

Gegenäußerung der Bundesregierung

**zur Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Mai 2012
zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)
(BR-Drucksache 176/12 (Beschluss))**

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen des Bundesrates wie folgt Stellung:

1. Zum Gesetzentwurf allgemein

a) Zur bußgeldrechtlichen Haftung der Gesamtrechtsnachfolger

Die Bundesregierung wird zur Schließung der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs offensichtlich gewordenen gesetzlichen Lücke im Bereich der Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens einen Vorschlag unterbreiten. Das für das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) zuständige Bundesministerium der Justiz hat einen Diskussionsentwurf erarbeitet und Ende April zur Anhörung an die Länder und die betroffenen Kreise versandt. Zur Vermeidung von Vermögensverschiebungen außerhalb einer Gesamtrechtsnachfolge sieht der Diskussionsentwurf die frühzeitigere Verhängung des dinglichen Arrests vor; einen darüber hinausgehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf für den Bereich der Einzelrechtsnachfolge sieht die Bundesregierung vor dem Hintergrund der behördlichen und gerichtlichen Praxis derzeit hingegen nicht. Nach Abschluss der Anhörung soll der Entwurf dem Deutschen Bundestag im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Formulierungshilfe zur Verfügung gestellt werden. Die Bundesregierung wird ein Jahr nach dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle die Praxis mit der neuen Vorschrift überprüfen und danach entscheiden, ob gegebenenfalls gesetzlicher Nachbesserungsbedarf besteht.

b) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist klarzustellen, dass Konzernobergesellschaften kartellrechtlich zur Aufsicht über die Konzernunternehmen verpflichtet sind.

Die Bundesregierung lehnt die Forderung, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen klarzustellen, dass die jeweiligen Konzernobergesellschaften kartellrechtlich zur

Aufsicht über die Konzernunternehmen verpflichtet sind, ab. Die Bundesregierung erachtet die bestehenden Regelungen im OWiG als sachgerecht. Nach Auffassung der Bundesregierung reicht der bestehende Rechtsrahmen aus, um Aufsichtspflichtverletzungen im Konzern zu erfassen und gegebenenfalls zu ahnden. Der Bundesregierung sind aus der Praxis der Kartellbehörden bislang keine Fälle bekannt geworden, in denen die Verletzung einer Aufsichtspflicht eines Konzerns bei einem Kartellrechtsverstoß eines Tochterunternehmens nicht angemessen sanktioniert werden konnte.

c) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist der Umfang der Akteneinsicht in Bonusanträge (Kronzeugenanträge) klarzustellen.

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Umfang der Akteneinsicht in Bonusanträge (Kronzeugenanträge) klarzustellen, nicht anzuschließen. Die Bundesregierung teilt zwar die Einschätzung des Bundesrates, dass die Kronzeugenregelung (Bonusregelung) in Deutschland eine sehr wichtige Funktion bei der Kartellverfolgung spielt. Das Amtsgericht Bonn hat in seiner Entscheidung vom 18. Januar 2012 in der Rechtssache „Pfleiderer“ (Az. 51 Gs 53/09) das Akteneinsichtsrecht in Kronzeugenanträge bereits auf der Grundlage des geltenden § 406e der Strafprozessordnung sehr weitgehend eingeschränkt. Aus Sicht der Bundesregierung kann die Kronzeugenregelung ihre Funktion deshalb auch ohne gesetzgeberisches Handeln weiterhin erfüllen. Die Bundesregierung wird aber ungeachtet dessen bis zum März 2013 die Spruchpraxis der Gerichte zu Akteneinsichtsanträgen bei Kartellverfahren weiter verfolgen. Sollte sich aus den dabei gewonnenen Erfahrungen gesetzlicher Handlungsbedarf ergeben, wird die Bundesregierung die entsprechenden Maßnahmen ergreifen.

d) Die Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten in gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sollte durch geeignete gesetzliche Maßnahmen erleichtert werden.

