

## **Geszentwurf der Bundesregierung**

### **Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

#### **A. Problem und Ziel**

Mit dem Siebten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird das deutsche Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen an das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere an die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des EG-Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln angepasst. Darüber hinaus enthält das Gesetz notwendige Ergänzungen zur Durchsetzung einer effektiven Wettbewerbskontrolle bei Kartellverstößen. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle werden die Verfahrensregeln und die Vorschriften über den vorläufigen Rechtsschutz überarbeitet.

Außerdem erfordert die wirtschaftlich schwierige Lage der Pressebranche eine Änderung der pressenspezifischen Regelungen im Wettbewerbsrecht.

#### **B. Lösung**

Mit der Novelle wird die Ausgestaltung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und der Ausnahmen von diesem Verbot an das europäische Recht (Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) angepasst. Wie im europäischen Recht wird das bisherige Anmelde- und Genehmigungssystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen abgeschafft. Auch die kartellbehördlichen Befugnisse werden dem europäischen Recht angepasst. Damit verbunden ist die Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten von Marktbeteiligten und Verbänden sowie der bußgeldrechtlichen Sanktionen. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wird der vorläufige Rechtsschutz gegen Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und Erlaubnisse des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit an die Rechtsschutzanforderungen des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts angeglichen.

Für Presseunternehmen werden Anzeigenkooperationen vom Kartellverbot freigestellt. Außerdem ermöglicht das Gesetz den Zusammenschluss von Zeitungen und Zeitungsverlagen, auch wenn dieser zu einer marktbeherrschenden Stellung führt. Voraussetzung ist, dass die beteiligten Zeitungen langfristig als publizistische Einheiten erhalten bleiben.

**C. Alternativen**

Keine

**D. Finanzielle Auswirkungen für die öffentlichen Haushalte**

## 1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand

Bund, Länder und Gemeinden werden voraussichtlich nicht mit Mehrkosten belastet.

## 2. Vollzugaufwand

Die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen führt zu einer Entlastung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder von Vollzugsaufgaben. Dem stehen neue Vollzugsaufgaben insbesondere im Rahmen des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden gegenüber. Insgesamt ist kein nennenswerter Mehraufwand zu erwarten.

**E. Sonstige Kosten**

Für die Wirtschaft entstehen insgesamt keine messbaren Mehrkosten. Die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen führt einerseits zu einer Internalisierung der Kosten für die präventive Rechtskontrolle dieser Vereinbarungen. Dem steht andererseits die Entlastung von Bürokratiekosten gegenüber. Die Verbesserung der zivil- und bußgeldrechtlichen Sanktionen dient insbesondere der Abschreckung von Kartellrechtsverstößen. Gesetzeskonform handelnde Unternehmen haben nicht mit Mehrbelastungen zu rechnen.

Auswirkungen auf die Einzelpreise sowie das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**  
**DER BUNDESKANZLER**

Berlin, den 12. August 2004

An den  
Präsidenten des  
Deutschen Bundestages  
Herrn Wolfgang Thierse  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes  
gegen Wettbewerbsbeschränkungen

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit.

Der Bundesrat hat in seiner 802. Sitzung am 9. Juli 2004 gemäß Artikel 76  
Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus  
Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist  
in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen





## Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546), zuletzt geändert durch Artikel 4 Abs. 63 des Gesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), wird wie folgt geändert:

1. Vor der Überschrift des Ersten Abschnitts des Ersten Teils wird folgende Inhaltsübersicht eingefügt:

#### Inhaltsübersicht

##### Erster Teil

##### Wettbewerbsbeschränkungen

##### Erster Abschnitt

##### Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

- § 1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen
- § 2 Freigestellte Vereinbarungen
- § 3 Mittelstandskartelle
- § 4 Verbot von Preisbindungen
- §§ 5–18 (weggefallen)

##### Zweiter Abschnitt

##### Marktbeherrschung, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten

- § 19 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
- § 20 Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung
- § 21 Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens

##### Dritter Abschnitt

##### Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts

- § 22 Verhältnis dieses Gesetzes zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
- § 23 Europafreundliche Anwendung

##### Vierter Abschnitt

##### Wettbewerbsregeln

- § 24 Begriff, Antrag auf Anerkennung
- § 25 Stellungnahme Dritter

- § 26 Anerkennung

- § 27 Veröffentlichung von Wettbewerbsregeln, Bekanntmachungen

##### Fünfter Abschnitt

##### Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche

- § 28 Landwirtschaft
- § 29 Kredit- und Versicherungswirtschaft
- § 30 Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften
- § 31 Anzeigenkooperationen

##### Sechster Abschnitt

##### Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen

- § 32 Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen
- § 32a Einstweilige Maßnahmen
- § 32b Verpflichtungszusagen
- § 32c Kein Anlass zum Tätigwerden
- § 32d Entzug der Freistellung
- § 32e Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen
- § 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht
- § 34 Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde
- § 34a Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen

##### Siebter Abschnitt

##### Zusammenschlusskontrolle

- § 35 Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle
- § 36 Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen
- § 37 Zusammenschluss
- § 38 Berechnung der Umsatzerlöse und der Marktanteile
- § 39 Anmelde- und Anzeigepflicht
- § 40 Verfahren der Zusammenschlusskontrolle
- § 41 Vollzugsverbot, Entflechtung
- § 42 Ministererlaubnis
- § 43 Bekanntmachungen

##### Achter Abschnitt

##### Monopolkommission

- § 44 Aufgaben
- § 45 Mitglieder

- |  |  |
|--|--|
| <p>§ 46 Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder</p> <p>§ 47 Übermittlung statistischer Daten</p> <p style="text-align: center;">Zweiter Teil<br/>Kartellbehörden</p> <p style="text-align: center;">Erster Abschnitt<br/>Allgemeine Vorschriften</p> <p>§ 48 Zuständigkeit</p> <p>§ 49 Bundeskartellamt und oberste Landesbehörde</p> <p>§ 50 Vollzug des europäischen Rechts</p> <p>§ 50a Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden</p> <p>§ 50b Sonstige Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden</p> <p>§ 50c Behördenzusammenarbeit</p> <p style="text-align: center;">Zweiter Abschnitt<br/>Bundeskartellamt</p> <p>§ 51 Sitz, Organisation</p> <p>§ 52 Veröffentlichung allgemeiner Weisungen</p> <p>§ 53 Tätigkeitsbericht</p> <p style="text-align: center;">Dritter Teil<br/>Verfahren</p> <p style="text-align: center;">Erster Abschnitt<br/>Verwaltungssachen</p> <p style="text-align: center;">I. Verfahren vor den Kartellbehörden</p> <p>§ 54 Einleitung des Verfahrens, Beteiligte</p> <p>§ 55 Vorabentscheidung über Zuständigkeit</p> <p>§ 56 Anhörung, mündliche Verhandlung</p> <p>§ 57 Ermittlungen, Beweiserhebung</p> <p>§ 58 Beschlagnahme</p> <p>§ 59 Auskunftsverlangen</p> <p>§ 60 Einstweilige Anordnungen</p> <p>§ 61 Verfahrensabschluss, Begründung der Verfügung, Zustellung</p> <p>§ 62 Bekanntmachung von Verfügungen</p> <p style="text-align: center;">II. Beschwerde</p> <p>§ 63 Zulässigkeit, Zuständigkeit</p> <p>§ 64 Aufschiebende Wirkung</p> <p>§ 65 Anordnung der sofortigen Vollziehung</p> <p>§ 66 Frist und Form</p> <p>§ 67 Beteiligte am Beschwerdeverfahren</p> <p>§ 68 Anwaltszwang</p> <p>§ 69 Mündliche Verhandlung</p> <p>§ 70 Untersuchungsgrundsatz</p> | <p>§ 71 Beschwerdeentscheidung</p> <p>§ 72 Akteneinsicht</p> <p>§ 73 Geltung der Vorschriften des GVG und der ZPO</p> <p style="text-align: center;">III. Rechtsbeschwerde</p> <p>§ 74 Zulassung, absolute Rechtsbeschwerdegründe</p> <p>§ 75 Nichtzulassungsbeschwerde</p> <p>§ 76 Beschwerdeberechtigte, Form und Frist</p> <p style="text-align: center;">IV. Gemeinsame Bestimmungen</p> <p>§ 77 Beteiligtenfähigkeit</p> <p>§ 78 Kostentragung und -festsetzung</p> <p>§ 79 Rechtsverordnungen</p> <p>§ 80 Gebührenpflichtige Handlungen</p> <p style="text-align: center;">Zweiter Abschnitt<br/>Bußgeldverfahren</p> <p>§ 81 Bußgeldvorschriften</p> <p>§ 82 Zuständigkeit für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung</p> <p>§ 82a Befugnisse und Zuständigkeiten im gerichtlichen Bußgeldverfahren</p> <p>§ 83 Zuständigkeit des OLG im gerichtlichen Verfahren</p> <p>§ 84 Rechtsbeschwerde zum BGH</p> <p>§ 85 Wiederaufnahmeverfahren gegen Bußgeldbescheid</p> <p>§ 86 Gerichtliche Entscheidungen bei der Vollstreckung</p> <p style="text-align: center;">Dritter Abschnitt<br/>Vollstreckung</p> <p>§ 86a Vollstreckung</p> <p style="text-align: center;">Vierter Abschnitt<br/>Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten</p> <p>§ 87 Ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte</p> <p>§ 88 Klageverbindung</p> <p>§ 89 Zuständigkeit eines Landgerichts für mehrere Gerichtsbezirke</p> <p>§ 89a Streitwertanpassung</p> <p style="text-align: center;">Fünfter Abschnitt<br/>Gemeinsame Bestimmungen</p> <p>§ 90 Benachrichtigung und Beteiligung der Kartellbehörden</p> <p>§ 90a Zusammenarbeit der Gerichte mit der Kommission der Europäischen Gemeinschaft und den Kartellbehörden</p> <p>§ 91 Kartellsenat beim OLG</p> |
|--|--|

- § 92 Zuständigkeit eines OLG oder des ObLG für mehrere Gerichtsbezirke in Verwaltungs- und Bußgeldsachen
- § 93 Zuständigkeit für Berufung und Beschwerde
- § 94 Kartellsenat beim BGH
- § 95 Ausschließliche Zuständigkeit
- § 96 (weggefallen)
- Vierter Teil  
Vergabe öffentlicher Aufträge
- Erster Abschnitt  
Vergabeverfahren
- § 97 Allgemeine Grundsätze
- § 98 Auftraggeber
- § 99 Öffentliche Aufträge
- § 100 Anwendungsbereich
- § 101 Arten der Vergabe
- Zweiter Abschnitt  
Nachprüfungsverfahren
- I. Nachprüfungsbehörden
- § 102 Grundsatz
- § 103 Vergabepflichten
- § 104 Vergabekammern
- § 105 Besetzung, Unabhängigkeit
- § 106 Einrichtung, Organisation
- II. Verfahren vor der Vergabekammer
- § 107 Einleitung, Antrag
- § 108 Form
- § 109 Verfahrensbeteiligte, Beiladung
- § 110 Untersuchungsgrundsatz
- § 111 Akteneinsicht
- § 112 Mündliche Verhandlung
- § 113 Beschleunigung
- § 114 Entscheidung der Vergabekammer
- § 115 Aussetzung des Vergabeverfahrens
- III. Sofortige Beschwerde
- § 116 Zulässigkeit, Zuständigkeit
- § 117 Frist, Form
- § 118 Wirkung
- § 119 Beteiligte am Beschwerdeverfahren
- § 120 Verfahrensvorschriften
- § 121 Vorabentscheidung über den Zuschlag
- § 122 Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts

- § 123 Beschwerdeentscheidung
- § 124 Bindungswirkung und Vorlagepflicht
- Dritter Abschnitt  
Sonstige Regelungen
- § 125 Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch
- § 126 Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens
- § 127 Ermächtigungen
- § 128 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer
- § 129 Kosten der Vergabepflichten
- Fünfter Teil  
Anwendungsbereich des Gesetzes
- § 130 Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich
- Sechster Teil  
Übergangs- und Schlussbestimmungen
- § 131 Übergangsbestimmungen
2. Die Überschrift des Ersten Abschnitts des Ersten Teils wird wie folgt gefasst:
- „Erster Abschnitt  
Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen,  
Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen“
3. In § 1 werden die Wörter „miteinander im Wettbewerb stehenden“ gestrichen.
4. Die §§ 2 bis 4 werden wie folgt gefasst:
- „§ 2  
Freigestellte Vereinbarungen
- (1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen
1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder
  2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.
- (2) Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen.

§ 3  
Mittelstandskartelle

Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, erfüllen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1, wenn

1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und
2. die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

§ 4  
Verbot von Preisbindungen

Verboten sind vertikale Vereinbarungen, die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien bezwecken, die Möglichkeiten des Beziehers zu beschränken, seinen Preis selbst festzusetzen. Für die Befugnis des Lieferanten, Höchstpreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestpreise auswirken, gelten die §§ 1 und 2.“

5. Die §§ 5 bis 18 werden aufgehoben.
6. Der bisherige Dritte Abschnitt „Marktbeherrschung, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten“ wird Zweiter Abschnitt.
7. § 19 Abs. 2 wird wie folgt geändert:
  - a) In Satz 1 werden im einleitenden Satzteil nach den Wörtern „gewerblichen Leistungen“ die Wörter „auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt“ eingefügt.
  - b) Folgender Satz wird angefügt:
 

„Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.“
8. § 20 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 1 werden nach den Wörtern „Vereinigungen von“ die Wörter „miteinander im Wettbewerb stehenden“ eingefügt, die Angabe „§§ 2 bis 8, 28 Abs. 1 sowie § 29“ durch die Angabe „§§ 2, 3, 28 Abs. 1 und § 31“ und die Angabe „§§ 15, 28 Abs. 2, § 29 Abs. 2 und § 30 Abs. 1“ durch die Angabe „§ 28 Abs. 2, §§ 29 oder 30 Abs. 1 Satz 1“ ersetzt.
  - b) In Absatz 5 wird die Angabe „§ 33“ durch die Angabe „§ 33 Abs. 2 Nr. 1“ ersetzt.
9. In § 21 Abs. 3 Nr. 1 wird die Angabe „§§ 2 bis 8, 28 Abs. 1 oder § 29“ durch die Angabe „§§ 2, 3, 28 Abs. 1 oder § 31“ ersetzt.

10. Nach § 21 wird folgende Überschrift eingefügt:

„Dritter Abschnitt  
Anwendung des europäischen  
Wettbewerbsrechts“.

11. Die §§ 22 und 23 werden wie folgt gefasst:

„§ 22  
Verhältnis dieses Gesetzes zu den Artikeln 81  
und 82 des Vertrages zur Gründung  
der Europäischen Gemeinschaft

(1) Auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft im Sinne dieser Bestimmung beeinträchtigen können, können auch die Vorschriften dieses Gesetzes angewandt werden. Ist dies der Fall, ist daneben gemäß Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. EG 2003 Nr. L 1 S.1) auch Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft anzuwenden.

(2) Die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes darf gemäß Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht beschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung des Artikels 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfasst sind. Die Vorschriften des Zweiten Abschnitts bleiben unberührt. In anderen Fällen richtet sich der Vorrang von Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nach dem insoweit maßgeblichen europäischen Gemeinschaftsrecht.

(3) Auf Handlungen, die einen nach Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verbotenen Missbrauch darstellen, können auch die Vorschriften dieses Gesetzes angewandt werden. Ist dies der Fall, ist daneben gemäß Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auch Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft anzuwenden. Die Anwendung weitergehender Vorschriften dieses Gesetzes bleibt unberührt.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten unbeschadet des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht, soweit die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle angewendet werden. Vorschriften, die überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft abweichendes Ziel

verfolgen, bleiben von den Vorschriften dieses Abschnitts unberührt.

§ 23  
Europafreundliche Anwendung

Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 maßgeblich zugrunde zu legen, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind.“

12. In § 25 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„Gleiches gilt für Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, wenn die Interessen der Verbraucher erheblich berührt sind.“

13. § 26 wird wie folgt geändert:

- a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Sie hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde von den ihr nach dem Sechsten Abschnitt zustehenden Befugnissen keinen Gebrauch machen wird.“

- b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Soweit eine Wettbewerbsregel gegen das Verbot des § 1 verstößt und nicht nach den §§ 2 und 3 freigestellt ist oder andere Bestimmungen dieses Gesetzes, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb oder eine andere Rechtsvorschrift verletzt, hat die Kartellbehörde den Antrag auf Anerkennung abzulehnen.“

- c) In Absatz 3 werden nach dem Wort „Wettbewerbsregeln“ das Wort „bei“ gestrichen und das Wort „anzumelden“ durch das Wort „mitzuteilen“ ersetzt.

14. § 27 wird wie folgt geändert:

- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 27  
Veröffentlichung von Wettbewerbsregeln,  
Bekanntmachungen“.

- b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Anerkannte Wettbewerbsregeln sind im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger<sup>1)</sup> zu veröffentlichen.“

- c) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) Im einleitenden Satzteil werden nach den Wörtern „Im Bundesanzeiger“ die Wörter „oder im elektronischen Bundesanzeiger“ eingefügt.

bb) In Nummer 2 wird die Angabe „§ 25 Satz 2“ durch die Angabe „§ 25 Satz 3“ ersetzt.

- cc) Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

„4. die Ablehnung der Anerkennung nach § 26 Abs. 2, die Rücknahme oder der Widerruf der Anerkennung von Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 4.“

- d) Folgender Absatz 5 wird angefügt:

„(5) Die Kartellbehörde erteilt zu anerkannten Wettbewerbsregeln, die nicht nach Absatz 1 veröffentlicht worden sind, auf Anfrage Auskunft über die Angaben nach § 24 Abs. 4 Satz 1.“

15. § 28 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.

- b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Für vertikale Preisbindungen, die die Sortierung, Kennzeichnung oder Verpackung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen betreffen, gelten die §§ 1 und 4 nicht.“

- c) In Absatz 3 wird die Angabe „Anhang II“ durch die Angabe „Anhang I“ ersetzt.

- d) Absatz 4 wird aufgehoben.

16. § 29 wird wie folgt gefasst:

„§ 29  
Kredit- und Versicherungswirtschaft

Für Vereinbarungen von Kreditinstituten oder Versicherungsunternehmen gilt § 4 nicht. Die §§ 1 und 2 bleiben unberührt.“

17. § 30 wird wie folgt gefasst:

„§ 30  
Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften

(1) Die §§ 1 und 4 gelten nicht für vertikale Preisbindungen, durch die ein Unternehmen, das Zeitungen oder Zeitschriften herstellt, die Abnehmer dieser Erzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Zu Zeitungen und Zeitschriften zählen auch Produkte, die Zeitungen oder Zeitschriften reproduzieren oder substituieren und bei Würdigung der Gesamtumstände als überwiegend verlagstypisch anzusehen sind, sowie kombinierte Produkte, bei denen eine Zeitung oder eine Zeitschrift im Vordergrund steht.

(2) Vereinbarungen der in Absatz 1 bezeichneten Art sind, soweit sie Preise und Preisbestandteile betreffen, schriftlich abzufassen. Es genügt, wenn die Beteiligten Urkunden unterzeichnen, die auf eine Preisliste oder auf Preismitteilungen Bezug nehmen. § 126 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet keine Anwendung.

(3) Das Bundeskartellamt kann von Amts wegen oder auf Antrag eines gebundenen Abnehmers die Preisbindung für unwirksam erklären und die Anwendung einer neuen gleichartigen Preisbindung verbieten, wenn

1. die Preisbindung missbräuchlich gehandhabt wird oder
2. die Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.“

<sup>1)</sup> Amtlicher Hinweis: [www.ebundesanzeiger.de](http://www.ebundesanzeiger.de)

18. § 31 wird wie folgt gefasst:

„§ 31

Anzeigenkooperationen

§ 1 gilt nicht für Vereinbarungen von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, über eine Zusammenarbeit im Anzeigenbereich. Auf Zusammenschlüsse zum Zwecke der in Satz 1 genannten Zusammenarbeit finden die Vorschriften des Siebenten Abschnitts im Hinblick auf die betroffenen Anzeigenmärkte keine Anwendung. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“

19. Der Sechste Abschnitt wird wie folgt gefasst:

„Sechster Abschnitt

Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen

§ 32

Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen die Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft abzustellen.

(2) Sie kann hierzu den Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.

(3) Soweit ein berechtigtes Interesse besteht, kann die Kartellbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.

§ 32a

Einstweilige Maßnahmen

(1) Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.

(2) Die Anordnung gemäß Absatz 1 ist zu befristen. Die Frist kann verlängert werden. Sie soll insgesamt ein Jahr nicht überschreiten.

§ 32b

Verpflichtungszusagen

(1) Bieten Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens nach § 32 an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die ihnen von der Kartellbehörde nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, so kann die Kartellbehörde für diese Unternehmen die Verpflichtungszusagen durch Verfügung für bindend erklären. Die Verfügung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich des Absatzes 2 von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Sie kann befristet werden.

(2) Die Kartellbehörde kann die Verfügung nach Absatz 1 aufheben und das Verfahren wieder aufnehmen, wenn

1. sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt nachträglich geändert haben,

2. die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder

3. die Verfügung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht.

§ 32c

Kein Anlass zum Tätigwerden

Sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 4 und 19 bis 21, nach Artikel 81 Abs. 1 oder Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben, so kann sie entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Die Entscheidung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich neuer Erkenntnisse von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Sie hat keine Freistellung von einem Verbot im Sinne des Satzes 1 zum Inhalt.

§ 32d

Entzug der Freistellung

Haben Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fallen, in einem Einzelfall Wirkungen, die mit § 2 Abs. 1 oder mit Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unvereinbar sind und auf einem Gebiet im Inland auftreten, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, so kann die Kartellbehörde den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung in diesem Gebiet entziehen.

§ 32e

Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen

(1) Lassen starre Preise oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann das Bundeskartellamt die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen.

(2) Im Rahmen dieser Untersuchung kann das Bundeskartellamt die zur Anwendung dieses Gesetzes oder der Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erforderlichen Ermittlungen durchführen. Es kann dabei von den betreffenden Unternehmen und Vereinigungen Auskünfte verlangen, insbesondere die Unterrichtung über sämtliche Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

(3) Das Bundeskartellamt kann einen Bericht über die Ergebnisse der Untersuchung nach Absatz 1 veröffentlichen und Dritte um Stellungnahme bitten.

(4) Die §§ 57 und 59 bis 62 gelten entsprechend.

§ 33

Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen die Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist, sofern die Vorschrift

oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. Die Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts dienen auch dann dem Schutz anderer Marktbeteiligter, wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet. Ein Anspruch ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der andere Marktbeteiligte an dem Verstoß mitgewirkt hat.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von:

1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;
2. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51), zuletzt geändert durch Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 (ABl. EG Nr. L 271 S. 16), eingetragen sind.

(3) Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

(4) Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Schadensersatz begehrt, ist das Gericht insoweit an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 er-

gangen sind. Entsprechend Artikel 16 Abs. 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

(5) Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 2 wird gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ein Verfahren einleitet. § 204 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

#### § 34

##### Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde

(1) Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen.

(2) Absatz 1 gilt nicht, sofern der wirtschaftliche Vorteil durch Schadensersatzleistungen oder durch die Verhängung der Geldbuße oder die Anordnung des Verfalls abgeschöpft ist. Soweit das Unternehmen Leistungen nach Satz 1 erst nach der Vorteilsabschöpfung erbringt, ist der abgeführte Geldbetrag in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen an das Unternehmen zurückzuerstatten.

(3) Wäre die Durchführung der Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte, soll die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. Sie soll auch unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist.

(4) Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen.

(5) Die Vorteilsabschöpfung kann nur innerhalb einer Frist von bis zu fünf Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren angeordnet werden. § 81 Abs. 9 gilt entsprechend.

#### § 34a

##### Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen

(1) Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer

Geldbuße, durch Verfall oder nach § 34 Abs. 1 anordnet.

(2) Auf den Anspruch sind Leistungen anzurechnen, die das Unternehmen auf Grund des Verstoßes erbracht hat. § 34 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger die Vorteilsabschöpfung, gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(4) Die Gläubiger haben dem Bundeskartellamt über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können vom Bundeskartellamt Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten wirtschaftlichen Vorteils beschränkt.

(5) § 33 Abs. 4 und 5 ist entsprechend anzuwenden.“

20. In § 35 Abs. 2 Satz 2 werden die Wörter „gilt nur Satz 1 Nr. 2“ durch die Wörter „gelten für Satz 1 Nr. 1 Umsatzerlöse von weniger als zwei Millionen Euro“ ersetzt.

21. In § 36 werden nach Absatz 1 folgende Absätze 1a und 1b eingefügt:

„(1a) Ein Zusammenschluss von Unternehmen, die jeweils Zeitungen oder deren Bestandteile verlegen, herstellen oder vertreiben, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist abweichend von Absatz 1 nicht zu untersagen, wenn Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass die erworbene Zeitung langfristig neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erhalten bleibt. Dies wird vermutet, wenn

1. der Veräußerer oder ein Dritter, auf die der Erwerber weder durch Anteilsbesitz oder Stimmrechte noch auf Grund sonstiger Verbindungen einen wettbewerblich erheblichen Einfluss ausüben kann, an dem erworbenen Unternehmen mit mehr als 25 Prozent des Kapitals und der Stimmrechte beteiligt ist,
2. dem Veräußerer oder dem Dritten das Titelrecht für die erworbene Zeitung gehört und
3. dem Veräußerer oder dem Dritten ein Mitbestimmungs- oder Vetorecht für Entscheidungen zusteht, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit wesentlich sind; dazu zählen insbesondere Entscheidungen über
  - a) die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung,
  - b) die Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern der Chefredaktion der erworbenen Zeitung und

- c) die Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung oder ihrer redaktionellen Ausgaben.

Die Einhaltung der nach Satz 1 erforderlichen Vorkehrungen ist durch eine für die beteiligten Unternehmen jederzeit durchsetzbare Vereinbarung zu gewährleisten. Der Abschluss und die Aufrechterhaltung der Vereinbarung ist durch Bedingungen oder Auflagen nach § 40 Abs. 3 Satz 1 abzusichern. Im Falle des Satzes 2 Nr. 3 Buchstabe c gilt dies auch für die Einhaltung der Vorkehrungen. Erfolgt der Zusammenschluss durch eine sonstige Verbindung nach § 37 Abs. 1 Nr. 4, steht dem Erwerber im Sinne des Satzes 1 gleich, wer einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das andere Unternehmen ausüben kann.

(1b) Absatz 1a ist nicht anzuwenden, wenn

1. der Zusammenschluss für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der erworbenen oder erwerbenden Zeitung mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit nicht erforderlich ist; die Erforderlichkeit wird vermutet, wenn in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die der erworbenen oder erwerbenden Zeitung zuzurechnenden Anzeigen- und Beilagenerlöse pro Monatsstück jeweils rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen oder
  2. die wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des Absatzes 1a zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt.“
22. In § 38 Abs. 3 werden nach den Wörtern „deren Bestandteilen“ das Komma gestrichen und die Wörter „ist das Zehnfache, für“ eingefügt.
23. § 39 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 3 wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:
 

„In den Fällen des § 37 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 sind die Angaben nach Satz 2 Nr. 1 und 6 auch für den Veräußerer zu machen.“
  - b) In Absatz 4 Satz 2 wird der Punkt am Ende des Satzes gestrichen und die Wörter „und unterrichtet sie zugleich darüber, inwieweit die nach Absatz 3 erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen“ angefügt.
  - c) In Absatz 6 werden nach dem Wort „Die“ die Wörter „am Zusammenschluss“ eingefügt.
24. § 40 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:
    - aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:
 

„Wird die Verfügung nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung den anmeldenden Unternehmen zuge-

- stellt, gilt der Zusammenschluss als freigegeben.“
- bb) Nach Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:  
„Die Verfahrensbeteiligten sind unverzüglich über den Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung zu unterrichten.“
- cc) In dem neuen Satz 4 wird in der Nummer 2 die Angabe „§ 50“ durch die Angabe „§ 59“ ersetzt.
- b) Absatz 3 Satz 3 wird aufgehoben.
- c) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:  
„(3a) Die Freigabe kann widerrufen oder geändert werden, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, arglistig herbeigeführt worden ist oder die beteiligten Unternehmen einer mit ihr verbundenen Auflage zuwiderhandeln. Im Falle der Nichterfüllung einer Auflage gilt § 41 Abs. 4 entsprechend.“
- d) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:  
„(5) Die Fristen nach den Absätzen 1 und 2 Satz 2 beginnen in den Fällen des § 39 Abs. 4 Satz 1, wenn die Verweisungsentscheidung beim Bundeskartellamt eingegangen ist und die nach § 39 Abs. 3 erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen.“
25. § 41 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 Satz 3 werden nach den Wörtern „Dies gilt nicht“ die Wörter „für Verträge über Grundstücksgeschäfte, sobald sie durch Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam geworden sind, sowie“ eingefügt.
- b) In Absatz 2 Satz 3 wird die Angabe „§ 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3“ durch die Angabe „§ 40 Abs. 3a“ ersetzt.
- c) In Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „den das Bundeskartellamt untersagt oder dessen Freigabe es widerrufen hat“ durch die Wörter „der die Unterlegungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 erfüllt“ ersetzt.
- d) Absatz 4 Nr. 1 wird aufgehoben.
26. In § 42 Abs. 2 Satz 2 wird die Angabe „§ 40 Abs. 3“ durch die Angabe „§ 40 Abs. 3 und 3a“ ersetzt.
27. § 43 wird wie folgt gefasst:  
„§ 43  
Bekanntmachungen  
(1) Die Einleitung des Hauptprüfverfahrens durch das Bundeskartellamt nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis sind unverzüglich im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen.  
(2) Im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger sind bekannt zu machen  
1. die Verfügung des Bundeskartellamts nach § 40 Abs. 2,  
2. die Ministererlaubnis, deren Ablehnung und Änderung,
3. die Rücknahme und der Widerruf der Freigabe des Bundeskartellamts oder der Ministererlaubnis,
4. die Auflösung eines Zusammenschlusses und die sonstigen Anordnungen des Bundeskartellamts nach § 41 Abs. 3 und 4.  
(3) Bekannt zu machen nach Absatz 1 und 2 sind jeweils die Angaben nach § 39 Abs. 3 Satz 1 sowie Satz 2 Nr. 1 und 2.“
28. § 46 wird wie folgt geändert:
- a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 2a eingefügt:  
„(2a) Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.“
- b) In Absatz 3 Satz 2 werden nach den Wörtern „bezeichnet werden“ die Wörter „oder die gemäß Absatz 2a erlangt worden sind“ eingefügt.
29. In § 48 Abs. 2 Satz 1 werden nach dem Wort „Wirkung“ die Wörter „der Marktbeeinflussung oder“ gestrichen.
30. Dem § 49 werden die folgenden Absätze 3 und 4 angefügt:  
„(3) Auf Antrag des Bundeskartellamts kann die oberste Landesbehörde eine Sache, für die nach § 48 Abs. 2 Satz 2 ihre Zuständigkeit begründet ist, an das Bundeskartellamt abgeben, wenn dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Mit der Abgabe wird das Bundeskartellamt zuständige Kartellbehörde.  
(4) Auf Antrag der obersten Landesbehörde kann das Bundeskartellamt eine Sache, für die nach § 48 Abs. 2 Satz 1 seine Zuständigkeit begründet ist, an die oberste Landesbehörde abgeben, wenn dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Mit der Abgabe wird die oberste Landesbehörde zuständige Kartellbehörde. Vor der Abgabe benachrichtigt das Bundeskartellamt die übrigen betroffenen obersten Landesbehörden. Die Abgabe erfolgt nicht, sofern ihr eine betroffene oberste Landesbehörde innerhalb einer vom Bundeskartellamt zu setzenden Frist widerspricht.“
31. § 50 wird wie folgt gefasst:  
„§ 50  
Vollzug des europäischen Rechts  
(1) Soweit ihre Zuständigkeit nach den §§ 48 und 49 begründet ist, sind das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.  
(2) Wenden die obersten Landesbehörden die Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft an, erfolgt der Geschäftsverkehr mit der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über das Bun-

deskartellamt. Das Bundeskartellamt kann den obersten Landesbehörden Hinweise zur Durchführung des Geschäftsverkehrs geben. Das Bundeskartellamt nimmt auch in diesen Fällen die Vertretung im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Artikel 14 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 wahr.

(3) Für die Mitwirkung an Verfahren der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder der Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ist ausschließlich das Bundeskartellamt zuständige Wettbewerbsbehörde. Es gelten die bei der Anwendung dieses Gesetzes maßgeblichen Verfahrensvorschriften.

(4) Das Bundeskartellamt kann den Bediensteten der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft und anderen von dieser ermächtigten Begleitpersonen gestatten, bei Durchsuchungen nach Artikel 22 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 dessen Bedienstete zu begleiten.

(5) In anderen als in den Absätzen 1 bis 4 bezeichneten Fällen nimmt das Bundeskartellamt die Aufgaben wahr, die den Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft in den Artikeln 84 und 85 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie in Verordnungen nach Artikel 83 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, auch in Verbindung mit anderen Ermächtigungsgrundlagen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, übertragen sind. Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.“

32. Nach § 50 werden folgende §§ 50a bis 50c eingefügt:

„§ 50a  
Zusammenarbeit im Netzwerk  
der europäischen Wettbewerbsbehörden

(1) Die Kartellbehörde ist gemäß Artikel 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 befugt, zum Zweck der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft der Kommission der Europäischen Gemeinschaft und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft tatsächliche und rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, mitzuteilen, entsprechende Dokumente und Daten zu übermitteln, diese Wettbewerbsbehörden um die Übermittlung solcher Informationen zu ersuchen, diese zu empfangen und als Beweismittel zu verwenden. § 50 Abs. 2 gilt entsprechend.

(2) Die Kartellbehörde darf die empfangenen Informationen nur zum Zweck der Anwendung von Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwenden, für den sie von der übermittelnden Behörde erhoben wurden. Werden Vorschriften dieses Gesetzes jedoch nach Maßgabe des Artikels 12 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 angewandt, so können nach Absatz 1

ausgetauschte Informationen auch für die Anwendung dieses Gesetzes verwendet werden.

(3) Informationen, die die Kartellbehörde nach Absatz 1 erhalten hat, können zum Zweck der Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen nur als Beweismittel verwendet werden, wenn das Recht der übermittelnden Behörde ähnlich geartete Sanktionen in Bezug auf Verstöße gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorsieht. Falls die Voraussetzungen des Satzes 1 nicht erfüllt sind, ist eine Verwendung als Beweismittel auch dann möglich, wenn die Informationen in einer Weise erhoben worden sind, die hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen das gleiche Schutzniveau wie nach dem für die Kartellbehörde geltenden Recht gewährleistet. Das Beweisverwertungsverbot nach Satz 1 steht einer Verwendung der Beweise gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen nicht entgegen. Die Beachtung verfassungsrechtlich begründeter Verwertungsverbote bleibt unberührt.

§ 50b

Sonstige Zusammenarbeit  
mit ausländischen Wettbewerbsbehörden

(1) Das Bundeskartellamt hat die in § 50a Abs. 1 genannten Befugnisse auch in anderen Fällen, in denen es zum Zweck der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften mit der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder den Wettbewerbsbehörden anderer Staaten zusammenarbeitet.

(2) Das Bundeskartellamt darf Informationen nach § 50a Abs. 1 nur unter dem Vorbehalt übermitteln, dass die empfangende Wettbewerbsbehörde

1. die Informationen nur zum Zweck der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften sowie in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwendet, für den sie das Bundeskartellamt erhoben hat, und
2. den Schutz vertraulicher Informationen wahrt und diese nur an Dritte übermittelt, wenn das Bundeskartellamt der Übermittlung zustimmt; das gilt auch für die Offenlegung von vertraulichen Informationen in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren.

Vertrauliche Angaben, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, aus Verfahren der Zusammenschlusskontrolle dürfen durch das Bundeskartellamt nur mit Zustimmung des Unternehmens übermittelt werden, das diese Angaben vorgelegt hat.

(3) Die Regelungen über die Rechtshilfe in Strafsachen sowie Amts- und Rechtshilfeabkommen bleiben unberührt.

§ 50c

Behördenzusammenarbeit

(1) Die Kartellbehörden und Regulierungsbehörden können unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Aufgaben erforder-

lich ist, sowie diese in ihren Verfahren verwerten. Beweisverwertungsverbote bleiben unberührt.

(2) Die Kartellbehörden arbeiten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, der Bundesbank und den Landesmedienanstalten zusammen. Die in Satz 1 genannten Behörden können auf Anfrage gegenseitig Erkenntnisse austauschen, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist. Dies gilt nicht für vertrauliche Informationen, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sowie Informationen, die nach § 50a oder nach Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 erlangt worden sind.“

33. In der Überschrift von § 52 werden die Wörter „des Bundesministeriums für Wirtschaft“ gestrichen.

34. In § 54 Abs. 2 Nr. 3 wird folgender Halbsatz angefügt:

„Interessen der Verbraucherzentralen und anderer Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, werden auch dann erheblich berührt, wenn sich die Entscheidung auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirkt und dadurch die Interessen der Verbraucher insgesamt erheblich berührt werden.“

35. In § 55 Abs. 2 werden die Wörter „mit Unrecht“ durch die Wörter „zu Unrecht“ ersetzt.

36. § 56 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „und sie auf Antrag eines Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung zu laden“ gestrichen.

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen kann die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen. Für die Verhandlung oder für einen Teil davon ist die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatsicherheit, oder die Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses besorgen lässt. In den Fällen des § 42 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen; mit Einverständnis der Beteiligten kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.“

c) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Die §§ 45 und 46 des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind anzuwenden.“

37. § 59 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Soweit es zur Erfüllung der in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben erforderlich ist, kann die Kartellbehörde bis zum Eintritt der Bestandskraft ihrer Entscheidung

1. von Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Herausgabe von Unterlagen verlangen; dies umfasst auch allgemeine Marktstudien, die der Einschätzung oder Analyse der Wettbewerbsbedingungen oder der

Marktlage dienen und sich im Besitz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung befinden;

2. von Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse von mit ihnen nach § 36 Abs. 2 verbundenen Unternehmen sowie die Herausgabe von Unterlagen dieser Unternehmen verlangen, soweit sie die Informationen zur Verfügung haben oder soweit sie aufgrund bestehender rechtlicher Verbindungen zur Beschaffung der verlangten Informationen über die verbundenen Unternehmen in der Lage sind;

3. bei Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen innerhalb der üblichen Geschäftszeiten die geschäftlichen Unterlagen einsehen und prüfen.

Gegenüber Wirtschafts- und Berufsvereinigungen gilt Satz 1 Nr. 1 und 3 entsprechend hinsichtlich ihrer Tätigkeit, Satzung, Beschlüsse sowie Anzahl und Namen der Mitglieder, für die die Beschlüsse bestimmt sind.“

b) In Absatz 2 werden die Wörter „sowie die gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 zur Vertretung bestellten Personen“ gestrichen.

38. § 60 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. eine Verfügung nach § 40 Abs. 2, § 41 Abs. 3 oder einen Widerruf oder eine Änderung einer Freigabe nach § 40 Abs. 3a,“

b) In Nummer 3 wird die Angabe „§ 12 Abs. 1, § 15 Abs. 3, §§ 16, 22 Abs. 6, § 23 Abs. 3, § 26 Abs. 4, § 29 Abs. 3 oder 4, §§ 32, 36 Abs. 1, § 40 Abs. 3, oder § 42 Abs. 2“ durch die Angabe „§ 26 Abs. 4, § 30 Abs. 3 oder § 34 Abs. 1“ ersetzt.

