

Deutscher Bundestag Ausschussdrucksache 17(9)848  
17. Wahlperiode 19. Juni 2012  
Ausschuss für Wirtschaft  
und Technologie



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

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

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

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

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

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

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

## Zusammenfassung:

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

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

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

## **A. Einleitung**

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

## **B. Einzelheiten**

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

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

### **II. Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile, §§ 32 Abs. 2a, 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E**

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

Es wird begrüßt, dass Beschwerden gegen derartige Verfügungen gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E ausdrücklich aufschiebende Wirkung beigelegt wird. Im Falle einer sofortigen Vollziehbarkeit bestünde für die betroffenen Unternehmen bei einem späteren Obsiegen sonst die Gefahr, die rückerstatteten Vorteile von den Empfängern nicht zurückzuerhalten. Diesem Problem kann auch nicht dadurch begegnet werden, dass Unternehmen – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – die Rückerstattung unter Vorbehalt stellen. Denn auch in diesem Fall erscheint eine erfolgreiche Rückabwicklung bei der Vielzahl von Betroffenen nicht gesichert. Im Übrigen bleibt es der Kartellbehörde unbenommen, im Einzelfall die sofortige Vollziehbarkeit nach § 65 Abs. 1 GWB anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse der Beteiligten geboten ist.

Hingegen steht der GDV der in § 32 Abs. 2a Satz 2 GWB-E vorgesehenen Möglichkeit der Schätzung der in den erwirtschafteten Vorteilen enthaltenen Zinsvorteile skeptisch gegenüber. Es sind keine Gründe ersichtlich, die eine Schätzung rechtfertigen könnten. Die von der Bundesregierung dargelegte Begründung – es müssten sonst wesentliche Ermittlungsres-

sourcen für die sachlich nachrangige Frage der Zinshöhe aufgewendet werden – überzeugt jedenfalls nicht. Die Frage der Aufklärung eines Sachverhalts darf nicht von der Höhe der einzusetzenden staatlichen Ermittlungsressourcen abhängig gemacht werden. Vielmehr muss stets (und damit auch bezüglich der erwirtschafteten Zinsvorteile) eine umfassende Aufklärung erfolgen.

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

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

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

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

Unabhängig davon steht der GDV der beabsichtigten Erweiterung der Klagebefugnis in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E jedoch skeptisch gegenüber. Handlungsbedarf in der Praxis besteht für die geplante Änderung nicht. Hierzu wird auf den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 25.05.2011 zur Konsultation der EU-Kommission zum kollektiven Rechts-

schutz hingewiesen (Drucksache 17/5956). Der Deutsche Bundestag hat festgestellt, dass bei der Durchsetzung materieller Rechte keine Defizite bestehen. Diese Feststellung bezog sich auch auf das Kartellrecht. Ein praktisches Bedürfnis für die Erweiterung des § 33 Abs. 2 GWB-E besteht damit nicht. Alleine wegen der derzeit laufenden Diskussion auf europäischer Ebene sollte das GWB aber nicht geändert werden.

Vor dem Hintergrund der Stellungnahme des Bundesrates vom 11.05.2012 ist darüber hinaus noch auf folgende Punkte hinzuweisen:

**a) Abführung der wirtschaftlichen Vorteile an den Bundeshaushalt, § 34 a Abs. 1 GWB**

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Abführung der abgeschöpften Vorteile an ein Sondervermögen des Bundes zur Finanzierung der Verbraucherarbeit ist abzulehnen. Die Bundesregierung greift diese Forderung zu Recht nicht auf. Eine Separierung von Einnahmen in einem Sondervermögen ist bereits mit dem Grundsatz der Gesamtdeckung nach § 8 Bundeshaushaltsordnung unvereinbar. Zudem würde das Sondervermögen insbesondere den Landesverbraucherverbänden zu Gute kommen, deren Finanzierung grundsätzlich Ländersache ist.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Vorteilsabschöpfung – anders als der individuelle Schadenersatz – im Allgemeininteresse erfolgt. Dem Allgemeininteresse wird aber gerade durch die Auskehrung an den Bundeshaushalt Rechnung getragen. Hierdurch wird sichergestellt, dass die Vorteile nicht nur bestimmten Interessengruppen zu Gute kommen.

Bei einer Gesetzesänderung ist ferner darauf zu achten, dass die Effektivität der Kronzeugenprogramme nicht beeinträchtigt wird. Ein erhöhtes Risiko von Schadenersatzklagen kann die Attraktivität von Kronzeugenregelungen mindern. Dies würde sich sehr nachteilig auf die Arbeit der Kartellbehörden auswirken. Aus diesem Grund sollten Fehlanreize zur Geltendmachung von Verbandsklagen soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Auch dies erfordert zumindest, dass der wirtschaftliche Vorteil nicht über ein Sondervermögen den Verbänden zufließt, sondern an den Bundeshaushalt abgeführt wird.

**b) Verschuldenserfordernis bei der Vorteilsabschöpfung, §§ 34 und 34 a GWB**

Es wird zudem begrüßt, dass die Bundesregierung im Rahmen der Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 1 sowie § 34 a Abs. 1 GWB weiterhin am Verschuldenserfordernis festhält. Im Falle einer Abkehr vom Verschuldenserfordernis käme es im Rahmen des bestehenden wettbewerbsrechtlichen Sanktionssystems andernfalls zu Wertungswidersprüchen. Denn § 10 UWG sieht eine Abschöpfung erlangter Vorteile ebenfalls nur bei schuldhaftem Handeln vor. Im Übrigen dürften Vorteilsabschöpfungen in der Praxis nach Einschätzung der Bundesregierung regelmäßig nicht am Verschuldenserfordernis scheitern.