Die Bundesregierung wird prüfen, inwieweit im Hinblick auf das Ziel effektiver Verfahren und bestmöglicher Verfahrensbeschleunigung Änderungsbedarf bei der Einführung elektronischer Daten und ökonomischer Gutachten im Kartellbußgeldverfahren besteht.

2. Zum Gesetzentwurf allgemein – Pressegrosso

Die Bundesregierung wird der Prüfbitte des Bundesrates entsprechen.

3. Zur kartellrechtlichen Fusionskontrolle bei Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe

Die Bundesregierung wird im weiteren Gesetzgebungsverfahren das Anliegen des Bundesrates prüfen, inwieweit Zusammenlegungen öffentlicher Einrichtungen und Betriebe im Rahmen einer kommunalen Neugliederung oder sonstigen Bildung anderer Verwaltungseinheiten der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterliegen.

4. Zur Anwendbarkeit des GWB bei Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft

Die Bundesregierung wird die Bitte des Bundesrates nach einer gesetzlichen Klarstellung im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

5. Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe c und d (§ 19 Absatz 2 Nummer 5 - neu -, Absatz 3 GWB)

Die Bundesregierung stimmt der vorgeschlagenen Änderung zu. Sie erachtet es aber als geboten, § 19 Absatz 3 GWB-E darüber hinaus durch einen Verweis auf § 31 Absatz 1 Nummer 3 GWB-E (entspricht § 103 Absatz 1 Nummer 3 GWB 1990) zu ergänzen, um zu gewährleisten, dass entsprechend des mit der 8. GWB-Novelle in Bezug auf die Wasserwirtschaft verfolgten Zwecks einer 1 : 1 Umsetzung der alten Vorschriften Wasserversorgungsunternehmen – wie bisher – der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen, wenn sie in Verträgen untereinander eine Preisbindung im Sinne des § 103 Absatz 1 Nummer 3 vereinbaren.

Es handelt sich letztlich um eine Folgeänderung der Aufhebung des § 131 Absatz 6 (Nummer 44 Buchstabe a) des Gesetzentwurfs. Die bisherige Überleitungsvorschrift bestimmt in Satz 2, dass die Vorschriften des GWB in der Fassung der Bekanntmachung von 1990, zuletzt geändert durch die 6. GWB-Novelle 1998, die auf §§ 103, 103a und 105 GWB 1990 verweisen und die Vorschriften, auf die diese genannten Vorschriften verweisen, weiter anzuwenden sind. Aufgrund dieser Verweisungskette gilt nach § 26 Absatz 2 Satz 1 GWB 1990 (entspricht § 20 Absatz 1 GWB und zukünftig § 19 Absatz 2 Nummer 1 GWB-E), dass auch preisbindende Unternehmen im Sinne des § 103 Absatz 1 Nummer 3 GWB 1990 andere Unternehmen weder unmittelbar

noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln dürfen.

§ 19 Absatz 3 Satz 2 GWB-E ist deshalb wie folgt zu fassen:

„Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2, § 30 Absatz 1 Satz 1 oder § 31 Absatz 1 Nummer 3 binden.“

Als Folgeänderung des Vorschlags des Bundesrates schlägt die Bundesregierung vor, Artikel 1 Nummer 6 e) wie folgt zu fassen:

„Absatz 4 wird gestrichen.“

6. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a₁ - neu -, Buchstabe b Doppelbuchstabe aa (§ 20 Absatz 1 GWB)

Die Bundesregierung stimmt der vorgeschlagenen Änderung unter a) zu.

Sie lehnt allerdings die unter b) vorgeschlagene Ergänzung des § 20 Absatz 1 GWB-E ab. Ziel der Bundesregierung bei der Neuordnung der Missbrauchsaufsicht ist eine klare Trennung zwischen den Vorschriften für marktbeherrschende und den Vorschriften für relativ marktmächtige Unternehmen ohne Änderung des materiellen Gehalts. Adressaten des geltenden § 20 Absatz 2 Satz 1 GWB sind neben Unternehmen jegliche Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Die durch den Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung würde den Anwendungsbereich des § 20 Absatz 1 GWB-E im Widerspruch zum Regierungsentwurf auf Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 19 Absatz 3 Satz 1 einengen. Eine solche Änderung des materiellen Gehalts ist von der Bundesregierung nicht beabsichtigt.