39. § 62 wird wie folgt gefasst:

„§ 62

Bekanntmachung von Verfügungen

Verfügungen der Kartellbehörde nach § 30 Abs. 3, §§ 32 bis 32b und § 32d sind im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. Entscheidungen nach § 32c können von der Kartellbehörde bekannt gemacht werden.“

40. § 64 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, soweit durch die angefochtene Verfügung

1. eine Verfügung nach § 32 in Verbindung mit den §§ 19 bis 21 getroffen wird; dies gilt nicht für Verfügungen nach § 32 in Verbindung mit § 19 Abs. 4, die die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bei Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen betreffen,

2. eine Verfügung nach § 26 Abs. 4, § 30 Abs. 3 oder § 34 Abs. 1 getroffen oder

3. eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 2 Satz 2 widerrufen oder geändert wird.“
- b) Dem Absatz 3 wird folgender Satz angefügt:  
„Dies gilt nicht für die Fälle des § 65.“
41. § 65 wird wie folgt geändert:
- a) Dem Absatz 3 wird folgender Satz angefügt:  
„Hat ein Dritter Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 40 Abs. 2 oder eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 1 eingelegt, ist der Antrag des Dritten auf Erlass einer Anordnung nach Satz 3 nur zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung oder Erlaubnis in seinen Rechten verletzt zu sein.“
- b) Absatz 5 Satz 2 wird aufgehoben.
42. § 66 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:  
„(3) Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der angefochtenen Verfügung zu begründen. Im Fall des Absatzes 2 beträgt die Frist einen Monat; sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde. Die Frist kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden.“
43. § 71 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 Satz 3 werden die Wörter „von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ durch die Wörter „von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ ersetzt.
- b) In Absatz 3 wird die Angabe „§ 32“ durch die Angabe „den §§ 32 bis 32b oder § 32d“ ersetzt.
44. In § 72 Abs. 2 Satz 2 und 4 werden die Wörter „von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ durch die Wörter „von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ ersetzt.
45. In § 76 Abs. 2 Satz 2 werden die Wörter „mit Unrecht“ durch die Wörter „zu Unrecht“ ersetzt.
46. § 80 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
- aa) In Satz 2 Nr. 1 wird die Angabe „§ 9 Abs. 1, § 22 Abs. 4, § 28 Abs. 1 Satz 2, § 29 Abs. 3 oder 4, § 30 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1, § 39 Abs. 1 sowie des § 8 Abs. 3 Satz 5 bis 7 des Personenbeförderungsgesetzes und § 12 Abs. 7 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes“ durch die Angabe „§ 39 Abs. 1“ ersetzt.
- bb) In Satz 2 Nr. 2 wird die Angabe „§§ 10, 12, 15 bis 18, 22 Abs. 6, § 23 Abs. 3, §§ 24, 26, 29, 32, 36, 40, 41, 42 und 60“ durch die Angabe „§§ 26, 30 Abs. 3, §§ 32 bis 32d auch in Verbindung mit den §§ 50 bis 50b, §§ 36, 39, 40, 41, 42 und 60“ ersetzt.
- cc) In Satz 2 Nr. 3 wird nach den Wörtern „Erteilung von“ das Wort „beglaubigten“ eingefügt.
- dd) Satz 3 wird wie folgt gefasst:  
„Daneben werden als Auslagen die Kosten der Veröffentlichungen, der öffentlichen Bekanntmachungen und von weiteren Ausfertigungen, Kopien und Auszügen sowie die in entsprechender Anwendung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes zu zahlenden Beträge erhoben.“
- ee) In Satz 4 werden nach den Wörtern „Auf die Gebühr für die“ die Wörter „Freigabe oder“ eingefügt.
- b) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt geändert:
- aa) In Nummer 1 wird die Angabe „§§ 36, 39, 40, 41 und 42“ durch die Angabe „§§ 36, 39, 40, 41 Abs. 3 und 4 und § 42“ ersetzt.
- bb) In Nummer 2 wird die Angabe „§§ 10, 29 Abs. 1 – auch in Verbindung mit Abs. 3 – und des § 32“ durch die Angabe „§§ 32, 32d und § 41 Abs. 2 Satz 1 und 2“ ersetzt.
- cc) In Nummer 3 wird die Angabe „der §§ 9 und 29 Abs. 4“ durch die Angabe „des § 32b Abs. 1 und § 32c“ ersetzt.
- dd) In Nummer 4 wird die Angabe „§ 15 Abs. 3, der §§ 16, 17 Abs. 3, §§ 18, 22 Abs. 6, des § 23 Abs. 3, § 26 Abs. 1 und § 29 Abs. 2 – auch in Verbindung mit Abs. 3 –“ durch die Angabe „§ 26 Abs. 1 und 2 und § 30 Abs. 3“ ersetzt.
- ee) Die Nummern 5 bis 7 werden aufgehoben.
- ff) Die bisherigen Nummern 8 und 9 werden Nummern 5 und 6.
- gg) In der neuen Nummer 6 Buchstabe a wird die Angabe „§ 12 Abs. 2“ durch die Angabe „§ 40 Abs. 3a auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 und § 42 Abs. 2 Satz 2“ ersetzt.
- hh) In der neuen Nummer 6 Buchstabe b werden die Wörter „in den Fällen des § 12 Abs. 1 und § 29 Abs. 3 und 4 den Betrag für die Anmeldung (Nr. 2 bis 5), 7 500 Euro für Verfügungen in bezug auf Vereinbarungen oder Beschlüsse der in § 4 Abs. 2 bezeichneten Art und“ gestrichen.
- ii) In der neuen Nummer 6 Buchstabe d wird die Angabe „des § 60“ durch die Angabe „der §§ 32a und 60“ ersetzt.
- c) In Absatz 6 Satz 1 Nr. 2 werden nach dem Wort „Antrag“ die Wörter „oder eine Anmeldung“ eingefügt.
47. § 81 wird wie folgt geändert:
- a) Folgender neuer Absatz 1 wird eingefügt:  
„(1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2002 (ABl. EG Nr. C 325 S. 33) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig
1. entgegen Artikel 81 Abs. 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder
  2. entgegen Artikel 82 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.“

- b) Der bisherige Absatz 1 wird neuer Absatz 2 und wie folgt geändert:
- aa) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:
- „1. einer Vorschrift des § 1, § 4 Satz 1, § 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1, § 20 Abs. 3 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, § 20 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 6, § 21 Abs. 3 oder 4 oder § 41 Abs. 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,“.
- bb) Die Nummer 6 wird die neue Nummer 2.
- cc) In der neuen Nummer 2 wird Buchstabe a wie folgt gefasst:
- „a) § 30 Abs. 3, § 32 Abs. 1, § 32a Abs. 1, § 32b Abs. 1 Satz 1 oder § 41 Abs. 4 Nr. 2, auch in Verbindung mit § 40 Abs. 3a Satz 2, auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 oder § 42 Abs. 2 Satz 2, oder § 60 oder“.
- dd) Die Nummer 7 wird die neue Nummer 3.
- ee) In der neuen Nummer 3 werden die Wörter „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ durch die Wörter „nicht richtig oder nicht vollständig“ ersetzt.
- ff) Die bisherigen Nummern 2, 3 und 9 werden aufgehoben.
- gg) In Nummer 4 wird die Angabe „§ 9 Abs. 4 Satz 3 oder“ gestrichen.
- hh) In Nummer 5 werden die Wörter „§ 10 Abs. 4 Satz 3, § 12 Abs. 2 Satz 1, jeweils auch in Verbindung mit § 17 Abs. 3 Satz 3,“ gestrichen und am Ende das Komma durch das Wort „oder“ ersetzt.
- ii) Die Nummer 8 wird die neue Nummer 6.
- jj) In der neuen Nummer 6 wird am Ende das Wort „oder“ durch einen Punkt ersetzt.
- c) Nach dem neuen Absatz 2 wird folgender neuer Absatz 3 eingefügt:
- „(3) Ordnungswidrig handelt, wer
1. entgegen § 21 Abs. 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert,
  2. entgegen § 21 Abs. 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder
  3. entgegen § 24 Abs. 4 Satz 3 oder § 39 Abs. 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt.“
- d) Der bisherige Absatz 2 wird neuer Absatz 4 und in Satz 1 wie folgt geändert:
- aa) Die Angabe „Absatzes 1 Nr. 1, 2, 5, 6 Buchstabe a und Nr. 9“ wird durch die Angabe „Absatzes 1, des Absatzes 2 Nr. 1, 2 Buchstabe a und Nr. 5 und des Absatzes 3“ ersetzt.
- bb) Die Wörter „fünfhunderttausend Euro“ werden durch die Wörter „einer Million Euro“ und die Wörter „fünfundzwanzigtausend Euro“ durch die Wörter „hunderttausend Euro“ ersetzt.“
- e) Nach dem neuen Absatz 4 werden folgende neue Absätze 5 bis 7 eingefügt:
- „(5) Bei der Zumessung der Geldbuße findet § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit der Maßgabe Anwendung, dass der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die Geldbuße nach Absatz 4 abgeschöpft werden kann. Dient die Geldbuße allein der Ahndung, ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.
- (6) Im Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen sind zu verzinsen; die Verzinsung beginnt zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides. § 288 Abs. 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden.
- (7) Das Bundeskartellamt kann allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung der Geldbuße auch für die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden festlegen.“
- f) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 8.
- g) Der neue Absatz 8 wird wie folgt geändert:
- aa) In Satz 1 wird die Angabe „Absatz 1“ durch die Angabe „den Absätzen 1 bis 3“ ersetzt.
- bb) In Satz 2 wird die Angabe „Absatz 1 Nr. 1“ durch die Angabe „Absatz 1, Absatz 2 Nr. 1 und Absatz 3“ ersetzt.
- h) Nach dem neuen Absatz 8 wird folgender neuer Absatz 9 eingefügt:
- „(9) Ist die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder sind die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft aufgrund einer Beschwerde oder von Amts wegen mit einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gegen dieselbe Vereinbarung, denselben Beschluss oder dieselbe Verhaltensweise wie die Kartellbehörde befasst, wird für Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 die Verjährung durch die den § 33 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten entsprechenden Handlungen dieser Wettbewerbsbehörden unterbrochen.“

- i) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 10.
  - j) In dem neuen Absatz 10 werden die Nummern 1 und 2 durch die Wörter „die nach § 48, auch in Verbindung mit § 49 Abs. 3 und 4, oder § 50 zuständige Behörde“ ersetzt.
  - k) Der bisherige Absatz 5 wird aufgehoben.
48. § 82 Satz 1 wird wie folgt geändert:
- a) Im einleitenden Satzteil werden die Wörter „Die nach § 48 zuständige Behörde“ durch die Wörter „Die Kartellbehörde“ ersetzt.
  - b) In den Nummern 1 und 2 wird die Angabe „§ 81 Abs. 1 Nr. 1“ jeweils durch die Angabe „§ 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3“ ersetzt.
49. Nach § 82 wird folgender § 82a eingefügt:

„§ 82a  
Befugnisse und Zuständigkeiten im  
gerichtlichen Bußgeldverfahren

(1) Im gerichtlichen Bußgeldverfahren kann dem Vertreter der Kartellbehörde gestattet werden, Fragen an Betroffene, Zeugen und Sachverständige zu richten.

(2) Sofern das Bundeskartellamt als Verwaltungsbehörde des Vorverfahrens tätig war, erfolgt die Vollstreckung der Geldbuße und des Geldbetrages, dessen Verfall angeordnet wurde, durch das Bundeskartellamt als Vollstreckungsbehörde aufgrund einer von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Gerichts zu erteilenden, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Urteilsformel entsprechend den Vorschriften über die Vollstreckung von Bußgeldbescheiden. Die Geldbußen und die Geldbeträge, deren Verfall angeordnet wurde, fließen der Bundeskasse zu, die auch die der Staatskasse auferlegten Kosten trägt.“

50. Nach § 86 wird folgender neuer Dritter Abschnitt eingefügt:

„Dritter Abschnitt  
Vollstreckung  
§ 86a  
Vollstreckung

Die Kartellbehörde kann ihre Anordnungen nach den für die Vollstreckung von Verwaltungsmaßnahmen geltenden Vorschriften durchsetzen. Die Höhe des Zwangsgeldes beträgt mindestens 1 000 Euro und höchstens 10 Millionen Euro.“

51. Der Dritte Abschnitt „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ wird Vierter Abschnitt.
52. § 87 Abs. 1 Satz 1 und 2 wird wie folgt gefasst:

„Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die die Anwendung dieses Gesetzes, der Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft oder der Artikel 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum betreffen, sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands die Landgerichte ausschließlich zuständig. Satz 1 gilt auch, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung, die nach die-

sem Gesetz zu treffen ist, oder von der Anwendbarkeit der Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft oder der Artikel 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum abhängt.“

53. In § 88 werden die Wörter „aus diesem Gesetz oder aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen (§ 87)“ durch die Angabe „nach § 87 Abs. 1“ ersetzt.
54. Nach § 89 wird folgender § 89a eingefügt:

„§ 89a  
Streitwertanpassung

(1) Macht in einer Rechtsstreitigkeit, in der ein Anspruch nach den §§ 33 oder 34a geltend gemacht wird, eine Partei glaubhaft, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Gericht auf ihren Antrag anordnen, dass die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepassten Teil des Streitwerts bemisst. Das Gericht kann die Anordnung davon abhängig machen, dass die Partei glaubhaft macht, dass die von ihr zu tragenden Kosten des Rechtsstreits weder unmittelbar noch mittelbar von einem Dritten übernommen werden. Die Anordnung hat zur Folge, dass die begünstigte Partei die Gebühren ihres Rechtsanwalts ebenfalls nur nach diesem Teil des Streitwerts zu entrichten hat. Soweit ihr Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden oder soweit sie diese übernimmt, hat sie die von dem Gegner entrichteten Gerichtsgebühren und die Gebühren seines Rechtsanwalts nur nach dem Teil des Streitwerts zu erstatten. Soweit die außergerichtlichen Kosten dem Gegner auferlegt oder von ihm übernommen werden, kann der Rechtsanwalt der begünstigten Partei seine Gebühren von dem Gegner nach dem für diesen geltenden Streitwert betreiben.

(2) Der Antrag nach Absatz 1 kann vor der Geschäftsstelle des Gerichts zur Niederschrift erklärt werden. Er ist vor der Verhandlung zur Hauptsache anzubringen. Danach ist er nur zulässig, wenn der angenommene oder festgesetzte Streitwert später durch das Gericht heraufgesetzt wird. Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Gegner zu hören.“

55. Nach dem neuen § 89a wird folgende Abschnittsüberschrift eingefügt:

„Fünfter Abschnitt  
Gemeinsame Bestimmungen“.

56. § 90 wird wie folgt geändert:

a) In der Überschrift werden die Wörter „des Bundeskartellamts“ durch die Wörter „der Kartellbehörden“ ersetzt.

b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Das Bundeskartellamt ist über alle Rechtsstreitigkeiten nach § 87 Abs. 1 durch das Gericht zu unterrichten.“

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in sonstigen Rechtsstreitigkeiten, die die Anwendung der Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft betreffen.“

c) In Absatz 4 wird die Angabe „§ 15“ durch die Angabe „§ 30“ ersetzt.

57. Die Überschrift des bisherigen Vierten Abschnitts wird gestrichen.

58. Nach § 90 wird folgender § 90a eingefügt:

„§ 90a  
Zusammenarbeit der Gerichte mit der  
Kommission der Europäischen Gemeinschaft  
und den Kartellbehörden

(1) In allen gerichtlichen Verfahren, in denen die Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Anwendung kommen, übermittelt das Gericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über das Bundeskartellamt eine Abschrift jeder Entscheidung unverzüglich nach deren Zustellung an die Parteien. Das Bundeskartellamt darf der Kommission der Europäischen Gemeinschaft die Unterlagen übermitteln, die es nach § 90 Abs. 1 Satz 2 erhalten hat.

(2) Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft kann in Verfahren nach Absatz 1 aus eigener Initiative dem Gericht schriftliche Stellungnahmen übermitteln. Das Gericht übermittelt der Kommission der Europäischen Gemeinschaft alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke einschließlich der Kopien aller Schriftsätze sowie der Abschriften aller Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen, wenn diese darum nach Artikel 15 Abs. 3 Satz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ersucht. § 4b Abs. 5 und 6 des Bundesdatenschutzgesetzes gilt entsprechend. Das Gericht übermittelt dem Bundeskartellamt und den Parteien eine Kopie einer Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaft nach Artikel 15 Abs. 3 Satz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft kann in der mündlichen Verhandlung auch mündlich Stellung nehmen.

(3) Das Gericht kann in Verfahren nach Absatz 1 die Kommission der Europäischen Gemeinschaft um die Übermittlung ihr vorliegender Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft betreffen. Das Gericht unterrichtet die Parteien über ein Ersuchen nach Satz 1 und übermittelt diesen und dem Bundeskartellamt eine Kopie der Antwort der Kommission der Europäischen Gemeinschaft.

(4) In den Fällen der Absätze 2 und 3 kann der Geschäftsverkehr zwischen dem Gericht und der Kommission der Europäischen Gemeinschaft auch über das Bundeskartellamt erfolgen.“

59. In § 94 Abs. 1 Nr. 3 werden die Wörter „Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz oder aus Verein-

barungen und Beschlüssen der in den §§ 1 bis 8 bezeichneten Art ergeben,“ durch die Wörter „Rechtsstreitigkeiten nach § 87 Abs. 1“ ersetzt.

60. § 96 wird aufgehoben.

61. In § 100 Abs. 2 Buchstabe e wird die Angabe „des Artikels 223 Abs. 1 Buchstabe b“ durch die Angabe „des Artikels 296 Abs. 1 Buchstabe b“ ersetzt.

62. In § 111 Abs. 2 Satz 1 werden die Wörter „von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ durch die Wörter „von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ ersetzt.

63. § 131 wird wie folgt gefasst:

„§ 131  
Übergangsbestimmungen

(1) Freistellungen von Vereinbarungen und Beschlüssen nach § 4 Abs. 2 und § 9 Abs. 3 Satz 1 und 4, Freistellungen von Lizenzverträgen nach § 17 Abs. 3 und Freistellungen von Mittelstandsempfehlungen nach § 22 Abs. 4 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung werden am 31. Dezember 2005 unwirksam. Bis dahin sind § 11 Abs. 1, §§ 12 und 22 Abs. 6 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung weiter anzuwenden.

(2) Verfügungen der Kartellbehörde, durch die Vereinbarungen und Beschlüsse nach § 10 Abs. 1 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung freigestellt sind, werden am 31. Dezember 2005 unwirksam. Ist die Freistellungsverfügung der Kartellbehörde kürzer befristet, bleibt es dabei. Bis zum in Satz 1 genannten Zeitpunkt sind § 11 Abs. 1 und § 12 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung weiter anzuwenden.

(3) Absatz 2 Satz 1 und 2 gilt entsprechend für Verfügungen der Kartellbehörde, durch die Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 1 und 2 Satz 1 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung freigestellt sind.

(4) Auf einen Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift oder eine Verfügung der Kartellbehörde, der bis zum 31. Dezember 2004 begangen worden ist, ist anstelle der §§ 34 und 34a nur § 34 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung anzuwenden.

(5) § 82a Abs. 1 findet auf Verfahren Anwendung, in denen das Gericht bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes noch keine mündliche Verhandlung terminiert hat. § 82a Abs. 2 gilt für alle Urteile, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen worden sind.

(6) Soweit sie die öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, sind die §§ 103, 103a und 105 sowie die auf sie verweisenden anderen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 1 und 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), weiter anzuwenden. Das gilt insoweit auch für die Vorschriften, auf welche die genannten Vorschriften verweisen.

(7) Die Bundesregierung hat den gesetzgebenden Körperschaften bis zum 31. Dezember 2008 einen Be-

richt über die Erfahrungen mit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 und der Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen nach § 34a vorzulegen. Soweit sich aus dem Bericht die Notwendigkeit von gesetzgeberischen Maßnahmen ergibt, soll die Bundesregierung einen Vorschlag machen.“

## Artikel 2

### Änderung anderer Rechtsvorschriften

(1) § 12a Abs. 1 Satz 2 des Gerichtskostengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3047), das zuletzt durch Artikel 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 14. März 2003 (BGBl. I S. 345) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Im Verfahren über Beschwerden eines Beigeladenen (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ist der Streitwert unter Berücksichtigung der sich für den Beigeladenen ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen.“

(2) In § 150a Abs. 2 der Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 35a des Gesetzes vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2954) geändert worden ist, wird nach Nummer 3 folgende Nummer 4 eingefügt:

„4. den nach § 81 Abs. 10 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuständigen Behörden zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 bis Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die in § 149 Abs. 2 Nr. 3 bezeichneten Eintragungen,“

(3) § 3 des Gesetzes über den Ladenschluss in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juni 2003 (BGBl. I S. 744) wird wie folgt geändert:

1. Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen.
2. Absatz 2 wird aufgehoben.

(4) § 23b des Tierzuchtgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Januar 1998 (BGBl. I S. 145), das zuletzt durch Artikel 187 der Verordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2785) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Satz 2 wird wie folgt gefasst:  
„Die §§ 1 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten insoweit nicht.“
2. Folgender Satz wird angefügt:  
„Im Übrigen bleiben die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt.“

(5) § 40 Abs. 3 Satz 2 des Bundeswaldgesetzes vom 2. Mai 1975 (BGBl. I S. 1037), das zuletzt durch Artikel 204

der Verordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2785) geändert worden ist, wird aufgehoben.

(6) § 11 Abs. 3 Satz 2 des Marktstrukturgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1990 (BGBl. I S. 2134), das zuletzt durch Artikel 15 der Verordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2304) geändert worden ist, wird aufgehoben.

(7) § 8 Abs. 3 des Personenbeförderungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 24 des Gesetzes vom 29. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3076) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Satz 7 wird die Angabe „gelten die §§ 1 und 22 Abs. 1“ durch die Angabe „gilt § 1“ ersetzt.
2. Satz 8 wird aufgehoben.
3. Der neue Satz 8 wird wie folgt gefasst:

„Für Vereinigungen von Unternehmen, die Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen im Sinne von Satz 7 treffen, gilt § 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.“

(8) § 12 Abs. 7 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396, 1994 I S. 2439), das zuletzt durch Artikel 26 des Gesetzes vom 29. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3076) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 wird die Angabe „gelten die §§ 1 und 22 Abs. 1“ durch die Angabe „gilt § 1“ ersetzt.
2. Satz 2 wird aufgehoben.
3. Der neue Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Für Vereinigungen von Unternehmen, die Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen im Sinne von Satz 1 treffen, gilt § 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.“

(9) § 13 des Energiesicherungsgesetzes vom 20. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3681), das zuletzt durch Artikel 128 der Verordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2304) geändert worden ist, wird aufgehoben.

## Artikel 3

### Neubekanntmachung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt neu bekannt machen.

## Artikel 4

### Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2005 in Kraft.

## Begründung

### A. Allgemeines

#### 1. Vorgeschichte

Nach der Ankündigung im Jahreswirtschaftsbericht 2003 hat die Bundesregierung das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umfassend überprüft mit dem vorrangigen Ziel der Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Recht. Weiteres wichtiges Ziel war die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbsprinzips. Die Überprüfung wurde fachlich begleitet von der im März 2003 eingerichteten „Expertengruppe 7. GWB-Novelle“. Am 4. März 2003 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit den Entwurf von Eckpunkten für eine 7. GWB-Novelle und gab den beteiligten Wirtschaftskreisen sowie den Bundesressorts und Ländern Gelegenheit zur Stellungnahme. Am 11. Juni 2003 wurden die betroffenen Verbände zum Entwurf der Eckpunkte angehört. Am 18. Dezember 2003 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit den Referentenentwurf für ein Siebtes Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und gab den beteiligten Bundesressorts, den Ländern und den betroffenen Verbänden Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Bundesressorts haben dem Entwurf zugestimmt. Mit den betroffenen Verbänden ist der Entwurf in der Anhörung am 17. Mai 2004 eingehend erörtert worden. Das wesentliche Ziel der Novelle, die Anpassung des deutschen Wettbewerbsrechts an das neue europäische Wettbewerbsrecht, wurde dabei nahezu einhellig unterstützt.

#### 2. Anlass und Ziele des Gesetzes

Anlass dieser Novellierung des GWB ist die Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (im Folgenden: VO 1/2003) durch den Rat der Europäischen Union. Diese Verordnung ist am 1. Mai 2004 in Kraft getreten. Die bislang bestehende grundsätzliche Anmelde- und Genehmigungspflicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen wird überführt in ein System der Legalausnahme. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gelten danach automatisch als freigestellt, wenn sie die Freistellungs Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 des EG-Vertrages (im Folgenden: EG) erfüllen. Gleichzeitig wird der Vorrang des europäischen Rechts hinsichtlich der Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmter Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG (im Folgenden: „wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen“) erheblich erweitert.

Die Neuregelung auf EU-Ebene hat erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Zahlreiche Unternehmensabsprachen haben Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel und sind daher nach Artikel 81 EG zu beurteilen. Eigenständige Bedeutung wird dem deutschen Wettbewerbsrecht zu Vereinbarungen künftig nur noch in den Fällen zukommen, die rein lokale oder regionale Auswirkungen haben und keine zwischenstaatliche Relevanz aufweisen. Die Fusionskon-

trolle und Missbrauchsaufsicht im GWB bleiben hiervon unberührt.

Durch die Novelle werden die Regelungen im GWB für Unternehmenskooperationen an die neue Konzeption des europäischen Wettbewerbsrechts angepasst. Wie im europäischen Recht wird damit die Rechtsanwendung entbürokratisiert und vereinfacht. Für die Unternehmen ergibt sich daraus ein größerer Freiraum, aber auch eine höhere Eigenverantwortung.

Die Angleichung an das europäische Recht erfasst auch die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Nach europäischem Recht (Artikel 81 EG) unterliegen vertikale Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken (Vertriebsbindungen), ebenso wie horizontale Vereinbarungen einem Verbot mit Legalausnahme. Im bisherigen GWB sind dagegen sog. Inhaltsbindungen (für Preise und Konditionen) per se verboten; andere Vertriebsbindungen sind grundsätzlich erlaubt, unterliegen aber einer Missbrauchsaufsicht. Die bisherige deutsche Systematik ist zwar wettbewerbspolitisch sachgerecht und führt auch zu praktisch befriedigenden Ergebnissen. Angesichts des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts wird jedoch zukünftig im Grundsatz das europäische Modell für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen übernommen, um die Einheit des Wettbewerbsrechts zu bewahren.

In die Neuregelung werden auch horizontale und vertikale Vereinbarungen einbezogen, die keine zwischenstaatlichen Auswirkungen haben und deshalb allein dem deutschen Recht unterliegen. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen – oftmals zu ihren Lasten – zu vermeiden, sind lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen. Nur in Ausnahmefällen ist es sachgerecht, spezifische Regelungen des deutschen Wettbewerbsrechts aufrechtzuerhalten.

Der unbedingte Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt nicht für die Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten. Diese Fälle können daher im deutschen Recht anders geregelt werden als in Artikel 82 EG. Von dieser Möglichkeit wird auch weiterhin Gebrauch gemacht. Die Bestimmungen in § 19 zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen stimmen zwar weitgehend mit Artikel 82 EG überein, enthalten zum Teil aber auch spezielle Regelungen über Artikel 82 EG hinaus, insbesondere hinsichtlich der Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (§ 19 Abs. 4 Nr. 4). Diese Regelungen haben in der Praxis erhebliche Bedeutung, vor allem im Bereich der Netzindustrien. Die Vorschriften über das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen (§ 20) erfüllen eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Das gilt insbesondere für das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis. Diese Regelungen, die in Artikel 82 EG keine Entsprechung haben, bleiben daher aufrechterhalten.

Die Europäische Kommission (im Folgenden: Kommission) und die nationalen Wettbewerbsbehörden werden künftig

mit dem Ziel einer effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in einem „Netzwerk“ eng zusammenarbeiten. Durch die Reform werden daher Verfahrensregelungen und Ermittlungsbefugnisse im GWB an die Neuregelungen in der VO 1/2003 angepasst. Dies ist erforderlich, damit die Kooperation der Kartellbehörden mit den anderen Behörden des europäischen Netzwerkes möglichst reibungslos funktionieren kann.

Darüber hinaus enthält die Novelle geänderte Bestimmungen für Presseunternehmen. Grund hierfür ist die wirtschaftlich schwierige Lage, in der sich die Printbranche befindet. Die neuen Regelungen sollen den Unternehmen vor allem die Möglichkeit bieten, ihre wirtschaftliche Basis zu verbreitern, und so das Überleben der vielfältigen deutschen Presselandschaft sichern.

Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle sind einige verfahrensrechtliche Änderungen vorgesehen. Die mit der 6. GWB-Novelle eingeführte Möglichkeit von Drittklagen gegen förmliche Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts hat sich in der Praxis teilweise als Vollzugshindernis für Fusionen erwiesen. Dies kann zu einem Investitionshemmnis mit erheblichen nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland führen. Insbesondere die weitgehende Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz im Fall der gerichtlichen Anfechtung war daher zu überprüfen. In Zukunft wird maßgebliches Kriterium für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes die Verletzung eigener Rechte des Beschwerdeführers sein. Insoweit folgt das Gesetz den Grundsätzen, die für den gerichtlichen Rechtsschutz im allgemeinen Verwaltungsrecht gelten. Weitergehende Einschränkungen sind nicht notwendig. Insbesondere der Rechtsschutz in der Hauptsache bleibt unverändert.

Für eine Anpassung der materiellen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle insgesamt besteht derzeit keine Notwendigkeit. Ob und inwieweit nach Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden: VO 139/2004) eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts angezeigt ist, kann erst zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden.

### 3. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Novellierung des GWB beruht auf Artikel 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Gerichtliches Verfahren). Eine bundesgesetzliche Regelung ist auch im Sinne des Artikels 72 Abs. 2 GG sowohl bezogen auf das Gesamtvorhaben als auch auf die wichtigsten Einzelregelungen zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich. Die grundsätzliche Neuordnung, insbesondere des Rechts der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen, ist im Binnenmarkt weitgehend durch europäisches Recht vorgegeben und kann für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland in sachgerechter Weise auch nur einheitlich durch den Bundesgesetzgeber erfolgen. Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene in diesem Bereich würde in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen und für die Unternehmen untragbaren Standards führen, was weder im Interesse des Bundes noch

der Länder hingenommen werden kann. Ausnahmen für einzelne Sachgebiete sind nicht möglich. Auch soweit das GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens für die Landeskartellbehörden aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.

### 4. Grundzüge der Novellierung

a) Im Hinblick auf das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und die Ausnahmen von diesem Verbot bleiben dem nationalen Gesetzgeber aufgrund des erweiterten Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts (Artikel 3 VO 1/2003) zwei Wahlmöglichkeiten: für Vereinbarungen mit zwischenstaatlicher Bedeutung besteht die Möglichkeit, entweder nur europäisches Recht anzuwenden oder die parallele Anwendung von europäischem und nationalem Recht vorzusehen (wobei nationales Recht im Ergebnis nicht vom europäischen Recht abweichen darf). Bei Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist der nationale Gesetzgeber frei und kann in eigener Souveränität entscheiden, ob es notwendig ist, dass das nationale Recht dem europäischen Vorbild folgt. In der Novelle ist für Vereinbarungen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen die Möglichkeit der parallelen Anwendung der Vorschriften des GWB neben dem zwingend anzuwendenden europäischen Wettbewerbsrecht vorgesehen. Ein wesentlicher Grund hierfür ist die fehlende begriffliche Schärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nach Artikel 81 EG. Ihre Definition insbesondere durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes folgt weiten, letztlich wertenden Gesichtspunkten. Danach ist die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann gegeben, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar und mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann (vgl. EuGH; Urteil vom 11. Dezember 1980, „L'Oréal“, Slg. 1980, 3775, 3791). Die Zwischenstaatlichkeitsklausel würde somit keine scharfe Grenze ziehen zwischen der Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts und dem Bereich, der allein der nationalen Wettbewerbsordnung vorbehalten ist. Die parallele Anwendung des europäischen und nationalen Rechts auf Vereinbarungen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug stellt sicher, dass insbesondere in Zweifelsfällen der Anwendbarkeit europäischen oder nationalen Wettbewerbsrechts („Graubereich“) die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidungen nicht infrage gestellt ist, sofern nationales und europäisches Wettbewerbsrecht (wie im Regelfall) zum gleichen Ergebnis führen.

Für Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist die weitestgehende Übernahme des europäischen Rechts vorgeschrieben. Nur so kann eine unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug vermieden werden. Eine solche Zweiteilung wäre zum einen wegen der begrifflichen Unschärfe der Zwischenstaatlichkeits-

klausel nur schwer handhabbar. Sie ist aber auch nicht sachgerecht. Um eine unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen – oft zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen – zu vermeiden, sind lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen. Nur in Ausnahmefällen kann es gerechtfertigt sein, spezifische Regelungen des deutschen Wettbewerbsrechts aufrechtzuerhalten. Dies folgt dem Beispiel vieler Mitgliedstaaten, die bereits in ihrem geltenden Recht das europäische Recht ganz oder teilweise übernommen haben; andere Mitgliedstaaten werden dies mit der Anpassung an die VO 1/2003 nachholen. Damit entsteht in Europa für den Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ein nahezu identisches Recht. Einheitliche Regelungen im europäischen Wettbewerbsrecht und im Wettbewerbsrecht der 25 Mitgliedstaaten sind im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt geboten. Für die Unternehmen ist die Schaffung eines derartigen „level playing field“ mit erheblichen Vorteilen verbunden. Die Wirtschaft unterstützt deshalb den Systemwechsel, auch soweit dadurch das deutsche Recht wie z. B. bei den vertikalen Vereinbarungen ausnahmsweise verschärft wird.

Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1, auch soweit sie schon bisher in dieser Vorschrift enthalten waren, wie etwa der Definition von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen oder dem Merkmal einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts auch weiterhin zu berücksichtigen. Diese Rechtsfolge, die sich durch die Angleichung des Wortlauts bereits seit der 6. GWB-Novelle ergibt, wird durch den Grundsatz der europafreundlichen Anwendung nach Maßgabe der neuen Vorschrift des § 23 bekräftigt. Darin einbezogen sind auch Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission. Solche Hinweise zur Auslegung des Artikels 81 Abs. 1 EG sind etwa enthalten in den Leitlinien zu horizontalen Vereinbarungen (ABl. EG Nr. C 3 vom 6. Januar 2001; S. 2) oder zu vertikalen Vereinbarungen (ABl. EG Nr. C 291 vom 13. Oktober 2000; S. 1) ebenso wie in speziellen sektorspezifischen Regelungen. Maßstäbe für die Verwaltungspraxis der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 1 EG enthält auch die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (sog. De-minimis-Bekanntmachung, ABl. EG Nr. C 368 vom 22. Dezember 2001; S. 13), die insbesondere quantitative Kriterien für die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aufstellt.

Auch die Beweislastverteilung folgt im Grundsatz dem europäischen Recht: danach trägt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot des § 1 die Partei oder die Behörde, die diesen Vorwurf erhebt. Die Beweislast dafür, dass die Freistellungsvoraussetzungen nach dem neuen § 2 vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen. Hiervon unberührt bleiben jedoch der Untersuchungsgrundsatz in kartellrechtlichen Bußgeld- und Untersagungsverfahren sowie die Unschuldsvermutung in Bußgeldverfahren.

Im Einzelnen sind folgende Neuerungen vorgesehen:

- Erstreckung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend Artikel 81 Abs. 1 EG (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
- Schaffung einer dem Artikel 81 Abs. 3 EG entsprechenden Generalklausel für die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen (dazu siehe Doppelbuchstabe bb),
- Aufhebung der meisten speziellen Freistellungstatbestände im bisherigen deutschen Recht mit Ausnahme einer Sonderregelung für die Freistellung von Mittelstandskartellen (dazu siehe Doppelbuchstabe cc),
- Aufrechterhaltung des Per-se-Verbots für Preisbindungen der 2. Hand entsprechend dem bisherigen § 14; inhaltlich wird dieses Verbot jedoch an die europäische Regelung in der Vertikal-GVO angepasst (dazu siehe Doppelbuchstabe dd),
- Beseitigung des bisherigen Verfahrens der grundsätzlichen Administrativfreistellung und Einführung des Systems der Legalausnahme wie im europäischen Recht (dazu siehe Doppelbuchstabe ee).

aa) Bereits im Rahmen der 6. Novelle des GWB wurde der Wortlaut des Kartellverbots im bisherigen § 1 an Artikel 81 Abs. 1 EG angeglichen. Die Angleichung erfasste jedoch nur Horizontalvereinbarungen. Entsprechend Artikel 81 Abs. 1 EG wird nunmehr auch im deutschen Recht das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt. Hierzu wird insbesondere das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen für die Anwendung der Verbotsnorm des § 1 gestrichen. § 1 hat damit zukünftig den gleichen Regelungsgehalt wie Artikel 81 Abs. 1 EG. Daher sind bei der Auslegung und Anwendung von § 1 auch die Regelbeispiele des Artikels 81 Abs. 1 EG heranzuziehen, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Text des § 1 aufgeführt sind. Aus ihnen wird zum Beispiel die Anwendbarkeit des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen deutlich. So erfasst das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (Beispiel in Buchstabe a in Artikel 81 Abs. 1 EG) sowohl horizontale wie auch vertikale Preis- und Konditionenbindungen. Dagegen unterscheiden sich die Anwendungsbereiche beider Vorschriften. Artikel 81 Abs. 1 EG erfasst nur Vereinbarungen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. § 1 gilt dagegen einerseits für Vereinbarungen, bei denen diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, zum andern aber auch parallel zu Artikel 81 Abs. 1 EG für zwischenstaatlich relevante Vereinbarungen.

Die Übernahme der europäischen Systematik bei der Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ist in erster Linie dem durch die neue VO 1/2003 weiter gestärkten Vorrang des europäischen Rechts geschuldet. Nach bisherigem deut-

schen Recht unterliegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – abgesehen vom Preis- und Konditionenbindungsverbot des bisherigen § 14 – nur einer mit hohen Eingriffsschwellen verbundenen Missbrauchsaufsicht. Damit trägt das bisherige deutsche Recht der im Vergleich zu Horizontalvereinbarungen grundsätzlich geringeren wettbewerbspolitischen Schädlichkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen angemessen Rechnung. Dies führt in der Praxis auch zu sachgerechten Ergebnissen. Im europäischen Recht hat die Erstreckung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf vertikale Vereinbarungen in erster Linie integrationspolitische Ziele, insbesondere um sicherzustellen, dass der Abbau staatlich veranlasster Beschränkungen des Binnenmarkts nicht durch privatrechtliche Beschränkungen (z. B. durch Gebietsschutz) unterlaufen wird. Angesichts des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts kann sich aber auch das deutsche Recht der systematischen Einordnung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischer Ebene nicht entziehen.

Hinzu kommt, dass sich das deutsche und europäische Verständnis von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend angenähert haben. Die neue Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (sog. Vertikal-GVO, ABl. EG Nr. L 336 vom 29. Dezember 1999; S. 21) geht aufgrund der bisher gewonnenen Erfahrungen zu vertikalen Vereinbarungen davon aus, dass bestimmte Vereinbarungen mit vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Wirkungen stärker ins Gewicht fallen als die wettbewerbsschädlichen Wirkungen, die von Beschränkungen in den vertikalen Vereinbarungen verursacht werden, hängt davon ab, in welchem Ausmaß die Unternehmen dem Wettbewerb anderer Lieferanten von Waren oder Dienstleistungen ausgesetzt sind (sog. Inter-brand-Wettbewerb). Die Vertikal-GVO geht im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von der Vermutung aus, dass positive Wirkungen eintreten, wenn der auf den Lieferanten entfallende Anteil bzw. bei Alleinvertriebsvereinbarungen der auf den Abnehmer entfallende Anteil an dem relevanten Markt 30 % nicht überschreitet. Bestimmte Arten schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen werden als so negativ beurteilt, dass die Freistellungswirkung ausgeschlossen ist. Im Kern führt die Vertikal-GVO – ebenso wie das bisherige deutsche Recht – zur grundsätzlichen Freistellung der überwiegenden Anzahl vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Da § 2 die Anpassung an die europäische Verbotsnorm des Artikels 81 Abs. 1 EG unmittelbar mit der Anpassung an die europäischen Freistellungstatbestände (einschließlich der

Gruppenfreistellungsverordnungen) verknüpft, führt die Erstreckung des Kartellverbots des bisherigen § 1 auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sachlich zu angemessenen Ergebnissen.

Folge dieser Anpassung ist, dass die bisherigen §§ 14 bis 18 aufgehoben werden. Die bisherige Regelung zur Missbrauchsaufsicht über vertikale Vereinbarungen (§ 16) fällt ersatzlos weg. Zu den Lizenzverträgen (§ 17) und Verträgen über andere Leistungen und Saatgut (§ 18) siehe nachfolgend unter Doppelbuchstabe bb. Zum Verbot der Preisbindung, das bisher in § 14 geregelt war, siehe § 4 (unten Doppelbuchstabe dd). Die Ausnahmeregelung für Zeitungen und Zeitschriften (bislang § 15) findet sich nunmehr in den Ausnahmereichen (§ 30).

Mit der Erstreckung des Kartellverbots auf vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entfällt zukünftig auch die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich des § 1 von jenem der bislang für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geltenden Vorschriften (§§ 14 ff.) abzugrenzen. Die neuere Rechtsprechung des BGH verwendete hierzu das Kriterium des „anzuerkennenden Interesses“ (vgl. BGH; Beschluss vom 18. Februar 2003 – KVR 24/01 – Verbundnetz II). Danach unterfallen Austauschverträge unter Wettbewerbern mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt dem § 1, wenn für die beschränkende Abrede kein das Austauschverhältnis förderndes anzuerkennendes Interesse gefunden werden kann. Ist dies jedoch der Fall, ist der Vertrag ausschließlich als Vertikalvereinbarung zu behandeln und unterfällt damit bislang dem Regime der §§ 14 ff. Mit der Neufassung des § 1 können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auch dann grundsätzlich vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen erfasst sein, wenn für sie ein anzuerkennendes Interesse zu bejahen ist.

- bb) Für die Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sieht die Novelle eine weitestgehende Übernahme des Generalklauselprinzips in Anlehnung an Artikel 81 Abs. 3 EG vor. Das bisherige deutsche Recht verfolgt den Ansatz kasuistisch ausgestalteter Tatbestände, ergänzt um einen Auffangtatbestand, der sich bereits an Artikel 81 Abs. 3 EG orientiert hat (§ 7). Sowohl ein Generalklauselprinzip wie auch ein kasuistisch ausgestaltetes System von Freistellungstatbeständen haben jeweils unterschiedliche Vorteile. Ein kasuistisch ausgestaltetes System bietet, insbesondere in Verbindung mit dem bislang geltenden Administrativfreistellungssystem, den Vorteil höherer Rechtsicherheit, während ein Generalklauselprinzip insgesamt besser geeignet ist, auf in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen angemessen reagieren zu können.

Ähnlich wie bei der Ausgestaltung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (siehe oben zu Doppelbuchstabe aa) muss auch bei der Ausgestaltung der Freistellungstatbestände die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene angemessen berücksich-

tigt werden. Angesichts der obligatorischen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts parallel zum nationalen Wettbewerbsrecht bei allen Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug (vgl. Artikel 3 Abs. 1 VO 1/2003) und angesichts des Vorrangs des nun als Legalausnahme anzuwendenden Artikel 81 Abs. 3 EG gegenüber entgegenstehendem – auch strengerem – nationalem Wettbewerbsrecht erscheint für das deutsche Recht die Aufrechterhaltung eines vom Generalklauselprinzip des Artikels 81 Abs. 3 EG abweichenden Systems nicht mehr sachgerecht. § 2 übernimmt daher die Tatbestandsvoraussetzungen von Artikel 81 Abs. 3 EG. Dabei ist der Freistellungstatbestand des § 2 wie das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des § 1 auch auf solche Fälle anwendbar, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dadurch bleibt die Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts sichergestellt.

Entsprechend Artikel 81 Abs. 3 EG hängt eine Freistellung von dem kumulativen Vorliegen der zwei „positiven“ und zwei „negativen“ Voraussetzungen der Freistellung ab: Zum einen muss in positiver Hinsicht ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden. Zum anderen muss eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden „Gewinn“, womit die sich aus der Vereinbarung ergebenden wirtschaftlichen Vorteile gemeint sind, gewährleistet sein. In negativer Hinsicht ist zunächst die Unerlässlichkeit der auferlegten Wettbewerbsbeschränkung erforderlich. Ferner darf die Vereinbarung nicht dazu führen, dass für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren der Wettbewerb ausgeschaltet werden kann. Wie beim Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 bedeutet künftig auch für die Freistellungsfähigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen die weitestgehende Übernahme der europäischen Terminologie eine Anknüpfung an die zu Artikel 81 Abs. 3 EG ergangene Rechtsprechung und Praxis.

Eine zentrale Bedeutung bei der Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG nehmen die von der Kommission erlassenen Freistellungsverordnungen für Gruppen von Vereinbarungen (im Folgenden: GVO) ein. „Gruppen“ in diesem Sinne sind Vereinbarungen, denen gemeinsame oder vergleichbare Tatbestände zugrunde liegen, die angesichts der weitgehenden Gleichförmigkeit der Interessen der Beteiligten selbst, ihrer Handelspartner, ihrer Wettbewerber sowie der Verbraucher einer typisierenden Beurteilung zugänglich sind. Die GVO sind Verordnungen im Sinne des Artikels 249 Abs. 2 EG. Das bedeutet, sie sind Rechtsnormen, die als solche nationale Gerichte und Wettbewerbsbehörden binden. Dies gilt auch im zukünftigen System der Legalausnahme. Vereinbarungen, die die Voraussetzungen für die Anwendung der GVO erfüllen, sind ohne weiteres freigestellt. Die Tatsache, dass eine Vereinbarung von der GVO nicht gedeckt ist, begründet aber keine Vermutung für die Unvereinbarkeit mit Artikel 81

Abs. 3 EG. Sie bedeutet nur, dass in diesem Fall die Freistellungsfähigkeit der Absprache nicht offensichtlich ist, sondern individuell untersucht werden muss. Ist in einer Vereinbarung allerdings eine Klausel enthalten, die in einer sog. schwarzen Liste einer GVO aufgeführt ist, begründet dies eine Vermutung für die Unvereinbarkeit mit Artikel 81 Abs. 3 EG und die fehlende Freistellungsfähigkeit.