**c) Weitere Voraussetzungen der Vorteilsabschöpfung nach § 34 a GWB**

Der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung nach § 34 a Abs. 1 GWB setzt bisher voraus, dass der Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern erlangt worden ist. Anders als der Bundesrat hält die Bundesregierung diese Tatbestandsvoraussetzung zu Recht weiterhin für erforderlich. Wie oben dargelegt, besteht schon grundsätzlich kein Bedürfnis für eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände. In jedem Fall sollte diese Vorteilsabschöpfung aber auf die Fälle beschränkt werden, bei denen eine nicht individualisierbare größere Anzahl von Geschädigten vorhanden ist (Streuschäden mit Breitenwirkung). Für Individualschäden ist dagegen in erster Linie der Schadenersatzanspruch des § 33 Abs. 3 GWB vorgesehen.

Ebenso ist die vom Bundesrat vorgesehene Berechtigung der klagenden Verbände, die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils zu schätzen, abzulehnen. Anders als das Bundeskartellamt verfügen die Verbraucherverbände nicht über die erforderlichen Informationen und Möglichkeiten zur Ermittlung der erwirtschafteten Vorteile.

**IV. Fusionskontrolle**

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

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

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

#### **a) Aufgabe der Marktbeherrschungsvermutungen**

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

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

Das von der Bundesregierung beabsichtigte „level playing field“ setzt zudem eine Angleichung der Zusammenschlusstatbestände voraus. Im EU-Recht gibt es neben der Fusion nur den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs. In Deutschland bestehen dagegen noch weitere Zusammenschlusstatbestände. Dies ist insbesondere der Tatbestand des An-

teilerwerbs von 25 % (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) und der des „Erwerbs eines erheblichen Einflusses“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Diese Tatbestände sollten ersatzlos gestrichen werden, um das Ziel einer Angleichung von nationalem und europäischem Recht zu erreichen. Hinzu kommt, dass insbesondere § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden ist. Gründe hierfür sind die Unbestimmtheit der Regelung und die gleichzeitig weite Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung und das Bundeskartellamt. Es reicht auch nicht aus, dass sich die Regelung laut Gesetzesbegründung in der Energiewirtschaft bewährt haben soll. Selbst wenn diese Aussage zutreffend sein sollte, was der GDV nicht beurteilen kann: Der Bedarf in einem einzigen Wirtschaftsbe- reich kann keine sektorübergreifende Regelung rechtfertigen.

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

Der neu eingefügte § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E soll klarstellen, dass die Kartellbehörde die Form vorgeben kann, in der ihr gegenüber Auskunftsersuchen zu erfüllen sind. Insbesondere soll die Kartellbehörde auch verlangen können, dass die Informationen über eine Internetplatt- form eingereicht werden. Die Versicherungswirtschaft hat hiergegen Be- denken, soweit keine Maßnahmen zur Gewährung der Vertraulichkeit der Informationsübermittlung seitens der Kartellbehörde getroffen werden. Es besteht ansonsten die Gefahr der Verletzung von Unternehmensgeheim- nissen. Die Abwicklung von Auskunftsersuchen über IT-Plattformen sollte daher davon abhängig gemacht werden, dass die Kartellbehörde notwen- dige technische Maßnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit der Informationsmitteilung ergreift. Dies sollte als Voraussetzung in § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E aufgenommen werden.

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

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



## **VII. Zuweisung eines festen Anteils der vereinnahmten Geldbußen an ein Sondervermögen zur Finanzierung von Verbraucherarbeit**

Der GDV begrüßt ausdrücklich, dass die Bundesregierung die Forderung der Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes zur Finanzierung von Verbraucherarbeit ablehnt. Die Bundesregierung weist insbesondere den Vorschlag des Bundesrates, 20 % der Bußgeld-einnahmen für die Verbraucherarbeit „zu reservieren“, zu Recht zurück. Eine derartige finanzielle Förderung der Verbraucherverbände ist bereits aufgrund der unter III. a) genannten Gründe abzulehnen. Ferner steht der Aufspaltung von Bußgeldern das in Art. 110 des Grundgesetzes und in § 11 der Bundeshaushaltsordnung geregelte Prinzip der Einheit und Vollständigkeit des Haushalts sowie der in § 7 des Haushaltsgrundsätzege-setz normierte Grundsatz der Gesamtdeckung entgegen. Gründe, die ausnahmsweise eine Abweichung von diesen Grundsätzen rechtfertigen, sind vorliegend nicht ersichtlich. § 34 a Abs. 4 Satz 2 sieht bereits nach aktueller Rechtslage bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen die Mög-lichkeit der Erstattung von Aufwendungen für Prozesskosten vor. Darüber hinausgehende Aufwendungen sind von den Verbänden selbst zu tragen. Eine Finanzierung der Verbraucherarbeit ohne das Korrektiv des Prozess-kostenrisikos würde zudem eine missbräuchliche Handhabe begünstigen. Die Bundesregierung weist zudem zutreffend darauf hin, dass die Bußgel-der vielfach aus Verfahren stammen, die den Verbraucher nicht unmittel-bar betreffen.

Berlin, den 12.06.2012