7. Zu Artikel 1 Nummer 10a - neu -, Nummer 44 (§ 29 Satz 1 und § 131 Absatz 1 GWB)

Die Bundesregierung lehnt das Anliegen des Bundesrates zu a) ab, die Anwendbarkeit des § 29 GWB unbefristet auf den Bereich der Fernwärmeversorgung zu erstrecken. Die Vorschrift weist entgegen der Auffassung des Bundesrates keine Lücke für die Ver-

sorgung mit Fernwärme auf. Die wettbewerbspolitische Rechtfertigung für die Einführung der verschärften Missbrauchsvorschrift in § 29 GWB für Anbieter von Strom und Gas liegt in ihrer Funktion als Übergangsvorschrift. Sie wurde als befristete Flankierungsmaßnahme geschaffen, bis der Wettbewerb strukturell so gesichert ist, dass eine besondere Preismissbrauchskontrolle nicht mehr erforderlich ist. Hiervon unterscheidet sich der Bereich der Fernwärmeversorgung grundlegend. Auch der Bundesrat geht davon aus, dass sich bei der Fernwärmeversorgung – anders als bei Strom und Gas – kein entsprechender Wettbewerb entwickeln wird. Für eine dauerhafte Quasi-Preisregulierung natürlicher Monopole ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kein Raum; bei Bedarf sollte eine solche in einem Regulierungsrecht erfolgen. Dass ohne Ausweitung des § 29 auf die Fernwärme ein Anbieter von Strom wie auch von Fernwärme unterschiedlichen Preismissbrauchsprüfungen unterläge, ist sachlich begründbar. Es handelt sich um unterschiedliche Märkte, nämlich Wettbewerbs- und Quasi-Monopolmärkte, die unterschiedlichen Prüf- und Verfahrensregeln unterliegen können.

Die Bundesregierung unterstützt jedoch im Grundsatz das Anliegen des Bundesrates, es den Kartellbehörden zu ermöglichen, eine Missbrauchsprüfung von Fernwärmepreisen neben einem Preisvergleich mit Vergleichsunternehmen auch auf Kostenbasis durchzuführen. Sie wird im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen, ob hierfür ein auf eine Kostenprüfung bezogener Regeltatbestand als Missbrauchsbeispiel für Fernwärmeversorgungsunternehmen ausdrücklich eingeführt werden soll, wie dies bei der Missbrauchsaufsicht im Bereich der Wasserwirtschaft nach der von der Bundesregierung unterstützten Anregung des Bundesrates in § 31 Absatz 4 Nummer 3 GWB–E geschehen soll. Während der wasserspezifische Missbrauchstatbestand im § 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E, der die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB 1990 in Verbindung mit § 131 Absatz 6 Satz 1 GWB übernimmt, die nur auf das Vergleichsmarktkonzept abstellt, lässt die allgemeine Missbrauchsvorschrift in § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB-E (entspricht der geltenden Fassung in § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB) grundsätzlich bereits eine Prüfung der Preise auf Basis einer Kosten- oder Kalkulationskontrolle zu.

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates zu b) zu einer unbefristeten Geltung des § 29 GWB im Bereich der Wärmeversorgung aus den zu Buchstabe a) angeführten Gründen ab.

8. Zu Artikel 1 Nummer 11 (§§ 31 ff. GWB)

Die Bundesregierung sieht keine Möglichkeit für die gewünschte Klarstellung.