§ 2 Abs. 2 überträgt den Regelungsgehalt der GVO im Wege einer dynamischen Verweisung in das deutsche Recht. Die GVO sind daher entsprechend anzuwenden. Dies bedeutet – insbesondere außerhalb der materiellrechtlichen Bestimmungen – nicht in jedem Falle eine wörtliche Anwendung. Sofern etwa eine GVO der Kommission die Befugnis einräumt, die GVO in bestimmten Fällen durch Verordnung für nicht anwendbar zu erklären (vgl. Artikel 8 Vertikal-GVO), so richtet sich diese Befugnis zu einer normativen Änderung der GVO allein an die Kommission. Eine entsprechende Anwendung im deutschen Recht ist insoweit nicht möglich. Sofern die Kommission jedoch eine derartige Verordnung erlässt, findet diese über § 2 Abs. 2 Eingang in das deutsche Recht.

Artikel 29 VO 1/2003 sieht die Möglichkeit des Entzugs des Vorteils einer GVO durch die Kommission bzw. mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden vor, wenn im Einzelfall die Anwendung der betreffenden GVO zu Ergebnissen führt, die mit Artikel 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind. Diese Kompetenz der Kartellbehörden wird in das GWB übernommen und ergänzt um die Kompetenz zum entsprechenden Vorteilsentzug hinsichtlich der nach § 2 Abs. 2 für das deutsche Recht geltenden GVO (§ 32d).

Soweit eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, sind die GVO der Kommission als solche unmittelbar anwendbar. Gleichwohl ist auch insoweit eine Übertragung des Regelungsgehalts von GVO in das deutsche Recht sachgerecht, weil sie den parallel anwendbaren deutschen Freistellungstatbestand nach § 2 Abs. 1 konkretisiert (vgl. Artikel 3 Abs. 1 VO 1/2003). Soweit eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wird der Anwendungsbereich der GVO durch § 2 Abs. 2 mit konstitutiver Wirkung auf diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen erstreckt.

Von den derzeit geltenden GVO der Kommission sind insbesondere folgende hervorzuheben:

– für horizontale Vereinbarungen:

Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. EG Nr. L 304 vom 5. Dezember 2000; S. 3);

Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen über

Forschung und Entwicklung (ABl. EG Nr. L 304 vom 5. Dezember 2000; S. 7).

- für vertikale Vereinbarungen:

Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. EG Nr. L 336 vom 29. Dezember 1999; S. 21);

- für einzelne Sektoren:

Verordnung (EG) Nr. 358/2003 vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor (ABl. EU Nr. L 53 vom 28. Februar 2003; S. 8);

Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugssektor (ABl. EG Nr. L 202 vom 1. August 2002; S. 30).

Von Bedeutung ist ferner die neue Verordnung (EG) Nr. 772/2004 vom 27. April 2004 betreffend Technologietransfervereinbarungen (ABl. EU Nr. L 123 vom 27. April 2004; S. 11). Die bisherige Verordnung (EG) Nr. 240/96 vom 31. Januar 1996 (ABl. EG Nr. L 31 vom 9. Dezember 1996; S. 2) für Technologietransfervereinbarungen hatte bereits die deutschen Vorschriften über Lizenzverträge (§ 17) und Verträge über andere geschützte und nicht geschützte Leistungen (§ 18) weitgehend überlagert. Angesichts des verstärkten Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts haben diese Vorschriften künftig keine Bedeutung mehr. Sie werden daher aufgehoben.

- cc) Die Übernahme des Generalklauselprinzips entsprechend Artikel 81 Abs. 3 EG hat zur Folge, dass die kasuistisch ausgestalteten Freistellungstatbestände im deutschen Recht weitgehend keine Berechtigung mehr haben. Sie werden daher mit Ausnahme der Regelung für Mittelstandskartelle im bisherigen § 4 Abs. 1 aufgehoben. Eine sachliche Änderung ist damit in aller Regel nicht verbunden, da sich die Freistellungsvoraussetzungen in Artikel 81 Abs. 3 EG im Ergebnis weitgehend mit den speziellen gesetzlichen Regelungen in den bisherigen §§ 2 ff. decken.

Normen- und Typenkartelle bzw. Konditionenkartelle nach dem bisherigen § 2 haben regelmäßig Auswirkungen, die über den lokalen und regionalen Bereich hinausgehen. Sie sind daher geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Aufgrund des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts kann deutsches Recht insoweit nicht vom europäischen Recht abweichen. Daher ist eine eigenständige Regelung im deutschen Recht hierzu entbehrlich. Auslegungshilfen für die Beurteilung von Vereinbarungen über Normen finden sich insbesondere in den Leitlinien der Kommission zur An-

wendbarkeit von Artikel 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, dort insbesondere Nr. 6 (Rn. 159 bis 178).

Im Bereich der Konditionenkartelle und -empfehlungen sind nach bisherigem Recht auch Vereinbarungen über Skonti freistellungsfähig. Unter einem Skonto ist eine besondere Vergütung für Zahlung vor Fälligkeit zu verstehen. Vereinbarungen über Skonti werden häufig für bestimmte Wirtschaftssektoren – z. B. für die Textilindustrie – mit Wirkung für das gesamte Bundesgebiet geschlossen. Sie unterliegen daher künftig dem Maßstab des Artikels 81 EG, den die deutschen Kartellbehörden und Gerichte zumindest parallel zum deutschen Wettbewerbsrecht anwenden müssen. Wegen des erweiterten Vorrangs nach Artikel 3 Abs. 2 VO 1/2003 ist auch insoweit keine von der europäischen Rechtslage abweichende Regelung im deutschen Recht möglich. Konditionenkartelle und -empfehlungen bleiben jedoch weiterhin, auch soweit sie dem europäischen Recht unterfallen, nach Artikel 81 Abs. 3 EG – vorbehaltlich einer Prüfung der Klauseln im Einzelfall – grundsätzlich zulässig. Darüber hinaus können sie auch nach § 3, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, freigestellt sein.

Aufgehoben wird ferner die Regelung des bisherigen § 3 zu Spezialisierungskartellen. Die dort festgelegten Freistellungsvoraussetzungen entsprechen im Allgemeinen den tatbestandlichen Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG. Eine spezielle Regelung enthält die GVO über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen. Sie stellt grundsätzlich Vereinbarungen insbesondere über Produktionsspezialisierungen oder eine gemeinsame Produktion vom Kartellverbot frei, soweit die Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen am relevanten Markt 20 % nicht überschreitet. Darüber hinaus bleibt die Einzelfreistellung nach den Kriterien des Artikels 81 Abs. 3 EG möglich. Dies entspricht weitgehend dem bisherigen § 3, der die Freistellungsfähigkeit von Spezialisierungskartellen an den Ausschluss der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung knüpft. Über § 2 Abs. 2 findet die GVO über Spezialisierungsvereinbarungen künftig Anwendung im deutschen Recht, auch soweit der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist.

Aus den gleichen Gründen wird die besondere Regelung über Einkaufskooperationen im bisherigen § 4 Abs. 2 aufgehoben. Sie ist bislang als Legalausnahme für Einkaufskooperationen im Wesentlichen von kleinen und mittleren Unternehmen ausgestaltet; daneben bietet der bisherige § 5 grundsätzlich die Möglichkeit zur Einzelfreistellung von weitergehenden Einkaufskooperationen. Maßgeblich für die Aufhebung des bisherigen § 4 Abs. 2 ist insbesondere der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts. In aller Regel haben Einkaufskooperationen spürbare Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Denn vielfach sind Einkaufskooperationen über größere regionale Räume

tätig und schon deshalb grenzüberschreitend im Sinne des Artikels 81 EG. Selbst wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, stehen sie im Wettbewerb zu zwischenstaatlich relevanten Marktteilnehmern. Außerdem sind häufig auch ausländische Produkte bzw. Lieferanten betroffen.

Einkaufskooperationen sind im künftig maßgeblichen europäischen Recht eingehend geregelt. So hat die Kommission in den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Auslegungsgrundsätze zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen entwickelt (vgl. Rn. 115 bis 138). Ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung von Einkaufskooperationen ist danach die durch die Bündelung entstehende Marktmacht. Die Leitlinien gehen davon aus, dass Einkaufskooperationen mit einem kumulierten Marktanteil der Beteiligten von weniger als 15 % jedenfalls regelmäßig die Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG erfüllen (Rn. 130). Bei kumulierten Marktanteilen jenseits dieser Grenze ist eine eingehendere Betrachtung des Einzelfalls erforderlich (Rn. 131). Nach den Leitlinien wird dabei – anders als nach dem bisherigen § 4 Abs. 2 – ein über den Einzelfall hinausgehender Bezugswang nicht als grundsätzlich unzulässig angesehen (Rn. 133). Diese Auslegungsgrundsätze, die weitergehenden Spielraum für die Bildung und Tätigkeit von Einkaufskooperationen als der bisherige § 4 Abs. 2 bieten, sind künftig auch für die Beurteilung von Einkaufskooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen im deutschen Recht zu berücksichtigen.

Die dargestellten Grundsätze gelten ebenfalls für die Freistellung von Rationalisierungskartellen, die bisher in § 5 geregelt ist. In vielen Fällen haben derartige Vereinbarungen zwischenstaatliche Auswirkungen und werden daher vom erweiterten Vorrang des europäischen Rechts erfasst. Im Regelfall ist vom Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG auszugehen, wenn bei Vereinbarungen, die zu nachweisbaren Kosteneinsparungen führen, die Weitergabe des Rationalisierungserfolgs an den Verbraucher durch das Bestehen wesentlichen Wettbewerbs gesichert erscheint. Sonderfälle von Rationalisierungskartellen werden von der GVO über Spezialisierungsvereinbarungen und der GVO über Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung erfasst. Gemäß § 2 Abs. 2 gilt Entsprechendes künftig auch dann im deutschen Recht, wenn Rationalisierungskartelle keine zwischenstaatlichen Auswirkungen haben und daher allein deutsches Recht anzuwenden ist.

Für die Regelung über Strukturkrisenkartelle nach dem bisherigen § 6 besteht ebenfalls kein Bedürfnis mehr. Diese Vorschrift hat in der Praxis nur zu wenigen formellen Verfahren geführt. Häufig scheitern geplante Strukturkrisenkartelle an der fehlenden brancheninternen Einigung. In der Regel berühren Strukturkrisenkartelle den zwischenstaatlichen Handel und können daher wegen des erweiterten Vorrangs von Artikel 81 Abs. 3 EG weder großzügiger

noch strenger als im europäischen Recht behandelt werden. Die Kommission hat genauere Angaben darüber, wann sie derartige Krisenkartelle im Einzelnen für zulässig ansieht bzw. welche weiteren Voraussetzungen unter Umständen erfüllt sein müssen, in den „Wettbewerbsregeln und Maßnahmen zum Abbau struktureller Überkapazitäten“ im 12. Wettbewerbsbericht, Ziffern 38 bis 41 aufgezeigt (vgl. auch 13. Wettbewerbsbericht, Ziffern 56 bis 61).

Mit der Neuregelung wird ferner der bisherige § 7 entfallen. Durch die Einführung dieser Vorschrift im Rahmen der letzten GWB-Novelle hat sich der Gesetzgeber bereits vom System der kasuistischen Aufzählung von Freistellungstatbeständen gelöst und einen an Artikel 81 Abs. 3 EG angelehnten Auffangtatbestand geschaffen. Gleichwohl erfolgte keine vollständige Angleichung an den Wortlaut von Artikel 81 Abs. 3 EG. So wurde zum Beispiel auf die Übernahme des in Artikel 81 Abs. 3 EG enthaltenen Merkmals der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ verzichtet, insbesondere um industriepolitisch oder sonstige nicht wettbewerbspolitisch motivierte Fehlinterpretationen zu vermeiden.

Durch § 2 erfolgt nunmehr eine vollständige Übernahme der Freistellungskriterien des Artikels 81 Abs. 3 EG. Diese weitgehende „Synchronisierung“ des deutschen Kartellrechts mit dem europäischen Wettbewerbsrecht macht die Regelung in § 7 entbehrlich. Eine sachliche Änderung tritt damit nicht ein. Das Kriterium der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ ist in der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission ganz überwiegend anhand wettbewerbllicher Maßstäbe ausgelegt worden. Soweit die bislang in § 7 genannten Vereinbarungen und Beschlüsse zur Verbesserung der Rücknahme oder Entsorgung von Waren betroffen sind, können ergänzend die Auslegungskriterien zu Umweltschutzvereinbarungen in den Horizontalleitlinien der Kommission (Rn. 179 ff.) herangezogen werden. Mit der Streichung der bisherigen Sonderfreistellungstatbestände entfällt auch die Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung des bisherigen § 7 Abs. 2.

Aufgehoben wird schließlich die Regelung über Ministerkartelle im bisherigen § 8. Von dieser Legalisierungsmöglichkeit hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit bisher nur in vier Fällen und seit 1984 überhaupt nicht mehr Gebrauch gemacht. Die Vorschrift hat daher keine nennenswerte praktische Bedeutung mehr. Wegen des Vorrangs des europäischen Rechts ist eine Ministererlaubnis in Zukunft bei Vereinbarungen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen nicht mehr zulässig. In den anderen Fällen von Vereinbarungen mit rein lokalen oder regionalen Auswirkungen ist kaum vorstellbar, dass ein überragendes Gemeinwohlinteresse im Sinne des bisherigen § 8 besteht.

Abweichend vom Prinzip der grundsätzlichen Übernahme des europäischen Rechts soll ausnahmsweise der Freistellungstatbestand für Mittelstandskartelle

nach dem bisherigen § 4 Abs. 1 aufrechterhalten werden. Diese Vorschrift findet sich nunmehr im neuen § 3. Hiermit bringt der Gesetzgeber insbesondere zum Ausdruck, dass Kooperationen der mittelständischen Wirtschaft, auch wenn sie den Wettbewerb beschränken, nützlich und strukturell wettbewerbsfördernd sein können. § 3 legt daher fest, dass bei Erfüllung seiner Tatbestandsvoraussetzungen die Voraussetzungen des allgemeinen Freistellungsbestands nach § 2 Abs. 1 erfüllt sind. Bei Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen überwiegen häufig die positiven Wirkungen auf den Wettbewerb, sodass eine gesetzliche Freistellung im Rahmen des bisherigen § 4 Abs. 1 gerechtfertigt ist. Die Unternehmen sollen dadurch Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die die Wettbewerbschancen von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber großen Unternehmen verbessern.

Einer besonderen Regelung für Mittelstandskooperationen steht europäisches Recht nicht entgegen. Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen sind nach Auffassung der Kommission nur selten geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (De-minimis-Bekanntmachung, Nr. 3; s. o. unter 4. Buchstabe a). Für derartige Vereinbarungen gilt daher im Regelfall nicht der Vorrang des europäischen Rechts; der nationale Gesetzgeber hat hier einen weiten Spielraum für eigenständige Regelungen. Es erscheint sachgerecht, dass dieser Spielraum vom GWB genutzt wird. Soweit Mittelstandskartelle ausnahmsweise zwischenstaatliche Auswirkungen haben, ist jedoch Artikel 81 Abs. 3 EG maßgeblich.

Insgesamt ist zu erwarten, dass die Anwendung des neuen § 3 im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen führt wie die Entscheidungspraxis zum bisherigen § 4 Abs. 1. Dabei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Vorschrift des § 3 in den neuen europäischen Kontext einzuordnen ist. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die nicht einen kumulierten Marktanteil von 10 % überschreiten, sind nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne der De-minimis-Bekanntmachung der Kommission und damit grundsätzlich auch nicht nach § 1, sofern sie nicht grundsätzlich bedenkliche Kernbeschränkungen enthalten. Dies ist bei der Prüfung der Freistellungsfähigkeit von spürbaren wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach dem neuen § 3, insbesondere mit Blick auf die dann relevanten Marktanteils Grenzen, zu berücksichtigen.

- dd) Eine weitere Sonderregelung, die in den rechtlichen Wirkungen in Einzelfällen über das europäische Recht hinausgehen kann, stellt das Verbot von vertikalen Preisbindungen (Preisbindung der 2. Hand) in § 4 dar. Bereits im bisherigen Recht war diese Preisbindung in § 14 besonders geregelt. Während bislang vertikale Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich nur einer Missbrauchsaufsicht unterliegen, sind Preis- und Konditionenbindungen wegen ihrer besonderen wettbewerbslichen Schädlichkeit einem

strikten Verbot unterworfen. Um den schwerwiegenden wettbewerbspolitischen Gefahren von Preisbindungen auch künftig Rechnung zu tragen, soll in das neue Gesetz eine besondere Regelung zu vertikalen Preisbindungen aufgenommen werden. Im Grundsatz ist das Verbot von Preisbindungen bereits in § 1 enthalten (s. o.). § 4 geht aber darüber hinaus, indem er ein Per-se-Verbot schafft, das keine Freistellung im Einzelfall zulässt. In der Wirkung entspricht dies dem bisherigen § 14. In Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen gilt der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts.

Der Anwendungsbereich des Preisbindungsverbots in § 4 ist an das europäische Recht angepasst. Die neue Vorschrift übernimmt die Regelung in Artikel 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO. Danach sind – insoweit abweichend vom bisherigen § 14 – Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen entsprechend den Regeln des europäischen Gemeinschaftsrechts vom Verbot der Preisbindung ausgenommen. Dies ergibt sich aus der Anwendung der §§ 1 und 2 in Verbindung mit der Vertikal-GVO. Das Verbot des § 4 gilt (wie Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO) nur für Preisbindungen des Käufers (Abnehmers). Bindungen des Verkäufers (Lieferanten), z. B. durch Meistbegünstigungsklauseln, sind daher im Gegensatz zum bisherigen § 14 ebenfalls nicht vom Verbot des § 4 erfasst. Insoweit verbleibt es bei den allgemeinen Regelungen in den §§ 1 und 2.

Von der Regelung des § 4 sind Ausnahmen vorgesehen, soweit aus sachlichen Gründen eine vollständige Übereinstimmung mit dem europäischen Recht geboten ist (vgl. hierzu im Folgenden unter Buchstabe e).

- ee) Von erheblicher Bedeutung ist schließlich der Übergang vom bisherigen System der Notifizierung und Administrativfreistellung zum System der Legalausnahme wie im europäischen Recht. Beide Systeme haben durchaus ihre jeweils eigenen Vorteile. Das System der Administrativfreistellung stärkt das Wettbewerbsprinzip, indem grundsätzlich alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen als verboten gelten, bis sie durch administrativen Akt von diesem Verbot freigestellt werden. Die Anmeldungen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen verschaffen den Kartellbehörden einen umfassenden Überblick über das Marktgeschehen. Gleichzeitig geben konstitutive Freistellungsentscheidungen der Kartellbehörden den betroffenen Unternehmen Rechtssicherheit.

Das System der Legalausnahme wiederum entlastet die Unternehmen vom bürokratischen Aufwand von Anmeldungen, die in vielen Fällen nur wettbewerbslich unproblematische Vereinbarungen oder Verhaltensweisen betreffen. Wie auf anderen Feldern des Wirtschaftsrechts – etwa im Bereich des Rechts des unlauteren Wettbewerbs – haben die Unternehmen grundsätzlich selbst zu prüfen, ob ihr Verhalten am Markt rechtmäßig ist. Damit führt das System der Legalausnahme zu einer Internalisierung der Kosten für die präventive Rechtskontrolle von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen.

Mit dem Systemwechsel auf europäischer Ebene ist die Aufrechterhaltung eines Systems konstitutiver Freistellungsentscheidungen auf nationaler Ebene nicht mehr möglich, soweit wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG betroffen sind, die den zwischenstaatlichen Handel berühren. Da in Deutschland eine erhebliche Anzahl wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen unter diese Kategorie fällt, wäre die Aufrechterhaltung eines Systems der Administrativfreistellung, das nur noch für Vereinbarungen mit lokaler oder regionaler Bedeutung anwendbar wäre, nicht sinnvoll. Dies gilt auch wegen der dann erforderlichen Abgrenzung von Vereinbarungen mit und ohne zwischenstaatlichen Bezug, was mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden wäre (s. o.). Außerdem würde dies insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen zusätzliche Lasten aufbürden. Dies erscheint nicht sachgerecht. Die Neuregelung geht daher von einer vollständigen Beseitigung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung aus. Die bisherigen §§ 9 bis 13 werden aufgehoben. Wie im europäischen Recht sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen nach § 1 in Zukunft erlaubt, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 erfüllen. Eine vorherige Entscheidung einer Kartellbehörde ist nicht mehr erforderlich.

Durch den Systemwechsel werden sich für Behörden und Unternehmen in der praktischen Anwendung des Wettbewerbsrechts erhebliche Veränderungen ergeben. Insgesamt haben dabei die Unternehmen eine gesteigerte Verantwortung für eine effektive Wettbewerbskontrolle. Bei der nachträglichen Aufdeckung und Verfolgung von Kartellrechtsverstößen werden künftig Beschwerden von Dritten eine größere Rolle spielen. Andererseits haben die Unternehmen wie bisher die Möglichkeit, mit der Kartellbehörde informell abzuklären, ob die vorgesehenen Vereinbarungen von der Behörde als freistellungsfähig angesehen werden; ggf. kann die Kartellbehörde eine Entscheidung nach § 32c erlassen. Unternehmen können dadurch weitgehend Rechtssicherheit in problematischen Fällen erhalten. Der Anreiz für die Unternehmen, derartige Vor-Abklärungen mit der zuständigen Kartellbehörde durchzuführen, wird verstärkt durch verschärfte Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht.

Für die Aufklärung von schwerwiegenden Kartellrechtsverstößen (sog. Hard-core-Kartellen), die die beteiligten Unternehmen auch bisher nicht angemeldet haben, haben sich die Richtlinien des Bundeskartellamts für die Festsetzung von Geldbußen (Bekanntmachung Nr. 68/2000 – „Bonusregelung“) als sehr wirksam erwiesen. Nach diesen Richtlinien, die eine zulässige Konkretisierung des Verfolgungsermessens der Kartellbehörden darstellen, kann auch künftig unter bestimmten Voraussetzungen die Aufklärungsbereitschaft von Kartellbeteiligten bußgeldmindernd oder -ausschließend berücksichtigt werden. Im Zusammenspiel mit weiteren neuen Regelungen ist damit zu rechnen, dass die Effektivität der

Wettbewerbskontrolle durch den Wechsel zum System der Legalausnahme nicht leiden wird. Dies entspricht auch der Einschätzung der Kommission für die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Kommission und die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. Dort, wo das Bundeskartellamt sich einen umfassenden Überblick über bestimmte wettbewerbsrechtlich problematische Märkte oder Vertragstypen verschaffen will, hat es in Zukunft die Möglichkeit einer Enquete (§ 32e).

b) Im Hinblick auf den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten hat die Novelle Folgendes zum Inhalt:

- Im Wesentlichen unveränderte Beibehaltung der Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
- Klarstellung, dass im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung der relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes (dazu siehe Doppelbuchstabe bb),
- Abschaffung der besonderen Regelungen über Preisempfehlungen in den bisherigen §§ 22 und 23 (dazu siehe Doppelbuchstabe cc).

aa) Der erweiterte Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt nicht für die Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten. Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 belässt den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Befugnis, insoweit strengere Vorschriften zu erlassen und anzuwenden. Die Bundesregierung hat sich in den Beratungen über die VO 1/2003 nachdrücklich für diese Möglichkeit eingesetzt. Die deutschen Vorschriften über die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht sind gegenüber dem europäischen Recht oftmals ausdifferenzierter, ihr Anwendungsbereich ist auch weiter. Ihr Wegfall hätte somit einen erheblichen Verlust an Wettbewerbsschutz gegenüber missbräuchlichen Verhaltensweisen bedeutet. In anderen Mitgliedstaaten wird vielfach der gleiche Regelungszweck mit den Mitteln des allgemeinen Zivil- bzw. Lauterkeitsrechts verfolgt. Die Beibehaltung der deutschen Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht verhindert somit auch eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte im europäischen Binnenmarkt. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hat sich insbesondere die – im Rahmen der letzten GWB-Novelle eingefügte – Regelung über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen bewährt (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4). Diese Vorschrift, die eine Ausprägung der auch im europäischen Recht bekannten „essential facilities“-Doktrin darstellt, ist gegenüber Artikel 82 EG in verschiedener Hinsicht präziser, etwa mit Blick auf die Entgeltspflicht oder die Beweislastregelung im Falle der Unzumutbarkeit der Mitbenutzung einer wesentlichen Einrichtung. Gleiches gilt für das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot nach § 20, insbesondere auch soweit es – über Artikel 82 EG hinausgehend – den Schutz abhängiger kleiner und mittlerer Unternehmen bezweckt. Diese Vorschrift erfüllt eine wichtige wett-

bewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Dies schließt das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis ein. § 20 wird daher, mit Ausnahme redaktioneller Anpassungen bei den Verweisungen, unverändert beibehalten. Entsprechendes gilt für das Boykottverbot und das Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nach § 21.

- bb) In § 19 Abs. 2 erfolgt eine ausdrückliche Klarstellung, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Bereits im Rahmen der letzten GWB-Novelle wurde in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 in Anlehnung an Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe a der EG-Fusionskontrollverordnung das Kriterium der „Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ eingefügt. Ziel war bereits damals, im Anschluss an den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 24. Oktober 1995 (Backofenmarkt) klarzustellen, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem ökonomisch relevanten Markt zugrunde gelegt werden müssen. Dieser Markt kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. So führte die Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle bereits wörtlich aus: „Mit der Einführung des Kriteriums „Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen“ soll klargestellt werden, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der Fusionskontrolle die Wettbewerbsverhältnisse auf den ökonomisch relevanten Märkten berücksichtigt werden müssen“ (vgl. Bundestagsdrucksache 13/9720; Nr. I. 3 Buchstabe c Doppelbuchstabe cc). Der Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag erklärte hierzu im Rahmen seiner Stellungnahme: „Sie (d. h. die Ergänzung von § 19) macht unmissverständlich deutlich, dass der räumlich relevante Markt im Rahmen der Fusionskontrolle und der Verhaltenskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen auch über den Geltungsbereich des Gesetzes hinausgehen kann“ (vgl. Bundestagsdrucksache 13/10633; Anlage 5, Beschluss zu 5 (§ 19)).

Allerdings führte die Ergänzung von § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 nicht zu der erhofften Wirkung. In Entscheidungen des Bundeskartellamts und auch in einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 30. April 2003 – Kart 9/00 (V)) wird – entgegen der Klarstellung in der Begründung zur 6. GWB-Novelle – weiterhin ein normativer, auf das Inland begrenzter räumlicher Markt begriff angewandt. § 19 Abs. 2 stellt nunmehr im Gesetzeswortlaut ausdrücklich klar, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes und dass dieser Markt auch für die wettbewerbliche Beurteilung (Marktbeherrschung) zugrunde zu legen ist. Dies erleichtert auch die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im europäischen Netzwerk.

- cc) Der weitgehenden Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht im Bereich wettbewerbsbeschrän-

kender Vereinbarungen entspricht auch die Aufhebung der Vorschriften über das Empfehlungsverbot (bisher § 22) und die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren (bisher § 23). Das EG-Recht enthält kein allgemeines Empfehlungsverbot und demgemäß auch keine Ausnahmetatbestände vom Empfehlungsverbot. Empfehlungen sind insoweit allein am Maßstab des Artikels 81 EG zu messen. Danach können Empfehlungen unter das allgemeine Kartellverbot fallen, wenn sie auf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, dem Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beruhen bzw. zu einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise führen. Wird die Empfehlung befolgt, kann abgestimmtes Verhalten vorliegen (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 28. Januar 1986 – Rechtssache 161/84 „Pronuptia“; Slg. 1986, 353 ff.). Soweit Empfehlungen danach vom Kartellverbot erfasst werden, gilt für ihre Freistellungsfähigkeit die allgemeine Regelung des Artikels 81 Abs. 3 EG.

Mit der Streichung der bisherigen §§ 22 und 23 ist somit eine Übernahme der europarechtlichen Beurteilung von Empfehlungen auch für solche Fälle verbunden, die nicht zwischenstaatlich relevant sind. Damit wird entsprechend der Grundkonzeption der Novelle eine unerwünschte Zerteilung des deutschen Wettbewerbsrechts vermieden. In Zukunft ist daher zu prüfen, ob Empfehlungen – entsprechend den im EG-Recht entwickelten Rechtsgrundsätzen – vom Kartellverbot des § 1 erfasst sind. Soweit dies der Fall ist, gilt für die Freistellungsfähigkeit von Empfehlungen die Regelung des § 2. Liegt nicht ausnahmsweise eine spezielle Regelung in einer GVO vor, ist danach an Hand der allgemeinen Kriterien von § 2 Abs. 1 bzw. Artikel 81 Abs. 3 EG zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung der Empfehlung erfüllt sind.

Für den Bereich der Mittelstandsempfehlungen, die bisher in § 22 Abs. 2 geregelt sind, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass – horizontal oder vertikal wirksame – Empfehlungen von Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen im Regelfall jedenfalls nach § 2 Abs. 1 (evtl. in Verbindung mit § 3) freigestellt sind, sofern sie die Voraussetzungen des bisherigen § 22 Abs. 2 erfüllen. Für den Bereich der vertikalen Preisempfehlungen (bislang § 22 Abs. 1 Satz 2 und § 23) wiederum stellt Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit klar, soweit sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Diese Regelung gilt auch im Rahmen des Per-se-Verbots des § 4, auch soweit Preisempfehlungen betroffen sind, die nicht zwischenstaatlich relevant sind.

- c) Die Novelle sieht einen neuen Abschnitt über die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts vor. Er enthält folgende Elemente:
- Klarstellung der Verpflichtung zur parallelen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts

neben dem deutschen Wettbewerbsrecht bei allen Kartell- und Missbrauchsfällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug; ferner Klarstellung des Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts im Bereich des Artikels 81 EG (dazu siehe aa),

- Einführung einer Verpflichtung zur europafreundlichen Anwendung dieses Gesetzes (dazu siehe bb).

aa) In Übereinstimmung mit Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003 stellt § 22 Abs. 1 klar, dass die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nur gemeinsam mit Artikel 81 EG möglich ist. Entsprechendes gilt nach § 22 Abs. 3 – in Übereinstimmung mit Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003 – für nach Artikel 82 EG verbotene missbräuchliche Verhaltensweisen. § 22 Abs. 1 und 3 machen aber auch deutlich, dass in diesen Fällen die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts neben dem europäischen Wettbewerbsrecht fakultativ ist. Die Wettbewerbsbehörden und Gerichte können das deutsche Wettbewerbsrecht parallel anwenden, sie sind aber hierzu nicht verpflichtet. Wenn sie aber auf Sachverhalte im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3 Satz 1 das deutsche Wettbewerbsrecht anwenden, so müssen sie daneben das europäische Wettbewerbsrecht anwenden.

Die in § 22 angeordnete parallele Anwendung von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht entspricht Artikel 3 VO 1/2003. Gleichwohl ist diese Vorschrift wichtig, um den Rechtsanwendern die Notwendigkeit deutlich zu machen, dass in Fällen von grenzüberschreitenden Auswirkungen immer auch das europäische Recht, ggf. neben dem deutschen Recht, angewandt werden muss. Eine solche Pflicht zur parallelen Anwendung zweier Rechtsordnungen gibt es in dieser Form bisher im Wettbewerbsrecht nicht.

Maßgeblich für die Pflicht zur parallelen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts zusätzlich zum deutschen Wettbewerbsrecht ist bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 EG das Kriterium der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, bei missbräuchlichen Verhaltensweisen zusätzlich die Erfüllung der Verbotsvoraussetzungen des Artikels 82 EG. Die Kommission hat die Kriterien für die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in ihrer Mitteilung (ABl. EU Nr. C 101 vom 27. April 2004; S. 81) näher konkretisiert.

Von erheblicher Bedeutung ist insbesondere die erweiterte Vorrangregelung des Artikels 3 Abs. 2 VO 1/2003, die in § 22 Abs. 2 wiedergegeben wird. Danach darf die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche zwar den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können,

aber entweder nicht nach Artikel 81 Abs. 1 EG verboten oder nach Artikel 81 Abs. 3 EG von diesem Verbot freigestellt sind. § 22 Abs. 2 Satz 1 stellt – in Übereinstimmung mit Artikel 3 Abs. 2 VO 1/2003 – ebenfalls klar, dass dies auch dann der Fall ist, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise von einer GVO der Kommission erfasst wird.

Zur Anwendbarkeit milderer deutschen Rechts, insbesondere bei Ausnahmetatbeständen, verweist § 22 Abs. 2 Satz 3 auf die insoweit maßgeblichen Regeln des europäischen Gemeinschaftsrechts: Schon nach bisheriger Praxis und Rechtsprechung darf die Wirksamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts nicht durch weniger strenge nationale Regelungen eingeschränkt werden. Ferner hatte bereits nach dem bisherigen § 50 das Bundeskartellamt die Befugnis, in diesen Fällen das strengere europäische Recht anzuwenden. Künftig sind die Kartellbehörden, wie auch die Gerichte, bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen dazu verpflichtet. Dies folgt unmittelbar aus der Anwendungsverpflichtung des Artikels 3 Abs. 1 VO 1/2003 und wird durch den neuen § 22 Abs. 1 nochmals bekräftigt. Im Ergebnis gilt damit der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts auch gegenüber milderem deutschen Recht.

Der erweiterte Vorrang nach Artikel 3 Abs. 2 VO 1/2003 gegenüber strengem nationalen Wettbewerbsrecht gilt nicht für einseitiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten. Bei der Ermittlung der Tragweite des Vorrangs ist deshalb maßgeblich, ob ein Verhalten von Unternehmen als Vereinbarung im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG oder als einseitig (unilateral) anzusehen ist. Die Begriffe Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen sind autonome Konzepte des EG-Wettbewerbsrechts zur Erfassung eines koordinierten Verhaltens von Unternehmen am Markt im Sinne der Auslegung dieser Begriffe durch die Gerichte der Gemeinschaft. Nach Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 wird den Mitgliedstaaten jedoch nicht das Recht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Wettbewerbsvorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden. Diese strengeren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können ein Verbot oder eine Ahndung missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen umfassen (vgl. 8. Erwägungsgrund der VO 1/2003). In Deutschland betrifft dies insbesondere den Anwendungsbereich von § 20, soweit diese Vorschrift missbräuchliche Verhaltensweisen gegenüber abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen verbietet. Gleiches gilt für § 21. Die Anwendung dieser Vorschriften bleibt insoweit von § 22 Abs. 2 unberührt. Eine entsprechende Klarstellung ist in § 22 Abs. 2 Satz 2 vorgesehen.

Entsprechend Artikel 3 Abs. 3 der VO 1/2003 gelten die §§ 22 Abs. 1 bis 3 nicht, wenn das Bundeskar-

tellamt oder deutsche Gerichte die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle anwenden oder soweit die Anwendung von Bestimmungen des deutschen Rechts betroffen ist, die überwiegend ein von Artikel 81 und 82 EG abweichendes Ziel verfolgen (§ 22 Abs. 4). Hierzu gehören insbesondere die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

- bb) Zusätzlich enthält § 23 eine Verpflichtung der Kartellbehörden und Gerichte, bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 des Gesetzes die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts maßgeblich zugrunde zu legen. § 23 ist keine Regelung über den Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts. Dieser richtet sich unmittelbar nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht bzw. § 22. Es handelt sich vielmehr um eine Anwendungsregel neben und zusätzlich zu dem Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts, die vor allem für den nicht zwischenstaatlich relevanten Bereich, in dem es keinen Vorrang des europäischen Rechts gibt, eingreift. § 23 orientiert sich an entsprechenden Vorbildern im europäischen Ausland (z. B. Artikel 1 Abs. 4 des italienischen Wettbewerbsgesetzes 1990; Section 60 des britischen Competition Act 1998). Ähnlich wie diese Vorschriften bewirkt § 23 im Ergebnis, dass sich die Auslegung der gesetzlichen Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts nach den gleichen Maßstäben richtet, wie sie im europäischen Wettbewerbsrecht durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes bzw. des Europäischen Gerichts erster Instanz und die Beschlusspraxis der Kommission einschließlich Mitteilungen und Bekanntmachungen verbindlich sind. § 23 schreibt dabei keine unmittelbare normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen vor.

Soweit Vereinbarungen und Verhaltensweisen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen betroffen sind, führt eine Anknüpfung an die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte zu einer weitgehenden „Synchronisierung“ der Auslegung und Anwendung der deutschen und europäischen Wettbewerbsvorschriften. Für Vereinbarungen und Verhaltensweisen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ist ein solcher Gleichklang von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ebenfalls geboten, um die Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts zu wahren. Dies wird durch § 23 sichergestellt, der gerade für diese Fallgestaltungen besonders bedeutsam ist.

Trotz der umfassenden Anknüpfung an die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts muss immer in denjenigen Fällen spezifisch auf das deutsche Wettbewerbsrecht abgestellt werden, in denen dessen Wortlaut Abweichungen vom europäischen Wettbewerbsrecht aufweist. Dies wird durch den zweiten Halbsatz von § 23 deutlich gemacht. Aber auch in den Fällen, in denen kein abweichender gesetzgeberischer Wille erkennbar ist, bedarf es im jeweiligen Einzelfall der Beurteilung, inwieweit die entsprechende Anwendung der europäischen Grund-

sätze nicht von einzelstaatlichen Besonderheiten überlagert wird. In diesem Sinne schließt § 23 auch eine Weiterentwicklung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts durch die deutschen Kartellbehörden und Gerichte nicht aus. Ist jedoch der zu prüfende Sachverhalt vergleichbar mit jenen, die Gegenstand der Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen sind, soll die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts grundsätzlich zu den gleichen Ergebnissen führen. § 23 stärkt damit die Rechtssicherheit der Unternehmen und erleichtert die Handhabbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts.

Soweit nicht einschlägige Grundzüge des europäischen Wettbewerbsrechts entgegenstehen, stellt weiterhin die bisherige Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis der deutschen Kartellbehörden und Zivilgerichte eine wichtige Auslegungshilfe für die Vorschriften dieses Gesetzes dar.

- d) Grundsätzlich werden die Vorschriften über Wettbewerbsregeln im Vierten Abschnitt beibehalten. Wettbewerbsregeln haben zwar nur eine begrenzte praktische Bedeutung. Sie sind aber ein wichtiges Instrument zum Interessenausgleich gerade auch zwischen auf verschiedenen Marktstufen tätigen Unternehmen. Zugleich haben sie eine wichtige Funktion im Hinblick auf den Verbraucherschutz. Dabei ist zu beachten, dass die Kartellbehörden im Rahmen der Prüfung der Anerkennung von Wettbewerbsregeln die Befugnis haben, auch Vorschriften außerhalb des Kartellrechts, insbesondere des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, anzuwenden (vgl. § 26 Abs. 2). Die Novelle sieht deshalb, entgegen vielfachen Vorschlägen und Forderungen, keine Aufhebung des Abschnitts über Wettbewerbsregeln vor. Diese Vorschriften machen deutlich, dass die Kartellbehörden auch Aufgaben im Bereich des Verbraucherschutzes wahrnehmen. Die Novelle enthält lediglich die notwendigen Anpassungen an das neue System der Wettbewerbskontrolle.
- e) Die mit Inkrafttreten der VO 1/2003 wirksam gewordenen Veränderungen im europäischen Recht erfordern Änderungen in den bislang im GWB bestehenden Sonderregelungen für bestimmte Wirtschaftsbereiche. Deutsche Kartellbehörden und Gerichte müssen nach Artikel 3 der VO 1/2003 seit dem 1. Mai 2004 auf Sachverhalte, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können, unmittelbar und zwingend europäisches Wettbewerbsrecht anwenden. Das europäische Kartellverbot in Artikel 81 EG kennt keine dem bisherigen GWB entsprechenden bereichsspezifischen gesetzlichen Ausnahmebereiche bzw. Sonderregelungen. Wegen der Pflicht zur Anwendung und des Vorrangs des europäischen Rechts ist im Bereich der zwischenstaatlichen Auswirkungen eine Anpassung durch Aufhebung von Sonderregeln notwendig. Angesichts der weiten Auslegung des Begriffs „zwischenstaatliche Auswirkungen“ durch den EuGH und die Kommission wird fast der gesamte Anwendungsbereich bestehender Sonderbereiche erfasst. Die Sonderregeln für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (bisheriger § 30) und für die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten an Sportveranstaltungen durch Sportverbände (bisherige

riger § 31) werden deshalb aufgehoben. Vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ausgenommen bleibt allein der landwirtschaftliche Sektor, für den eine Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip im EG-Vertrag in Verbindung mit den einschlägigen Verordnungen (insbesondere VO 26/62) vorgesehen ist.

Um die notwendige Einheit der Rechtsordnung zu wahren, werden Ausnahmebereiche auch dort zurückgeführt, wo ein Anwendungsspielraum nationalen Kartellrechts aufgrund rein innerstaatlich wirkender Vereinbarungen denkbar wäre. Soweit danach Sonderregelungen entfallen, gelten künftig die allgemeinen Vorschriften in den §§ 1 bis 4 sowie die Auslegungsregel des § 23 insbesondere für die Fälle ohne zwischenstaatliche Auswirkungen.

Der Wegfall bestehender Sonderregeln bedeutet keine automatische Unzulässigkeit bisher freigestellter oder freistellungsfähiger Vereinbarungen. Vielmehr ist nunmehr an Hand der allgemeinen Regeln zu beurteilen, ob die Voraussetzungen der in § 2 übernommenen Legal Ausnahme des Artikels 81 Abs. 3 EG erfüllt sind.

Die Beibehaltung des Verbots der vertikalen Preisbindung, das bisher in § 14 geregelt war und nunmehr in § 4 – insoweit über europäisches Recht hinausgehend – für vertikale Preisbindungen grundsätzlich keine Freistellung zulässt, macht bestimmte Ausnahmen erforderlich. § 4 ist in solchen Bereichen für nicht anwendbar zu erklären, wo sich im Vergleich zum europäischen Recht eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der Betroffenen in Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen ergeben würde. Dies gilt für besondere Vereinbarungen in der Landwirtschaft (§ 28), Vereinbarungen der Kredit- und Versicherungswirtschaft (§ 29) sowie für die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften (§ 30).

Spezielle wettbewerbsrechtliche Sonderregelungen, die mit der 6. GWB-Novelle aus Gründen des Sachzusammenhangs in Fachgesetze überführt worden sind, sollen in ihrem materiellen Gehalt – soweit noch begründet – erhalten bleiben. Sie werden dabei redaktionell an das vorliegende Gesetz angepasst.

