsrechts einheitlich auszulegen, wobei die Rechtsprechung der Unionsgerichte maßgeblich ist. Ein Unternehmen im Sinne des EU-Rechts umfasst nicht nur die jeweilige konkrete juristische Person; abgestellt wird vielmehr auf die wirtschaftliche Einheit, die am Markt auftritt, unabhängig von der Rechtsform; häufig bilden daher mehrere juristische Personen eine wirtschaftliche Einheit. Im Rahmen der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ist allein das Unternehmen Zurechnungsobjekt für die Haftung, was auch für die Frage der Nachfolgehafung bei Veränderungen des Unternehmens während oder nach Ende der Zuwiderhandlung relevant ist.

Die vorgenannten Artikel sind unmittelbar anwendbar. Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind für die Anwendung dieser Vorschriften sachlich zuständig (Artikel 5 VO 1/2003). Auch wenn sich die konkrete Ausgestaltung der Sanktionen, die die nationalen Wettbewerbsbehörden bei Verletzung dieser Vorschriften verhängen können, aus dem jeweiligen nationalen Recht ergibt, so fordert doch das Prinzip der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln, dass dieses nationale Recht wirksame und hinreichend abschreckende Sanktionen für Rechtsverstöße bereithalten muss. Da – wie vorangehend erwähnt – der Begriff des "Unternehmens" ein unionsrechtlich einheitlicher Begriff ist, wird eine nationale Rechtsordnung dieser Anforderung nur dann gerecht, wenn sie auch bei Veränderungen der wirtschaftlichen Einheit eine hinreichend effektive Bebußung des Unternehmens erlaubt, das nach den direkt anwendbaren Artikeln 101 und 102 AEUV materiellrechtlich verpflichtet ist. Solche Veränderungen sind gerade bei langwierigen Zuwiderhandlungen sowie angesichts der Länge von Ermittlungsverfahren nicht untypisch, weshalb die Unionsgerichte ausgehend vom Unternehmensbegriff Regeln für die Nachfolgehaftung entwickelt haben. Entsprechend dem Grundansatz des Unionsrechts ist also auch hier der Ausgangspunkt die wirtschaftliche Einheit, mit der Folge, dass es für die Frage des Haftungsübergangs auf die wirtschaftliche Nachfolge in den kartellbefangenen Geschäftsbereich ankommt. Die Rechtsnachfolge juristischer Personen bildet hierzu lediglich einen von mehreren Unterfällen. Mit dieser Rechtsprechung ist etwa eine nationale Regel nicht zu vereinbaren, die es erlaubt, sich durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen nach dem Rechtsverstoß der Geldbuße zu entziehen.

Das deutsche Recht setzt bei der Sanktionierung von Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht bei dem unmittelbar Handelnden als natürlicher Person (z.B. Vorstand, Leitungsbefugter) sowie der juristischen Person an, für die der unmittelbar Handelnde tätig wird. Damit wählt das deutsche Recht einen Ansatz, der sich von den Sanktionsmöglichkeiten der Kommission nach EU-Recht wesentlich unterscheidet. Durch Urteile des Bundesgerichtshofs vom letzten Jahr ist zudem deutlich geworden, dass die derzeitige Gesetzeslage wesentliche Sanktionslücken lässt und dass sich Unternehmen, die gegen die Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts verstoßen haben, durch Umstrukturierung praktisch der Haftung entziehen können.

Ich begrüße es, dass die Problematik dieser Sanktionslücken nunmehr Gegenstand der Debatte über eine Reform der Vollzugsgrundlagen geworden ist. Die Stellungnahmen des Bundesrates zum Gesetzgebungsentwurf der Bundesregierung für eine 8. GWB-Novelle gehen ebenso wie das Gutachten der Monopolkommission zu diesem Reformvorhaben auf dieses wichtige Thema ein. Meinem Verständnis nach behalten allerdings die bisher vorliegenden Entwürfe für eine Gesetzesänderung den oben beschriebenen Ansatz bei, die jeweilige juristische Person – und nicht das "Unternehmen" im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV – zum Ausgangspunkt der Sanktion des Bundeskartellamts zu machen. Der europarechtliche Ansatz spiegelt sich allerdings nach der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers in § 81 Absatz 4 GWB wieder, der für die *Höhe* eines Bußgeldes ausdrücklich auf die wirtschaftliche Einheit des Unternehmens abstellt. Nach seinem Wortlaut scheint zudem auch der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 81 Absatz 1 GWB selbst – indem er auf

denjenigen abstellt, der den Artikeln 101 bzw. 102 AEUV zuwiderhandelt – an den Unternehmensbegriff anzuknüpfen, da "Täter" dieser Normen allein das Unternehmen sein kann.

Eine gesetzliche Regelung, die den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, sich durch (gezielte) Umstrukturierung der Sanktionierung zu entziehen – und sei es durch unternehmensinterne Übertragungen von kartellbefangenen Geschäftsbereichen im Wege sog. "asset-deals" – und die eine echte Unternehmensverantwortung nicht sicherstellt, bleibt hinter den europarechtlichen Anforderungen zurück.

Angesichts der sehr hohen Bedeutung, die die Wettbewerbsregeln für den Binnenmarkt und für eine innovative Wirtschaft insgesamt haben, ist dies unbefriedigend und kann nicht hingenommen werden: Die Frage der wirksamen Sanktionierung von Verstößen gegen die Artikel 101 und 102 AEUV hat wesentliche Bedeutung für die Anwendung dieser Vorschriften in Deutschland und für die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im ECN. Können sich Unternehmen, die gegen diese Regeln verstoßen haben, durch Umstrukturierungen der Sanktionierung entziehen, so ist zu befürchten, dass die Abschreckung erheblich leidet. Dies hat erhebliche nachteilige Folgen, da es Wettbewerbsverstöße Unternehmen regelmäßig erlauben, eine bedeutende Kartellrendite zu erreichen und sie regelmäßig zu signifikanten volkswirtschaftlichen Schäden führen.

Ich bedanke mich sehr herzlich für Ihr Engagement in dieser Sache. Sollten Sie dies wünschen, ist die Kommission gerne bereit, weitere Erläuterungen aus der Sicht ihrer kartellrechtlichen Praxis zu geben.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, consisting of a horizontal line with a curved stroke crossing it from above and extending downwards.

Alexander Italianer