Die vom Bundesrat angesprochene Regelung in § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 4 GWB 1990 betraf zwar nicht die Wasserwirtschaft, sondern ausschließlich den Energiebereich. Jedoch konnte daraus schon bisher nicht geschlossen werden, dass im Bereich der Wasserwirtschaft Durchleitungsansprüche immer ausgeschlossen waren. Wie in der Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt, gibt § 31b Absatz 6 GWB die schon bisher geltende Rechtslage wieder, die der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 – dargestellt hat. Dort heißt es, dass kein Anlass besteht, Wasserversorgungsunternehmen nur auf der Grundlage von § 103 Absatz 5 und 7 GWB 1990 einer Missbrauchskontrolle zu unterwerfen. Damit gilt auch in Zukunft die dann in § 19 Absatz 2 Nummer 4 GWB-E enthaltene Regelung, wonach es unter den dort beschriebenen weiteren Voraussetzungen verboten ist, einem anderen Unternehmen den Zugang zum eigenen Netz zu verweigern. Sofern dies aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen, zu denen auch technische und hygienische Gründe gehören können, unmöglich ist, schließt dies bereits auf der Basis des geltenden Rechts einen Missbrauch aus.

9. Zu Artikel 1 Nummer 11 (§ 31 Absatz 4 Nummer 3 - neu - GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates, den Kartellbehörden ausdrücklich auch eine Überprüfung der Entgelte von Wasserversorgungsunternehmen anhand einer Kostenprüfung zu ermöglichen. Sie schlägt allerdings vor, § 31 Absatz 4 Nummer 3 wie folgt zu fassen:

„3. ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten; Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden.“

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass im Einzelfall die Anwendung des in § 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E geregelten Vergleichsmarktkonzeptes aufwendiger sein kann als eine Kostenprüfung. Hinzu kommt, dass die Missbrauchsaufsicht bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes unter Umständen an Grenzen stößt, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen über sehr günstige Kosten-

bedingungen verfügt und daher immer noch niedrigere Entgelte verlangen kann als Vergleichsunternehmen.

Der Vorschlag des Bundesrates entspricht auch dem von der Bundesregierung mit der Schaffung von § 29 GWB im Jahre 2007 für den Bereich der Strom- und Gasanbieter verfolgten Anliegen, zur Erleichterung einer Missbrauchsaufsicht klarzustellen, dass neben der Vergleichsmarktbetrachtung auch eine Überprüfung der Kosten-Preis-Relation zulässig ist.

Es ist jedoch erforderlich, über den Vorschlag des Bundesrates hinaus sicherzustellen, dass – wie in § 29 Absatz 1 Satz 2 GWB für die Bereiche Strom und Gas ausdrücklich geregelt – im Rahmen der Missbrauchsaufsicht Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden dürfen. Die mit dieser Regelung bezweckte Klarstellung, dass Kosten, die ein Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb vermeiden oder nicht geltend machen würde bzw. nicht über die Preise abwälzen könnte, nicht zu Gunsten des Normadressaten berücksichtigt werden können, gilt in gleicher Weise für die Wasserwirtschaft. Der Grundsatz, dass unternehmensindividuell bedingte Umstände nicht zu berücksichtigen sind, kommt auch in 31 Absatz 4 Nummer 2 GWB-E zum Ausdruck, wo - wie schon bisher - ausdrücklich geregelt ist, dass nur nicht zurechenbare Umstände zu Gunsten eines der Missbrauchskontrolle unterliegenden Wasserversorgungsunternehmens berücksichtigt werden können.

10. Zu Artikel 1 Nummer 11 (§ 31b Absatz 2 Satz 2 - neu - GWB)

Die Bundesregierung hält die vorgeschlagene Regelung nicht für erforderlich.

Der Begriff der Verfügung in § 31b Absatz 2 GWB-E ist enger als der Begriff der Verfügung in §§ 61 und 63 GWB. Aus dem Regelungszusammenhang des GWB und dem Zweck des in § 31b Absatz 2 GWB-E vorgesehenen Benehmens mit der Fachaufsichtsbehörde ergibt sich, dass das Missbrauchsverfahren von den Kartellbehörden in seinen einzelnen Verfahrensschritten keine Abstimmung mit der Fachaufsichtsbehörde voraussetzt. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die – formlos mögliche – Entscheidung, ob ein Verfahren eingeleitet wird. Auch der Erlass einer Auskunftsverfügung dient nur der Vorbereitung der Entscheidung. Ohne Kenntnis der Ergebnisse eines von den Kartellbehörden betriebenen Verwaltungsverfahrens ist es der Fachaufsichtsbehörde regelmäßig überhaupt nicht möglich, sich zur der Frage zu äußern, ob ihre Kompetenzen

berührende Gesichtspunkte und Prinzipien bei der von der Kartellbehörde zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen sind.