Für die vom wirtschaftlichen Strukturwandel besonders betroffenen Zeitungen wird in § 31 ein neuer Ausnahmetatbestand mit erweiterten Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigenbereich eingeführt (vgl. dazu unten Buchstabe h Doppelbuchstabe bb).

f) Im Hinblick auf die Befugnisse der Kartellbehörden und die Kontrolle von Wettbewerbsverstößen sieht die Novelle Folgendes vor:

- Erweiterung der bisherigen Untersagungsbefugnis um die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Verstoßes durch eine Kartellbehörde (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
- Neufassung der Regelung über einstweilige Maßnahmen bei gleichzeitiger Einführung einer zeitlichen Befristung (dazu siehe Doppelbuchstabe bb),
- Einführung des Instruments von Verpflichtungszusagen wie im europäischen Recht (dazu siehe Doppelbuchstabe cc),

- Einführung der Möglichkeit einer Entscheidung der Kartellbehörde, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (dazu siehe Doppelbuchstabe dd),
  - Möglichkeit des Entzugs einer gruppenweisen Freistellung im Falle einer nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbaren Gruppenfreistellungsverordnung (dazu siehe Doppelbuchstabe ee),
  - Schaffung einer Enquetebefugnis für das Bundeskartellamt (dazu siehe Doppelbuchstabe ff).
- aa) Nach bisherigem Recht haben Kartellbehörden, falls sie ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten feststellen, die Möglichkeit einer Untersagungsverfügung. Sie können damit ein bestimmtes Verhalten verbieten, aber im Regelfall nicht konkret ein Verhalten anordnen, das zur Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes erforderlich ist. In Anlehnung an das europäische Recht sieht § 32 nunmehr ausdrücklich die Befugnis der Kartellbehörden vor, den betroffenen Unternehmen alle geeigneten Maßnahmen zur Abstellung eines verbotenen Verhaltens aufzugeben (positive Tenorierung).

Anders als das europäische Recht (Artikel 7 Abs. 1 VO 1/2003) trifft § 32 jedoch keine ausdrückliche Regelung über sog. strukturelle Maßnahmen. Strukturelle Maßnahmen sind als solche im deutschen Recht kein präziser Rechtsbegriff. Im europäischen Recht können strukturelle Maßnahmen Eingriffe in die Unternehmenssubstanz bis hin zu Entflechtungen von Unternehmen umfassen. Die offene Formulierung des § 32 schließt Eingriffe in die Unternehmenssubstanz nicht grundsätzlich aus. Wie weit diese Befugnisse im Einzelfall gehen, ist nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln. Auch im deutschen Recht stehen den Kartellbehörden im Rahmen des § 32 Befugnisse zu, die strukturelle Elemente einschließen. Dies gilt etwa für das Verbot von kartellrechtswidrigen Gemeinschaftsunternehmen. Dabei ist für den Bereich der Verhaltenskontrolle allerdings zu berücksichtigen, dass das Wettbewerbsrecht eine – aus eigener Kraft gewachsene – marktbeherrschende oder marktstarke Stellung als solche nicht missbilligt, sondern nur den Missbrauch einer solchen Marktstellung. Etwaige Eingriffe in die Unternehmenssubstanz müssen daher diesem Grundsatz Rechnung tragen.

Ferner wird wie im europäischen Recht eine ausdrückliche Regelung geschaffen, dass Kartellbehörden einen Kartellrechtsverstoß auch nachträglich feststellen können, sofern hierfür ein berechtigtes Interesse besteht.

- bb) Die Regelung über einstweilige Maßnahmen in § 32a lehnt sich an die Formulierung des Artikels 8 VO 1/2003 an. Die Vorschrift betrifft insbesondere einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung des Kartell- und Missbrauchsverbots. Außerhalb des Anwendungsbereiches von § 32a können einstweilige Anordnungen nach Maßgabe des § 60 getroffen werden. Im Interesse der betroffenen Unternehmen sollen vorläufige Maßnahmen in der Regel nicht

über eine Dauer von einem Jahr hinausgehen. Soweit es sich um eilbedürftige Fälle handelt, die durch einstweilige Maßnahmen geregelt werden, erscheint es angemessen, dass die Kartellbehörde innerhalb eines Jahres eine Regelung im normalen Verfahren trifft, soweit nicht besondere Umstände ausnahmsweise eine längere Dauer erfordern.

- cc) Entsprechend dem Vorbild in Artikel 9 VO 1/2003 wird durch § 32b das Instrument der Verpflichtungszusagen in das deutsche Recht eingeführt. Wie im europäischen Recht werden damit Zusagen von Unternehmen, die diese zur Ausräumung kartellrechtlicher Bedenken den Kartellbehörden angeboten haben, für verbindlich erklärt. Da Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer Verfügung nach § 32 ergehen, hat die Kartellbehörde zuvor ihre kartellrechtlichen Bedenken gegenüber den beteiligten Unternehmen hinreichend darzulegen, soweit erforderlich in Form eines Abmahnschreibens. Verfügungen nach § 32b treffen jedoch keine Aussage darüber, ob ein Kartellrechtsverstoß vorgelegen hat oder noch vorliegt. Die Entscheidung, mit der die Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt werden, hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde – vorbehaltlich der in Absatz 2 aufgezählten Wiederaufnahmegründe – von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Verfügungen über Verpflichtungszusagen sind – wie im europäischen Recht (vgl. Erw. 13 Satz 4 VO 1/2003) – für Fälle ungeeignet, in denen die Kartellbehörde eine Geldbuße aufzuerlegen beabsichtigt. Die Befugnis, Verfügungen bezüglich Verpflichtungszusagen zu erlassen, schließt etwaige öffentlich-rechtliche Zusagenverträge nicht aus.
- dd) Nach Artikel 5 Satz 3 VO 1/2003 können die Kartellbehörden entscheiden, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. § 32c konkretisiert diese Befugnis im deutschen Recht. Sie gilt für die Fälle, in denen nach den der Kartellbehörde vorliegenden Informationen die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 4, 19 bis 21 dieses Gesetzes oder nach Artikel 81 Abs. 1 oder Artikel 82 EG nicht gegeben sind. Diese Befugnis ist insbesondere im Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen im Sinne des § 1 von Bedeutung. Zwar kann es in einem System der Legalausnahme keine konstitutiv wirkenden Freistellungsentscheidungen mehr geben. Entscheidungen nach § 32c kommen gleichwohl dem Bedürfnis insbesondere der mittelständischen Wirtschaft nach Rechtssicherheit entgegen. Denn sie haben zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich neuer Erkenntnisse von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Sie enthalten damit eine Zusicherung der Kartellbehörde, nicht mehr gegen die betreffende Vereinbarung oder Verhaltensweise vorzugehen, sofern nicht eine Veränderung der zugrunde liegenden Sach- und Rechtslage eintritt.

Die Unternehmen haben keinen Anspruch gegen die Kartellbehörde auf Erlass einer Entscheidung nach § 32c. Dies entspricht dem Grundgedanken des Sys-

tems der Legalausnahme, wonach die Unternehmen grundsätzlich selbst einschätzen müssen, ob ihr Verhalten am Markt rechtmäßig ist. Es bleibt dem pflichtgemäßen Aufgreifermessen der Kartellbehörde vorbehalten, ob und in welchen Fällen sie eine Entscheidung in Form einer formellen Verfügung (vgl. § 61) trifft oder den Unternehmen informell eine Mitteilung zukommen lässt. Solche informellen Auskünfte der Kartellbehörde werden auch künftig eine wichtige Rolle spielen. Im Rahmen der Ermessensabwägung hat die Kartellbehörde beispielsweise zu prüfen, inwieweit es sich um neuartige Sachverhalte handelt, deren Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht, oder auch, welche Auswirkungen eine klarstellende Auskunft der Kartellbehörde für die betroffenen Unternehmen hat.

- ee) Artikel 29 Abs. 2 VO 1/2003 gibt den nationalen Wettbewerbsbehörden bereits die Möglichkeit, im Einzelfall den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung zu entziehen, wenn eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, für die eine GVO gilt, Wirkungen hat, die mit Artikel 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind und im Gebiet eines Mitgliedstaats oder in einem Teilgebiet dieses Mitgliedstaats, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, auftreten. § 32d übernimmt diese Regelung in das deutsche Recht und erstreckt sie auf solche Fälle, in denen eine GVO nach § 2 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt worden ist. Auch diese Regelung gilt nur, soweit die Auswirkungen auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder Teile davon begrenzt sind.
- ff) § 32e eröffnet ferner dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Enqueteuntersuchungen durchzuführen. Auch diese Befugnis entspricht dem europäischen Recht (Artikel 17 VO 1/2003). Es handelt sich dabei um ein notwendiges Instrument, um den durch die Abschaffung des Administrativfreistellungsverfahrens drohenden Transparenzverlust ausgleichen zu können. Entsprechend Artikel 17 VO 1/2003 kann das Bundeskartellamt Enqueteuntersuchungen sowohl mit Blick auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen in bestimmten Sektoren als auch auf bestimmte Arten von Vereinbarungen durchführen. Die Bestimmung des Umfangs des zu untersuchenden Sektors bzw. der Art von Vereinbarung unterliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Bundeskartellamts. Die Enqueteuntersuchung stellt eine Ergänzung der Befugnisse des Bundeskartellamts dar, die über die bisherigen Auskunftsrechte hinausgeht. Ein Auskunftsverlangen nach § 59 erfordert einen konkreten Anfangsverdacht für einen bestimmten Kartellrechtsverstoß. Dies gilt nicht für Ermittlungen nach § 32e. Bereits die Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann Grundlage für eine Enqueteuntersuchung sein.

Enqueteuntersuchungen können daher auch dazu beitragen, eine Lücke zu schließen, die sich in der bisherigen Praxis ergeben hat, wenn sich Unterneh-

men aus Furcht vor Repressalien geweigert haben, bei Beschwerden ihren Namen zu offenbaren (sog. Ross-und-Reiter-Problematik). Bereits die 6. GWB-Novelle sah diesbezüglich Verbesserungen vor. So wurde § 54, der die Einleitung des Verfahrens durch die Kartellbehörde betrifft, in der Weise ergänzt, dass die Kartellbehörde auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts wegen einleiten kann. Ferner wurde durch Anfügung eines neuen Absatzes 4 in § 70 die Beweisposition der Kartellbehörden in den Fällen abgesichert, in denen die Kartellbehörde den Beschwerdeführer im Rahmen des weiteren Verwaltungsverfahrens anonym halten möchte. Darüber hinausgehend soll nun § 32e eine weitere Verbesserung für die Ermittlungen der Kartellbehörde bieten. Es ist zu erwarten, dass das neue Instrument verdachtsunabhängiger Enqueteuntersuchungen eine zusätzliche Abhilfe bei der Ross-und-Reiter-Problematik schaffen kann.

g) Im Hinblick auf die Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht sieht die Novellierung Folgendes vor:

- Stärkung des kartellrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
- Erweiterung der bisherigen Mehrerlösabschöpfung durch die Kartellbehörde zu einer Abschöpfung des ab dem Verstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils (dazu siehe Doppelbuchstabe bb),
- Einführung einer Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen (dazu siehe Doppelbuchstabe cc).

aa) Die Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seine Ersetzung durch ein System der Legalausnahme vermindern tendenziell die behördliche Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Damit soll jedoch keine Einbuße an Wettbewerbsschutz verbunden sein. Zum Ausgleich werden neben den verwaltungsrechtlichen auch die zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen ausgeweitet. Damit soll ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem geschaffen werden, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgeht. Dies entspricht den Vorstellungen der Kommission für eine verbesserte Effizienz des Wettbewerbsschutzes im neuen System der Legalausnahme. Auch in den USA sind zivilrechtliche Sanktionen ein wesentlicher Teil des Sanktionssystems. Dies gilt sowohl für Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Kernbeschränkungen (sog. Hard-core-Bereich), wo zivilrechtliche Schadensersatzklagen in der Regel neben behördliche bzw. gerichtliche Sanktionen treten, aber auch für sonstige Fälle, bei denen die Behörde unter Umständen von der Verfolgung absieht und dann zivilrechtliche Schadensersatzansprüche die einzigen Sanktionen sind.

Die zivilrechtlichen Sanktionen werden in vielfacher Weise erweitert und verstärkt. Wesentliche Neuerungen sind insbesondere:

Der auch im bisherigen Gesetz vorgesehene Unterlassungsanspruch kann künftig nicht nur vom konkret Beeinträchtigten selbst oder wirtschaftlichen Verbänden, sondern auch von qualifizierten Einrichtungen, d. h. insbesondere von Verbraucherschutzorganisationen, geltend gemacht werden. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass Wettbewerb immer auch dem Verbraucher dient, und knüpft an das bewährte System des Rechtsschutzes im UWG an.

Der Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 wird gegenüber dem geltenden Recht aufgewertet, um einen wirksamen Ausgleich für den Geschädigten sicherzustellen und zugleich den abschreckenden Effekt zu verstärken. Zum einen werden die Einschränkungen des Schadensersatzanspruchs durch das Schutzgesetzfordernis, das von der Rechtsprechung eng ausgelegt wurde, im Ergebnis weitgehend aufgehoben. Dies folgt der Rechtsprechung des EuGH, wonach grundsätzlich „jedermann“ Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder durch ein entsprechendes einseitiges Verhalten entstanden ist (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Juni 2001; Rechtssache C-453/99; Rn. 26, „Courage“). Für das zukünftige deutsche Schadensersatzrecht bedeutet dies insbesondere, dass Abnehmer und Lieferanten bei Kartellverstößen auch dann Schadensersatz verlangen können, wenn sich die Kartellabsprache nicht gezielt gegen sie richtet. Bereits nach geltendem Recht kann sich der Schädiger entsprechend der herrschenden Meinung im kartellrechtlichen Schrifttum nicht auf eine Vorteilsausgleichung als Schadensminderung berufen, wenn es dem Geschädigten gelingt, den Schaden aus einem überhöhten Kaufpreis ganz oder teilweise durch Weiterveräußerung an seine Abnehmer weiterzugeben. Es kann darauf vertraut werden, dass dieses Problem durch die Rechtsprechung befriedigend gelöst wird.

Ferner wird klargestellt, dass bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 ZPO insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden kann. Ziel ist insbesondere, die Anspruchsdurchsetzung in den Fällen zu erleichtern, in denen die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. In dem besonderen Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes und des ergänzenden Leistungsschutzes nach § 1 UWG hat die Rechtsprechung das Institut der alternativen Schadensberechnung z. B. durch Herausgabe des Verletzergewinns entwickelt. Schließlich wird die Verzinsung des Schadensersatzanspruchs ab dem Zeitpunkt des Schadensereignisses vorgeschrieben. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wird durch eine Tatbestandswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen und eine Verjährungshemmung bei laufenden Kartellverfahren erleichtert.

Die Abschreckungswirkung von Schadensersatzansprüchen wird nicht dadurch infrage gestellt, dass

Zivilrechtsverfahren vielfach erst im Anschluss an behördliche Verfahren durchgeführt werden (sog. Follow-on-Klagen). Sie beruht vielmehr darauf, dass der „Täter“ keine oder nur geringe Chancen sieht, dass er einen Gewinn, den er aus dem Kartellrechtsverstoß erlangt hat, dauerhaft behalten kann. Um eine ausreichende Abschreckung zu erzielen, ist es daher wichtig, dass die „Kartellrendite“ bei den Unternehmen, die den Wettbewerbsverstoß begangen haben, abgeschöpft wird. Im Regelfall erfolgt dies durch den Geschädigten; in diesem Fall wird zugleich der entstandene Schaden ausgeglichen. Schadensersatz nach § 33 hat daher im System der zivilrechtlichen Sanktionen weiterhin Vorrang.

- bb) Daneben sind ergänzende Regelungen für den Fall vorgesehen, dass der Schaden durch den Geschädigten nicht geltend gemacht wird. Um zu vermeiden, dass in diesen Fällen die „Rendite“ aus dem Wettbewerbsverstoß bei den betreffenden Unternehmen verbleibt, werden die Möglichkeiten der Kartellbehörden zur Vorteilsabschöpfung deutlich erweitert. Dies hat Bedeutung insbesondere für die Fälle, in denen ein Ausgleich der entstandenen Schäden aus praktischen Gründen nicht möglich oder sinnvoll ist oder aus sonstigen Gründen unterbleibt. Eine Vorteilsabschöpfung ist darüber hinaus bei Geldbußen der Kommission, die reinen Ahnungscharakter haben und nicht die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken, denkbar.

Die Regelung in § 34 knüpft an den bisherigen § 34 an, geht jedoch im Umfang deutlich darüber hinaus. Bisher galt § 34 im Wesentlichen nur für den sehr seltenen Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung der Kartellbehörde. Künftig erfasst er jeden durch einen Kartellrechtsverstoß erlangten Mehrerlös.

Der Vorteil entfällt jedoch, soweit das Unternehmen Schadensersatz leistet. Derartige Schadensersatzleistungen sind daher auf den Anspruch nach § 34 anzurechnen. Neben der Vorteilsabschöpfung bleiben ferner die straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen in vollem Umfang bestehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch in Zukunft Bußgelder neben ihrem Sanktionscharakter gleichzeitig die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken können (§ 81 Abs. 5). Auch die Anordnung des Verfalls nach § 29a OWiG oder nach § 73 Abs. 3, § 73a StGB dient der Abschöpfung des erlangten Vermögensvorteils. In diesen Fällen ist daher ebenfalls eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 ausgeschlossen.

Eine Kumulation von zivil- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen (Schadensersatzanspruch und Geldbuße) ist auch im bisherigen Recht vorgesehen. In der Praxis erfolgte jedoch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils in aller Regel allein über die Geldbuße. Künftig soll die Abschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 als eigenständiges Instrument eine größere Bedeutung erhalten. Insgesamt kann aufgrund der Abschöpfungsregelungen jedoch nicht mehr als der durch den Verstoß erzielte wirtschaftliche Vorteil in einmaliger Höhe vom

schädigenden Unternehmen als Sanktion eingefordert werden.

- cc) Subsidiär wird ein Anspruch der Verbände und Verbraucherschutzorganisationen auf Vorteilsabschöpfung für den Fall der Massen- und Streuschäden eingeführt. Dem dient der neue § 34a. Ziel dieses Anspruchs ist die Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen bei Masse- und Streuschäden. Hierunter versteht man die Fallkonstellation, in der durch kartellrechtswidriges Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern geschädigt wird, die Schadenshöhe im Einzelnen jedoch gering ist. Bleibt der Schaden im Bagatellbereich, sieht der Betroffene regelmäßig von einer Rechtsverfolgung ab, weil der Aufwand und die Kosten hierfür in keinem Verhältnis zum Umfang seines Schadens stehen.

Zwar können auch die Kartellbehörden einen derartigen Vorteil nach § 34 Abs. 1, durch Verhängung einer Geldbuße oder durch die Anordnung des Verfalls abschöpfen; dies steht jedoch in ihrem pflichtgemäßen Aufgreif- und Verfolgungsermessen. Daher sind Fälle denkbar, in denen der Zuwiderhandelnde ohne besondere gesetzliche Regelung den erzielten Vorteil behalten würde. Diese Rechtsdurchsetzungslücke soll durch den neuen § 34a geschlossen werden, indem auch für derartige Fallgestaltungen eine subsidiär geltende zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeit geschaffen wird. Wie im Entwurf von § 10 UWG ist der Anspruch auf Vorsatz beschränkt; der Anspruch richtet sich nicht auf Zahlung an den Verband, sondern unmittelbar auf Zahlung an die Bundeskasse. Damit soll verhindert werden, dass die Geltendmachung dieses Anspruchs zur Einnahmeerzielung missbraucht wird.

- h) Ein weiterer Schwerpunkt der Novelle sind Regelungen zur Sicherung des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Bereich der Presseunternehmen. Die neuen Bestimmungen sollen dazu dienen, dass auch unter den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen und trotz der entstandenen neuen Konkurrenz anderer Medien die noch sehr vielfältige deutsche Presselandschaft erhalten bleibt.

Die gesamte Printbranche, insbesondere aber die Zeitungen, befinden sich in einer wirtschaftlich schwierigen Situation. Ursächlich hierfür (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36, Rn. 48 ff.) sind sowohl die allgemeine wirtschaftliche Lage als auch grundlegende strukturelle Veränderungen auf den Zeitungsmärkten.

Die strukturellen Veränderungen manifestieren sich in schrumpfenden Leserzahlen, rückläufigen Anzeigen und sinkenden Werbeeinnahmen der Zeitungen.

Die Auflagenzahlen der Tageszeitungen sind seit langem rückläufig. Von 1980 bis 2003 betrug der Rückgang bei den Tageszeitungen insgesamt fast 7 %. In diesem Zeitraum verloren vor allem die Kaufzeitungen (– 24 %) und die lokalen und regionalen Abonnement-Zeitungen (– 4 %) an Lesern; die überregionalen Zeitungen konnten ihre Auflagen hingegen noch stark steigern (+ 70 %). In den letzten Jahren nahm die Zahl der Leser jedoch bei allen Zeitungskategorien ab. Der langfristige Rückgang der Auflagen der Tageszeitungen, unabhängig von der

konjunkturellen Entwicklung, deutet auf strukturelle Veränderungen im Lesermarkt hin. Die Gründe für die rückläufigen Leserzahlen, auf die auch die Monopolkommission verweist, sind der demographische Wandel und der Umstand, dass der Informationsbedarf, insbesondere der jüngeren Generationen, verstärkt über andere Medien, vor allem privates und öffentliches Fernsehen sowie das Internet, gedeckt wird. Insgesamt erreichen die Tageszeitungen nur noch ca. drei Viertel der Bevölkerung; 1995 erreichten sie hingegen noch 81 % der Bevölkerung.

Seit dem Jahr 2001 sind zudem die Einnahmen der Tageszeitungen aus Werbe- und Rubrikanzeigen stark zurückgegangen. Der Rückgang bei den Stellenanzeigen betrug bis zu 50 %. Die Einbußen bei den Anzeigeneinnahmen treffen Tageszeitungen besonders stark, da sie sich traditionell zu zwei Dritteln über Anzeigen und zu einem Drittel über die Lesermärkte finanzieren. Aufgrund der starken Einbrüche bei den Anzeigen beträgt der Beitrag der Anzeigenmärkte zu den Einnahmen einer Tageszeitung im Durchschnitt in den alten Bundesländern mittlerweile rund 57 % und in den neuen Bundesländern sogar nur noch ca. 46 %.

Für die rückläufige Entwicklung des Umfangs von Kfz- und Immobilienanzeigen sind auch strukturelle Gründe ursächlich. Mit dem Internet ist ein völlig neuer Konkurrent auf den Markt getreten, der durch die große Breite elektronischer Suchmöglichkeiten viele Vorteile für die Verbraucher bietet. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass diese Anzeigen wieder in die Printmedien zurückkehren. Für die Stellenanzeigen ergibt sich kein einheitliches Bild. Der Rückgang der Stellenanzeigen lässt sich zum Teil mit der schwachen Konjunktur begründen. Die Zeitungen dürften daher mit einem wirtschaftlichen Aufschwung in gewissem Umfang von zunehmenden Stellenanzeigen profitieren. Aber auch hier ist nicht davon auszugehen, dass die Anzeigen in vollem Umfang in die Presseerzeugnisse zurückkehren werden. So sind z. B. einige große Konzerne dazu übergegangen, ihre offenen Stellen ausschließlich auf ihrer Homepage auszuschriften.

Der Rückgang der Anzeigen ist kein spezifisches Problem kleinerer und mittlerer Verlage. Im Gegenteil, je höher die Auflagengröße, desto stärker waren die Zeitungen in den letzten Jahren vom rückläufigen Umfang der Anzeigen betroffen.

Während der Rückgang bei den Rubrikanzeigen erst in den vergangenen Jahren eingesetzt hat, verlieren die Zeitungen schon seit zwei Jahrzehnten Anteile am Werbemarkt. Allein im letzten Jahrzehnt ist der Anteil der Tageszeitungen am gesamten Werbeaufkommen in Deutschland von einem Drittel auf ein Viertel zurückgegangen.

Die Monopolkommission geht in ihrem Sondergutachten 36 vom April 2003 davon aus, dass die strukturellen Veränderungen die Entwicklung des Zeitungswesens in diesem Jahrzehnt prägen werden. Es ist zu erwarten, dass die genannten strukturellen Faktoren einen erhöhten Konzentrationsdruck bei Zeitungsverlagen auslösen. Eine Tendenz zu weiteren Zusammenschlüssen dürfte sich durch Nachfolgeprobleme insbesondere bei kleinen

und mittleren Verlagen stellen. Für die Verlage ist es deshalb vordringlich, Rückgänge im Anzeigengeschäft durch Ausweitung des Vertriebsgeschäfts zu kompensieren und auf einer verbreiterten wirtschaftlichen Basis das Überleben der Unternehmen zu sichern.

Ziel der Novellierung im Pressebereich ist daher, für Zeitungsverlage Möglichkeiten zu eröffnen, ihre wirtschaftliche Basis zu verbreitern, um die ökonomische Grundlage der vorhandenen Pressevielfalt zu sichern.

Die Novellierung stützt sich auf drei Säulen. Zum einen werden die Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigebereich erweitert (§ 31; vgl. hierzu unter Doppelbuchstabe aa). Zum zweiten werden durch eine moderate Anhebung der Aufgreifschwelle und die Einführung einer Bagatellklausel die kontrollfreien Spielräume für Fusionen leicht erweitert (hierzu unter Doppelbuchstabe bb). Darüber hinaus werden drittens Zusammenschlüsse von Zeitungsverlagen trotz Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht (hierzu unter Doppelbuchstabe cc).

Die Veränderung der Schwellenwerte soll für alle Unternehmen, die in der Herstellung und dem Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen (im Folgenden: Presseunternehmen) tätig sind, gelten. Die erleichterten Kooperations- und Zusammenschlussmöglichkeiten sollen hingegen nur von Zeitungsverlagen in Anspruch genommen werden können, da diese von den konjunkturell bedingten Problemen und den strukturellen Veränderungen weit überproportional betroffen sind.

Zeitungen sind klassische Tageszeitungen, die im Abonnement und Einzelverkauf vertrieben werden, Straßenverkaufszeitungen, Wochen- und Sonntagszeitungen. Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie in ihrem redaktionellen Teil als Chronist fortlaufend über aktuelle Vorgänge berichten. Anzeigenblätter sind, unabhängig von dem Umfang ihres redaktionellen Teils und ihrer presserechtlichen Bedeutung ebenfalls den Zeitungen zuzurechnen (ständige Rechtsprechung; vgl. BGH WuW/E 2443 ff., 2559 Südkurier/Singener Wochenblatt). Bei Zusammenschlüssen, die Anzeigenblätter betreffen, kann die Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1a allerdings nur dann in Anspruch genommen werden, wenn betroffene Anzeigenblätter einen so großen redaktionellen Anteil haben, dass „Vorkehrungen“ zur Erhaltung eigenständiger redaktioneller Einheiten überhaupt möglich sind. Zusammenschlüsse zwischen Zeitungsverlagen und Unternehmen mit einem anderen Unternehmensgegenstand, z. B. Presse-Grossisten, sind daher von der Anwendung des § 36 Abs. 1a von vornherein ausgenommen.

Die Kombination erweiterter Kooperations- und Zusammenschlussmöglichkeiten trägt der Tatsache Rechnung, dass im Verlagswesen ein breites Spektrum verschiedener Formen der Zusammenarbeit auf unterschiedlichsten gesellschaftsrechtlichen Grundlagen denkbar ist und auch praktiziert wird. Dieses reicht von kartellrechtlich unbedenklichen Kooperationen, z. B. im Zustellbereich, über Anzeigenkooperationen bis hin zu einer Vergemeinschaftung sämtlicher verlagswirtschaftlicher Bereiche mit Ausnahme der Redaktionen. Die Entwicklung der Zeitungslandschaft in Deutschland belegt, dass die Bewahrung unternehmerischer Selbstständigkeit im Ver-

lagswesen ein besonders prägender Faktor ist, der erheblich zu der heute vorzufindenden pluralen Struktur diese Branche beigetragen haben dürfte. Die Veräußerung eines Zeitungsverlags aufgrund wirtschaftlicher Probleme wird von den Verlagen in aller Regel nur als eine ultima ratio in Betracht gezogen werden.

- aa) Nach § 31 sollen Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigengeschäft als einem besonders erlösträchtigen Bereich erweitert werden. Anzeigenerlöse tragen im Vergleich zu Vertriebs Erlösen überproportional zum Ergebnis einer Zeitung bei. Die Entwicklung des Anzeigengeschäfts ist ein wesentlicher Faktor für die längerfristige wirtschaftliche Perspektive von Zeitungsverlagen. Durch diese Kooperationen wird die Selbständigkeit der beteiligten Verlage im redaktionellen Bereich von vornherein nicht infrage gestellt. Sie können somit die Notwendigkeit einer Unternehmensveräußerung abwenden.

Die Regelung in § 31 stellt deshalb Kooperationen im Anzeigenbereich ohne weitere Vorbedingungen frei, um damit die Hebung aller denkbaren Synergiepotentiale in diesem Bereich zu ermöglichen. Dies gilt allerdings nur unter Beachtung der vom EU-Recht gesetzten Grenzen. Kooperationen, die den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG beschränken, sind nur nach den restriktiveren Vorgaben des Artikels 81 Abs. 3 EG bzw. des § 2 freigestellt. Die erweiterten Kooperationsmöglichkeiten werden daher vor allem kleineren und mittleren Verlagen zugute kommen. Darüber hinaus dürfte § 31 zusätzliche Rechtssicherheit für viele heute schon praktizierte Formen der Zusammenarbeit kleinerer und mittlerer Verlage im Anzeigenbereich schaffen.

- bb) Durch die Halbierung des Umsatzberechnungsfaktors in § 38 Abs. 3 auf das Zehnfache – was einer Aufgreifschwelle von 50 Mio. Euro entspricht – und durch die Anwendbarkeit der Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 bis zu einer Schwelle von 2 Mio. Euro werden die Spielräume für fusionskontrollfreie Zusammenschlüsse im Pressebereich erweitert. In begrenztem Umfang werden Zusammenschlüsse von Presseunternehmen mit Wettbewerbern ohne fusionskontrollrechtliche Prüfung möglich. Diese Schwellenänderungen werden es kleinen und mittleren Verlagen erleichtern, bei der Suche nach Nachfolgern den Marktwert ihres Verlags zu realisieren. Andererseits bleibt der Schutz für kleine Verlage, der mit der pressenspezifischen Aufgreifschwelle verbunden ist, in der Substanz erhalten. Durch die Erhöhung der Aufgreifschwelle von 25 Mio. Euro auf 50 Mio. Euro werden sich in Deutschland gegenüber dem Status quo ca. 50 Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) zusätzlich kontrollfrei zusammenschließen können. Durch die Einführung einer Bagatellklausel in Höhe von 2 Mio. Euro können ca. 30 selbständige Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) kontrollfrei aufgekauft werden.
- cc) Um Zusammenschlüsse, die zur Stärkung der wirtschaftlichen Basis notwendig sind, auch oberhalb der 50 Mio. Euro Aufgreifschwelle und der 2 Mio.

Euro Bagatellklausel in Einzelfällen zu ermöglichen und dennoch die bestehende Pressevielfalt aufrechterhalten, wird in § 36 Absatz 1a eine zusätzliche Option für Zeitungsverlage geschaffen. Danach können sich diese trotz Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dann zusammenschließen, wenn die beteiligten Verlage freiwillig eine Einschränkung ihrer verlegerischen Dispositionsfreiheit akzeptieren. Voraussetzung ist, dass die beteiligten Zeitungen langfristig als eigenständige redaktionelle Einheiten erhalten bleiben. Die Absicherung der beteiligten Zeitungen als eigenständige redaktionelle Einheiten erfolgt allein über strukturelle Faktoren, deren Festlegung und Aufrechterhaltung durch Bedingungen und Auflagen festzulegen ist. Das Vorliegen der Voraussetzungen wird widerleglich vermutet, wenn der Altverleger bzw. unabhängige Dritte mehr als 25 % der Kapital- und Stimmrechte hält, der Altverleger bzw. unabhängige Dritte die Titelrechte besitzt und der Altverleger bzw. unabhängige Dritte Mitbestimmungs- und Vetorechte für Entscheidungen hat, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung als eigenständige redaktionelle Einheit wesentlich sind. Zu solchen Entscheidungen zählen insbesondere die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung, die Bestellung bzw. Abberufung der Mitglieder der Chefredaktion und die Einstellung der beteiligten Zeitungen und ihrer redaktionellen Ausgaben. Damit der Erwerber und der Altverleger bzw. der unabhängige Dritte die beteiligten Zeitungen nicht kurzfristig in gegenseitigem Einverständnis einstellen, hat das Bundeskartellamt die Konformität der Einstellung mit den getroffenen Vereinbarungen und insoweit auch deren Einhaltung zu prüfen. Zudem erhält der Altverleger bzw. unabhängige Dritte zivilrechtliche Klagemöglichkeiten, falls die vereinbarten Rechte verletzt werden.

Die Regelung des § 36 Abs. 1a darf nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Fortbestand der erworbenen Zeitung als eigenständige redaktionelle Einheit aufgrund anhaltender Probleme der betroffenen Zeitung mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne den Zusammenschluss ernsthaft gefährdet wäre. Die Option soll also nur dann genutzt werden können, wenn wirtschaftliche Schwierigkeiten bestehen oder absehbar sind und der Zusammenschluss geeignet ist, zur Verbesserung der Lage beizutragen. Wirtschaftliche Schwierigkeiten sind dann zu vermuten, wenn in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die Anzeigen- und Beilagenerlöse der erworbenen oder erwerbenden Zeitung rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen.

Zudem ist eine wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des § 36 Abs. 1a ausdrücklich ausgeschlossen. Dadurch wird die Bildung von Regionalketten durch einen Zeitungsverlag explizit ausgeschlossen. Beide Regelungen verhindern einen Missbrauch und überschießende Marktauswirkungen der erweiterten Zusammenschlussmöglichkeiten.

Die Regelungen des § 36 Abs. 1a und 1b bewegen sich innerhalb der Systematik dieses Gesetzes, indem sie weiterhin am Kriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung anknüpfen und Zusammenschlüsse trotz Marktbeherrschung nur unter bestimmten Voraussetzungen und bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Problemlage ermöglichen. Sie stellen damit auch nicht den bisher verfolgten Ansatz, publizistische Vielfalt durch wirtschaftliche Vielfalt zu gewährleisten, infrage. Sie erlauben aber eine gewisse Verbreiterung der wirtschaftlichen Basis dann, wenn die publizistische Vielfalt gleichzeitig und nachhaltig gesichert wird.

i) Hinsichtlich der Zuständigkeiten der Kartellbehörden sind folgende Neuerungen vorgesehen:

- Flexibilisierung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
- Stärkung der Position der Landeskartellbehörden durch Ermächtigung zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts (dazu siehe Doppelbuchstabe bb).

aa) Im Grundsatz bleibt die bisherige Zuständigkeitsverteilung zwischen Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt beibehalten. Danach sind die Landeskartellbehörden grundsätzlich zuständig, soweit die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Andernfalls ist grundsätzlich das Bundeskartellamt zuständig. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung geht auch dann über ein Land hinaus, wenn sie einen ins Gewicht fallenden Auslandsbezug aufweist.

§ 49 Abs. 3 und 4 flexibilisiert die Zuständigkeitsverteilung insofern, als sich in Zukunft das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden für den Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht einvernehmlich über eine andere Zuständigkeitsverteilung einigen können. Dies entspricht insbesondere auch dem Wunsch der Länder. Die Regelung nähert sich insoweit dem europäischen Modell paralleler Zuständigkeiten der europäischen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung der Artikel 81 und 82 EG an. Durch die Neuregelung der Absätze 3 und 4 des § 49 kann wie im europäischen System erreicht werden, dass die bestgeeignete Behörde („best placed authority“) den Fall aufgreifen und entscheiden kann. Anders als auf europäischer Ebene lässt die Novelle jedoch die grundsätzlichen Zuständigkeitsregeln für das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden unberührt, ergänzt sie jedoch um die Möglichkeit einer einvernehmlichen Abweichung von diesen Regeln. Dies ist dem Vorbild der Verweisung von Fällen von der Kommission an die Mitgliedstaaten und umgekehrt im Bereich der europäischen Fusionskontrolle nachgebildet (vgl. Artikel 9 und Artikel 22 FKVO).

bb) In Zukunft sind die Landeskartellbehörden – neben dem Bundeskartellamt – ermächtigt, europäisches

Wettbewerbsrecht anzuwenden (§ 50 Abs. 1). Bislang ist dies allein dem Bundeskartellamt vorbehalten. Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Landeskartellbehörden sind für die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG insoweit zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 VO 1/2003. Wäre – wie bisher – nur das Bundeskartellamt ermächtigt, europäisches Wettbewerbsrecht anzuwenden, wären die Länder nicht zur Entscheidung über Wettbewerbsverstöße mit zwischenstaatlichen Auswirkungen befugt. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden müsste dann an das Vorliegen der Voraussetzungen der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Artikel 81 und 82 EG anknüpfen. Dies wäre jedoch – wie bereits ausgeführt – in der Praxis ungeeignet. Die Zuständigkeitsverteilung nach den §§ 48 und 49 bleibt daher unberührt.

Eine Rechtsgrundlage zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Landeskartellbehörden ist erforderlich, damit die Länder das gesamte Spektrum der Aufgaben nach § 48 Abs. 2 wahrnehmen können. Angesichts der Weite der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Artikel 81 und 82 EG sind Fälle denkbar, in denen beispielsweise wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel im europarechtlichen Sinne zu beeinträchtigen, ohne aber gleichzeitig länderübergreifende Wirkung im Sinne des § 48 Abs. 2 zu entfalten. Denn nach § 48 sind allein die konkreten tatsächlichen Auswirkungen maßgeblich, während für die Zwischenstaatlichkeitsklausel auch mittelbare – und nur potenzielle – Auswirkungen ausreichen. Ein Ausschluss der Landeskartellbehörden von der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts, wie im bisherigen § 50, ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Landeskartellbehörden künftig bei der Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts das europäische Wettbewerbsrecht maßgeblich zugrunde legen müssen (§ 23). Sie müssen daher ohnehin über die Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, die für die unmittelbare Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts erforderlich sind.

Soweit die Landeskartellbehörden Artikel 81 und 82 EG anwenden, ist es allerdings notwendig, dass der Geschäftsverkehr mit der Kommission und den anderen Wettbewerbsbehörden über das Bundeskartellamt erfolgt. Das folgt schon aus der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes zur Außenvertretung (Artikel 32 Abs. 1 GG). Außerdem entspricht es den praktischen Erfordernissen des Netzwerks der Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union, dass die Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden in Deutschland über einen zentralen Ansprechpartner erfolgt.

j) Für die Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit anderen in- und ausländischen Behörden ist im Einzelnen Folgendes vorgesehen:

- Klarstellung der Ermächtigung der Kartellbehörden zum Informationsaustausch im Netzwerk der euro-

- päischen Wettbewerbsbehörden (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
- Schaffung einer Rechtsgrundlage für die sonstige Zusammenarbeit des Bundeskartellamts mit nicht-deutschen Wettbewerbsbehörden (dazu siehe Doppelbuchstabe bb),
  - Rechtliche Absicherung des Informationsaustauschs zwischen den Kartellbehörden und den Regulierungsbehörden sowie sonstigen deutschen Behörden (dazu siehe Doppelbuchstabe cc).
- aa) Durch § 50a werden die Regeln über den Informationsaustausch im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden klargestellt. Danach sind das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden befugt, zum Zwecke der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten alle tatsächlichen oder rechtlichen Umstände einschließlich vertraulicher Angaben mitzuteilen und diese Informationen als Beweismittel zu verwenden. Die Landeskartellbehörden wickeln den Geschäftsverkehr dabei über das Bundeskartellamt ab. § 50a konkretisiert die Regelung des Artikels 12 VO 1/2003 im deutschen Recht. Diese Klarstellung ist wichtig, um zu gewährleisten, dass die Kartellbehörden in der Lage sind, mit anderen Wettbewerbsbehörden im Netzwerk effektiv zusammenzuarbeiten. Die Beachtung verfassungsrechtlich gebotener Verwertungsverbote im Einzelfall bleibt hiervon unberührt.
- bb) Zugunsten des Bundeskartellamts erstreckt § 50b die Möglichkeit zum Informationsaustausch auf andere Fälle, die nicht von der Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden nach § 50a erfasst werden. Dies kann die Zusammenarbeit mit außereuropäischen Wettbewerbsbehörden in Kartellfällen ebenso betreffen wie die Zusammenarbeit mit diesen oder europäischen Wettbewerbsbehörden in Fusionsfällen. Vertrauliche Angaben aus Verfahren der Zusammenschlusskontrolle dürfen jedoch nur mit Zustimmung des Unternehmens übermittelt werden, das diese Angaben vorgelegt hat. Ebenso wie im Rahmen des § 50a ist das Bundeskartellamt nicht verpflichtet, Informationen zu übermitteln. Die Ermessensvorschrift gibt ihm die Möglichkeit, Ersuchen um Informationen abzulehnen. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei die Frage, inwieweit die ersuchende Wettbewerbsbehörde ihrerseits zu einer Übermittlung von Informationen an das Bundeskartellamt bereit ist.
- cc) § 50c regelt in Absatz 1 die Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und den Regulierungsbehörden. Damit werden noch bestehende Hinderungsgründe für eine umfassende Zusammenarbeit von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden beseitigt. Angesichts der Sachnähe der Tätigkeit der Regulierungsbehörden (derzeit insbesondere Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post sowie Eisenbahnbundesamt) zu den Aufgaben der Kartellbehörden ist auch mit diesen eine umfassende und effektive Zusammenarbeit zur Durchsetzung

eines effektiven Wettbewerbsschutzes erforderlich. Die Zusammenarbeit muss dabei in beiden Richtungen zwischen Kartell- und Regulierungsbehörden erfolgen. Soweit diese Zusammenarbeit z. B. im TKG für einzelne Bereiche gesetzlich besonders geregelt ist, haben diese Vorschriften Vorrang.

Nach Maßgabe von Absatz 2 wird die Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und anderen Behörden in Deutschland auf eine rechtliche Basis gestellt. Kartellbehörden sind häufig auf Informationen anderer Behörden angewiesen. Diese werden durch § 50c, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, zur Amtshilfe verpflichtet. Umgekehrt sind Kartellbehörden zur Hilfestellung gegenüber diesen Behörden verpflichtet. Auch mit anderen Behörden, die nicht in § 50c genannt sind, können die Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten. Dies richtet sich nach den allgemeingültigen Grundsätzen der Amtshilfe. Beispiel hierfür ist die Zusammenarbeit mit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK). Der Austausch von vertraulichen Informationen sowie von Informationen, die über das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden nach § 50a oder nach Artikel 12 VO 1/2003 erlangt worden sind, ist jedoch aufgrund der Vorgaben des europäischen Rechts ausgeschlossen.