11. Zu Artikel 1 Nummer 11 (§ 31b Absatz 3 Nummer 1a - neu - GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates im Grundsatz zu.

Mit den Regelungen in §§ 31 bis 31b GWB-E ist beabsichtigt, die Systematik des GWB zu verbessern und die Anwendbarkeit für die Kartellbehörden zu erleichtern. § 32b GWB findet zwar in den bisherigen, über § 131 Absatz 6 GWB anwendbaren Vorschriften des GWB 1990 keine entsprechende Anwendung, da die Vorschrift erst im Zuge der 7. GWB-Novelle Eingang in das GWB gefunden hat. Mit ihr wird jedoch die Möglichkeit einvernehmlicher Lösungen geschaffen. Dies liegt sowohl im Interesse der Kartellbehörden als auch der an Missbrauchsverfahren beteiligten Unternehmen.

Jedoch bedarf es der vom Bundesrat in erster Linie vorgeschlagenen Regelung nach Auffassung der Bundesregierung nicht. Der Systematik des GWB entsprechend reicht ein Verweis auf § 31b GWB in § 32b GWB, wie er in den Folgeänderungen zu Buchstaben a) und b) vorgesehen ist, um das Gewollte auszudrücken. Da in § 80 Absatz 1 Nummer 2 GWB-E sowohl § 31b Absatz 3 GWB-E als auch § 32b GWB genannt werden, bedarf es der vorgeschlagenen Schaffung eines § 31b Absatz 3 Nummer 1a GWB-E insbesondere nicht, um – wie es in der Begründung des Vorschlags heißt – zu gewährleisten, dass die Kartellbehörde eine Gebühr erhält.

12. Zu Artikel 1 Nummer 11 (§ 31b Absatz 3 Satz 2 - neu - GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 - [Tz. 75ff] setzt § 32 GWB einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot voraus. § 31 Absatz 4 GWB-E, der § 103 Absatz 5 GWB 1990 entspricht, regelt ein solches gesetzliches Verbot jedoch nicht, sondern ermächtigt die Kartellbehörde lediglich, eine Abstellungsverfügung nach § 31b Absatz 3 oder 5 GWB-E zu erlassen. Es fehlt damit an der Grundlage für Entscheidungen gemäß § 32 Absatz 2a GWB-E und § 32 Absatz 3 GWB.

13. Zu Artikel 1 Nummer 17 Buchstabe a (§ 34 Absatz 1 Satz 1 GWB)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab.

Die Bundesregierung hält eine Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden nur dann für sachgerecht, wenn die kartellrechtswidrige Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Die Forderung des Bundesrates nach einer Vorteilsabschöpfung ohne dass ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten zugrunde liegt, stünde zudem im Widerspruch zur Wertung in § 10 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, der eine Abschöpfung ebenfalls nur bei schuldhaftem Handeln vorsieht. Im Übrigen dürfte nach Einschätzung der Bundesregierung eine Vorteilsabschöpfung in der Praxis bei Kartellrechtsverstößen regelmäßig nicht am Verschuldenserfordernis scheitern.

14. Zu Artikel 1 Nummer 18 (§ 34a Absatz 1, Absatz 4 Satz 2 und 3, Absatz 5 GWB)

Die Bundesregierung lehnt aus den bereits genannten Gründen auch eine verschuldensunabhängige Vorteilsabschöpfung durch Verbände ab. Die vom Bundesrat darüber hinaus vorgeschlagene Zuführung von Bußgeldern an ein „Sondervermögen des Bundes“ und deren zweckgebundene Verwendung zur Finanzierung der Verbraucherarbeit würde gegen den Grundsatz der Gesamtdeckung nach § 8 der Bundeshaushaltsordnung verstoßen, demzufolge alle Einnahmen zur Deckung aller Ausgaben dienen. Nur die Nutzung als Gesamtdeckungsmittel gewährleistet, dass die vereinnahmten Bußgelder der Allgemeinheit und nicht einer einzelnen Interessengruppe zugute kommen. Die Bundesregierung sieht keine überzeugenden Argumente, warum im Bereich der Kartellbußen von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass Bußgelder vielfach aus Verfahren stammen, die den Verbraucher nicht unmittelbar betreffen.

15. Zu Artikel 1 Nummer 18a - neu - (§ 34b - neu - GWB)

Die Bundesregierung sieht keinen Anlass für eine entsprechende Regelung.

Die Errichtung eines Sondervermögens des Bundes zur Finanzierung der Verbraucherarbeit würde gegen den Grundsatz der Gesamtdeckung nach § 8 der Bundeshaushaltsordnung verstoßen, demzufolge alle Einnahmen zur Deckung aller Ausgaben dienen. Die Bundesregierung sieht keine überzeugenden Argumente, warum im Bereich der Kartellbußen von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte. Die Einnahmen aus Geldbußen aus Kartellverfahren sind nicht zweckgebunden, sondern

fließen dem Bundeshaushalt als allgemeine Deckungsmittel zu. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass Bußgelder vielfach aus Verfahren stammen, die den Verbraucher nicht unmittelbar betreffen. Die Nutzung als Gesamtdeckungsmittel gewährleistet, dass die vereinnahmten Bußgelder der Allgemeinheit zugute kommen und nicht einer bestimmten Interessengruppe.

16. Zu Artikel 1 Nummer 21 Buchstabe a (§ 38 Absatz 3 Satz 2 - neu - GWB)

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Angesichts der Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseunternehmen, die durch die fortschreitende Entwicklung der digitalen Mediennutzung eingetreten sind, ist eine Anpassung der pressenspezifischen Aufgreifschwelle geboten. Der Multiplikator wird von 20 auf 8 verringert. Diese moderate Reduzierung des Umsatzrechnungsfaktors, die damit verbundene Anhebung der allgemeinen Aufgreifschwelle und die leichte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Bagatellmarktklausel sind aus wettbewerbspolitischer Sicht gerechtfertigt. Die moderate Erweiterung der Zusammenschlussmöglichkeiten trägt dem strukturell geänderten Medienumfeld der Presse Rechnung und ermöglicht gerade auch kleinen und mittleren Verlagen, ihre wirtschaftliche Basis durch Zusammenschlüsse zu stabilisieren. Einige der Zusammenschlussvorhaben, die wegen der Erweiterung der Bagatellmarktklausel nicht mehr unter die Fusionskontrolle fallen, dürften schon aufgrund der allgemeinen Anhebung der Aufgreifschwelle nicht mehr der Fusionskontrolle unterliegen. Alle anderen bleiben anmeldepflichtig und sind auch nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Bagatellmärkten der Prüfung durch das Bundeskartellamt entzogen. Um keinem kontrollfreien Erwerb kleiner Verlage durch Großverlage Vorschub zu leisten, hat die Bundesregierung das Anliegen der Verlage, auch im Pressebereich die Geltung der so genannten Anschlussklausel einzuführen, nicht aufgegriffen.

17. Zu Artikel 1 Nummer 35 (§ 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Ergänzung des § 31b Absatz 3 GWB-E in § 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB-E entspricht der Intention der Bundesregierung, die derzeitige Rechtslage ohne materielle Änderungen in den Text des GWB zu übernehmen. Anders als bei Verfügungen wegen Verstößen gegen gesetzliche Verbote, zu denen die Missbrauchstatbestände des § 31

Absatz 4 GWB-E nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Beschluss vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 [Tz. 75f]) nicht gehören, hat nach geltendem Recht die Beschwerde gegen eine Missbrauchsverfügung der Kartellbehörde aufschiebende Wirkung. Dies gilt nicht nur aufgrund der bisherigen Regelung in § 64 Absatz 1 Nummer 2 GWB für Missbrauchsverfügungen nach § 30 Absatz 3 GWB, sondern aufgrund der Überleitungsvorschrift in § 131 Absatz 6 GWB auch für Missbrauchsverfügungen gemäß § 103 Absatz 6 GWB 1990 (vgl. § 63 Absatz 1 Nummer 2 GWB 1990).