Die §§ 50a bis 50c, namentlich § 50c, stellen, soweit die Weitergabe von Informationen aus Bußgeldverfahren betroffen ist, spezialgesetzliche Übermittlungsregelungen im Sinne der §§ 49a und 49b OWiG in Verbindung mit § 480 StPO dar. Darüber hinaus erfassen sie auch Verfahren außerhalb des Ordnungswidrigkeitenrechts, d. h. insbesondere Verwaltungsverfahren.

- k) Die Novelle umfasst ferner notwendige verfahrensrechtliche Änderungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle, bei denen sich in der Praxis ein dringender Änderungsbedarf gezeigt hat. Schwerpunkt ist dabei eine Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Freigaben des Bundeskartellamts bzw. Erlaubnisse des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Der Rechtsschutz insgesamt wird dadurch nicht beeinträchtigt. Insbesondere bleibt die Regelung im GWB, die Klagen gegen Freigaben des Bundeskartellamts oder Ministererlaubnisse deutlich über den allgemeinen Rahmen der VwGO hinaus ermöglicht, für das Hauptsacheverfahren unangetastet. Im Einzelnen ist vorgesehen:
- die Anknüpfung der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes an die Verletzung eigener Rechte des Drittklägers (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
  - verfahrensrechtliche Verbesserungen, die Zweifelsfragen beseitigen und den Verfahrensablauf insgesamt effizienter gestalten (dazu siehe Doppelbuchstabe bb).
- aa) Mit der 6. GWB-Novelle wurde die Möglichkeit von Drittklagen gegen förmliche Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts eingeführt. Die Regelung folgte dem europäischen Recht, wo ebenfalls derartige Drittklagen möglich sind. Ziel der Regelung

war in erster Linie eine erhöhte Transparenz der Zusammenschlusskontrolle. Die Erfahrungen mit der Entscheidungspraxis der Kommission hatten gezeigt, dass auch Freigaben nicht weniger als Untersagungen einer kritischen Diskussion in der Öffentlichkeit bedürfen. Dieses Ziel hat nach wie vor Gültigkeit. Darüber hinaus sollte dem Interesse von Unternehmen, die durch Freigaben in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen sind, Rechnung getragen werden.

Bereits im Rahmen der 6. GWB-Novelle wurde aber auch erkannt, dass Drittklagen die Umsetzung berechtigter unternehmerischer Entscheidungen erschweren können. Fusionen können in der Regel nur innerhalb eines eng begrenzten Zeitrahmens verwirklicht werden. Wenn Fusionsentscheidungen zum Zweck der gerichtlichen Überprüfung für längere Zeit ausgesetzt werden, wird damit in den meisten Fällen die Verwirklichung der Fusion insgesamt verhindert. Das geltende GWB sieht daher vor, dass Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts oder des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im Bereich der Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben (§ 64). Damit soll eine ausgewogene Balance zwischen dem Rechtsschutzinteresse Drittbetroffener und einer Wahrung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit geschaffen werden.

In der Folge ist dieses Ziel nur unvollkommen erreicht worden. In der gerichtlichen Praxis ist im Falle der Anfechtung von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts in weitgehendem Umfang vorläufiger Rechtsschutz gewährt worden; Gleiches gilt im Fall einer Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Die Unternehmen können deshalb nicht mehr darauf vertrauen, dass eine Freigabe des Bundeskartellamts oder eine Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im Regelfall den Vollzug des Zusammenschlusses ermöglicht. Dies entspricht nicht der Intention des Gesetzgebers der 6. GWB-Novelle. Konsequenz von unberechtigten Blockaden von Fusionen durch überzogenen Rechtsschutz können Investitionshemmnisse mit erheblichen nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland sein.

In Zukunft kann vorläufiger Rechtsschutz gegen Freigaben des Bundeskartellamts in Hauptprüfverfahren (§ 40 Abs. 2) oder Erlaubnisse des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit (§ 42 Abs. 1) gerichtlich nur von Dritten erlangt werden, die durch die Verfügung oder Erlaubnis in ihren Rechten verletzt sind. Damit entsprechen die Voraussetzungen für die Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes im Ergebnis den Rechtsschutzanforderungen des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts. Für das Hauptsacheverfahren bleibt es bei den niedrigeren Anforderungen an die Beschwerdebefugnis im GWB. Danach steht die Beschwerde den am Verfahren vor den Kartellbehörden Beteiligten zu, sofern diese durch die angefochtene Entscheidung in ihren wettbewerblichen Interessen beschwert sind (§ 63

Abs. 2; vgl. BGH HABET/Lekkerland vom 24. Juni 2003; KVR 14/01).

Diese Lösung hat zwar die an sich unerwünschte Folge, dass für den Rechtsschutz in der Hauptsache und für den vorläufigen Rechtsschutz unterschiedliche Standards gelten. Es gibt aber keine Alternative, die den Rechtsschutz so weit wie möglich unangestastet lässt, zugleich aber der Intention des Gesetzgebers der 6. GWB-Novelle Rechnung trägt und unnötige Blockaden von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts oder Erlaubnissen des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit verhindert. Eine Einschränkung des Rechtsschutzes auch in der Hauptsache würde im Ergebnis den erst im Rahmen der letzten GWB-Novelle eingeführten Drittschutz gegen Freigabeentscheidungen teilweise wieder aufheben. Dies ist jedoch nicht wünschenswert. Es besteht nach wie vor ein hohes öffentliches Interesse an der öffentlichen Diskussion und gerichtlichen Überprüfbarkeit von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und Ministererlaubnissen nach § 42. Eine Regelung, die sich darauf beschränkt, im Fall der gerichtlichen Anfechtung dieser Entscheidungen allein den vorläufigen Rechtsschutz in den verfassungsrechtlichen Grenzen einzuschränken, ist ausreichend und daher vorzuzugswürdig.

- bb) Daneben werden einzelne Verfahrensvorschriften angepasst, mit denen das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle insgesamt effektiver gestaltet werden soll. Dies betrifft insbesondere die Regelung über die öffentliche mündliche Verhandlung (§ 56). Die Verpflichtung, auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen zu müssen (bisheriger § 56 Abs. 1), wird aufgehoben. Die geltende Regelung kann bei der Fusionskontrolle zu Schwierigkeiten führen, wenn der Antrag kurz vor Fristablauf (§ 40 Abs. 1 oder 2) gestellt wird. Auch eine obligatorische mündliche Verhandlung für Verfahren nach § 19 (bisheriger § 56 Abs. 3 Satz 1) erscheint nicht notwendig. Es ist ausreichend, dies in das Ermessen der Kartellbehörde zu stellen. Bei Ministererlaubnissen bleibt die öffentliche mündliche Verhandlung dagegen zwingend vorgeschrieben. Es wird aber klargestellt, dass die mündliche Verhandlung vom Ministerium durchgeführt wird. Daraus folgt, dass die Anwesenheit des „Entscheidungers“ (Ministers) während der mündlichen Verhandlung nicht zwingend geboten ist.

Die Monopolkommission hatte darüber hinaus eine Klarstellung der Vertretungsregelung in § 42 angeregt. Dieser Vorschlag wird nicht übernommen, da auch das OLG Düsseldorf im Rahmen des Rechtsstreits über die Ministererlaubnis im Verfahren E.ON/Ruhrgas zu erkennen gegeben hat, dass es eine Vertretung durch den zuständigen Staatssekretär für zutreffend ansieht. Somit besteht keine Rechtsunsicherheit, die gesetzlich behoben werden müsste.

- l) Die Novelle enthält ferner Änderungen der Vorschriften über das Bußgeldverfahren. Schwerpunkte der Neuregelung sind dabei insbesondere

- die Möglichkeit der Aufteilung von Ahndungs- und Abschöpfungsanteil bei Bußgeldern (dazu siehe Doppelbuchstabe aa),
  - die Verschärfung des Bußgeldrahmens und Einführung einer Zinspflicht für Bußgelder bei Verstößen gegen das Kartellrecht (dazu siehe Doppelbuchstabe bb),
  - die Regelung über besondere Befugnisse und Zuständigkeiten der Kartellbehörde im gerichtlichen Bußgeldverfahren (dazu siehe Doppelbuchstabe cc).
- aa) Bislang schließen Bußgelder in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren neben der Sanktionierung des Kartellrechtsverstößes auch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils ein (vgl. § 17 Abs. 4 OWiG). Künftig können Bußgelder hingegen auch einen reinen Ahndungszweck verfolgen. Dies nähert sich dem europäischen Vorbild an. Es ist anerkannt, dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken (vgl. Urteil des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Juli 2003, 2 K 2377/01). Im künftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es geboten, dass die Geldbuße als wichtigste Sanktion bei Kartellrechtsverstößen möglichst nach einheitlichen Kriterien bemessen wird. Deshalb wird die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG, wonach die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll, nur noch als Kann-Regelung für anwendbar erklärt. Im neuen Recht kann die Geldbuße demnach auch als reine Ahndungsmaßnahme festgelegt werden. Der erzielte Vorteil ist in diesen Fällen nur einer der möglichen Bemessungsfaktoren für Geldbußen, wird aber durch die Geldbuße nicht mehr abgeschöpft. Die Neuregelung vermeidet dadurch auch praktische Schwierigkeiten, die sich im bisherigen Recht durch die zwingende Notwendigkeit der Aufteilung der Geldbuße in einen Ahndungsteil und einen Abführungsanteil ergeben haben. Im Falle einer reinen Ahndungsfunktion sind Geldbußen künftig nicht mehr steuerlich abzugsfähig. Auch entfällt dann die Verrechnung mit Schadensersatzleistungen oder der Abführung des wirtschaftlichen Vorteils. Andererseits soll diese Umstellung nicht zu einer Verschärfung des bisherigen Sanktionsinstrumentariums führen. Wird bei der Festsetzung der Geldbuße auf eine Abschöpfung verzichtet, so ist dies bei der Bemessung zu berücksichtigen; die Höhe der reinen Ahndungsgeldbuße wird sich also in Zukunft in der Regel um den Betrag mindern, der nach bisherigem Recht der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils diente.

Die Neuregelung hat nicht zur Folge, dass die Kartellbehörden nicht mehr auch den wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen können. Hierfür kommen folgende Möglichkeiten in Betracht: Im Bußgeldverfahren kann die Kartellbehörde wie bisher mit der Geldbuße auch den wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen. Liegen die Voraussetzungen des § 29a OWiG, ausnahmsweise auch von § 73 Abs. 3, § 73a StGB vor, kann die Kartellbehörde auch den Verfall des erlangten Vorteils anordnen. Außerhalb der

straf- und bußgeldrechtlichen Sanktionen stehen der Kartellbehörde in Verwaltungsverfahren künftig die erweiterten Möglichkeiten der Vorteilsabschöpfung nach Maßgabe des § 34 zur Verfügung.

- bb) Eines der Kernanliegen der Novelle ist es sicherzustellen, dass die Abschaffung des bisherigen Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu keinem Verlust an Wettbewerbsschutz führt. Zu diesem Zweck soll die Abschreckungswirkung von Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen deutlich verstärkt werden. Diesem Gedanken wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass der Bußgeldrahmen für Kartellrechtsverstöße spürbar ausgeweitet wird. So wird der Regelbußgeldrahmen für schwerwiegende Verstöße von derzeit 500 000 Euro auf zukünftig 1 Mio. Euro erhöht. Unverändert bleibt hingegen der mehrerlösbezogene Sonderbußgeldrahmen insoweit, als dort – wie bisher – die dreifache Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses als Obergrenze vorgesehen ist. Der Bußgeldrahmen für die sonstigen Fälle wird von derzeit 25 000 Euro auf 100 000 Euro angehoben. Da der geltende Bußgeldrahmen im Wesentlichen seit 1980 – abgesehen von einer leichten Absenkung im Rahmen der Euro-Umstellung – unverändert geblieben ist, berücksichtigt die Verschärfung des Bußgeldrahmens auch den zwischenzeitlich eingetretenen Preisanstieg.

Bußgelder für Kartellrechtsverstöße können außerordentlich hoch sein; der Höchstbetrag für ein einzelnes Unternehmen beträgt bislang ca. 250 Mio. Euro. Der Zinsvorteil, der durch die Erhebung von Einsprüchen oder anderen Maßnahmen erreicht werden kann, hat daher für die Unternehmen große Bedeutung. Um zu verhindern, dass Unternehmen allein zur Erlangung eines Zinsvorteils Einsprüche einlegen oder auf andere Weise die Vollstreckbarkeit von Bußgeldbescheiden verzögern, wird eine Zinspflicht eingeführt. Damit entfällt der Anreiz, allein wegen der Zinsersparnis Einspruch einzulegen. Andererseits entstehen durch die Einlegung von Rechtsmitteln keine Nachteile, da die Zinspflicht die Unternehmen nicht schlechter stellt, sondern lediglich eine „Bereicherung“ durch den Zeitverzug verhindert. Die Zinspflicht ist keine zusätzliche Sanktion, sondern dient allein der Aufrechterhaltung der Sanktionswirkung der eigentlichen Geldbuße.

Bei wirksamen Einsprüchen ist das Gericht an den Ausspruch der Behörde nicht gebunden, sondern entscheidet selbständig, ob und inwieweit eine Ahndung geboten ist. Dies gilt auch für die Zinspflicht, die sich allein auf die im Bußgeldbescheid festgelegte Geldbuße bezieht. Die Zinspflicht stellt jedoch einen Hinweis an das Gericht dar, bei seiner Überprüfung auch den Zeitfaktor zu berücksichtigen. Wenn das Gericht die ursprünglich von der Behörde festgelegte Geldbuße unter Einschluss der von der Behörde festgelegten Zinspflicht für angemessen hält, kann es bei seiner Entscheidung die Geldbuße um den Zinsvorteil erhöhen. Das Verschlechterungs-

verbot in Beschlussverfahren nach § 72 Abs. 3 Satz 2 OWiG bleibt unberührt.

- cc) Schließlich enthält die Vorschrift des § 82a Abs. 1 Neuregelungen für die Befugnisse und Zuständigkeiten der Kartellbehörde in gerichtlichen Bußgeldverfahren. Zum einen wird ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, dass das Gericht den Vertretern der Kartellbehörde ein Fragerecht an Betroffene, Zeugen und Sachverständige einräumt. Dies folgt teilweise dem Vorbild des § 407 Abs. 1 Satz 5 AO. Die Änderung trägt der Tatsache Rechnung, dass bei Kartellordnungswidrigkeiten wie in Steuersachen oft hoch komplexe Sachverhalte Gegenstand der Hauptverhandlung sind und die mit den Ermittlungen befasste Behörde den Sachverhalt umfassend aufbereitet hat.

Zum andern regelt § 82a Abs. 2 die Vollstreckungszuständigkeit des Bundeskartellamts für gerichtliche Bußgeldentscheidungen oder Verfallanordnungen, die infolge von Beschwerden gegen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamts ergehen. Im Ergebnis bewirkt die Neuregelung, dass auf Verfahren des Bundeskartellamts beruhende Bußgelder auch im Fall von Einsprüchen der Bundeskasse zufließen. Damit werden angesichts der tatsächlichen Verteilung von Personal- und Sachressourcen derzeit bestehende Unstimmigkeiten beseitigt. Auch dann, wenn gegen Bußgeldentscheidungen Einspruch eingelegt wird, liegt die Hauptlast der z. T. jahrelangen Ermittlungen beim Bundeskartellamt.

Da die Einnahmen aus der Bußgeldentscheidung dem Bund zufließen, ist es sachgerecht, die Last der Vollstreckung insoweit ebenfalls dem Bund aufzuerlegen.

## 5. Gender Mainstreaming

Die gleichstellungspolitischen Auswirkungen wurden gemäß § 2 BGlG und § 2 GGO anhand der Arbeitshilfe „Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“ der Interministeriellen Arbeitsgruppe Gender Mainstreaming geprüft. Die Relevanzprüfung fällt im Hinblick auf die unterschiedliche Vertretung von Frauen und Männern in unternehmerischen Führungspositionen und im Hinblick auf das unterschiedliche Verbrauchsverhalten der Geschlechter positiv aus. Die in diesem Gesetz enthaltenen Regelungen betreffen die Rechtswidrigkeit von bestimmten wettbewerbsbehindernden Vereinbarungen und Verhaltensweisen, außerdem gesetzliche Freistellungstatbestände und Eingriffsermächtigungen der Kartellbehörden, Regelungen über das Kartellverwaltungs- und Ordnungswidrigkeitsverfahren sowie zivilrechtliche Sanktionsmechanismen. Sie führen im Ergebnis zu keinen unterschiedlichen Auswirkungen bei Frauen und Männern und damit nicht zu auch nur mittelbaren Beeinträchtigungen. Die branchenübergreifend weitgehend gleichen wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft werden Frauen und Männern angemessen gerecht. Die Maßnahme hat gleichstellungspolitisch weder positive noch negative Auswirkungen.

Die Regelungen sind entsprechend § 1 Abs. 2 Satz 1 BGlG geschlechtergerecht formuliert worden.

## 6. Kosten

Bund, Länder und Gemeinden werden nicht mit Mehrkosten belastet.

Die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen führt zu einer Entlastung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder von Vollzugsaufgaben. Dem stehen neue Vollzugsaufgaben gegenüber, insbesondere im Rahmen des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden. Insgesamt ist kein nennenswerter Mehraufwand zu erwarten.

Auch für die Wirtschaft entstehen insgesamt keine Mehrkosten. Die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen führt einerseits zu einer Internalisierung der Kosten für die präventive Rechtskontrolle dieser Vereinbarungen. Andererseits werden die Unternehmen von Bürokratiekosten entlastet. Die Verbesserung der zivil- und bußgeldrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten dient insbesondere der Abschreckung von Kartellrechtsverstößen. Gesetzeskonform handelnde Unternehmen haben nicht mit Mehrbelastungen zu rechnen.

Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

## 7. Befristung, Evaluierung

Die vorrangige Zielsetzung der Novelle – die Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht – schließt eine Befristung des Gesetzes aus. Auch in den übrigen Bereichen erfüllt das Gesetz eine Daueraufgabe, die Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbs, die zeitlich nicht begrenzt werden kann. Das legitime Bedürfnis der Wirtschaft nach Rechtssicherheit erfordert ebenfalls eine unbefristete gesetzliche Regelung.

Mit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden und durch Verbände und Einrichtungen werden neugestaltete Instrumente zur Abschöpfung der „Kartellrendite“ geschaffen. Die Bundesregierung wird daher verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2008 den gesetzgebenden Körperschaften über die Erfahrungen mit diesen Regelungen zu berichten und bei Bedarf gesetzgeberische Vorschläge zu machen. Auch darüber hinausgehend wird die Bundesregierung die Auswirkungen der Gesetzesnovelle sorgfältig beobachten und – wie nach den vergangenen GWB-Novellen auch – erforderlichenfalls Änderungen vorschlagen.

## B. Zu den einzelnen Vorschriften

**Zu Artikel 1** (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

**Zu Nummer 1** (Inhaltsübersicht)

Die Inhaltsübersicht gibt die Gliederung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wieder.

**Zu Nummer 2** (Überschrift des Ersten Abschnitts des Ersten Teils)

Die Überschrift des Ersten Abschnitts wird an die neuen Regelungen der §§ 1 bis 4 angepasst. Bislang unterscheidet der

Erste Teil des Gesetzes zwischen der Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen im Horizontalverhältnis (Erster Abschnitt) und Wettbewerbsbeschränkungen bei vertikalen Beziehungen (Zweiter Abschnitt). Dementsprechend bringt die bisherige Überschrift des Ersten Abschnitts mit der Verwendung der Begriffe „Kartellvereinbarungen“ und „Kartellbeschlüsse“ die Begrenzung auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen zum Ausdruck. In Zukunft werden horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gleichermaßen vom Verbot des § 1 erfasst. Die neue Überschrift des Ersten Abschnitts verwendet daher die allgemeinen Begriffe „wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen“, „Beschlüsse“ und „abgestimmte Verhaltensweisen“. Dies schließt nicht aus, dass der Erste Abschnitt auch Sonderregelungen für horizontale (§ 3) und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (§ 4) enthält.

### Zu Nummer 3 (§ 1)

§ 1 enthält bisher das Verbot wettbewerbsbeschränkender horizontaler Vereinbarungen. Durch die Streichung der Wörter „miteinander im Wettbewerb stehenden“ wird die Vorschrift auch auf wettbewerbsbeschränkende vertikale Vereinbarungen erstreckt. § 1 entspricht damit im Kern der Verbotsvorschrift des Artikels 81 Abs. 1 EG. Die Tatbestandsmerkmale des § 1, wie etwa die Definition von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen oder das Merkmal einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, sind daher im Lichte der zu Artikel 81 Abs. 1 EG ergangenen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulagen und anzuwenden (vgl. auch § 23). Dies gilt auch für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den EG-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. § 1 ist ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die gegen das Verbot des § 1 verstoßen, ohne einen Freistellungstatbestand nach diesem Gesetz (insbesondere nach den §§ 2 und 3) zu erfüllen, sind daher nichtig. Auch dies entspricht dem europäischen Recht (vgl. Artikel 81 Abs. 2 EG).

### Zu Nummer 4 (§§ 2 bis 4)

#### Zu § 2 (Freigestellte Vereinbarungen)

##### Zu Absatz 1

Absatz 1 übernimmt im Kern die Freistellungs Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG. Wie im Rahmen der Verbotsnorm des § 1 gelten die Freistellungs Voraussetzungen auch dann, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise nicht geeignet ist, den Handel zwischen den EG-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ferner macht Absatz 1 deutlich, dass Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Sinne von § 1 „ex lege“ vom Verbot des § 1 freigestellt sind, wenn sie die Freistellungs Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen. Eine vorherige konstitutive Freistellungsentscheidung einer Kartellbehörde ist nicht mehr erforderlich.

##### Zu Absatz 2

Absatz 2 bestimmt im Wege der dynamischen Verweisung, dass bei der Anwendung von Absatz 1 Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) des Rates oder der Kommission

der Europäischen Gemeinschaft entsprechend gelten. Für Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, gelten die GVO ohnehin kraft europäischen Rechts. Gleichwohl ist auch insoweit eine Bezugnahme auf den Regelungsgehalt von GVO sachgerecht, weil sie den parallel anwendbaren (vgl. Artikel 3 Abs. 1 VO 1/2003) Freistellungstatbestand nach dem neuen § 2 Abs. 1 konkretisiert. Für Vereinbarungen oder Verhaltensweisen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen wird der Anwendungsbereich von GVO mit konstitutiver Wirkung auf diese Vereinbarungen und Verhaltensweisen erstreckt.

Als Alternative zu einer dynamischen Verweisung auf die GVO kommt eine Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit in Betracht. Damit würde der Exekutive die Möglichkeit der Prüfung eingeräumt, ob künftige GVO insgesamt oder teilweise für eine Übernahme in das deutsche Recht geeignet sind. Eine solche Lösung ist jedoch nicht erforderlich und auch nicht wünschenswert. Wenn eine GVO nicht vollständig übernommen würde, wäre eine Zweiteilung des deutschen Rechts die Folge: oberhalb der Schwelle der sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel würde die GVO gelten, während für den verbleibenden Bereich der lokalen oder regionalen Auswirkungen abweichendes deutsches Recht bzw. eine abweichende Rechtsanwendung gelten würden. Dies würde die praktische Handhabbarkeit vor allem für die Unternehmen ganz erheblich erschweren. Es ist hierfür auch kein Bedürfnis ersichtlich. Mit der Verabschiedung der neuen GVO über Technologie-Transfer-Vereinbarungen am 27. April 2004 ist der Kreis der GVO im Grundsatz geschlossen. Wesentliche Änderungen sind in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Da die bisherigen GVO ohne Probleme in das deutsche Recht übernommen werden können, sind auch bei eventuellen Änderungen der GVO keine Schwierigkeiten mit der Übernahme in das deutsche Recht zu erwarten.

Wie im europäischen Recht (Artikel 2 VO 1/2003) liegt die Beweislast dafür, dass die Freistellungs Voraussetzungen des § 2 vorliegen, grundsätzlich bei dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung, die sich darauf beruft. Die Bundesregierung hat jedoch bei Verabschiedung der VO 1/2003 in einer Protokollerklärung (MD 75/02<sup>1)</sup>) deutlich gemacht, dass diese Beweislastregelung nicht die verfassungsrechtlich geschützte Unschuldsvermutung in Bußgeldverfahren beeinträchtigen kann. Gleiches gilt auch im Rahmen der Anwendung des § 2.

#### Zu § 3 (Mittelstandskartelle)

§ 3 übernimmt inhaltlich die Vorschrift des bisherigen § 4 Abs. 1 über sog. Mittelstandskartelle. Dadurch sollen insbesondere kleine und mittlere Unternehmen Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die ihre Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen verbessern. Ebenso wie der bisherige § 4 Abs. 1 erfasst § 3 nur die Freistellung horizontal wirkender Wettbewerbsbeschränkungen. Liegen die Voraussetzungen des neuen § 3 vor, so ist davon auszugehen, dass die allgemeinen Freistellungs Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 erfüllt sind (gesetzliche Fik-

<sup>1)</sup> <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsrecht,did=10014.html>.

tion). Weisen daher Unternehmen erfolgreich das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des neuen § 3 nach, entfällt die Notwendigkeit, das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 nachzuweisen. Da die Vorschrift des bisherigen § 3 über Spezialisierungskartelle gestrichen wird, entfällt auch insoweit die bisherige Subsidiarität der Freistellung von Mittelstandskartellen gegenüber Spezialisierungskartellen. Der neue § 3 kann daher auch die Freistellung von Spezialisierungskartellen erfassen. Die neue Vorschrift ist keine abschließende Regelung über die Freistellung von Mittelstandskartellen. Sind seine Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Möglichkeit einer Freistellung nach § 2 Abs. 1 zu prüfen. § 3 gilt auch für Mittelstandsempfehlungen, soweit diese dem Verbot des § 1 unterfallen.

Weitergehende Einschränkungen dieser Vorschrift, etwa mit Blick auf Preisabreden und bei der Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtungen, sind nicht erforderlich. Der Freistellungstatbestand des bisherigen § 4 Abs. 1 hat nicht zu erkennbaren Missständen geführt. Auch für den künftigen § 3 ist die Besorgnis von Missständen nicht gerechtfertigt.

§ 3 unterscheidet nicht zwischen Mittelstandskartellen, die – wie im Regelfall – keine zwischenstaatlichen Auswirkungen haben und solchen, die zwischenstaatlich relevant sind. Mittelstandskartelle mit zwischenstaatlichen Auswirkungen sind jedoch immer auch am Maßstab des europäischen Rechts zu prüfen (Artikel 3 Abs. 1 VO 1/2003; § 22 Abs. 1). Im Verhältnis zum deutschen Recht setzt sich dabei das vorrangige europäische Recht durch.

#### **Zu § 4 (Verbot von Preisbindungen)**

§ 4 enthält das Verbot der Preisbindung der 2. Hand. Zwar unterfallen vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auch der Verbotsnorm des neuen § 1. § 4 geht jedoch darüber hinaus, indem er eine Verbotsnorm schafft, die keine Freistellung im Einzelfall zulässt. Ein derartiges Per-se-Verbot entspricht der Regelung im bisherigen § 14, der neben Vereinbarungen über Geschäftsbedingungen insbesondere Vereinbarungen über Preisgestaltungen verbietet. Das Per-se-Verbot für vertikale Preisbindungen soll auch in Zukunft erhalten bleiben.

§ 4 gilt für Vereinbarungen mit und ohne zwischenstaatliche Auswirkungen. Allerdings gilt in Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts.

Inhaltlich wird das Preisbindungsverbot an das europäische Recht, insbesondere an die Regelung des Artikels 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO (VO 2790/99), angepasst. Wie dort gilt die Regelung des § 4 für die Preisbindung bei der Veräußerung von Waren und der Erbringung von Dienstleistungen. Deshalb wird zur Klarstellung der Begriff des „Käufers“ durch den Begriff des „Beziehers“ und der Begriff des „Verkäufers“ durch den Begriff des „Lieferanten“ ersetzt. Gleiches gilt für die Verwendung des Begriffs „Preis“ anstelle von „Verkaufspreis“. Eine inhaltliche Änderung wird damit nicht bezweckt.

Wie nach Artikel 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO sind – insoweit abweichend vom bisherigen § 14 – Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen unter den in § 4 genannten Voraussetzungen vom Per-se-Verbot der Preisbindung aus-

genommen. Über die Anwendung der §§ 1 und 2, die Artikel 81 Abs. 1 und 3 EG nachgebildet sind, gelten die Regeln des europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO (vgl. § 2 Abs. 2), entsprechend. Danach gilt die Freistellung, soweit es sich um eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG handelt, nur bis zu einem Marktanteil bis 30 % (Artikel 3 Vertikal-GVO). Im Ergebnis stimmt somit das deutsche Recht bei der Behandlung von Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen mit dem europäischen Recht überein.

Sektorspezifische Ausnahmen vom Preisbindungsverbot sind im Fünften Abschnitt des Ersten Teils vorgesehen.

#### **Zu Nummer 5 (Aufhebung der §§ 5 bis 18)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

#### **Zu Nummer 6 (Umnummerierung des Zweiten Abschnitts)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

#### **Zu Nummer 7 (§ 19 Abs. 2)**

##### **Zu Buchstabe a (Satz 1)**

Die Vorschrift stellt klar, dass Marktbeherrschung auf dem jeweiligen sachlich und räumlich relevanten Markt festgestellt werden muss. Im Zusammenhang mit dem neuen Satz 3 (Buchstabe b) soll sichergestellt werden, dass der weitere räumliche Markt nicht nur bei der Marktabgrenzung, sondern auch bei der wettbewerblichen Beurteilung zugrunde zu legen ist. Soweit sich die Marktverhältnisse auf einem über Deutschland hinausgehenden räumlichen Markt angesichts der beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden im Ausland nicht ermitteln lassen, kann den Marktverhältnissen im Inland Indizwirkung für die Marktverhältnisse auf dem räumlich relevanten Markt zukommen.

##### **Zu Buchstabe b (Satz 3 – neu)**

In dem neuen Satz 3 wird klargestellt, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Zugrunde zu legen ist der räumliche Markt, wie er sich durch die Abgrenzung nach den maßgeblichen Kriterien ergibt (ökonomischer Marktbegriff). Eine normative Begrenzung des Marktes auf das Inland ist damit ausgeschlossen.

Die Formulierung „der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes“ macht deutlich, dass diese Klarstellung eine grundsätzliche Wertung enthält, die nicht nur für den Bereich der Missbrauchsaufsicht gilt, sondern generell bei der Anwendung dieses Gesetzes, insbesondere auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle und bei der Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen und Verhaltensweisen.

#### **Zu Nummer 8 (§ 20)**

##### **Zu Buchstabe a (Absatz 1)**

Die Einfügung der Worte „miteinander im Wettbewerb stehenden“ soll bewirken, dass wie bisher Normadressaten dieser Vorschrift neben marktbeherrschenden Unternehmen

und solchen, die zulässigerweise Preise binden, nur Unternehmen sind, die an freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen im Horizontalverhältnis beteiligt sind. Diese Unternehmen sollen auch im neuen System der Legalausnahme den zusätzlichen Anforderungen des Absatzes 1 unterliegen. Die Verweisungen sind deshalb so gefasst, dass sie die einschlägigen Fälle in dem neuen System erfassen.

Durch die Einfügung des § 31 werden Unternehmen, die sich an Wettbewerbsbeschränkungen beteiligen, die durch § 31 freigestellt sind, ebenfalls als Normadressaten erfasst.

#### **Zu Buchstabe b (Absatz 5)**

Es handelt sich um eine Klarstellung im Hinblick auf die Änderung des § 33.

#### **Zu Nummer 9 (§ 21 Abs. 3 Nr. 1)**

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen der Verweisungen. Inhaltlich wird der Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeweitet, da künftig auch vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen erfasst werden. Dies ist sachlich gerechtfertigt.

#### **Zu Nummer 10 (Überschrift des Dritten Abschnitts)**

Der Dritte Abschnitt enthält Vorschriften zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts.

#### **Zu Nummer 11 (Neufassung der §§ 22 und 23)**

##### **Zur Aufhebung der bisherigen §§ 22 und 23**

Der Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht entspricht auch die Aufhebung der Vorschriften über das Empfehlungsverbot (bisher § 22) und die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren (bisher § 23). Das EG-Recht enthält kein allgemeines Empfehlungsverbot und demgemäß auch keine Ausnahmetatbestände vom Empfehlungsverbot. Empfehlungen sind insoweit allein am Maßstab des Artikels 81 EG zu messen. Mit der Streichung der bisherigen §§ 22 und 23 ist eine Übernahme der europarechtlichen Beurteilung von Empfehlungen auch für solche Fälle verbunden, die nicht zwischenstaatlich relevant sind. In Zukunft ist daher zu prüfen, ob Empfehlungen – entsprechend den im EG-Recht entwickelten Rechtsgrundsätzen – von der Verbotsnorm des § 1 erfasst sind. Soweit dies der Fall ist, gilt für die Freistellungsfähigkeit von Empfehlungen im Grundsatz die Regelung des § 2. Liegt nicht ausnahmsweise eine spezielle Regelung in einer GVO oder in diesem Gesetz (z. B. § 3) vor, ist anhand der allgemeinen Kriterien von § 2 Abs. 1 bzw. Artikel 81 Abs. 3 EG zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung der Empfehlung erfüllt sind. Für Preisempfehlungen im Vertikalverhältnis gilt die Regelung in § 4 bzw. die nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbare Vertikal-GVO (s. Begründung zu § 4).

#### **Zu den neuen §§ 22 und 23**

##### **Zu § 22**

Diese Vorschrift regelt das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht. Sie entspricht im Wesentlichen Artikel 3 VO 1/2003. Zugleich macht sie von der in Artikel 3 VO 1/2003 vorgesehenen Möglichkeit Ge-

brauch, die Anwendung des nationalen Rechts parallel zum europäischen Recht zu regeln.

##### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 bezieht sich auf die Regelung in Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003. Ausgangspunkt dieser Vorschrift ist, dass bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen oder Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG immer das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden ist. Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003 belässt aber dem einzelstaatlichen Gesetzgeber die Möglichkeit, die Anwendbarkeit des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts auch auf Vereinbarungen und Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG beizubehalten. In diesen Fällen kann aber einzelstaatliches Wettbewerbsrecht nur parallel und gemeinsam mit Artikel 81 EG angewandt werden. § 22 Abs. 1 ordnet in zwischenstaatlich relevanten Fällen die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts nicht obligatorisch an, sondern lässt dessen Anwendung fakultativ. Somit haben die Kartellbehörden bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen und Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG eine Wahlmöglichkeit. Sie können entweder allein das europäische Wettbewerbsrecht oder zusätzlich auch die Vorschriften dieses Gesetzes anwenden. In diesem letzteren Fall haben sie aber zusätzlich immer das europäische Wettbewerbsrecht mit anzuwenden, wenn die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zwischenstaatlich relevant sind. Damit soll einerseits der Vorrang des europäischen Rechts (s. Absatz 2) sichergestellt werden. Zum andern soll erreicht werden, dass diese Fälle, auch soweit auf sie parallel nationales Recht angewendet wird, in das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden eingestellt werden können.

##### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 Satz 1 entspricht der Vorrangregelung des Artikels 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003. Danach dürfen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, die zwischenstaatlich relevant sind und die nicht nach Artikel 81 Abs. 1 EG verboten oder nach Artikel 81 Abs. 3 EG freigestellt sind, auch nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes verboten werden. Der Vorrang erstreckt sich auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung aller Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen. Erfasst sind auch Fälle, bei denen keine „spürbare“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des europäischen Rechts vorliegt.

Die Vorrangregelung des Artikels 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 gilt nicht für die Anwendung strengerer nationalen Wettbewerbsrechts auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen (Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003). In Deutschland betrifft dies insbesondere den Anwendungsbereich der Vorschriften der Missbrauchsaufsicht. Dementsprechend wird in Satz 2 klargestellt, dass die Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Ersten Teils von der Vorrangregelung unberührt bleiben. Davon erfasst ist insbesondere auch die – im Vergleich zu Artikel 82 EG – weitergehende Missbrauchsaufsicht gegenüber marktstarken Unternehmen (vgl. § 20). Dies entspricht auch Erwägungsgrund 8 der VO 1/2003.

Artikel 3 Abs. 2 VO 1/2003 erfasst nach seinem Wortlaut nicht den Vorrang strengeren europäischen Rechts gegenüber milderem nationalen Wettbewerbsrecht. Dieser Vorrang ist jedoch in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte anerkannt; er bleibt von den Regelungen in Artikel 3 Abs. 2 VO 1/2003 unberührt. Dies wird durch Satz 3 ausdrücklich klargestellt. Insbesondere verlangt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nach der Rechtsprechung, dass nationale Rechtsvorschriften, die einer Gemeinschaftsvorschrift entgegenstehen, von allen nationalen Gerichten und Organen einschließlich der Verwaltungsbehörden nicht angewendet werden dürfen, unabhängig davon, welche Vorschrift älter ist (vgl. jüngst Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 9. September 2003 – Rechtssache C-198/01 – „Consortio Industrie Fiammiferi“). Da in Zukunft die Kartellbehörden und Gerichte verpflichtet sind, auf alle zwischenstaatlich relevanten Sachverhalte das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden, setzt sich im Ergebnis der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts auch gegenüber milderem deutschem Recht durch.

#### Zu Absatz 3

Absatz 3 bezieht sich auf die Regelung in Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003. Danach haben die Kartellbehörden und Gerichte auf von Artikel 82 EG verbotene Verhaltensweisen im Falle der Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes auch Artikel 82 EG anzuwenden. Der Anwendungsbefehl des Absatzes 3 betrifft somit Verhaltensweisen, die zum einen zwischenstaatlich relevant sind und gleichzeitig die Verbotsvoraussetzungen des Artikels 82 EG erfüllen. Wie im Falle des Absatzes 1 ist bei zwischenstaatlich relevanten Handlungsweisen die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts möglich, aber nicht vorgeschrieben. Behörden und Gerichte können in diesem Fall entweder Artikel 82 EG oder zusätzlich auch die Vorschriften dieses Gesetzes anwenden. Eine Vorrangregelung gemäß Absatz 2 gibt es für einseitige Handlungsweisen nicht. Demgemäß wird in Übereinstimmung mit Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 durch Satz 3 zusätzlich klargestellt, dass die Anwendung von gegenüber Artikel 82 EG strengeren Vorschriften dieses Gesetzes unberührt bleibt.

#### Zu Absatz 4

Entsprechend Artikel 3 Abs. 3 VO 1/2003 gelten die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 grundsätzlich nicht, wenn das Bundeskartellamt oder ein Rechtsmittelgericht die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle anwendet. In diesen Fällen besteht somit insbesondere keine Verpflichtung zur parallelen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts oder eine Bindung an die Vorrangregelung des Absatzes 2. Die Absätze 1 bis 3 gelten ebenfalls nicht für die Anwendung von Vorschriften, die überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 EG abweichendes Ziel verfolgen. Dazu gehören insbesondere die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

#### Zu § 23

Nach § 23 sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 maßgeblich zugrunde zu legen. Bei der Auslegung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind neben dem

Wortlaut der gesetzlichen Regelungen auch die ständige Spruchpraxis des Europäischen Gerichts erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg ebenso wie die gefestigte Verwaltungspraxis der Kommission, die sich auch in ihren Bekanntmachungen und Leitlinien wiederfindet, zu berücksichtigen. § 23 wirkt sich insbesondere bei solchen Wettbewerbsbeschränkungen aus, die allein dem innerstaatlichen Recht unterliegen. Dabei ordnet § 23 aber keine unmittelbare normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen an.

Vom europäischen Wettbewerbsrecht abweichende gesetzliche Regelungen in diesem Gesetz gehen der Auslegungsregel des § 23 vor. Dies gilt etwa für die Regelung über Mittelstandskartelle nach § 3 oder die – im Vergleich zum europäischen Recht – eingehenderen Regelungen über das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach § 19 Abs. 2 bis 4.

Nicht erfasst von § 23 sind die anderen Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Ersten Teils, d. h. die §§ 20 und 21. Denn dabei handelt es sich um Vorschriften über einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, die im Vergleich zu Artikel 82 EG strenger sind und auch nicht vom erweiterten Vorrang des europäischen Rechts erfasst werden (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 3; Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003).

#### Zu Nummer 12 (§ 25)

Die Kartellbehörde hat im Rahmen eines Anerkennungsverfahrens auch Verbraucherzentralen und anderen Verbraucherverbänden, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn die Interessen der Verbraucher erheblich berührt sind. Damit wird der oftmals erheblichen verbraucherpolitischen Bedeutung von Wettbewerbsregeln Rechnung getragen. Die Interessen der Verbraucher sind insbesondere dann berührt, wenn sich Wettbewerbsregeln – wie es ihrer Natur entspricht – auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirken. Einer besonderen wirtschaftlichen Auswirkung einer Wettbewerbsregel auf jeden einzelnen Verbraucher bedarf es nicht.

#### Zu Nummer 13 (§ 26)

##### Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Mit der Einfügung des neuen Satz 2 wird der geänderte Charakter der Anerkennung von Wettbewerbsregeln durch die Kartellbehörde klargestellt. Das neue System der Legal Ausnahme ohne Administrativfreistellungsmöglichkeit erfasst auch die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, soweit sie eine wettbewerbliche Kontrolle zum Inhalt hat. Die Verfügung der Kartellbehörde hat deshalb künftig keine bindende Wirkung gegenüber Dritten mehr. Bislang gilt dies nur für die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, soweit die Kartellbehörde andere Vorschriften als die bisherigen §§ 1 und 22 Abs. 1 prüft, z. B. lauterkeitsrechtliche Bestimmungen. Derartige Regelungen unterliegen im Falle eines Anerkennungsantrags auch bislang nur einer – nicht konstitutiv wirkenden – Rechtskontrolle der Kartellbehörde. In Zukunft gilt das auch für die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, die vom Verbot des § 1 erfasst werden und nach den §§ 2 und 3 freigestellt sind. Der Inhalt einer Verfügung nach Satz 1 entspricht damit Entscheidungen nach § 32c. Dies

bedeutet, dass die Kartellbehörde im Falle einer Anerkennung von den ihr nach dem Dritten Abschnitt zustehenden Befugnissen keinen Gebrauch machen wird.

#### **Zu Buchstabe b** (Absatz 2)

Satz 1 sieht bislang eine gesonderte administrative Freistellungsmöglichkeit von Wettbewerbsregeln, die unter die bisherigen §§ 1 und 22 Abs. 1 fallen, nach „pflichtgemäßem Ermessen“ der Kartellbehörden vor. Mit der Einführung des Systems der Legalausnahme ist diese administrative Freistellungsmöglichkeit hinfällig. Wettbewerbsregeln, die vom Kartellverbot des § 1 erfasst werden, sind freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen der §§ 2 oder 3 erfüllen. Durch die Neufassung von Absatz 2 wird klargestellt, dass die Kartellbehörde den Antrag auf Anerkennung von Wettbewerbsregeln abzulehnen hat, wenn diese eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 enthalten, aber nicht vom Verbot des § 1 freigestellt sind. Wie im bisherigen Recht ist eine Anerkennung auch dann abzulehnen, wenn eine andere Bestimmung dieses Gesetzes, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder eine andere Rechtsvorschrift verletzt ist. Kartellbehörden nehmen insoweit auch verbraucherschützende Aufgaben wahr.