Hinsichtlich der vorgesehenen aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen der Kartellbehörden nach § 32 Absatz 2a Satz 1 GWB-E teilt die Bundesregierung die Bedenken des Bundesrates nicht, dass es dadurch zu einer Verschlechterung der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung kommen wird. Eine Verfügung nach § 32 Absatz 2a Satz 1 GWB-E wird regelmäßig auch nach Rechtskraft gegenüber dem Unternehmen noch vollzogen werden können, während eine spätere Rückabwicklung bei sofortiger Vollziehbarkeit grundsätzlich bei der Vielzahl von Betroffenen schwierig sein dürfte. Da es der Kartellbehörde unbenommen bleibt, im Einzelfall die sofortige Vollziehbarkeit nach § 65 Absatz 1 GWB anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse der Beteiligten geboten ist, hält die Bundesregierung an der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Rückerstattungsanordnungen fest.

18. Zu Artikel 1 Nummer 38a - neu - (§ 82a Absatz 1 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Aus der Praxis sind der Bundesregierung keine Fälle bekannt, in denen das Gericht dem Vertreter der Kartellbehörden auf dessen Wunsch eine Frage nicht gestattet hätte. Im Übrigen erachtet sie die vorhandenen allgemeinen Regelungen, insbesondere die Nummern 272 und 282 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, als ausreichend, um das Fachwissen der Kartellbehörde unmittelbar in die Hauptverhandlung einzubringen. Auch aus der zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vermag die Bundesregierung einen entsprechend konkreten Änderungsbedarf nicht zu entnehmen.

19. Zu Artikel 1 Nummer 38a - neu - (§ 82a Absatz 2 Satz 3 - neu - GWB)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab.

Der Vorschlag, einen bestimmten Prozentsatz der Bußgeldeinnahmen für die Verbraucherarbeit zu „reservieren“, ist vor dem Hintergrund des in Artikel 110 des Grundgesetzes und in § 11 der Bundeshaushaltsordnung geregelten Prinzips der Einheit und Vollständigkeit des Haushalts und des in § 7 des Haushaltsgrundsätzegesetzes normierten Grundsatzes der Gesamtdeckung abzulehnen. Regelungen dieser Art – insbesondere dauergesetzlicher Art – engen die notwendige Flexibilität der Haushaltswirtschaft ein und schmälern die Möglichkeit des Haushaltsgesetzgebers, politische Schwerpunkte zu setzen und Prioritäten festzulegen.

Vorliegend ist nicht erkennbar, dass hinreichende Gründe gegeben sind, die vom Bundesrat geforderte Einengung der Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers gleichwohl in Erwägung zu ziehen. Wenn Verbraucherverbände von der Möglichkeit der Verbandsklage Gebrauch machen und vor Gericht obsiegen, sind ihre Prozesskosten bereits heute nach § 34a Absatz 4 Satz 2 GWB gedeckt. Darüber hinausgehende allgemeine Aufwendungen gehören zur genuinen Aufgabe von Verbänden und stellen keinen Sondertatbestand dar.

20. Zu Artikel 1 Nummer 43a - neu - (§ 130 Absatz 1 Satz 1a - neu - GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Bundesregierung hat bereits in ihrer Stellungnahme zum 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009 vom 17. Dezember 2010 ihre grundsätzliche Position zu nebeneinander existierenden Systemen von Gebühren und Preisen sowie den entsprechenden Aufsichtsregimen dargelegt. Gleichzeitig hat sie darauf hingewiesen, dass sie den Versuch, der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch Einführung von Gebühren entgehen zu wollen, kritisch sieht, und die weiteren Entwicklungen in der Branche vor diesem Hintergrund aufmerksam beobachten wird (vgl. BT-Drucks. 17/4305, S. 4 [14.]). Die Bundesregierung sieht keine Veranlassung, die seinerzeit im Interesse der Kunden von Wasserversorgungsunternehmen eingenommene kritische Haltung zu ändern.