#### **Zu Buchstabe c** (Absatz 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Berichtigung.

#### **Zu Nummer 14** (§ 27)

##### **Zu Buchstabe a** (Überschrift)

Die Änderung der Überschrift berücksichtigt die neue Regelung des § 27.

##### **Zu Buchstabe b** (Absatz 1)

Anerkannte Wettbewerbsregeln sind in Zukunft im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass anerkannte Wettbewerbsregeln Bedeutung nicht nur für die Mitglieder der Wirtschafts- und Berufsvereinigungen haben, die den Antrag auf Anerkennung gestellt haben, sondern auch für Dritte, etwa für Unternehmen der Marktgegenseite. Die alternative Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger ermöglicht die Nutzung der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien.

##### **Zu Buchstabe c** (Absatz 2)

##### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Anträge und Amtshandlungen in Bezug auf Wettbewerbsregeln sind künftig entweder im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

##### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Es handelt sich um eine Folgeänderung (vgl. Nummer 12).

##### **Zu Doppelbuchstabe cc**

Die Ablehnung der Anerkennung von Wettbewerbsregeln ist von gleichem öffentlichen Interesse wie die anderen bekannt zu machenden Verfügungen. Auch für sie wird daher eine Bekanntmachung vorgeschrieben. Bei der weiteren Än-

derung (Einfügung der Worte „der Anerkennung“) handelt es sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens.

#### **Zu Buchstabe d** (Absatz 5)

Für Wettbewerbsregeln, die bereits bei Inkrafttreten dieses Gesetzes anerkannt sind, gilt nicht die Veröffentlichungspflicht nach dem neuen Absatz 1. Entsprechend der Regelung im bisherigen § 27 Abs. 1 erteilt jedoch die Kartellbehörde Auskunft zu solchen anerkannten Wettbewerbsregeln.

#### **Zu Nummer 15** (§ 28)

Die Ausnahmeregeln für die Landwirtschaft entsprechen im Wesentlichen den im europäischen Recht geltenden Ausnahmeregelungen (VO 26/62). Sie werden für die nationalen Sachverhalte beibehalten und an die neuen Vorschriften dieses Gesetzes angepasst.

#### **Zu Buchstabe a** (Absatz 1)

Es entfällt der bisherige Satz 2, der die unverzügliche Anmeldung der Vereinbarungen und Beschlüsse bei der Kartellbehörde vorschreibt. Im neuen System der Legalausnahme besteht keine Begründung mehr dafür, dass diese bisher schon freigestellten Vereinbarungen angemeldet werden müssen und somit anders behandelt werden als die übrigen Vereinbarungen, für die eine solche Pflicht nicht mehr besteht.

#### **Zu Buchstabe b** (Absatz 2)

Durch den neuen Absatz 2 wird die geltende Rechtslage an die neuen Vorschriften der §§ 1 und 4 angepasst. Vertikale Bindungen werden zukünftig auch vom Verbot des § 1 erfasst. Die Beibehaltung der bisher geltenden materiellen Rechtslage erfordert deshalb, die in § 28 Abs. 2 genannten Bindungen sowohl vom Verbot des § 1 als auch des § 4 freizustellen.

#### **Zu Buchstabe c** (Absatz 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung. Mit dem Vertrag von Amsterdam sind die landwirtschaftlichen Erzeugnisse nunmehr in Anhang I des EG-Vertrags aufgeführt.

#### **Zu Buchstabe d** (bisheriger Absatz 4)

Da es keine konstitutiven Freistellungsentscheidungen mehr gibt, entfällt die bisher in Absatz 4 enthaltene Missbrauchsaufsicht über freigestellte Kartelle. Absatz 4 wird daher gestrichen. Die wettbewerbliche Kontrolle wird dadurch nicht eingeschränkt. Die Befugnisse der Kartellbehörden insbesondere im Rahmen ihres Tätigwerdens gemäß den §§ 32 ff. bleiben unberührt. Die Kartellbehörden können in diesem Rahmen Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften dieses Gesetzes feststellen und die Unternehmen verpflichten, diese abzustellen.

#### **Zu Nummer 16** (§ 29)

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen von Kredit- und Versicherungsunternehmen werden künftig allein nach den Krite-

rien des europäischen Wettbewerbsrechts (Artikel 81 EG) beurteilt. Vereinbarungen in diesem Bereich haben in der Regel zwischenstaatliche Auswirkungen, sodass kein Raum für nationale Sonderregelungen mehr besteht. Die bisherigen Sonderregeln in § 29 werden daher aufgehoben.

In Ausnahmefällen, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist, gelten die Vorschriften des europäischen Rechts entsprechend (§§ 1 ff., § 23). Für Unternehmen der Versicherungswirtschaft ist die GVO für den Versicherungssektor gemäß § 2 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Soweit auch für diese rein nationalen Fälle Mitversicherungsgemeinschaften nicht alle Bedingungen der GVO erfüllen, können sie, sofern die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 erfüllt sind, einzeln freigestellt sein.

Der Wegfall der bisher vorgesehenen Freistellung für horizontale Vereinbarungen vom Verbot des § 1 (§ 29 Abs. 2 Satz 2) stellt die kartellrechtliche Zulässigkeit von Mitversicherungen im Einzelfall nicht infrage. Die Mitversicherung im Einzelfall stellt nach Auffassung der Kommission keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar. Daher ergibt sich für die Unternehmen aus der Streichung keine Verschlechterung gegenüber der bisherigen Situation.

Aus dem Grundsatz, dass künftig allein europäisches Recht maßgeblich ist, folgt zum anderen, dass § 4, der über das EU-Recht hinausgeht, für die Kredit- und Versicherungswirtschaft nicht anzuwenden ist. Dies ist sachgerecht, weil auch im bisherigen Recht Preisbindungen und vertikale Empfehlungen unter bestimmten Voraussetzungen freigestellt sind. Für diese Sachverhalte gilt künftig ebenfalls allein EG-Recht, und zwar gemäß § 2 Abs. 2 und § 23 auch für Sachverhalte ohne zwischenstaatliche Auswirkungen (z. B. Einzelfälle). Preisbindungen sind deshalb grundsätzlich vom Verbot des § 1 erfasst, weil es für sie keine Gruppenfreistellung gibt. Ausnahmsweise ist aber eine Freistellung im Einzelfall nicht ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG bzw. des § 2 Abs. 1 vorliegen. Im Ergebnis bedeutet dies keine substanzielle Änderung der Rechtslage, da der bisher anzuwendende § 7 dem Artikel 81 Abs. 3 EG weitgehend entsprach. Dies gilt auch für die bisher nach § 29 Abs. 2 Satz 1 freigestellten Preisbindungen im Einzelfall. Die kartellrechtliche Zulässigkeit herkömmlicher Preisbindungen in Konsortialgesellschaften der Kreditinstitute und im Rückversicherungsgeschäft wird ebenfalls nicht infrage gestellt. Diese Vereinbarungen wurden von der Kommission bisher nicht als spürbare Wettbewerbsbeschränkung aufgefasst.

Insgesamt bot der bisherige § 29 mit den im Einzelnen aufgeführten Freistellungen zwar etwas größere Rechtssicherheit als die neue Regelung, die das europäische Recht vollinhaltlich übernimmt. Der Fortfall der bisherigen Freistellungsmöglichkeiten ergibt sich jedoch zwingend aus dem neuen System der Legalausnahme. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit von bilateralen Kontakten mit den Kartellbehörden zur Klärung von Zweifelsfragen.

#### **Zu Nummer 17 (§ 30)**

##### **Zur Aufhebung des bisherigen § 30** (Urheberrechtsverwertungsgesellschaften)

Der bisherige § 30 wird aufgehoben, da die Vorschrift im Hinblick auf den Vorrang des europäischen Rechts keine

eigenständige Bedeutung mehr hat. In der Sache bedeutet dies keine Änderung. Es bleibt dabei, dass Bildung und Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich ist, wie bisher nicht dem Kartellverbot unterfallen.

Die Notwendigkeit zur Aufhebung von § 30 Abs. 1 ergibt sich aus der Weiterentwicklung des europäischen Kartellverfahrensrechts und dem durch Artikel 3 der VO 1/2003 erweiterten Vorrang des europäischen Rechts. Zum Zeitpunkt der 6. GWB-Novelle hatte das Bundeskartellamt zwar bereits die Befugnis, europäisches Recht anzuwenden. Es war aber nicht zu einer parallelen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts neben dem deutschen Wettbewerbsrecht verpflichtet. Somit bestand im damaligen Zeitpunkt noch die Möglichkeit, nur deutsches Wettbewerbsrecht auf die Gründung und Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften anzuwenden. Deshalb war eine Klarstellung über das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und dem gesetzlichen Auftrag der Verwertungsgesellschaften, wie er im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz festgelegt ist, gerechtfertigt. Diese Rechtslage änderte sich durch Artikel 3 der VO 1/2003 zum 1. Mai 2004. Nach diesem Zeitpunkt müssen nationale Behörden und Gerichte auf zwischenstaatlich relevante Sachverhalte in jedem Fall zwingend auch europäisches Wettbewerbsrecht anwenden, wenn sie nationales Wettbewerbsrecht anwenden. Daraus folgt, dass auch für Bildung und Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften das nationale Wettbewerbsrecht von dem vorrangigen europäischen Recht im Ergebnis in keiner Weise mehr abweichen darf. Da im europäischen Recht keine Sonderregelung für Verwertungsgesellschaften existiert, gibt es für eine eigenständige nationale Regelung eines Ausnahmebereichs keine Berechtigung mehr.

Durch die künftige Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts werden die Bildung und Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften und ihre gegenwärtige Organisationsform nicht infrage gestellt. Der Europäische Gerichtshof erkennt die Rechtmäßigkeit der Bildung von Verwertungsgesellschaften zum Zwecke der wirkungsvollen Vertretung der Urheberinteressen an. Nach gefestigter Rechtsprechung werden die auf Abtretung der Rechte ihrer Mitglieder beruhende Stellung und die Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften, soweit sie zur Wahrnehmung der Urheberrechte ihrer Mitglieder unerlässlich sind, nicht als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts betrachtet. Bereits mit der 6. GWB-Novelle wurde die Reichweite der Ausnahme von Verträgen und Beschlüssen der Verwertungsgesellschaften vom Kartellverbot durch die Formulierung „soweit sie zur wirksamen Wahrnehmung der (Urheber-)Rechte ... erforderlich sind“ an dieser EuGH-Rechtsprechung orientiert und gegenüber dem bis dahin geltenden Recht eingeschränkt. Die Arbeit der Verwertungsgesellschaften wurde dadurch nicht beeinträchtigt. Im Ergebnis wird die rechtliche Absicherung der Verwertungsgesellschaften und ihrer Tätigkeiten durch die Aufhebung des § 30 Abs. 1 nicht verschlechtert. Inwieweit Vereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften über die nationalen Grenzen hinweg eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, ist ebenfalls allein nach europäischem Recht (Artikel 81 EG) zu beurteilen. Nationale Regelungen treten insoweit zurück und können keine abweichenden Ergebnisse begründen.

Auch für die Regelung in dem bisherigen Absatz 2 des § 30 besteht kein Bedürfnis mehr. Die Befugnis der Oberlandesgerichte zur Tariffestsetzung nach dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz bleibt erhalten. Da diese Tariffestsetzung zwischenstaatliche Auswirkungen hat, ist für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung künftig ebenfalls ausschließlich das europäische Recht maßgebend. Danach bestehen gegen die Festsetzung der Tarife durch Entscheidung der Oberlandesgerichte grundsätzlich keine Bedenken. Das europäische Wettbewerbsrecht ist wegen der unmittelbaren Geltung und des Vorrangs gegenüber nationalem Recht auch vom Oberlandesgericht zu beachten. Durch die Aufhebung des § 30 Abs. 2 erhält das Bundeskartellamt keine zusätzlichen Befugnisse. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kommt dem Bundeskartellamt nicht die Befugnis zu, eine Entscheidung des Oberlandesgerichts aufzuheben oder abzuändern, mit der die Tarife für Verwertungsgesellschaften konstitutiv festgelegt sind.

**Zum neuen § 30** (Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften)

Der neue § 30 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 15. Er wird an die neuen Vorschriften dieses Gesetzes angepasst.

**Zu Nummer 18** (§ 31)

**Zur Aufhebung des bisherigen § 31** (Sport)

Der bisherige § 31 wird aufgehoben. Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich aus dem durch Artikel 3 der VO 1/2003 verstärkten Vorrang des europäischen Rechts. Da im europäischen Recht keine Sonderregelung für den Sportbereich besteht, gibt es für die eigenständige nationale Regelung eines Ausnahmebereichs keine Berechtigung mehr. Nach der weiten Auslegung des Begriffs der zwischenstaatlichen Auswirkungen durch die Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte und die Verwaltungspraxis der Kommission hat die Vermarktung von Fernsehrechten in der Regel zwischenstaatliche Auswirkungen. Damit kann für diese Fälle die Anwendbarkeit des europäischen Rechts nicht infrage stehen. Nationale Ausnahmeregelungen, die nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht entsprechen, laufen für diese Fälle somit weitgehend leer.

Die zentrale Vermarktung von Rechten an der Fernsehübertragung satzungsgemäß durchgeführter sportlicher Wettbewerbe durch Sportverbände, die in Erfüllung ihrer gesellschaftspolitischen Verantwortung auch der Förderung des Jugend- und Amateursports verpflichtet sind und dieser Verpflichtung durch eine angemessene Teilhabe an den Einnahmen aus der zentralen Vermarktung dieser Fernsehrechte Rechnung tragen, werden durch die Streichung der bisherigen Ausnahmeregelung in § 31 und die zukünftige Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts nicht infrage gestellt.

Der Sport nimmt in der europäischen Politik und Rechtspraxis eine gewisse Sonderstellung ein, die sich aus den besonderen Charakteristika und Funktionen des Sports ergibt. Bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags auf den Sport müssen dessen Besonderheiten berücksichtigt werden. Die vom Europäischen Rat in Nizza angenommene Erklärung über die besonderen Merkmale des Sports betont die Notwendigkeit, bei sämtlichen politischen

Maßnahmen der Gemeinschaft die sozialen, erzieherischen und kulturellen Funktionen zu berücksichtigen, die für den Sport besonders charakteristisch sind. Damit soll die für die Erhaltung seiner gesellschaftlichen Funktion notwendige Ethik und Solidarität gefördert werden. Die Protokollerklärung (29) zum Vertrag von Amsterdam, die die Mitwirkung der Sportverbände betont, unterstreicht erneut die gesellschaftliche Bedeutung des Sports und der Förderung des Amateursports.

Regeln, die für die Existenz einer Sportart und die Organisation von Wettbewerben zwingend erforderlich sind und objektiv, transparent und nicht diskriminierend angewendet werden, fallen nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte und der Rechtsanwendungspraxis der Kommission nicht in den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln. Die Kommission erkennt in ihrer Entscheidungspraxis auch die Notwendigkeit, das Training junger Spieler zu fördern, als legitimes Ziel von darauf gerichteten Regeln an. Wenn diese Regeln in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen, fallen sie entweder nicht unter Artikel 81 EG oder sind nach Artikel 81 Abs. 3 EG freigestellt.

Die Europäische Kommission hat die Grundsätze für die Bewertung der zentralen Vermarktung im Fall UEFA Champions League festgelegt. Danach ist die Zentralvermarktung grundsätzlich erlaubt, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind. So sind z. B. die Rechte in Pakete aufzuteilen und den Vereinen abgestufte Rechte zur Eigenvermarktung zu geben.

Für die Zentralvermarktung der DFB-Bundesligaspiele hat die Kommission eine ähnliche Entscheidung angekündigt. Auch in anderen Fällen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen sind diese Grundsätze nunmehr anzuwenden. Damit ist die frühere – bis zur 6. GWB-Novelle – strengere Auffassung des Bundeskartellamts, die vom BGH bestätigt wurde, nicht mehr maßgeblich.

In Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen gelten die von der Kommission zum europäischen Recht entwickelten Grundsätze gemäß den §§ 1 ff. und § 23 entsprechend. Die Zentralvermarktung ist daher mit den gleichen Einschränkungen zulässig, sofern nicht ausnahmsweise wegen der Besonderheiten des Sachverhalts eine abweichende Beurteilung geboten ist.

Vor dem Hintergrund der heutigen Marktsituation ist fraglich, ob eine zentrale Vermarktung von Übertragungsrechten, die angebots- und nachfrageseitig keine grenzüberschreitende Wirkung im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG entfaltet, überhaupt eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 ist. Dabei sind die Möglichkeiten der Vereine, eine Eigenvermarktung wirtschaftlich sinnvoll vorzunehmen, ebenso zu beachten wie das eher lokal begrenzte Interesse der Nachfrager an derartigen Rechten und der geringe Anteil an den Gesamtvermarktungserlösen, der auf diesen Bereich entfällt.

**Zum neuen § 31** (Anzeigenkooperationen)

Der neue § 31 schafft einen Ausnahmetatbestand für Zeitungsverlage. Satz 1 stellt alle Kooperationen im Anzeigenbereich von der Anwendung des § 1 frei. Wird allerdings durch eine Kooperation der Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG beschränkt, kommt eine Freistellung nur

unter den restriktiveren Bedingungen des Artikels 81 Abs. 3 EG bzw. des § 2 in Betracht. Die Regelung des § 31 begünstigt damit vor allem kleine und mittlere Zeitungsverlage.

Anzeigenkooperationen können den größten Beitrag zur Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen in aller Regel dann leisten, wenn die an ihnen beteiligten Unternehmen im selben räumlichen Markt oder in benachbarten räumlichen Märkten tätig sind. Aufgrund der relativ engen räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung für Anzeigenmärkte in der Rechtsanwendungspraxis kann die Grenze der Marktbeherrschung bei Anzeigenkooperationen wesentlich schneller erreicht werden als in vielen anderen Märkten. Satz 1 enthält wegen dieser branchenspezifischen Besonderheit keine dem § 2 Abs. 1 Nr. 2 vergleichbare Obergrenze.

Satz 2 nimmt Zusammenschlüsse, soweit diese dazu dienen, eine Anzeigenkooperation zu praktizieren, von der Anwendung der Fusionskontrolle aus. Diese Regelung korrespondiert mit dem Verzicht auf eine Marktanteilsobergrenze in Satz 1. Sie ist erforderlich, um den Unternehmen die Wahl der geeigneten Rechtsform für ihre Kooperation zu überlassen. Es entspricht im Übrigen der Praxis des Bundeskartellamts, Zusammenschlüsse, die der Umsetzung eines freigestellten Kartells dienen, nicht einem gesonderten Fusionskontrollverfahren zu unterwerfen. Satz 2 nimmt Zusammenschlüsse zur Umsetzung von Kooperationen im Anzeigenbereich nur im Hinblick auf die davon betroffenen Anzeigenmärkte von der Zusammenschlusskontrolle aus. Wenn solche Zusammenschlüsse nennenswerte Auswirkungen auf anderen Märkten haben, sind die Vorschriften des Siebenten Abschnitts in vollem Umfang anwendbar.

Satz 3 stellt klar, dass nach § 31 freigestellte Kooperationen in vollem Umfang der Missbrauchsaufsicht unterworfen sind.

## **Zu Nummer 19** (Sechster Abschnitt)

### **Zur Überschrift**

Die Ergänzung der Überschrift durch Einfügung der Wörter „Befugnisse der Kartellbehörden“ trägt dem erweiterten Inhalt der Vorschriften der §§ 32 bis 32e Rechnung.

### **Zu § 32**

#### **Zu Absatz 1**

In Anlehnung an das europäische Recht (Artikel 7 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003) erhalten die Kartellbehörden die Befugnis, den betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen aufzugeben, eine Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz oder gegen die Artikel 81 oder 82 EG abzustellen (positive Tenorierung). Die Abstellung der Zuwiderhandlung schließt die Unterlassung ein.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 konkretisiert die Befugnisse der Kartellbehörden nach Absatz 1. Auch diese Regelung ist Artikel 7 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003 nachgebildet. Danach kann die Kartellbehörde alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Absatz 2 erfordert ausdrücklich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die an den verfassungsmäßig verankerten Grundsätzen auszurich-

ten ist. Damit wird der für das gesamte öffentliche Handeln geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz akzentuiert. Dies ist insbesondere bei eventuellen Eingriffen in die Unternehmenssubstanz (sog. strukturellen Maßnahmen) von Bedeutung. Orientierungshilfe geben dabei die Kriterien, die im Rahmen der Vorbildregelung des Artikels 7 VO 1/2003 für strukturelle Maßnahmen vorgesehen sind. Danach können Abhilfemaßnahmen struktureller Art nur festgelegt werden, wenn es keine verhaltensorientierte Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit gibt oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre (Artikel 7 Abs. 1 Satz 3 VO 1/2003). Änderungen der Unternehmensstruktur, wie sie vor der Zuwiderhandlung bestand, sind nur dann verhältnismäßig, wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solche bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist (Erw. 12 Satz 3 VO 1/2003).

#### **Zu Absatz 3**

Ebenfalls wie im europäischen Recht (Artikel 7 Abs. 1 Satz 4 VO 1/2003) wird den Kartellbehörden die ausdrückliche Befugnis erteilt, einen Kartellrechtsverstoß auch nachträglich festzustellen, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht. Ein berechtigtes Interesse ist insbesondere dann zu bejahen, wenn eine Klarstellung der Rechtslage wegen Wiederholungsgefahr geboten ist.

### **Zu § 32a**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 sieht die Befugnis der Kartellbehörde vor, in dringenden Fällen von Amts wegen einstweilige Maßnahmen zu treffen. Dies entspricht Artikel 8 Abs. 1 VO 1/2003. Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckt sich grundsätzlich auf die Durchsetzung der Vorschriften des Ersten bis Fünften Abschnitts des Ersten Teils des Gesetzes, soweit nicht hierzu § 60 Nr. 3 Sonderregelungen enthält. Darüber hinaus erfasst § 32a auch die Durchsetzung der Artikel 81 und 82 EG. In den übrigen Fällen, insbesondere im Bereich der Zusammenschlusskontrolle, richtet sich die Befugnis zum Erlass einstweiliger Anordnungen nach § 60.

Im Rahmen einstweiliger Maßnahmen nach § 32a kann die Kartellbehörde alle Anordnungen entsprechend § 32 treffen, soweit diese zur Regelung eines einstweiligen Zustandes erforderlich sind.

#### **Zu Absatz 2**

Wie im europäischen Recht (Artikel 8 Abs. 2 VO 1/2003) ist die einstweilige Maßnahme nach Absatz 1 zu befristen. Die Frist ist – ebenfalls wie im europäischen Recht – verlängerbar. Über das europäische Vorbild hinausgehend sieht Absatz 2 im Interesse der betroffenen Unternehmen eine Regelfrist von insgesamt einem Jahr vor. Diese Frist sollte nur ausnahmsweise überschritten werden.

### **Zu § 32b**

#### **Zu Absatz 1**

Entsprechend Artikel 9 Abs. 1 VO 1/2003 erhalten die Kartellbehörden die Befugnis, zur Abwendung einer Verfügung

nach § 32 Verpflichtungszusagen der betroffenen Unternehmen durch Verfügung für bindend zu erklären. Verfügungen nach § 32b treffen keine abschließende Aussage der Kartellbehörde darüber, ob ein Kartellrechtsverstoß vorgelegen hat oder noch vorliegt. Sie enden jedoch mit der Feststellung, dass für ein Tätigwerden der Kartellbehörde kein Anlass mehr besteht. Diese hat, wie bei Verfügungen nach § 32c, zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich der in Absatz 2 aufgezählten Wiederaufnahmegründe von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Wie im europäischen Recht können Verfügungen nach § 32b befristet werden.

#### Zu Absatz 2

Die Vorschrift regelt die Fälle, in denen eine Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Kartellbehörde möglich ist. Sie geht als spezielle Regelung den allgemeinen Regeln über die Aufhebung von Verwaltungsakten nach den §§ 48 ff. VwVfG vor.

#### Zu § 32c

Stellt die Kartellbehörde fest, dass in einem Einzelfall die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 4, 19 bis 21 oder Artikel 81 Abs. 1 oder Artikel 82 EG nach den ihr vorliegenden Informationen nicht gegeben sind, so kann sie beschließen, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Die Entscheidung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich neuer Erkenntnisse von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Die Vorschrift erfasst auch die Fälle, in denen eine nach § 1 oder Artikel 81 Abs. 1 EG verbotene Vereinbarung oder Verhaltensweise gemäß § 2 oder Artikel 81 Abs. 3 EG freigestellt ist. Diese Regelung entspricht Artikel 5 Satz 3 VO 1/2003. Die Kartellbehörde trifft eine Entscheidung nach § 32c nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Entscheidung ergeht in Form einer Verfügung (§ 61). Sie ist keine konstitutiv wirkende Freistellung im Sinne des bisherigen Administrativfreistellungsverfahrens (Satz 3). § 32c stimmt weitgehend mit der Regelung des § 38 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. VwVfG überein. Nach dieser Vorschrift kann eine Verwaltungsbehörde das Unterlassen eines Verwaltungsakts zum Gegenstand einer Zusicherung machen. Die Entscheidung nach § 32c enthält in diesem Sinne die Zusicherung, dass die Kartellbehörde nach dem festgestellten Sachverhalt keine Verfügungen nach den §§ 32 und 32a mehr erlassen wird. Die Verfügung der Kartellbehörde ist dabei für Dritte nicht bindend. Ihnen steht beispielsweise der Zivilrechtsweg offen. Das Gericht kann aber Verfügungen nach § 32c bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Falls berücksichtigen.

#### Zu § 32d

Bereits Artikel 29 Abs. 2 VO 1/2003 sieht die Möglichkeit des Entzugs des Vorteils einer GVO durch mitgliedstaatliche Kartellbehörden vor, wenn im Einzelfall die Anwendung der GVO im Gebiet eines Mitgliedstaats oder in einem Teilgebiet eines Mitgliedstaats, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, zu Ergebnissen führt, die mit Artikel 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind. § 32d stellt diese Kompetenz der Kartellbehörden klar. § 32d geht jedoch darüber hinaus, da auch die Befugnis zum Entzug des Vorteils einer nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendba-

ren GVO bei Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen erteilt wird.

#### Zu § 32e

##### Zu Absatz 1

Entsprechend Artikel 17 Abs. 1 VO 1/2003 erhält das Bundeskartellamt die Befugnis, eine Enqueteuntersuchung hinsichtlich bestimmter Wirtschaftszweige oder – Sektor übergreifend – bestimmter Arten von Vereinbarungen durchzuführen. Voraussetzung für eine derartige Untersuchung ist nicht ein konkreter Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes oder der Artikel 81 oder 82 EG. Bereits die Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann Grundlage für eine Enqueteuntersuchung sein.

Die redaktionellen Abweichungen vom Text des Artikels 17 Abs. 1 VO 1/2003 dienen der besseren Verständlichkeit. Eine inhaltliche Änderung ist nicht bezweckt.

##### Zu Absatz 2

Im Rahmen einer Enqueteuntersuchung kann das Bundeskartellamt die erforderlichen Ermittlungen durchführen. Die betreffenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen haben auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, insbesondere haben sie das Bundeskartellamt über sämtliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen im Sinne des § 1 zu unterrichten. Auch diese Regelung folgt dem europäischen Recht (Artikel 17 Abs. 1, 1. Unterabsatz, Satz 2 und 2. Unterabsatz VO 1/2003).

##### Zu Absatz 3

In Anlehnung an Artikel 17 Abs. 1, 3. Unterabsatz VO 1/2003 kann das Bundeskartellamt einen Bericht über die Ergebnisse seiner Untersuchung veröffentlichen und Stellungnahmen interessierter Parteien einholen.

##### Zu Absatz 4

Die Vorschrift zählt die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Rahmen einer Enqueteuntersuchung gegenüber bestimmten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen auf. Dabei gelten – mit Ausnahme der Vorschrift über die Beschlagnahme (§ 58) – die §§ 57 bis 62 entsprechend. Die Ermächtigung zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände wäre im Rahmen einer grundsätzlich verdachtsunabhängigen Enqueteuntersuchung unverhältnismäßig. Die Aufzählung in Absatz 4 schließt weitergehende Ermittlungsbefugnisse nicht aus, wenn und soweit hierfür im Laufe einer Enqueteuntersuchung die jeweiligen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen.

#### Zu § 33

##### Zu Absatz 1

Die Neufassung bezieht zum einen Verstöße gegen die Artikel 81 und 82 EG in den Unterlassungsanspruch nach Absatz 1 ein. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche nach Absatz 3. Bislang konnten Ansprüche wegen Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht nur auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden.

Die Neufassung stellt ferner ausdrücklich klar, dass bei Kartellrechtsverstößen neben Unterlassungsansprüchen im Falle einer Wiederholungsgefahr auch Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden können. Derartige Ansprüche sind im geltenden Recht von der Rechtsprechung aufgrund der analogen Anwendung des § 1004 BGB zuerkannt worden.

Die Beweislast für den Nachweis eines Verstoßes richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen; danach hat jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen. Im Falle von Verstößen gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1) ist daher grundsätzlich der Verstoß von der Partei zu beweisen, die diesen Vorwurf erhebt. Demgegenüber ist etwa das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen (§ 2) von dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zu beweisen, die sich auf diese Bestimmung beruft. Diese Beweislastverteilung entspricht auch dem europäischen Recht (Artikel 2 VO 1/2003).

Im Rahmen dieser Beweislastverteilung kann das Gericht bei seiner freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO prüfen, ob und inwieweit einer Partei die auch sonst üblichen Beweiserleichterungen zugute kommen können, etwa in Form eines Anscheinsbeweises.

Das Gesetz hält im Grundsatz am Erfordernis einer Schutzgesetzverletzung als Voraussetzung für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche fest. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche nach Absatz 3. Jedoch werden bestimmte Beschränkungen der Anspruchsberechtigung beseitigt, die bislang aus dem Schutzgesetzfordernis abgeleitet wurden. So fällt nach der bisherigen Rechtsprechung die Marktgegenseite nur dann in den Schutzbereich des Kartellverbots nach § 1, wenn sich die Absprache oder ein abgestimmtes Verhalten gezielt gegen bestimmte Abnehmer oder Lieferanten richtete (vgl. BGHZ 86, 324, 330 „Familienzeitschrift“; vgl. auch unlängst LG Mannheim, GRUR 2004, 182 ff. „Vitaminkartell“). Diese Beschränkung auf finale Schädigungen führt im Ergebnis dazu, dass aus der Sicht eines Kartellmitglieds eine Schadensersatzpflicht je weniger zu befürchten ist, je umfassender die Kartellabsprache angelegt ist.

Im Fall zwischenstaatlich relevanter Sachverhalte ist diese Beschränkung nicht mit dem europäischen Recht vereinbar. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH erfordert die volle Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots, dass grundsätzlich „jedermann“ Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist (vgl. Urteil vom 20. September 2001, Rechtssache C-453/99, Rn. 26 „Courage“). Die Neufassung stellt daher ausdrücklich klar, dass die Artikel 81 und 82 EG ebenso wie die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts dieses Gesetzes auch dann dem Schutz anderer Marktbeteiligter dienen, wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet. Diese Klarstellung schließt nicht aus, dass auch andere Vorschriften dieses Gesetzes außerhalb des Ersten und Zweiten Abschnitts dem Schutz anderer Marktbeteiligter dienen können.

Zum Kreis der Anspruchsberechtigten können – wie schon nach bestehender Rechtslage – auch Endverbraucher gehören. Die gilt insbesondere dann, wenn eine Kartellabrede auf der letzten Absatzstufe vorliegt.

Ferner sieht die Novelle vor, dass der Anspruch nicht allein deshalb ausgeschlossen ist, weil der andere Marktbeteiligte an dem Verstoß mitgewirkt hat. Auch dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil vom 20. September 2001, a. a. O., Rn. 36). Soweit in der Vergangenheit Kartellmitglieder aus dem Schutzbereich des Kartellverbots ausgenommen wurden (vgl. KG, Urteil vom 7. September 1977, WuW/E OLG 1903, 1905), ist dies in Zukunft nicht mehr möglich. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH kann in solchen Fällen jedoch der Anspruch aus anderen Gründen ausgeschlossen sein. Insbesondere ist ein solcher Ausschluss möglich, wenn der Anspruchsteller sich andernfalls auf eine eigene rechtswidrige Handlung stützen würde, um Schadensersatz zu erlangen, und ihn eine erhebliche Verantwortung an der Wettbewerbsverzerrung trifft (vgl. Urteil vom 20. September 2001, a. a. O., Rn. 36). Im deutschen Recht kann dieser Gesichtspunkt etwa im Rahmen der Prüfung eines Mitverschuldens des Schädigers eine Rolle spielen (§ 254 Abs. 1 BGB).

#### Zu Absatz 2

Absatz 2 sieht die Möglichkeit der Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen durch Verbände vor. Hierzu gehören in Anknüpfung an die bisherige Regelung rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen. Neu aufgenommen werden qualifizierte Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Unterlassungsklagengesetz oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 vom 11. Juni 1998; S. 51) eingetragen sind. Dies sind in erster Linie Verbraucherschutzverbände. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs auch die Interessen der Verbraucher schützt.

#### Zu Absatz 3

Die Vorschrift regelt den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch. Anspruchsbegründende Handlung ist ein Verstoß im Sinne des Absatzes 1. Dementsprechend ist ebenfalls die Verletzung eines Schutzgesetzes oder einer Schutzverfügung Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs. Die mit der Neufassung von Absatz 1 vorgenommene Beseitigung von Beschränkungen der Anspruchsberechtigung, die bislang aus dem Schutzgesetzfordernis abgeleitet wurden, gilt auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Wie bisher erfordert der Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Schädigers. Von Bedeutung ist dabei, dass die Rechtsprechung hohe Anforderungen an einen – die fahrlässige Begehung ausschließenden – unverschuldeten Rechtsirrtum stellt. So ist im Kartellrecht ein Verschulden nur dann zu verneinen, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, Beschluss vom 16. Dezember 1986 „Taxizentrale Essen“, WuW/E BGH 2341, 2344). Unter diesen Umständen empfiehlt es sich für Unternehmen, vor Abschluss oder Durchführung von möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltenswei-

sen alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um die kartellrechtliche Zulässigkeit der beabsichtigten Vereinbarung oder Verhaltensweise zu klären. Dabei kommt in Zweifelsfällen auch bilateralen Konsultationen mit den zuständigen Kartellbehörden eine besondere Bedeutung zu.

Ferner wird in Satz 2 klargestellt, dass bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden kann. Ziel ist insbesondere, die Anspruchsdurchsetzung in den Fällen zu erleichtern, in denen die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Der Gewinn errechnet sich dabei grundsätzlich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich angefallener Betriebskosten. Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, sind nicht abzugsfähig. Im Falle mehrerer Geschädigter kann nur der anteilige Gewinn berücksichtigt werden. Die Höhe des Anteils bestimmt sich nach dem Gewinn aus dem Kartellrechtsverstoß gegenüber dem Geschädigten bzw. aus den Folgeverträgen mit ihm.

Für Schadensersatzansprüche, die in Geld zu leisten sind, wird in Satz 3 eine Verzinsungspflicht ab Schadenseintritt eingeführt. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Geschädigte häufig erst lange nach dem Kartellverstoß seinen Anspruch geltend machen und dadurch eine Zinspflicht nach den allgemeinen Regeln auslösen kann. In aller Regel wird der Geschädigte, soweit er den Kartellverstoß nicht selbst aufklären und beweisen kann, zunächst die Entscheidung der Kartellbehörde abwarten müssen. Dabei kommen ihm die Regelungen der Absätze 4 und 5 zugute. Es bleibt aber der Umstand, dass der Anspruch des Geschädigten durch die zum Teil lange Dauer der kartellbehördlichen Verfahren teilweise entwertet wird. Dies soll durch die Verzinsungspflicht ab Schadenseintritt ausgeglichen werden. Zugleich wird dadurch sichergestellt, dass der Schädiger durch die zum Teil lange Dauer von kartellbehördlichen Ermittlungen keinen Vorteil erzielt. Dies dient ebenfalls dem Zweck einer Verstärkung des Abschreckungscharakters von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Eventuell weitergehende Zinsansprüche aus anderen Rechtsgrundlagen bleiben unberührt.

Bei der Erarbeitung des Regierungsentwurfs wurde auch geprüft, ob eine gesetzliche Klarstellung aufgenommen werden soll, dass ein geschädigter Abnehmer einer Ware oder Dienstleistung auch dann Schadensersatz verlangen kann, wenn er die überhöhten Einstandskosten seinerseits an einen Abnehmer weiterreichen konnte. Dies entspräche den Grundsätzen im US-Recht zur sog. passing-on-defence. Die Prüfung ergab, dass eine gesetzliche Klarstellung nicht notwendig erscheint, da im deutschen Recht anerkannt ist, dass eine Vorteilsausgleichung nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt ist. Sie setzt voraus, dass zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil beim zunächst Geschädigten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entspricht und den Schädiger nicht unbillig entlastet (BGHZ 136, 52, 54). Die herrschende Meinung im kartellrechtlichen Schrifttum vertritt bereits jetzt die Auffassung, dass eine Vorteilsausgleichung im Fall einer Abwälzung des Schadens auf Dritte

nicht in Betracht komme (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl. § 33 Rn. 40; Hempel, WuW 2004, 364 m. w. N.). Es kann deshalb darauf vertraut werden, dass die Rechtsprechung dieses Problem befriedigend lösen wird.

#### Zu Absatz 4

Mit der Vorschrift wird eine Tatbestandswirkung für sog. Follow-on-Klagen eingeführt. Macht ein Geschädigter infolge eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder Artikel 81 oder 82 EG Schadensersatz geltend, so ist das Gericht zugunsten des Geschädigten an die Annahme eines Verstoßes gebunden, wenn ein derartiger Verstoß durch eine bestandskräftige Entscheidung der Kartellbehörde oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen EG-Mitgliedstaats oder eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts in einem EG-Mitgliedstaat festgestellt ist. Die Tatbestandswirkung bezieht sich nur auf bestandskräftige verwaltungs- oder bußgeldrechtliche Entscheidungen. Dies sind in der Regel Entscheidungen deutscher Kartellbehörden, der Kommission oder von Wettbewerbsbehörden anderer EG-Mitgliedstaaten. Erfasst sind aber auch die in einigen Mitgliedstaaten vorgesehenen verwaltungs- oder bußgeldrechtlichen Erstentscheidungen von Gerichten. Die Bindungswirkung bezieht sich auch auf rechtskräftige Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von verwaltungs- oder bußgeldrechtlichen Erstentscheidungen ergangen sind. Verwaltungs- und Bußgeldentscheidungen der Kommission sind in Zivilprozessen bereits im Rahmen des Artikels 16 Abs. 1 VO 1/2003 von den Gerichten zu beachten. Absatz 4 hat insoweit nur klarstellende Bedeutung. Die Tatbestandswirkung bezieht sich allein auf die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes. Alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbeziehung, unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts.

Die Tatbestandswirkung reicht nur so weit, wie die Wirkung der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde insbesondere in räumlicher Hinsicht. Die Bindungswirkung erfasst jeweils nur Wettbewerbsbeschränkungen, die Auswirkungen im Gebiet der Wettbewerbsbehörden haben. Außerdem beschränkt sich die Bindungswirkung auf die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes. Entscheidungen ausländischer Wettbewerbsbehörden haben daher z. B. keine Bindungswirkung hinsichtlich des in Deutschland entstandenen Schadens.

Für Straf- oder Bußgeldverfahren bleibt es hingegen bei dem allgemeinen Untersuchungsgrundsatz und der Unschuldsvermutung; eine Bindungswirkung besteht hier nicht. Satz 3 stellt klar, dass die Bindungswirkung nach den Sätzen 1 und 2 die Rechte und Pflichten der Gerichte zur Vorlage entscheidungserheblicher Rechtsfragen an den Europäischen Gerichtshof nach Artikel 234 EG nicht ausschließt. Für Verwaltungs- und Geldbußenentscheidungen der Kommission ergibt sich dies bereits aus der unmittelbaren Anwendung von Artikel 16 Abs. 1 Satz 4 VO 1/2003. Insoweit bekräftigt Satz 3 nur das europäische Recht. Für bestandskräftige Entscheidungen sonstiger Kartellbehörden oder rechtskräftige Gerichtsentscheidungen in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft gilt dies entsprechend.

**Zu Absatz 5**

Um die Durchsetzbarkeit kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche zu sichern, ist die Verjährung dieser Ansprüche gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder die Kommission oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen EG-Mitgliedstaates wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 EG ein Verfahren einleitet. Damit soll erreicht werden, dass individuell Geschädigte tatsächlich in den Genuss der Tatbestandswirkung nach Absatz 4 kommen können und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche beispielsweise nach Ablauf eines langwierigen Bußgeldverfahrens nicht bereits verjährt sind.

**Zu § 34****Zu Absatz 1**

Die Neufassung erweitert die bisherige Mehrerlösabschöpfung zu einem Instrument zur Abschöpfung des gesamten, durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils. Bislang galt § 34 im Wesentlichen für den sehr seltenen Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung der Kartellbehörde. Künftig erfasst § 34 alle Verstöße gegen Vorschriften des deutschen oder europäischen Wettbewerbsrechts. Hingegen kommt es nicht auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des § 33 an, insbesondere nicht auf die Frage, ob die verletzte Vorschrift ein Schutzgesetz für Dritte darstellt.

§ 34 hält wie bisher am Verschuldenserfordernis fest. Es handelt sich gleichwohl um ein verwaltungsrechtliches und nicht um ein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument. Durch die Vorteilsabschöpfung soll allein sichergestellt werden, dass die durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteile nicht beim Täter verbleiben.

Für die Definition des wirtschaftlichen Vorteils sind die zu § 17 Abs. 4 OWiG entwickelten Rechtsgrundsätze entsprechend heranzuziehen. Dies bedeutet, dass nicht nur ein in Geld bestehender Gewinn zu berücksichtigen ist, sondern auch ein sonstiger wirtschaftlicher Vorteil, wie z. B. eine Verbesserung der Marktposition des Täters durch die Ausschaltung oder Zurückdrängung von Wettbewerbern. Der wirtschaftliche Vorteil ist im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen zu errechnen, wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat und ohne diese für ihn eingetreten wäre (Saldierungsgrundsatz).

**Zu Absatz 2**

Die Vorteilsabschöpfung ist gegenüber individuellen Schadensersatzansprüchen Dritter, ebenso wie gegenüber Geldbußen, wenn durch diese der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft wird, subsidiär. Gleiches gilt für die Anordnung des Verfalls. Eine Verfallsanordnung kommt im Wesentlichen nur unter den Voraussetzungen des § 29a OWiG in Betracht, ausnahmsweise jedoch auch nach § 73 Abs. 3, § 73a StGB, wenn zugleich eine Straftat verübt wurde und § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht greift. Derartige Leistungen sind auf die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils anzurechnen bzw. bei bereits erfolgten Zahlungen nach Satz 2 zurückzuerstaten. Die Neuregelung in Absatz 2 macht die Vorschrift des bisherigen Absatzes 4 über das Verhältnis zwischen Mehr-

erlösabschöpfung und rechtskräftig festgestellten Schadensersatzansprüchen entbehrlich. Diese Vorschrift wird daher aufgehoben.

**Zu Absatz 3**

Die Regelung entspricht der Vorschrift des bisherigen § 34 Abs. 2. Sie ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der auch bei der Vorteilsabschöpfung Anwendung findet. Sollte die Vorteilsabschöpfung in Einzelfällen zu unbilligen Ergebnissen führen oder ist der erzielte Vorteil gering, soll die Abschöpfung ganz oder teilweise unterbleiben.

**Zu Absatz 4**

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen § 34 Abs. 3.

**Zu Absatz 5**

Eine Vorteilsabschöpfung kann zukünftig nur für einen Zeitraum von bis zu 5 Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von 5 Jahren angeordnet werden. Entsprechend der Regelung zur Unterbrechung der Verjährung bei Bußgeldverfahren hemmen Ermittlungshandlungen der Kommission oder von Wettbewerbsbehörden anderer EG-Mitgliedstaaten die Verjährung.

**Zu § 34a****Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt die Anspruchsgrundlage für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2. Der Anspruch ist subsidiär gegenüber der Anordnung der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch die Kartellbehörde nach § 34, durch Verhängung einer Geldbuße oder durch Verfall. Der Begriff der Anordnung meint die Bekanntgabe des jeweiligen Bescheides. Mit dieser Bekanntgabe geht ein Anspruch der Verbände und Einrichtungen nach § 34a unter. Bevor ein Verband oder eine Einrichtung Ansprüche auf Vorteilsabschöpfung geltend macht, empfiehlt sich somit eine Erkundigung bei der zuständigen Kartellbehörde, ob diese ein eigenes Verfahren zur Vorteilsabschöpfung eingeleitet hat oder einzuleiten beabsichtigt.

§ 34a ist bei allen Verstößen gegen deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht anwendbar. Wie bei § 34 ist insbesondere eine Schutzgesetzverletzung nicht erforderlich.

Der Tatbestand setzt – wie der neue § 10 UWG in der vom Bundestag beschlossenen Fassung – die vorsätzliche Begehung einer Zuwiderhandlung im Sinne des § 34 voraus. Praktisch relevant ist die Vorteilsabschöpfung daher vor allem bei Verstößen gegen wettbewerbsrechtliche Kernbeschränkungen (sog. Hard-core-Fälle), bei denen vorsätzliches Handeln der beteiligten Unternehmen in der Regel evident ist.

Durch die kartellrechtswidrige Handlung muss der Zuwiderhandelnde einen wirtschaftlichen Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erhalten haben. Dadurch wird deutlich, dass sich die Vorteilsabschöpfung nur gegen besonders gefährliche kartellrechtswidrige Handlungen richtet, nämlich solche mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Marktteilnehmern betreffen. In diesen

Fällen erscheint es zur Verstärkung der Abschreckungswirkung gerechtfertigt, dass Verbände den wirtschaftlichen Vorteil aus derartigen besonders gefährlichen kartellrechtswidrigen Handlungen abschöpfen können.

Abnehmer im Sinne des Absatzes 1 sind nicht nur die unmittelbaren Abnehmer, sondern alle potentiell geschädigten Abnehmer bis hin zum Endabnehmer. Gemeinsames Ziel der §§ 34 und 34a ist die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils des Zuwiderhandelnden, unabhängig davon, auf welcher Marktstufe durch die Zuwiderhandlung der korrespondierende wirtschaftliche Nachteil eingetreten ist. Der Begriff des Abnehmers in Absatz 1 ist daher im Lichte des spezifischen Regelungsziels von § 34a auszulegen.

Allerdings kann die Kartellbehörde den wirtschaftlichen Vorteil nach § 34 auch dann abschöpfen, wenn ein korrespondierender wirtschaftlicher Nachteil durch die Zuwiderhandlung bei nur einem oder wenigen Marktbeteiligten entstanden ist. Demgegenüber ist § 34a auf Streuschäden mit Breitenwirkung beschränkt.

Aktiv legitimiert sind die in § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 genannten Verbände. Auch dies entspricht dem vorgesehenen neuen § 10 UWG.

Die Höhe des Anspruchs bemisst sich nach dem durch den Wettbewerbsverstoß auf Kosten der Abnehmer erzielten wirtschaftlichen Vorteil. Wie im Rahmen des § 34 sind hierbei die Grundsätze des § 17 Abs. 4 OWiG entsprechend anzuwenden. Der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils ist in den §§ 34 und 34a gleich auszulegen. Ist die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils streitig, kann dieser nach § 287 ZPO geschätzt werden.

Der Anspruch richtet sich, wie im Fall des vorgesehenen neuen § 10 UWG, nicht auf Zahlung der Geldsumme an den anspruchstellenden Verband. Vielmehr ist Inhalt des Anspruchs die Herausgabe des Vorteils unmittelbar an den Bundeshaushalt.

#### Zu Absatz 2

Satz 1 regelt das Verhältnis der Vorteilsabschöpfung zu individuellen Ersatzansprüchen. Der Anspruch mindert sich um diejenigen Leistungen, die der Zuwiderhandelnde als Ausgleich für den Kartellverstoß erbracht hat. Daraus folgt, dass die Befriedigung individueller Ersatzansprüche Vorrang hat. Soweit der Geschädigte selbst einen Ausgleich erhält, besteht kein Bedürfnis mehr für eine Geltendmachung der Ansprüche durch Verbände. Deshalb sind insbesondere die nach § 33 erbrachten Schadensersatzleistungen bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils abzuziehen. Gleiches gilt für die Befriedigung sonstiger individueller Ersatzansprüche. Der Anspruch wird nicht gemindert durch Kosten, die der Schädiger für aufgrund der Zuwiderhandlung geführte Rechtsstreitigkeiten aufgewendet hat. Ansonsten hätte der Zuwiderhandelnde einen Anreiz, sich auf kosten-trächtige Prozesse einzulassen.

Satz 2 berücksichtigt die Fallkonstellation, dass das Unternehmen nach erfolgter Erfüllung des Vorteilsabschöpfungsanspruchs individuelle Ansprüche befriedigt. Da es nicht darauf ankommen kann, in welcher Reihenfolge die Ansprüche gestellt werden, ist konsequenterweise der abgeführte Vorteil in Höhe der nach Abführung geleisteten Zahlungen auf diese

Forderungen herauszugeben. § 34 Abs. 2 Satz 2 gilt insoweit entsprechend. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung kann dies über § 767 ZPO geltend gemacht werden.

#### Zu Absatz 3

Für den Fall, dass mehrere Berechtigte den Anspruch geltend machen, gelten die Vorschriften des BGB zur Gesamtläubigerschaft entsprechend.

#### Zu Absatz 4

Absatz 4 entspricht der Regelung im vorgesehenen neuen § 10 Abs. 4 UWG. Nach Satz 1 haben die Verbände dem Bundeskartellamt über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Nach Satz 2 besteht ein subsidiärer Aufwendungsersatzanspruch gegenüber dem Bundeskartellamt, soweit die Verbände vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Entsprechend dem vorgesehenen neuen § 10 Abs. 4 Satz 3 UWG ist der Erstattungsanspruch auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten Vorteils beschränkt. Andernfalls würde die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 34a durch Verbände und Einrichtungen zu einer Belastung des Bundeshaushalts führen.

#### Zu Absatz 5

Für die Tatbestandswirkung kartellbehördlicher und kartellgerichtlicher Entscheidungen sieht Absatz 5 die entsprechende Anwendung von § 33 Abs. 4 vor. Für die Hemmung der Verjährung findet § 33 Abs. 5 entsprechende Anwendung.

#### Zu Nummer 20 (§ 35 Abs. 2 Satz 2)

Entsprechend den allgemeinen Regeln der Fusionskontrolle wird auch bei Presseunternehmen eine Bagatellschwelle eingeführt, unterhalb derer die Fusionskontrolle nicht eingreift. Damit wird sehr kleinen Presseunternehmen die volle Verwertung der in ihnen steckenden Vermögenswerte ermöglicht. Um den häufig lokalen und regionalen Auswirkungen im Pressebereich gerecht zu werden, ist diese Bagatellschwelle allerdings unter Berücksichtigung einer presse-spezifischen Umsatzberechnung festzulegen. Abweichend von der allgemeinen Regel des § 38 Abs. 3, wonach sich für die Bagatellklausel eine Umsatzschwelle von 1 Mio. Euro ergeben würde, wird eine Schwelle von 2 Mio. Euro festgelegt, da die Vorschrift andernfalls weitgehend leer laufen würde.

#### Zu Nummer 21 (§ 36)

##### Zu Absatz 1a

§ 36 wird um eine besondere Ausnahmeregelung für Zeitungsverlage erweitert. Der neu eingefügte Absatz 1a trägt der Zielsetzung Rechnung, die Verbreiterung der wirtschaftlichen Basis von Zeitungsunternehmen durch Zusammenschlüsse zu ermöglichen. Nach heutigem Recht scheitert dies im Fall der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen. Künftig sollen auch in diesem Fall Zusammenschlüsse möglich sein, wenn im Rahmen des Zusammenschlusses die publizistische Vielfalt erhalten bleibt.

Satz 1 benennt die Voraussetzungen für diese Ausnahmeregelung. Danach ist ein Zusammenschluss von Zeitungsunternehmen trotz Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen dann nicht zu untersagen, wenn Vorkehrungen getroffen sind, dass die erworbene Zeitung langfristig neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit erhalten bleibt. Dem liegt die Erwartung zugrunde, dass durch die Ausschöpfung verlagswirtschaftlicher Synergiepotentiale die wirtschaftliche Basis der betroffenen Zeitungen verbreitert und damit die Grundlage für die Fortführung der erworbenen und der erwerbenden Zeitungen als voneinander unabhängige redaktionelle Einheiten geschaffen wird. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass auch die verschiedenen redaktionellen Ausgaben der betroffenen Zeitungen fortgeführt werden. Diese stehen für die publizistische Vielfalt auf lokaler Ebene.

Die Fortführung der Zeitungen und ihrer redaktionellen Ausgaben kann nur im Rahmen eines für die beteiligten Zeitungsunternehmen verlagswirtschaftlich sinnvollen Unternehmenskonzeptes gefordert werden. Deshalb sind im Rahmen der Vorkehrungen Wirtschaftlichkeitsklauseln denkbar und möglich, die die langfristige Fortführung der betroffenen Zeitungen oder ihrer redaktionellen Ausgaben unter bestimmte Ergebnisvorbehalte, wie z. B. zurechenbare Verluste in mehreren Folgejahren, stellen. Damit kann vermieden werden, dass die Verpflichtungen, die eingegangen werden müssen, um die Regelungen dieser Vorschrift nutzen zu können, nicht in späterer Konsequenz dazu führen, dass die wirtschaftliche Basis der betroffenen Verlagsunternehmen insgesamt infrage gestellt wird.

Um die Anforderungen des Satzes 1 zu erfüllen, hat der Erwerber mit dem Veräußerer oder einem unabhängigen Dritten vertragliche Vereinbarungen zu treffen, durch die die verbleibenden bzw. neu eingeräumten Rechtspositionen definiert und abgesichert werden. Satz 1 fasst diese Regelungen, die als strukturelle Elemente die Erhaltung der beteiligten Zeitungen und Zeitungsausgaben als eigenständige redaktionelle Einheiten gewährleisten, unter dem Begriff „Vorkehrungen“ zusammen.

Satz 2 benennt in Form einer widerleglichen Vermutung solche Regelungen, bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie den Anforderungen des Satzes 1 genügen. Unter Nummer 1 wird zum einen festgelegt, dass einer(m) vom Erwerber wirtschaftlich unabhängigen Person oder Unternehmen ein Stimmrechts- und Kapitalanteil von mehr als 25 % an dem erworbenen Unternehmen eingeräumt werden muss, um ihr (ihm) bereits durch diese Beteiligung als solche sowohl gewisse Rechte zu vermitteln als auch ein wirtschaftliches Eigeninteresse zu begründen. Stimmrechts- und Anteilsinhaber kann sowohl der Veräußerer (Altverleger) als auch ein unabhängiger Dritter sein. Die Unabhängigkeit wird dabei nach wettbewerblichen Kriterien bemessen. Eine Abhängigkeit liegt vor, wenn der Erwerber im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 einen wettbewerblich erheblichen Einfluss oder darüber hinausgehende Einflussmöglichkeiten hat. Nach Nummer 2 muss dem Veräußerer oder unabhängigen Dritten außerdem das Titelrecht für die erworbene Zeitung gehören. Nach Nummer 3 muss ferner sichergestellt sein, dass der Veräußerer oder Dritte die wesentlichen Entscheidungen mitbestimmen

men kann, die für die Erhaltung der erworbenen Zeitung neben der erwerbenden mit ihren redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit maßgeblich sind. Dabei ist auf die Festlegung eines genau umschriebenen Kanons von Mitbestimmungs- oder Vetorechten zugunsten einer zielorientierten Formulierung, die den beteiligten Unternehmen und dem Bundeskartellamt ausreichend Spielraum belässt, um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen, verzichtet worden. Unter Buchstaben a bis c werden nicht abschließend Entscheidungen genannt, für die solche Rechte mindestens einzuräumen sind. Dazu zählen die Änderung der redaktionellen Grundhaltung der erworbenen Zeitung (Buchstabe a), die Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern der Chefredaktion der erworbenen Zeitung (Buchstabe b) und die Einstellung der Zeitungen oder ihrer redaktionellen Ausgaben (Buchstabe c). Nach Buchstabe c müssen Mitbestimmungs- oder Vetorechte auch im Hinblick auf die erwerbende Zeitung eingeräumt werden. Diese Regelung soll Missbräuche verhindern, die darin bestehen könnten, dass – abweichend von der als Normalfall zu erwartenden Konstellation – die erwerbende Zeitung kurzfristig nach dem durch diese Vorschrift freigestellten Zusammenschluss eingestellt und damit der Zweck des § 36 Abs. 1a konterkariert würde. Die Buchstaben a bis c müssen kumulativ erfüllt sein.

Die Regelungen in den Sätzen 1 und 2 orientieren sich ausschließlich an den Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den betroffenen Lesermärkten. Auswirkungen auf den betroffenen Anzeigenmärkten bleiben bei Vorliegen der Anforderungen des Satzes 1 außer Betracht.

Satz 3 dient der Absicherung der zwischen Erwerber und dem Veräußerer/Dritten getroffenen Vereinbarungen. Danach haben die Vertragsparteien die Einhaltung der nach Satz 1 erforderlichen Vorkehrungen durch eine für die beteiligten Unternehmen zivilrechtlich durchsetzbare Vereinbarung zu gewährleisten.

Satz 4 schreibt vor, dass die getroffenen Vereinbarungen als Bedingungen und Auflagen Bestandteil der Freigabeentscheidung werden. Damit wird auch die Transparenz der getroffenen Vorkehrungen für Dritte sichergestellt. Durch die Auflagen und Bedingungen müssen nur der Abschluss und die Aufrechterhaltung der Vereinbarung der Kontrolle des Bundeskartellamtes unterworfen werden, nicht jedoch ihre Einhaltung.

Satz 5 benennt als Ausnahme davon die Einstellung der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung oder ihrer jeweiligen redaktionellen Ausgaben. In diesem Fall ist auch die Einhaltung der Vorkehrungen durch das Bundeskartellamt zu überwachen. Auch hier ist jedoch keine Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt erforderlich. Dieses wird im Fall einer von dem Erwerber und dem Veräußerer/unabhängigen Dritten einvernehmlich beschlossenen Einstellung einer Zeitung oder redaktionellen Ausgabe zu prüfen haben, ob die im Rahmen der Vorkehrungen hinsichtlich der Einstellung getroffenen Vereinbarungen (z. B. Wirtschaftlichkeitsklauseln) eingehalten wurden.

Satz 6 stellt klar, dass in dem Fall eines Zusammenschlusses gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 anstelle des Erwerbers auf das Unternehmen abzustellen ist, das einen wettbewerblich erheb-

lichen Einfluss auf das erworbene Unternehmen ausüben kann.

Zu Absatz 1b

Die Regelungen dieses Absatzes sollen mögliche Missbräuche der neuen Ausnahmeregelung in Absatz 1a verhindern und damit ihren Anwendungsbereich begrenzen. Anknüpfend an die Zielsetzung der Neuregelung der pressenspezifischen Vorschriften des GWB insgesamt soll die Ausnahmeregelung des Absatzes 1a nur dann anwendbar sein, wenn die wirtschaftliche Situation der beteiligten Zeitungen dies rechtfertigt und die wiederholte Nutzung dieser Option nicht zu einer regionalen Kumulierung von Marktmacht führt.

Absatz 1b schließt dementsprechend die Anwendung des Absatzes 1a zunächst unter Nummer 1 für den Fall aus, dass der Zusammenschluss für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der erworbenen oder erwerbenden Zeitung mit ihren jeweiligen redaktionellen Ausgaben als eigenständige redaktionelle Einheit nicht erforderlich ist. Dabei ist ausschließlich auf die wirtschaftliche Situation der jeweiligen Zeitung, nicht aber auf die des Verlagsunternehmens insgesamt, abzustellen. Die Erforderlichkeit wird vermutet, wenn in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die der erworbenen oder erwerbenden Zeitung jeweils insgesamt zuzurechnenden Anzeigen- und Beilagererlöse pro Monatsstück jeweils rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Die Anzeigen-/Beilagererlöse pro Monatsstück sind eine branchenweit übliche, anerkannte und leicht zu ermittelnde Kennziffer. Diese wird definiert als Anzeigen-/Beilagenjahreserlöse geteilt durch durchschnittliche Auflage, geteilt durch zwölf Monate. Ist diese Kennzahl über einen längeren Zeitraum rückläufig oder gegenüber vergleichbaren Zeitungen signifikant unterdurchschnittlich, ist dieses ein Indikator für eine bereits eingetretene oder sich deutlich abzeichnende wirtschaftliche Problemlage einer Zeitung. Der Ausweis eines negativen betriebswirtschaftlichen Ergebnisses, d. h. eines Verlustes je Zeitung, ist damit nicht notwendigerweise verbunden. Werden jedoch über einen vergleichbaren Zeitraum Verluste erwirtschaftet, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Erforderlichkeit gegeben ist. Die Daten „vergleichbarer Zeitungen“ können entweder öffentlich zugänglichen Statistiken, wie z. B. der jährlichen Erhebung des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger e. V., entnommen werden oder sind vom Bundeskartellamt zu ermitteln. Für die Vergleichbarkeit ist vor allem auf Auflagen ähnlicher Höhe abzustellen.

Durch Nummer 2 wird die Anwendung des Absatzes 1a für den Fall ausgeschlossen, dass die wiederholte, zeitlich eng aufeinander folgende Anwendung des Absatzes 1a zur Begründung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen derselben Unternehmen auf räumlich benachbarten Märkten führt. Diese Regelung soll die Bildung regionaler Zeitungsketten als Strategie von Verlagsunternehmen dann ausschließen, wenn die Ausnahmeregelung des Absatzes 1a zu ihrer Umsetzung genutzt wird. Dementsprechend ist der Begriff „derselben Unternehmen“ weit auszulegen. Er umfasst alle Unternehmen, die als verbundene Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 anzusehen sind. Bei der Prüfung des Kumulie-

rungsgrades marktbeherrschender Stellungen auf räumlich benachbarten Märkten wird das Bundeskartellamt auch diejenigen Märkte einzubeziehen haben, auf denen der Erwerber auch ohne Nutzung der Regelungen des Absatzes 1a bereits eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat.

**Zu Nummer 22** (§ 38 Abs. 3)

Um die Handlungsspielräume von Presseunternehmen zu erweitern, wird der Multiplikator für die Berechnung von Umsätzen, die mit Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften oder deren Bestandteilen erzielt werden, auf zehn herabgesetzt. Damit werden die Schwellenwerte, oberhalb derer das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse prüft, entsprechend erhöht. So ist die Fusionskontrolle in diesem Bereich zukünftig erst ab einem weltweiten Umsatz der beteiligten Unternehmen von 50 Mio. Euro anwendbar. Dies entspricht der Schwelle, die bis zur 6. GWB-Novelle 1998 für die präventive Fusionskontrolle, der in der Praxis entscheidende Bedeutung zukommt, für Zusammenschlüsse im Pressebereich gegolten hat.

Durch die Veränderung des Multiplikators wird zudem die Bagatellmarktschwelle in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 von 750 000 Euro auf 1,5 Mio. Euro angehoben. Hinsichtlich der Bagatellschwelle in § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gilt die Sonderregelung in § 35 Abs. 2 Satz 2 (s. Nummer 20).

**Zu Nummer 23** (§ 39)

**Zu Buchstabe a** (Absatz 3)

Da nach § 54 Abs. 4 in den Fällen des Erwerbs eines wesentlichen Vermögensteils sowie bei einem Anteilerwerb auch der Veräußerer am Verfahren beteiligt ist, müssen diesem auch die entscheidungserheblichen Dokumente im Rahmen des rechtlichen Gehörs sowie die Verfügungen des Bundeskartellamts fristgerecht zugestellt werden. Daher ist die pflichtgemäße Angabe der Firma oder sonstigen Bezeichnung, des Ortes und einer zustellungsbevollmächtigten Person im Inland, sofern das Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat, auch für den Veräußerer geboten.

**Zu Buchstabe b** (Absatz 4 Satz 2)

Die beteiligten Unternehmen sind in Verweisungsfällen nach Artikel 9 der Fusionskontrollverordnung über das Vorliegen der erforderlichen Angaben in deutscher Sprache zu unterrichten. Damit können sie besser erkennen, ob die Frist durch den Eingang der Verweisungsentscheidung beim Bundeskartellamt zu laufen begonnen hat oder welche Angaben sie noch nachliefern müssen.

**Zu Buchstabe c** (Absatz 6)

Es ist sachgerecht, dass nur die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen den Vollzug anzuzeigen haben.

**Zu Nummer 24** (§ 40)

**Zu Buchstabe a** (Absatz 2)

**Zu Doppelbuchstabe aa**

Die geltende Vorschrift, dass die Verfügung allen Verfahrensbeteiligten innerhalb der Frist zugestellt werden muss, führt zu praktischen Schwierigkeiten speziell in Verfahren

mit sehr vielen Beteiligten, da nicht nur die Entscheidung selbst, sondern auch die Zustellung in allen Fällen innerhalb der Frist erfolgen muss. Künftig soll die Freigabefiktion nur dann eingreifen, wenn das Bundeskartellamt es versäumt, den anmeldenden Unternehmen die Verfügung fristgemäß zuzustellen. Damit wird der Aufwand deutlich reduziert und gleichzeitig verhindert, dass eine Verfügung nur deshalb aufgehoben wird, weil sie z. B. einem Beigeladenen nicht innerhalb der Frist zugestellt wurde.

#### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Damit die Verfahrensbeteiligten beurteilen können, ob die Freigabefiktion nach Satz 2 eingetreten ist und wann die Rechtsmittelfrist gegen Abschlussverfügungen des Bundeskartellamts zu laufen beginnt, sind alle Verfahrensbeteiligten unverzüglich über den Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung zu unterrichten. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der letzten Zustellung an ein anmeldendes Unternehmen nach Satz 2.

#### **Zu Doppelbuchstabe cc**

Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens.

#### **Zu Buchstabe b (Absatz 3)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des bisherigen § 12.

#### **Zu Buchstabe c (Absatz 3a)**

Absatz 3a übernimmt im Wesentlichen inhaltsgleich die Regelung des bisherigen § 12 Abs. 2. Die Sanktionen bei Verstößen ergeben sich durch den Verweis auf § 41 Abs. 4.

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist ein Widerruf der Freigabe an Stelle einer Modifizierung der Nebenbestimmungen z. B. dann geboten, wenn sich die neuen Zusagen als nicht geeignet erweisen, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung abzuwenden. Gleiches gilt, wenn die Erfüllung der Zusagen – auch aufgrund der Erfahrungen mit den ursprünglichen Zusagen – als nicht hinreichend gesichert angesehen werden muss. Rechtsfolge eines Widerrufs der Freigabe ist wie bisher der Eintritt in das Auflösungsverfahren gemäß § 41 Abs. 3.

#### **Zu Buchstabe d (Absatz 5)**

Mit der Ergänzung wird klargestellt, dass die Frist in Verweisungsfällen nach Artikel 9 der Fusionskontrollverordnung erst dann zu laufen beginnt, wenn sämtliche Angaben nach § 39 Abs. 3 in deutscher Sprache vorliegen (vgl. § 39 Abs. 4 Satz 2).

#### **Zu Nummer 25 (§ 41)**

##### **Zu Buchstabe a (Absatz 1 Satz 3)**

Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot bei anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen verstoßen, sind nach Absatz 1 Satz 2 unwirksam. Hiervon sieht das geltende Gesetz in Satz 3 eine Ausnahme bei bestimmten gesellschaftsrechtlichen Verträgen vor, sobald sie in das zuständige Handelsregister eingetragen sind; die Eintragung führt somit zu einer Heilung der Unwirksamkeit. Gleiches erscheint im

Hinblick auf die Verlässlichkeit des Grundbuchs als öffentliches Register für die Eintragung von Grundstücksgeschäften in das Grundbuch gerechtfertigt. Auch in diesen Fällen soll die Eintragung in das Grundbuch eine Heilung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bewirken. Dadurch wird die Öffentlichkeit vor den Gefahren unrichtiger Eintragungen im Grundbuch geschützt. Die Folgen der Verletzung des kartellrechtlichen Vollzugsverbots im Übrigen bleiben unberührt.

##### **Zu Buchstabe b (Absatz 2 Satz 3)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des § 12 und der entsprechenden Neuregelung in § 40 Abs. 3a (s. Nummer 24 Buchstabe b).

##### **Zu Buchstabe c (Absatz 3 Satz 1)**

Die Vorschrift regelt die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot. Sofern nicht nur ein formeller Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften vorliegt, sondern der Zusammenschluss auch materiell gegen § 36 Abs. 1 verstößt, ist die Auflösung des Zusammenschlusses (Entflechtung) einzuleiten. Die bisherige Fassung des § 41 Abs. 3 gibt die Fallgestaltungen eines materiellen Verstoßes gegen § 36 Abs. 1 nicht umfassend wieder. Neben den dort genannten Fällen (Untersagung und Widerruf der Freigabe) ist eine Auflösung z. B. auch beim fehlenden Eintritt einer aufschiebenden oder beim Eintritt einer auflösenden Bedingung geboten. Gleiches gilt für den Fall, dass ein nicht angemeldeter Zusammenschluss vollzogen worden ist (vgl. dazu Begründung der 6. GWB-Novelle zu § 41 Abs. 3). Mit der Neufassung werden auch diese Fälle ausdrücklich erfasst.

##### **Zu Buchstabe d (Absatz 4)**

Die bisherige Nummer 1 entfällt, da diese Regelung künftig in § 86a enthalten ist.

##### **Zu Nummer 26 (§ 42 Abs. 2 Satz 2)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Streichung des § 12 und der entsprechenden Neuregelung in § 40 Abs. 3a (s. Nummer 24 Buchstabe b).

##### **Zu Nummer 27 (§ 43)**

Zu Absatz 1

Die Neufassung des § 43 sieht in den Absätzen 1 und 2 als Bekanntmachungsorgane den Bundesanzeiger oder den elektronischen Bundesanzeiger vor. Damit werden die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien auch im Rahmen von Publikationsverpflichtungen nutzbar gemacht. Absatz 1 sieht – insoweit über das bisherige Recht hinausgehend – zusätzlich die Bekanntmachung der Einleitung des Hauptprüfverfahrens durch das Bundeskartellamt in Verfahren der Zusammenschlusskontrolle vor. Damit wird insbesondere dem Informationsbedürfnis von Dritten Rechnung getragen. Diese müssen in geeigneter Form über die Einleitung des Hauptprüfverfahrens unterrichtet werden, damit sie zum Beispiel rechtzeitig eine Beiladung zu dem Verfahren beantragen können (vgl. § 54 Abs. 2 Nr. 3). Die Verpflichtung zur Bekanntmachung des Antrags auf Erteilung einer Ministererlaubnis entspricht dem bisherigen Recht (vgl. § 43 Satz 1 Nr. 3).

**Zu Absatz 2**

Aufgelistet werden die Entscheidungen, welche im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen sind. Inhaltlich entspricht die Neuregelung mit Ausnahme der bisherigen Nr. 1 (Anzeige des Vollzugs eines Zusammenschlusses) dem geltenden Recht.

Für die Bekanntmachung vollzogener Zusammenschlüsse im Bundesanzeiger besteht kein Bedürfnis mehr. Die entsprechende Regelung im bisherigen § 43 Satz 1 Nr. 1 wird deshalb gestrichen. Der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis (bisher § 43 Satz 1 Nr. 3) wird gemäß Absatz 1 bekannt gemacht.

Unberührt bleibt die Möglichkeit der Kartellbehörde, die genannten Entscheidungen in geeigneter Form entweder im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form zu veröffentlichen. Insbesondere kann eine Veröffentlichung auf der Internet-Seite der Kartellbehörde in Betracht kommen.

**Zu Absatz 3**

Die Regelung entspricht dem bisherigen Recht (§ 43 Satz 2). Sie wird auch auf den neu eingeführten Bekanntmachungstatbestand der Einleitung des Hauptprüfverfahrens in Absatz 1 erstreckt.

**Zu Nummer 28 (§ 46)****Zu Buchstabe a (Absatz 2a)**

Die Vorschrift enthält eine ausdrückliche Klarstellung des derzeitigen Rechtszustands. Da künftig in den §§ 50a bis 50c der Informationsaustausch zwischen den an der Umsetzung des Wettbewerbsrechts beteiligten Behörden umfassend geregelt wird, könnte die Nichterwähnung der Monopolkommission zu falschen Schlüssen führen. Nach dem gesetzlichen Auftrag soll die Monopolkommission in ihren Gutachten die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigen und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nehmen. Dieser Auftrag kann nur erfüllt werden, wenn die Monopolkommission zu diesem Zweck Einblick in die von den Kartellbehörden geführten Verfahrensakten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten hat.

Die Notwendigkeit einer Akteneinsicht in nationalen Fusionskontrollverfahren ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass die Verfahren der ersten Phase nicht mit einer öffentlich zugänglichen Entscheidung abgeschlossen werden. Dies betrifft die ganz überwiegende Mehrzahl aller Fusionskontrollverfahren. Die veröffentlichten Fassungen von Entscheidungen des Hauptprüfverfahrens sind wegen der Geheimhaltungspflicht des Bundeskartellamts häufig um Daten bereinigt, die für eine fundierte Auseinandersetzung mit der jeweiligen Entscheidung benötigt werden. Ähnliches gilt für die im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht publizierten Entscheidungen des Bundeskartellamts und der Landeskartellbehörden. Die vom Gesetzgeber geforderte umfassende Würdigung der Entscheidungspraxis ist nur möglich, wenn die Monopolkommission Einsicht in sämtliche Verfahren der Kartellbehörden sowie

Zugang zu allen Unterlagen erhält, die die Entscheidungsgrundlage der Kartellbehörden bilden.

Das Akteneinsichtsrecht ist beschränkt auf die Fälle, in denen die Monopolkommission hierauf zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben angewiesen ist. Damit wird den datenschutzrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen.

**Zu Buchstabe b (Absatz 3 Satz 2)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung (s. Buchstabe a). Die Vorschrift stellt klar, dass sich die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle auch auf die nach dem neuen Absatz 2a erlangten Informationen bezieht.

**Zu Nummer 29 (§ 48 Abs. 2 Satz 1)**

Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsversehens. Das Kriterium der „Marktbeeinflussung“ wird gestrichen, da dieses seit der 6. GWB-Novelle nicht mehr in § 1 erwähnt wird.

**Zu Nummer 30 (§ 49)****Zu Absatz 3**

Der neu eingefügte Absatz 3 sieht vor, dass eine oberste Landesbehörde eine Sache, für die grundsätzlich ihre Zuständigkeit begründet ist, an das Bundeskartellamt abgeben kann. Dies kann jedoch nur auf Antrag des Bundeskartellamts erfolgen. Damit wird sichergestellt, dass eine Abweichung von der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung nur im beiderseitigen Einvernehmen von Landeskartellbehörde und Bundeskartellamt erfolgen kann. Eine solche Abgabevereinbarung darf nicht willkürlich erfolgen, sondern muss durch besondere Umstände gerechtfertigt sein. Das Bedürfnis für eine solche Regelung kann sich insbesondere daraus ergeben, dass ein Fall von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, der eine Übernahme durch das Bundeskartellamt sachgerecht erscheinen lässt, oder dass die Bearbeitung eines Falls die Ressourcen einer Landeskartellbehörde übersteigt.

**Zu Absatz 4**

Der neu eingefügte Absatz 4 regelt den umgekehrten Fall der Verweisung vom Bundeskartellamt an eine Landeskartellbehörde. Auch hier ist die Abgabe eines Falls nur im allseitigen Einvernehmen möglich. Die aufnehmende Landeskartellbehörde muss daher einen entsprechenden Abgabeantrag gestellt haben. Da Fälle, die in die Zuständigkeit des Bundeskartellamts fallen, über das Gebiet eines Landes hinausreichen, kann es sein, dass mehrere Landeskartellbehörden einen Abgabeantrag stellen, um den Wettbewerbsverstoß jeweils auf ihrem Landesgebiet zu verfolgen. Denkbar ist aber auch, dass einzelne Länder keinen Abgabeantrag stellen, weil sie z. B. ein Interesse an der Klärung einer grundsätzlichen Wettbewerbsfrage durch das Bundeskartellamt haben. Gemäß den Sätzen 3 und 4 kann eine Abgabe nur im Einvernehmen mit allen betroffenen Ländern erfolgen. Widerspricht eine betroffene Landeskartellbehörde innerhalb der vom Bundeskartellamt gesetzten Frist der Abgabe des Falls an die antragstellende Landeskartellbehörde, verbleibt der Fall insgesamt beim Bundeskartellamt.

**Zu Nummer 31** (§ 50)

## Zu Absatz 1

Nach Satz 1 sind künftig neben dem Bundeskartellamt auch die obersten Landesbehörden zuständig für die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG. Sowohl das Bundeskartellamt wie auch die Landeskartellbehörden sind daher zuständige Wettbewerbsbehörde im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 VO 1/2003. Die Zuständigkeitsverteilung nach den §§ 48 und 49 bleibt unberührt.

Die Benennung des Bundeskartellamts und der Landeskartellbehörden als zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 VO 1/2003 bedeutet, dass sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit, soweit nicht Absatz 3 eine Ausnahme vorsieht, alle Vorschriften der VO 1/2003 anwenden können bzw. müssen. Hierzu gehören neben den materiellen Vorschriften wie Artikel 1 (Anwendung der Verbots- und Freistellungstatbestände der Artikel 81 und 82 EG), Artikel 2 (Beweislastverteilung) oder Artikel 3 (Verhältnis von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht) auch die Vorschriften über die Möglichkeit zur Aussetzung und Einstellung des Verfahrens (Artikel 13), die Bindung an Kommissionsentscheidungen (Artikel 16 Abs. 2), die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (Artikel 28) oder die Möglichkeit zum Entzug des Rechtsvorteils einer GVO in Einzelfällen (Artikel 29 Abs. 2).

## Zu Absatz 2

Die Landeskartellbehörden haben bei Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts den Geschäftsverkehr mit der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen EG-Mitgliedstaaten über das Bundeskartellamt abzuwickeln. Motiv dieser Regelung ist die Sicherstellung einer einheitlichen Außenvertretung durch das Bundeskartellamt. Umgekehrt wird damit für ausländische Wettbewerbsbehörden ein einziger deutscher Ansprechpartner im Rahmen des zukünftigen Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden geschaffen.

Absatz 2 erfasst den Geschäftsverkehr im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden mit der Kommission oder den Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten, der sich aus der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG in Verbindung vor allem mit den Vorschriften der VO 1/2003 ergibt. Hierzu gehört insbesondere die Unterrichtung der Kommission über die Einleitung des Verfahrens (Artikel 11 Abs. 3 VO 1/2003) oder die Übermittlung der Entscheidungsentwürfe (Artikel 11 Abs. 4 VO 1/2003); dies erfolgt jeweils über das Bundeskartellamt. Gleiches gilt beispielsweise für den Austausch von Informationen gemäß Artikel 12 VO 1/2003. Soweit Landeskartellbehörden im Rahmen des Netzwerks auf der Grundlage von Regelungen außerhalb der VO 1/2003 mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten, namentlich aufgrund der Gemeinsamen Erklärung des Rats und der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Funktionsweise des Netzwerks, erfolgt dies ebenfalls über das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt kann den obersten Landeskartellbehörden Hinweise zur Durchführung des Geschäftsverkehrs geben. Diese sollen den Landeskartellbehörden die Verfahrensabwicklung erleichtern, sind aber nicht verbindlich.

Wenn eine Landeskartellbehörde europäisches Wettbewerbsrecht anwendet und ein solcher Fall auf die Tagesordnung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen gesetzt wird (Artikel 14 Abs. 7 VO 1/2003), nimmt das Bundeskartellamt auch die Vertretung des Falls im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen wahr. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, dass Mitarbeiter der Landeskartellbehörden an diesen Sitzungen des Beratenden Ausschusses als zusätzliche Vertreter teilnehmen (vgl. Erw. 20 Satz 3 VO 1/2003).

Die Möglichkeit rein informeller Kontakte der Landeskartellbehörden unmittelbar mit der Kommission oder ausländischen Wettbewerbsbehörden bleibt unberührt.

## Zu Absatz 3

Für die dort aufgeführten Fälle erfolgt eine ausschließliche Aufgabenzuweisung an das Bundeskartellamt. Dieses ist insbesondere für die Mitwirkung an Verfahren der Kommission – wie bisher – allein zuständig. Dafür spricht zum einen, dass das Bundeskartellamt bereits erhebliche Erfahrungen bei der Mitwirkung an Verfahren der Kommission erworben hat. Zum anderen entspricht dies der grundsätzlichen Außenvertretungskompetenz des Bundes (vgl. Artikel 32 GG). Die Vorschrift erfasst namentlich die Mitwirkung an Ermittlungshandlungen der Kommission nach Kapitel V der VO 1/2003. So ist das Bundeskartellamt zuständige Wettbewerbsbehörde bei der Unterstützung der Kommission bei Nachprüfungen (vgl. Artikel 20 und 21 VO 1/2003) oder bei der Durchführung von Ermittlungen auf Ersuchen der Kommission (vgl. Artikel 22 Abs. 2 VO 1/2003). Der Begriff der Mitwirkung an Verfahren der Kommission ist weit auszulegen. Er umfasst auch die Korrespondenz mit der Kommission zur Vorbereitung von Kommissionsentscheidungen (vgl. Artikel 11 Abs. 2 VO 1/2003). Insbesondere ist das Bundeskartellamt die zuständige deutsche Wettbewerbsbehörde im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Artikel 14 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003. Davon unberührt bleibt die Benennung eines weiteren Vertreters für Sitzungen, in denen andere Fragen als Einzelfälle zur Erörterung stehen (vgl. Artikel 14 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003). Für derartige Sitzungen wird regelmäßig ein Vertreter des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit benannt werden.

Das Bundeskartellamt ist ferner ausschließlich zuständig für die Amtshilfe zugunsten der Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten (Artikel 22 Abs. 1 VO 1/2003). Da bei derartigen Fällen immer ein ins Gewicht fallender Auslandsbezug vorliegt, entspricht dies bereits der Zuständigkeitsverteilung nach § 48 Abs. 2 Satz 1 (vgl. auch oben A. 4 Buchstabe i Doppelbuchstabe aa).

Der neue Satz 2 verdeutlicht, dass nicht nur die im GWB selbst enthaltenen Verfahrensvorschriften, sondern – in Bußgeldverfahren – auch die des Ordnungswidrigkeitengesetzes maßgeblich sind; dies gilt auch im Hinblick auf den im Bußgeldverfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz und die Unschuldsvermutung (vgl. bereits oben A. 4 Buchstabe a sowie zu § 2).

## Zu Absatz 4

Es kann erforderlich sein, dass das Bundeskartellamt den Bediensteten der Wettbewerbsbehörden anderer Mitglied-

staaten gestattet, bei Nachprüfungen in deren Auftrag die Bediensteten des Bundeskartellamts zu unterstützen oder wenigstens am Einsatzort anwesend zu sein. Anders als bei Nachprüfungen im Auftrag der Kommission trifft die VO 1/2003 hierzu keine Regelung. Diese Lücke schließt Absatz 4.

#### Zu Absatz 5

Die Vorschrift regelt die ausschließliche Zuständigkeit zum Vollzug des europäischen Rechts außerhalb der VO 1/2003. Dies betrifft die Anwendung der Artikel 84 und 85 EG ebenso wie von Sekundärrecht im Bereich des Wettbewerbsrechts, z. B. der europäischen Fusionskontrollverordnung (vgl. Artikel 19 FKVO). Zuständige Behörde im Sinne dieser Vorschriften ist in Deutschland das Bundeskartellamt. Zur Erfüllung seiner Aufgaben hat es gemäß Satz 2 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 2 die bei Anwendung dieses Gesetzes maßgeblichen Befugnisse.

### Zu Nummer 32 (§§ 50a bis 50c)

#### Zu § 50a

##### Zu Absatz 1

Die Vorschrift enthält die Rechtsgrundlage im deutschen Recht für den notwendigen Informationsaustausch im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden. Kartellbehörden im Sinne dieser Vorschrift sind alle deutschen Kartellbehörden, die europäisches Wettbewerbsrecht anwenden, d. h. sowohl das Bundeskartellamt wie auch die Landeskartellbehörden (§ 50 Abs. 1). Für den Informationsaustausch der Landeskartellbehörden gilt jedoch die Vorschrift des § 50 Abs. 2 entsprechend, d. h. innerhalb des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden ist ein etwaiger Informationsaustausch der Landeskartellbehörden nur über das Bundeskartellamt abzuwickeln. Im Übrigen entspricht Absatz 1, mit gewissen redaktionellen Anpassungen, inhaltlich der Regelung des Artikels 12 Abs. 1 VO 1/2003.