Die Bundesregierung bezweckt mit der Überführung der bislang über die Übergangsvorschrift des § 131 Absatz 6 GWB geltenden Vorschriften für die Wasserwirtschaft in erster Linie die Verbesserung der Systematik des GWB und die Erleichterung der Anwendbarkeit des Gesetzes für die Kartellbehörden. Sie erachtet es als sinnvoll, vor einer gesetzlichen Regelung zunächst die zu erwartenden höchstrichterlichen Entschei-

dungen abzuwarten. Der Bundesgerichtshof hat in einer erst Anfang dieses Jahres veröffentlichten Entscheidung vom 18. Oktober 2011 – KVR 9/11 – (Niederbarnimer Wasserverband) ausdrücklich nicht ausgeschlossen, dass sich bereits auf der jetzt geltenden Rechtslage die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht auch auf Gebühren erstreckt. Auch die hiermit in Zusammenhang stehende Frage, ob – und wenn ja – unter welchen Voraussetzungen sich Wasserversorgungsunternehmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch Rechtsformwechsel entziehen können, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. September 2011 – 11 W 24/11 (Kart) –, in der es als legitim angesehen worden ist, dass sich eine Kommune durch eine „Flucht in die Gebühren“ der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht entzieht, ist derzeit Gegenstand eines beim Bundesgerichtshof anhängigen Rechtsmittels.

21. Zu Artikel 3 Nummer 1 (§ 4 Absatz 3 Satz 2 und 3 SGB V), Nummer 2 (§ 172a SGB V) und Artikel 4 Absatz 8 (§ 51 Absatz 3 SGG)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab, von einer entsprechenden Anwendbarkeit des GWB auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten abzusehen.

Die Bundesregierung verweist hierzu auf ihre umfangreiche Gesetzesbegründung. Im Hinblick auf die Fusionskontrolle geht aus Sicht der Bundesregierung insbesondere das Argument des Bundesrates fehl, das sozialrechtliche Genehmigungserfordernis von freiwilligen Vereinigungen von Krankenkassen durch die zuständigen Aufsichtsbehörden mache eine kartellrechtliche Kontrolle überflüssig. Die Prüfung einer Fusion durch das Bundeskartellamt zielt darauf ab, eine Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur zu verhindern. Diesen Schutz bezweckt die Prüfung durch die sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden nicht.

22. Zu Artikel 4 Absatz 7 (§ 95 Absatz 2 Nummer 1 GVG)

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Die vom Bundesrat befürwortete Wahlmöglichkeit der Parteien wird nach Kenntnis der Bundesregierung häufig in der Weise ausgeübt, dass vom Beklagten ein Verweisungsantrag an die Kammer für Handelssachen gestellt wird. Die im Regierungsentwurf enthaltene Änderung weist kartellrechtliche Schadensersatzansprüche den Kollegial-

spruchkörpern der allgemeinen Zivilkammern zu. Nach Auffassung der Bundesregierung bestehen innerhalb der gemäß § 348 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 Buchstabe k) ZPO in Verbindung mit § 87 GWB mit drei Berufsrichtern besetzten allgemeinen Zivilkammer grundsätzlich bessere Möglichkeiten, kartellrechtliche Schadensersatzansprüche in der gebotenen Weise zu fördern als in der praktisch meist nur in der Besetzung mit dem Vorsitzenden als Einzelrichter, d.h. mit einem Berufsrichter entscheidenden Kammer für Handelssachen. Im Übrigen haben die Länder die Möglichkeit, bei den Landgerichten im Wege der Zuständigkeitskonzentration (§ 89 GWB) die kartellrechtliche Spezialisierung der für die Entscheidung über entsprechende Streitigkeiten zuständigen Spruchkörper zu erhöhen.

Dateiname	04GÄ 8. GWB-Novelle.doc
Ersteller	BMWi
Stand	16.05.2012, 17.15 Uhr