##### Zu Absatz 2

Absatz 2 regelt die Verwertung der ausgetauschten Beweismittel durch die Kartellbehörde. Die Regelung entspricht inhaltlich Artikel 12 Abs. 2 VO 1/2003.

##### Zu Absatz 3

Die Vorschrift folgt der Regelung in Artikel 12 Abs. 3 VO 1/2003. Gemäß Satz 1 können nach Absatz 1 ausgetauschte Informationen nur dann als Beweismittel zur Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden, wenn das Recht der übermittelnden Behörde ähnlich geartete Sanktionen bei Verstößen gegen die Artikel 81 und 82 EG vorsieht. Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist nach Satz 2 eine Verwertung als Beweismittel auch dann möglich, wenn die Informationen unter Beachtung des gleichen Schutzniveaus hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen erhoben worden sind. Satz 3 stellt klar, dass das Beweisverwertungsverbot nach Satz 1 nicht eine Verwendung der Beweise gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen hindert, da die VO 1/2003 unterstellt, dass die Sanktionen insoweit in allen Mitgliedstaaten „von derselben Art“ sind (vgl. Erw. 16). Hingegen sind verfassungsrechtlich begründete

Beweisverwertungsverbote (z. B. § 136a StPO) weiterhin zu beachten, soweit dem nicht unmittelbar geltendes europäisches Gemeinschaftsrecht entgegensteht.

#### Zu § 50b

##### Zu Absatz 1

Die Vorschrift schafft eine gesetzliche Grundlage für die Zusammenarbeit des Bundeskartellamts mit ausländischen Wettbewerbsbehörden außerhalb des Anwendungsbereichs von § 50a. Dies kann die Zusammenarbeit mit außereuropäischen Wettbewerbsbehörden in Kartell- und Missbrauchsfällen ebenso betreffen wie die Zusammenarbeit mit diesen oder europäischen Wettbewerbsbehörden in Fusionsfällen. Die in § 50a aufgeführten Befugnisse zum Austausch von Informationen mit anderen Wettbewerbsbehörden gelten vorbehaltlich des Absatzes 2 auch in diesen Fällen.

##### Zu Absatz 2

Die Weitergabe von Informationen in den in Absatz 1 genannten Fällen unterliegt strengeren Anforderungen als im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (§ 50a). Das Bundeskartellamt hat die Empfangsbehörde zu einer kartellrechts- und fallspezifischen Verwendung der erhaltenen Informationen ebenso zu verpflichten wie zum Schutz vertraulicher Informationen. Für vertrauliche Angaben aus Verfahren der Zusammenschlusskontrolle gilt die weitere Einschränkung, dass diese Angaben vom Bundeskartellamt nur mit Zustimmung des Unternehmens weitergegeben werden dürfen, das diese Informationen vorgelegt hat.

Absatz 2 verpflichtet das Bundeskartellamt nicht, im Einzelfall Informationen zu übermitteln. Dies liegt vielmehr im Ermessen des Bundeskartellamts. Es kann Ersuchen um Informationen insbesondere ablehnen, wenn die ersuchende Wettbewerbsbehörde zu einer Übermittlung von Informationen an das Bundeskartellamt nicht bereit ist oder die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung übermittelter Informationen in der Vergangenheit nicht eingehalten wurde. Auch aus Gründen der nationalen Sicherheit kann eine Weitergabe ausnahmsweise ausgeschlossen sein.

##### Zu Absatz 3

Die Regelungen über die Rechtshilfe in Strafsachen sowie Amts- und Rechtshilfeabkommen bleiben unberührt. Dies bedeutet nicht, dass diese Regelungen kumulativ zu § 50b angewandt werden müssen, sondern dass sie eine alternative Rechtsgrundlage darstellen. Rechtshilfeabkommen können die Vereinbarung spezieller Regeln und Verfahren (mit vereinfachten oder auch strengeren Anforderungen für den Informationsaustausch) mit einzelnen Ländern vorsehen, die an die Stelle der Regelungen des § 50b oder ergänzend neben sie treten.

#### Zu § 50c

##### Zu Absatz 1

Die Vorschrift schließt zum einen eine Lücke für die Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden in Deutschland bei der Anwendung des GWB. Soweit europäisches Kartellrecht Anwendung findet, gewährleistet Artikel 12 VO 1/2003 einen unproblematischen Informationsaustausch

zwischen den Behörden. Dies gilt unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart. Vor diesem Hintergrund verlieren Beschränkungen für den weniger bedeutsamen Bereich, in denen die Artikel 81 oder 82 EG keine Anwendung finden, ihre Rechtfertigung. Die Vorschrift beseitigt daher Beschränkungen bei der Informationsübermittlung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie personenbezogenen Daten, wenn bei der ausschließlichen Anwendung des GWB aus einem Bußgeldverfahren Informationen zum Zweck der Verwendung in einem Verwaltungsverfahren ausgetauscht werden sollen. Hier ist bislang eine Informationsweitergabe nur unter strengen Voraussetzungen möglich, obgleich die ersuchende Behörde über identische Ermittlungsbefugnisse wie die ersuchte Behörde verfügt und daher den Sachverhalt in gleicher Weise aufklären könnte.

Die Vorschrift schafft zum anderen eine gesetzliche Grundlage für die Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Regulierungsbehörden. Diese Zusammenarbeit gehört zu den Aufgaben der jeweiligen Behörden, beispielsweise bei der Herstellung des Einvernehmens der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post mit dem Bundeskartellamt in Fragen der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung, oder bei der Wahrnehmung des Rechts zur Stellungnahme durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in bestimmten Verfahren der Kartellbehörden. Die sachgerechte Erfüllung dieser Aufgaben erfordert den Austausch von Informationen, auch wenn diese zu anderen Zwecken erhoben wurden. Darüber hinaus soll auch außerhalb dieser gesetzlich geregelten Zusammenarbeit die Abstimmung zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden erleichtert werden, damit in den regulierten Sektoren wirkungsvoll Wettbewerb durchgesetzt werden kann.

#### Zu Absatz 2

Satz 1 benennt weitere Stellen, mit denen die Kartellbehörden im Rahmen ihrer Aufgaben regelmäßig zusammenarbeiten. Da es sich insoweit nicht um Kartellbehörden handelt, unterliegt der Austausch von Erkenntnissen zusätzlichen Anforderungen, die in Satz 2 festgelegt sind. Die Weitergabe von vertraulichen Informationen sowie von Informationen, die nach § 50a oder Artikel 12 VO 1/2003 erlangt wurden, ist wegen ihrer Schutzbedürftigkeit ganz ausgeschlossen (Satz 3).

#### Zu Nummer 33 (Überschrift von § 52)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung.

#### Zu Nummer 34 (§ 54 Abs. 2 Nr. 3)

Bereits nach geltendem Recht kann die Kartellbehörde Verbraucherverbände in Kartellverwaltungsverfahren beiladen, wenn die Interessen des Verbands bzw. der von ihm vertretenen Verbraucher erheblich berührt sind. Nach der Rechtsprechung sind aber im geltenden Recht nicht die Fälle erfasst, in denen zwar eine Vielzahl von Verbrauchern betroffen, aber die Interessenberührung des einzelnen Verbrauchers nicht erheblich ist. Diese Lücke soll durch die Ergänzung in Nummer 3 geschlossen werden. Danach sollen ausdrücklich auch solche Fälle erfasst werden, bei denen die wirtschaftliche Beeinträchtigung eines jeden Verbrauchers zwar möglicherweise als gering einzustufen ist, die Dimension der kartellbehördlichen Entscheidung aufgrund

der Vielzahl der betroffenen Verbraucher auf diese insgesamt aber erheblich ist.

#### Zu Nummer 35 (§ 55 Abs. 2)

Es handelt sich um eine sprachliche Richtigstellung.

#### Zu Nummer 36 (§ 56)

##### Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Die Vorschriften zur mündlichen Verhandlung werden in Absatz 3 (s. Buchstabe b) zusammengefasst. Die hierzu im bisherigen Absatz 1 enthaltene Regelung wird deshalb gestrichen. Das Recht auf Gehör bleibt hiervon unberührt.

##### Zu Buchstabe b (Absatz 3)

Die im bisherigen Recht vorgesehene Unterscheidung zwischen öffentlicher mündlicher Verhandlung und mündlicher Verhandlung hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt. Sie entfällt deshalb für den Regelfall. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird in das Ermessen der Kartellbehörde gestellt. Die Kartellbehörde entscheidet auch, ob und in welcher Form die mündliche Verhandlung öffentlich ist. Die im bisherigen Recht vorgesehene obligatorische mündliche Verhandlung auf Antrag eines Beteiligten kann vor allem bei der Fusionskontrolle wegen der kurzen Fristen zu Problemen führen. Diese Regelung wird deshalb aufgehoben (s. Buchstabe a). Lediglich für die Fälle einer Ministererlaubnis bleibt die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung bestehen, sofern nicht alle Beteiligten darauf verzichten.

##### Zu Buchstabe c (Absatz 4)

Es wird klargestellt, dass die §§ 45 und 46 VwVfG über die Heilung von Verfahrensmängeln anwendbar sind. Dies war vom OLG Düsseldorf für den Fall des Ministererlaubnisverfahrens bei einem Verstoß hinsichtlich der vorgeschriebenen öffentlichen mündlichen Verhandlung und des Anspruchs auf rechtliches Gehör bezweifelt worden. Dass die übrigen Regelungen des VwVfG gelten, bedarf keiner besonderen Klarstellung. Die Vorschrift gilt auch für Verfahren der Landeskartellbehörden.

#### Zu Nummer 37 (§ 59)

##### Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Satz 1 stellt klar, dass den Kartellbehörden die Ermittlungsbefugnisse nach § 59 auch während des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens zustehen. Dies ist entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 30. April 2002 „Blitz-Tip“) inzwischen vom BGH bestätigt worden (Beschluss vom 24. Juni 2003 „HABET/Lekkerland“, WRP 10/2003, S. 1248 ff.).

Die Neuregelung der Nummer 1 in Satz 1 erweitert die Herausgabepflicht der Unternehmen auf allgemeine Marktstudien, die der Einschätzung oder Analyse der Wettbewerbsbedingungen und der Marktlage dienen und die sich in ihrem Besitz befinden. Derartige Marktstudien sind insbesondere in Zusammenschlussfällen von Bedeutung. Anders als im europäischen Recht wird den Unternehmen die Herausgabe solcher Studien nur auferlegt, wenn die Kartellbehörden hierauf für ihre Aufgaben angewiesen sind. Die

Vorlage von allgemeinen Marktstudien kann auch ein mögliches Informationsdefizit der Kartellbehörden aufgrund der Abschaffung des bisherigen Anmeldesystems im Kartellbereich ausgleichen.

Die Neuregelung des Satzes 1 Nr. 2 erstreckt die Auskunftspflicht eines Unternehmens auf Informationen über die mit dem befragten Unternehmen verbundenen Unternehmen. Dies dient zum einen der Straffung der Ermittlungsbefugnisse, zum andern können durch die Neuregelung im erweiterten Umfange Informationen von im Ausland ansässigen Mutter- oder Schwestergesellschaften angefordert werden.

Satz 1 Nr. 3 entspricht der Regelung der bisherigen Nummer 2. Durch den neuen Satz 2, der an die Stelle der bisherigen Nummer 3 tritt, werden Wirtschafts- und Berufsvereinigungen hinsichtlich ihrer Auskunftspflichten weitgehend den Vereinigungen von Unternehmen gleichgestellt. Bislang sind sie nur zur Auskunft über ihre Satzung, ihre Beschlüsse und ihre Mitglieder verpflichtet. Diese Privilegierung der Wirtschafts- und Berufsvereinigungen ist nicht mehr gerechtfertigt. Denn auch sie stellen Vereinigungen von Unternehmen dar, die gemeinwirtschaftliche und nichtkommerzielle Einzelinteressen ihrer Mitglieder verfolgen. Durch die erweiterte Fassung der Auskunftspflicht in Satz 2 wird es der Kartellbehörde ermöglicht, auch von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen angefertigte Marktstudien anzufordern.

#### **Zu Buchstabe b** (Absatz 2)

Die Vorschrift wird an die Aufhebung des § 13 redaktionell angepasst.

#### **Zu Nummer 38** (§ 60)

##### **Zu Buchstabe a** (Nummer 1)

Die in der bisherigen Nummer 1 genannten Vorschriften sind entfallen. In der Nummer 1 werden nunmehr die einstweiligen Anordnungen des Bundeskartellamts in Fusionskontrollverfahren, die teilweise in der bisherigen Nummer 3 enthalten waren, zusammengefasst. Auch für das Auflösungsverfahren nach § 41 Abs. 3 wird die Möglichkeit von einstweiligen Anordnungen geschaffen, da in der Praxis bis zur endgültigen Entscheidung über die Auflösung vorläufige Regelungen durch das Bundeskartellamt notwendig werden können.

##### **Zu Buchstabe b** (Nummer 3)

Es handelt sich im Wesentlichen um Folgeänderungen (Anpassung der Verweisungen).

Außerhalb des Anwendungsbereichs von Nummer 3 gilt § 32a für einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung der Vorschriften des Ersten bis Fünften Abschnitts des Ersten Teils dieses Gesetzes. Aus diesem Grund wird der Verweis auf § 32 gestrichen. Neu eingeführt wird die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen bei der Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 1. Für derartige Anordnungen kann ein praktisches Bedürfnis bestehen.

#### **Zu Nummer 39** (§ 62)

Belastende Verfügungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren werden künftig entweder im Bundesanzeiger oder im

elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht. Damit können die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien für Bekanntmachungen nutzbar gemacht werden. Dies entspricht der Regelung für Bekanntmachungen im Bezug auf Wettbewerbsregeln (§ 27 Abs. 2) und in Fusionskontrollverfahren (§ 43). Bei den sog. Positiventscheidungen nach § 32c ist eine Bekanntmachung nicht in allen Fällen angemessen. Hier entscheidet die Kartellbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und in welchem Umfang die Verfügung bekannt gemacht wird.

Unberührt bleibt die Möglichkeit, die Verfügungen in geeigneter Form – z. B. auf der Internet-Seite der Kartellbehörde – im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form zu veröffentlichen.

#### **Zu Nummer 40** (§ 64)

##### **Zu Buchstabe a** (Absatz 1)

Die neue Nummer 1 übernimmt zum Teil die Regelungen der bisherigen Nummer 2, soweit sie aufrechterhalten bleibt. Die bisherige Verweisung auf § 12 Abs. 1, §§ 16, 17 Abs. 3 Satz 3, § 23 Abs. 3 und § 29 Abs. 3 oder 4 wird gestrichen, da diese Vorschriften entfallen sind. Durch die Neuregelung wird die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörden eingeschränkt. Nach der neuen Nummer 1 entfällt die aufschiebende Wirkung bei Verfügungen nach § 32 gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen (Artikel 81 EG bzw. §§ 1 bis 4 dieses Gesetzes). Bei Entscheidungen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hat die Beschwerde ebenfalls keine aufschiebende Wirkung. Auch im europäischen Recht bewirkt die Anfechtung von Entscheidungen in Kartellverfahren keinen automatischen Aufschub des Vollzugs. Für Entscheidungen in Missbrauchsverfahren nach den §§ 19 bis 21 bleibt die aufschiebende Wirkung dagegen erhalten. Dies ist insbesondere wegen der vielfach schwierigen Rechts- und Tatfragen in solchen Verfahren und der teilweise weit reichenden Wirkungen solcher Entscheidungen geboten. Auch die Sonderregelung für Verfahren im Energiebereich (2. Halbsatz der Nummer 1) bleibt unberührt.

Nach der neuen Nummer 1 wird eine neue Nummer 2 eingefügt. Die Vorschrift übernimmt die Verweisung auf § 26 Abs. 4, § 30 Abs. 3 (früher § 15 Abs. 3) und § 34 Abs. 1, die in der bisherigen Nummer 2 enthalten war.

Die neue Nummer 3 ist aus der bisherigen Nummer 1 übernommen. Die Streichung der Verweisung auf § 12 Abs. 2 stellt eine Folgeänderung dar. Die Konkretisierung der Verweisung auf § 42 Abs. 2 dient der Klarstellung. In Ministererlaubnisverfahren besteht eine aufschiebende Wirkung nur bei Beschwerden gegen den Widerruf oder die Änderung einer Erlaubnis oder bei Maßnahmen wegen Nichterfüllung einer Auflage nach § 42 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 40 Abs. 3 und 3a.

##### **Zu Buchstabe b** (Absatz 3)

Nach dem geltenden Recht kann das Beschwerdegericht vorläufige Maßnahmen sowohl nach § 64 in Verbindung mit § 60 als auch nach § 65 Abs. 3 nebeneinander treffen. In Anlehnung an § 123 Abs. 5 VwGO wird künftig die An-

wendung der allgemeinen Regelung des § 64 Abs. 3 und § 60 ausgeschlossen, soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.

**Zu Nummer 41** (§ 65)**Zu Buchstabe a** (Absatz 3)

Die Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung setzt künftig bei Anfechtungsklagen Dritter gegen Verfügungen nach § 40 Abs. 2 oder Erlaubnisse nach § 42 Abs. 1 voraus, dass der Dritte in seinen Rechten verletzt ist. Die Antragsbefugnis in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wird damit an die allgemeine Regelung in der VwGO angepasst. Dagegen verbleibt es im Hauptsacheverfahren bei den niedrigeren Anforderungen an die Beschwerdebefugnis, nämlich dass der am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligte in seinen wettbewerblichen Interessen betroffen ist. Damit wird im Ergebnis die Rechtslage bekräftigt, die mit der 6. GWB-Novelle beabsichtigt war. Gemäß § 64 Abs. 1 haben Beschwerden gegen Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts oder Erlaubnisse des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit (§ 42) grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung.

**Zu Buchstabe b** (Absatz 5 Satz 2)

Es handelt sich um die Bereinigung eines Redaktionsverfahrens. Die Unanfechtbarkeit der Beschlüsse folgt bereits aus § 74.

**Zu Nummer 42** (§ 66 Abs. 3)

In Anlehnung an § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO und § 124a Abs. 3 Satz 1 VwGO beträgt künftig die Frist für die Begründung der Beschwerde zwei Monate nach Zustellung der angefochtenen Verfügung. In den Fällen, in denen eine Kartellbehörde einen Antrag ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist beschieden hat (§ 63 Abs. 3 Satz 2), beträgt die Begründungsfrist wie bisher einen Monat nach Einlegung der Beschwerde (Satz 2 in Verbindung mit Absatz 2). Die Frist nach den Sätzen 1 oder 2 kann auf Antrag verlängert werden.

**Zu Nummer 43** (§ 71)**Zu Buchstabe a** (Absatz 1 Satz 3)

Fabrikationsgeheimnisse sind Betriebsgeheimnisse und werden daher nicht mehr gesondert erwähnt.

**Zu Buchstabe b** (Absatz 3)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (Anpassung der Verweisungen an die geänderten §§ 32 ff.).

**Zu Nummer 44** (§ 72 Abs. 2 Satz 2 und 4)

Es handelt sich um eine redaktionelle Bereinigung (s. Nummer 43 Buchstabe a).

**Zu Nummer 45** (§ 76 Abs. 2 Satz 2)

Es handelt sich um eine sprachliche Richtigstellung.

**Zu Nummer 46** (§ 80)**Zu Buchstabe a** (Absatz 1)**Zu Doppelbuchstabe aa**

Die in Satz 2 Nr. 1 behandelten Anmeldefälle betreffen nur noch Verfahren der Fusionskontrolle. Im neuen System der Legalausnahme entfallen die Anmeldungen für Kartellverfahren.

**Zu Doppelbuchstabe bb**

Satz 2 Nr. 2 erfasst die einschlägigen Amtshandlungen der Kartellbehörden in der geänderten Fassung des Gesetzes.

**Zu Doppelbuchstabe cc**

Es handelt sich um eine Anpassung an die Regelung in Absatz 2 Satz 2 neue Nummer 5 (bisher Nummer 8).

**Zu Doppelbuchstabe dd**

Neben den öffentlichen Bekanntmachungen unterfallen künftig auch Veröffentlichungen nach § 27 Abs. 1 der Kostenersatzpflicht. Ferner wird klargestellt, dass die Kosten für die Anfertigung von Ausfertigungen, Kopien und Auszügen als Auslagen geltend zu machen sind.

**Zu Doppelbuchstabe ee**

Die Anrechnung der Gebühr für die Anmeldung ist nicht nur im Fall der Untersagung, sondern auch bei der Freigabe geboten. Beide Fälle werden daher künftig gleich behandelt. Hierdurch wird eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke beseitigt.

**Zu Buchstabe b** (Absatz 2 Satz 2)**Zu Doppelbuchstabe aa**

Es wird klargestellt, dass im Fall des § 41 nur Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 unter diesen Gebührentatbestand fallen.

**Zu Doppelbuchstabe bb**

Die Streichung der Verweisung auf die §§ 10 und 29 Abs. 1 stellt eine Folgeänderung dar. Einbezogen werden Entscheidungen nach § 32d, durch die der Vorteil einer GVO entzogen wird. Sie erfordern grundsätzlich den gleichen Aufwand wie Verbotsentscheidungen nach § 32. Zusätzlich aufgenommen werden Amtshandlungen bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 Satz 1 und 2. Auch sie erfordern einen erheblichen Aufwand, der aber geringer ist als der bei abschließenden Verfügungen nach § 40.

**Zu Doppelbuchstabe cc**

Die §§ 9 und 29 Abs. 4 sind entfallen, die Verweisungen hierauf werden gestrichen.

Der Aufwand für die neuartigen Entscheidungen nach den §§ 32b und 32c ist im Regelfall geringer als im Fall von Verbotsentscheidungen nach § 32. Es wird deshalb eine angemessene Abstufung der Gebühr vorgesehen.

**Zu Doppelbuchstabe dd**

Es handelt sich im Wesentlichen um eine redaktionelle Anpassung an die geänderten Vorschriften des Gesetzes. Ein-

bezogen wird auch die Ablehnung einer Anerkennung von Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 2 Satz 2.

#### **Zu Doppelbuchstabe ee**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung oder Änderung der in den bisherigen Nummern 5 bis 7 genannten Vorschriften.

#### **Zu Doppelbuchstabe ff**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

#### **Zu Doppelbuchstabe gg**

§ 12 Abs. 2 ist entfallen, deshalb wird die Verweisung darauf gestrichen. An seine Stelle ist für den Bereich der Fusionskontrolle die Regelung des § 40 Abs. 3a auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 und § 42 Abs. 2 Satz 2 getreten, auf die verwiesen wird.

#### **Zu Doppelbuchstabe hh**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung der genannten Vorschriften.

#### **Zu Doppelbuchstabe ii**

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung aufgrund der Einfügung des neuen § 32a.

#### **Zu Buchstabe c** (Absatz 6 Satz 1 Nr. 2)

Es handelt sich um eine Klarstellung, dass neben Anträgen auch Anmeldungen die Tätigkeit der Kartellbehörde veranlassen.

#### **Zu Nummer 47** (§ 81)

#### **Zu Buchstabe a** (Absatz 1 – neu)

Nach der sog. Effet-utile-Rechtsprechung der europäischen Gerichte muss das deutsche Recht eine wirksame Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln sicherstellen. Dazu gehört auch eine effektive Ahndung von Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht. Mit dem neuen Absatz 1 werden deshalb Verstöße gegen die Artikel 81 und 82 EG unmittelbar bußgeldbewehrt. Entsprechend dem System der Legalausnahme kann ein Verstoß gegen Artikel 81 Abs. 1 EG nur dann zu einem Bußgeld führen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt sind.

#### **Zu Buchstabe b** (Absatz 2 – neu)

#### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Nummer 1 übernimmt im Wesentlichen die Regelung des bisherigen Absatzes 1 Nr. 1. Mit der Streichung der Verweisung auf die §§ 14, 17 Abs. 1 Satz 1, §§ 18 und 22 Abs. 1 sowie dem Wegfall des Wortes „Empfehlungsverbot“ wird den geänderten Vorschriften des Gesetzes Rechnung getragen. Neu eingeführt wird als Bußgeldtatbestand der Verstoß gegen das Verbot des § 4. Im Übrigen trägt der Wortlaut deutlicher den einzelnen Verbotstatbeständen, insbesondere der §§ 20 und 21, Rechnung und wird an die neue Fassung des § 1 angepasst.

#### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

#### **Zu Doppelbuchstabe cc**

Die Änderungen der neuen Nummer 2 Buchstabe a berücksichtigen die neuen Vorschriften des Gesetzes. Die ausdrückliche Erwähnung des § 40 Abs. 3a Satz 2, § 41 Abs. 2 Satz 3 und § 42 Abs. 2 Satz 2 dient der Klarstellung.

#### **Zu Doppelbuchstabe dd**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

#### **Zu Doppelbuchstabe ee**

Die Änderung in der neuen Nummer 3 beseitigt ein Redaktionsversehen. Zusammenschlüsse sind vor Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden (§ 39 Abs. 1). Da der Verstoß gegen das Vollzugsverbot bereits bußgeldbewehrt ist (Absatz 2 Nr. 1), bedarf es keiner weiteren Bußgeldbewehrung für die fehlende oder nicht rechtzeitige Anmeldung, da diese immer mit einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot zusammenfällt.

#### **Zu Doppelbuchstabe ff**

Die Aufhebung der bisherigen Nummer 2 trägt dem Wegfall von § 9 Abs. 2 Satz 2 und § 29 Abs. 3 Satz 1 Rechnung. Die Verweisung auf § 24 Abs. 4 Satz 3 und § 39 Abs. 3 Satz 5 (bisher § 39 Abs. 3 Satz 4) findet sich nunmehr in dem neuen Absatz 3 Nr. 3.

Die Streichung der bisherigen Nummer 3 trägt ebenfalls dem Wegfall der dort genannten Vorschriften Rechnung.

Einstweilige Anordnungen der Kartellbehörde oder des Beschwerdegerichts können im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden. Für eine zusätzliche Bußgeldbewehrung besteht kein Bedarf. Die bisherige Nummer 9 wird daher aufgehoben.

#### **Zu Doppelbuchstabe gg**

Die Änderung der Nummer 4 trägt dem Wegfall des bisherigen § 9 Abs. 4 Satz 3 Rechnung.

#### **Zu Doppelbuchstabe hh**

Mit den Änderungen der Nummer 5 wird der Wegfall der bisherigen §§ 10, 12 und 17 berücksichtigt.

#### **Zu Doppelbuchstabe ii**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

#### **Zu Doppelbuchstabe jj**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

#### **Zu Buchstabe c** (Absatz 3 – neu)

Der neue Absatz 3 fasst die Fälle zusammen, in denen ausschließlich vorsätzliche Verstöße gegen das Kartellrecht in Betracht kommen. Die Beschränkung der Bußgeldbewehrung auf vorsätzliches Handeln ergibt sich aus § 10 OWiG.

**Zu Buchstabe d** (Absatz 4 – neu)**Zu Doppelbuchstabe aa**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aufgrund der neuen Nummerierung des bisherigen Absatzes 1.

**Zu Doppelbuchstabe bb**

Der Regelbußgeldrahmen für die schwerwiegenden Verstöße wird von 500 000 Euro auf 1 Mio. Euro erhöht, der Bußgeldrahmen für die weniger gravierenden Verstöße von 25 000 Euro auf 100 000 Euro angehoben. Damit wird zum einen der wirtschaftlichen Entwicklung seit der letzten Erhöhung im Rahmen der 4. GWB-Novelle (1980) Rechnung getragen. Zum andern ist die Anhebung notwendig, um eine wirkungsvolle Ahndung der besonders gravierenden Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften zu ermöglichen. Der in der Praxis vor allem bedeutsame besondere Bußgeldrahmen (Dreifaches des erlangten Mehrerlöses) bleibt unverändert.

**Zu Buchstabe e** (Absätze 5 bis 7 – neu)**Zu Absatz 5**

Entsprechend dem europäischen Vorbild können Bußgelder künftig einen reinen Ahndungszweck verfolgen. Es ist anerkannt, dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken (vgl. Urteil des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Juli 2003, 2 K 2377/01). Im künftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es deshalb geboten, dass die Geldbuße als wichtigste Sanktion bei Kartellrechtsverstößen möglichst nach einheitlichen Kriterien bemessen wird. Deshalb wird die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG, wonach die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll, nur noch als Kann-Regelung für anwendbar erklärt. Im neuen Recht kann die Geldbuße demnach auch als reine Ahndungsmaßnahme festgesetzt werden. Daraus folgt, dass in diesen Fällen die auf den abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteil entfallenden Steuern bei der Bußgeldberechnung nicht mehr berücksichtigt werden müssen. Auch entfällt die Verrechnung mit Schadensersatzleistungen an Dritte gemäß § 33. Andererseits soll diese Umstellung nicht zu einer Verschärfung des bisherigen Sanktionsinstrumentariums führen. Wird bei der Festsetzung der Geldbuße nach Absatz 5 auf eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils verzichtet, so ist dies bei der Zumessung zu berücksichtigen. Die Höhe einer reinen Ahndungsgeldbuße wird sich also in Zukunft in der Regel um den Betrag mindern, der nach bisherigem Recht der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils diene.

Da § 17 Abs. 4 OWiG grundsätzlich anwendbar bleibt, kann die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils auch in Zukunft mit der Geldbuße erfolgen. Sofern die Kartellbehörde hiervon keinen Gebrauch macht, bleibt die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde im Verwaltungsverfahren nach § 34 bestehen.

**Zu Absatz 6**

In der Praxis hat sich gezeigt, dass für die Unternehmen wegen des zum Teil erheblichen Zinsvorteils ein deutlicher Anreiz bestehen kann, die Zahlung der Geldbuße so lange

wie möglich hinauszuzögern. Insbesondere im Falle hoher Geldbußen können Unternehmen bei bisheriger Rechtslage allein dadurch einen erheblichen „Zinsgewinn“ erzielen, dass sie gegen den Bußgeldbescheid Einspruch einlegen und diesen kurz vor der gerichtlichen Entscheidung wieder zurücknehmen. Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, wird angeordnet, dass die Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen zu verzinsen sind, wobei die Verzinsung zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides beginnt. Bei wirksamen Einsprüchen ist das Gericht an den Ausspruch der Behörde nicht gebunden, sondern entscheidet selbständig, ob und inwieweit eine Ahndung geboten ist. Dies gilt auch für die Zinspflicht, die sich allein auf die im Bußgeldbescheid festgelegte Geldbuße bezieht. Die Zinspflicht stellt jedoch einen Hinweis an das Gericht dar, bei seiner Überprüfung auch den Zeitfaktor zu berücksichtigen.

**Zu Absatz 7**

Der neue Absatz 7 stellt klar, dass das Bundeskartellamt zur Festlegung von allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung von Geldbußen befugt ist. Dazu gehören insbesondere Grundsätze über die bußgeldmindernde oder -ausschließende Berücksichtigung der Aufklärungsbereitschaft einzelner Kartellanten (vgl. hierzu Bekanntmachung Nr. 68/2000 – „Bonusregelung“). Derartige Verwaltungsgrundsätze konkretisieren in zulässiger Weise das Verfolgungsermessen der Kartellbehörde. Die Klarstellung in Absatz 7 beschränkt weder das Ermessen der Landeskartellbehörden noch schließt es die Festlegung entsprechender Verwaltungsgrundsätze durch die Landeskartellbehörden aus.

Insbesondere im zukünftigen Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden stellt sich zugleich die Aufgabe, die Behandlung von Informationen aufklärungsbereiter Kartellanten im Zusammenwirken mit anderen europäischen Wettbewerbsbehörden zu regeln, um die Effektivität einzelstaatlicher Bonusregelungen bzw. „Leniency“-Programme sicherzustellen. Absatz 7 umfasst daher ausdrücklich die Befugnis des Bundeskartellamts zur Festlegung allgemeiner Verwaltungsgrundsätze, die die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in diesen Fällen regeln.

**Zu Buchstabe f** (Neunummerierung)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

**Zu Buchstabe g** (Absatz 8)**Zu Doppelbuchstabe aa**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

**Zu Doppelbuchstabe bb**

Absatz 8 übernimmt die Regelung des bisherigen Absatzes 3. Die erweiterte Verjährungsfrist von 5 Jahren wird auf Verstöße gegen europäisches Recht (neuer Absatz 1) erstreckt. Im Übrigen wird die Vorschrift redaktionell angepasst.

**Zu Buchstabe h** (Absatz 9)

Nach § 33 Abs. 1 OWiG wird die Verjährung in Ordnungswidrigkeitenverfahren durch einen Katalog von bestimmten

Handlungen der Verfolgungsbehörde (in bestimmten Fällen auch der Staatsanwaltschaft und des Richters) unterbrochen. Die Unterbrechung der Verjährung tritt künftig auch bei Verfolgungshandlungen der Kommission oder von ausländischen Wettbewerbsbehörden ein, soweit derselbe Fall betroffen ist. Angesichts der vergleichsweise kurzen Verjährungsfristen des Absatzes 8 Satz 2 bzw. des § 31 OWiG ist eine entsprechende Regelung erforderlich. Andernfalls könnte die Kartellbehörde in Deutschland nicht, wie es im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden vorgesehen ist, das eigene Verfahren aussetzen und abwarten, bis die Kommission bzw. eine ausländische Wettbewerbsbehörde ihr Verfahren abgeschlossen hat (vgl. Artikel 13 VO 1/2003).

#### **Zu Buchstabe i** (Nummerierung)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

#### **Zu Buchstabe j** (Absatz 10)

Nach dem bisherigen Recht ist das Bundeskartellamt in den Fällen, die die Anwendung der Vorschriften des europäischen Rechts betrafen, alleinige Wettbewerbsbehörde für das Bußgeldverfahren. Da künftig auch die Landeskartellbehörden europäisches Recht anwenden, werden sie neben dem Bundeskartellamt für die Anwendung des europäischen Rechts als zuständige Verwaltungsbehörden für das Bußgeldverfahren bestimmt.

#### **Zu Buchstabe k** (Aufhebung des bisherigen Absatzes 5)

Der bisherige Absatz 5 entfällt mit Wegfall des bisherigen Anmelde- und Genehmigungssystems.

#### **Zu Nummer 48** (§ 82 Satz 1)

##### **Zu Buchstabe a** (Einleitender Satzteil)

Die Änderung dient der sprachlichen Vereinfachung.

##### **Zu Buchstabe b** (Nummern 1 und 2)

Die Verweisungen werden an die Änderungen des § 81 angepasst. Die Zuständigkeit der Kartellbehörde in Bußgeldverfahren gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen ist auch bei Verstößen gegen europäisches Wettbewerbsrecht geboten.

#### **Zu Nummer 49** (§ 82a)

##### Zu Absatz 1

Es wird ausdrücklich vorgesehen, dass den Vertretern der Kartellbehörde in gerichtlichen Bußgeldverfahren gestattet werden kann, Fragen an Betroffene, Zeugen und Sachverständige zu richten. Dies ist angelehnt an die Regelung in § 407 Abs. 1 Satz 5 AO. Die Änderung trägt der Tatsache Rechnung, dass bei Kartellordnungswidrigkeiten ebenso wie in Steuersachen oft hoch komplexe Sachverhalte Gegenstand der Hauptverhandlung sind und die mit den Ermittlungen befasste Behörde den Sachverhalt umfassend aufbereitet hat.

##### Zu Absatz 2

Wird Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts eingelegt und wird infolge dessen eine gericht-

liche Geldbuße festgesetzt, so erfolgt die Vollstreckung der Geldbuße künftig durch das Bundeskartellamt. Bereits jetzt ist das Bundeskartellamt Vollstreckungsbehörde, wenn es um seine eigenen Bußgeldbescheide geht. Insofern kann auf ein bestehendes Vollstreckungsregime zurückgegriffen werden, was nicht zuletzt auch den praktischen Bedürfnissen entgegenkommt. Deshalb bestimmt Satz 1 in Abweichung von § 91 OWiG (in Verbindung mit § 451 Abs. 1 und § 459 StPO), dass sich die Vollstreckung der vom Gericht festgesetzten Geldbuße oder des Geldbetrages, für den der Verfall angeordnet wurde, nach den für behördliche Bußgeldbescheide geltenden Regelungen richtet.

Die gerichtlichen Kosten werden wie bisher durch die für die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung zuständige Vollstreckungsbehörde beigesteuert. Es handelt sich um einen in den entsprechenden Bestimmungen, insbesondere § 15 Abs. 1 Buchstabe c der Einforderungs- und Beitreibungsanordnung (EBAO), vorgesehenen Fall der Trennung der Beitreibung von Geldbetrag und Kosten aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten.

Angesichts des regelmäßig im Wesentlichen beim Bundeskartellamt angefallenen Sach- und Personalaufwandes und künftig auch der Vollstreckungstätigkeit ist es sachgerecht, dass die Geldbuße der Bundeskasse zufließt. Entsprechend trägt die Bundeskasse auch die jeweils vom Gericht auferlegten Kosten. Für die Landeskartellbehörden bleibt es bei den bestehenden (landesrechtlichen) Zuständigkeitsregelungen für die Vollstreckung. Geldbußen und Geldbeträge, deren Verfall angeordnet wurde, fließen in diesem Fall weiterhin der Landeskasse zu.

#### **Zu Nummer 50** (Dritter Abschnitt, § 86a)

Satz 1 des neuen § 86a entspricht der bisherigen Rechtslage, wonach die Kartellbehörden ihre Anordnungen nach Maßgabe der für sie einschlägigen Verwaltungsvollstreckungsgesetze vollstrecken können. Abweichend hiervon beträgt die Höhe des Zwangsgelds mindestens 1 000 Euro und höchstens 10 Mio. Euro. Dieser Rahmen ist notwendig, um auch finanzstarke Unternehmen wirksam zur Befolgung von Verfügungen der Kartellbehörden anhalten zu können.

#### **Zu Nummer 51** (Abschnittsnummerierung)

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

#### **Zu Nummer 52** (§ 87 Abs. 1 Satz 1 und 2)

Die Regelung des bisherigen § 96 ist in § 87 Abs. 1 Sätze 1 und 2 mit aufgenommen; dies dient der Vereinfachung. Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit erstreckt sich danach auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den Artikeln 81 oder 82 EG oder aus den Artikeln 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ergeben.

Die redaktionelle Vereinfachung bedeutet keine sachliche Änderung. Soweit sich Rechtsstreitigkeiten nach bisherigem Recht „aus Kartellvereinbarungen und Kartellbeschlüssen“ ergeben, sind diese durch die neue Formulierung „aus diesem Gesetz“ miterfasst.

**Zu Nummer 53** (§ 88)

Es handelt sich um eine redaktionelle Vereinfachung. Inhaltlich werden Klagen aus den Artikeln 81 und 82 EG sowie aus den Artikeln 53 und 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum durch den Verweis auf § 87 Abs. 1 miterfasst.

**Zu Nummer 54** (§ 89a)

## Zu Absatz 1

Das Kostenrisiko stellt einen wesentlichen Faktor für die bislang geringe Bedeutung des privaten Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht dar. Auch für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren wird deshalb eine einseitig begünstigende Streitwertherabsetzung vorgesehen, wie sie bereits im bisherigen § 23b UWG und vielen anderen wirtschaftsrechtlichen Gesetzen vorgesehen ist. Damit hat das Gericht eine Möglichkeit, das Kostenrisiko für die Betroffenen zu verringern, ohne dass von dem Grundprinzip der Unterliegenshaftung abgewichen werden müsste. Die Einführung dieser Vorschrift führt zu einer Art Erfolgshonorar für den Anwalt. Unterliegt der Begünstigte, so muss er nur die nach dem verringerten Streitwert bemessenen Gerichtsgebühren bezahlen. Das Gleiche gilt für die dem Gegner nach § 91 ZPO zu erstattenden Kosten des Rechtsstreits. Auch der eigene Anwalt erhält nur die nach dem verringerten Streitwert bemessene Gebühr. Obsiegt der Begünstigte aber, so kann dessen Anwalt von der gegnerischen Seite seine nach dem nicht verringerten Ausgangsstreitwert bemessenen Gebühren verlangen. Eine Missbrauchsgefahr besteht nicht, da die Anordnung der Streitwertherabsetzung im Ermessen des Gerichts steht.

## Zu Absatz 2

Absatz 2 regelt das Verfahren für den Antrag auf Streitwertanpassung.

**Zu Nummer 55** (Abschnittsnummerierung)

Die geänderte Nummerierung berücksichtigt, dass die Neuregelung in § 90 Abs. 1 Satz 3 nicht nur bürgerliche Rechtsstreitigkeiten betrifft, sondern auch sonstige (z. B. verwaltungsgerichtliche) Rechtsstreitigkeiten (s. Nr. 56 Buchstabe b, Doppelbuchstabe bb). § 90 wird deshalb aus dem Abschnitt „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ in den Abschnitt „Gemeinsame Bestimmungen“ als erste Vorschrift übertragen.

**Zu Nummer 56** (§ 90)**Zu Buchstabe a** (Überschrift)

Es handelt sich um eine Richtigstellung; die Vorschrift erfasst auch die Landeskartellbehörden (Absatz 3).

**Zu Buchstabe b** (Absatz 1)**Zu Doppelbuchstabe aa**

Es handelt sich um eine redaktionelle Vereinfachung (s. Nummer 53).

**Zu Doppelbuchstabe bb**

Artikel 15 VO 1/2003 erlaubt dem Bundeskartellamt, ein mit der Anwendung von Artikel 81 oder 82 EG befasstes

Gericht zu ersuchen, ihm alle zur Beurteilung des Falles notwendigen Schriftstücke zu übermitteln, um Stellungnahmen zu diesen Verfahren fertigen zu können. Diese Benachrichtigungsverpflichtung der nationalen Gerichte ist nicht auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten beschränkt, sondern betrifft Verfahren jeden Rechtswegs. Daher muss das Bundeskartellamt für sämtliche Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf die Artikel 81 und 82 EG die Schriftsätze, Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen erhalten, damit es die gemäß Artikel 15 VO 1/2003 eingeräumte Beteiligungsmöglichkeit in Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf Artikel 81 oder 82 EG ordnungsgemäß wahrnehmen kann.

**Zu Buchstabe c** (Absatz 4)

Es handelt sich um eine Folgeänderung (s. Nummer 17).

**Zu Nummer 57**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung (s. Nummer 55).

**Zu Nummer 58** (§ 90a)

Der neue § 90a dient der Umsetzung von Artikel 15 VO 1/2003. Diese Vorschrift regelt die Zusammenarbeit insbesondere zwischen der Kommission, aber auch den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden einerseits und den Gerichten der Mitgliedstaaten andererseits bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. § 90a bezieht sich dabei allein auf die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten in Deutschland. Eine zusätzliche Regelung für die Zusammenarbeit zwischen den deutschen Kartellbehörden und den Gerichten ist nicht erforderlich. § 90 Abs. 1 regelt bereits die Benachrichtigung und Beteiligung des Bundeskartellamts – bzw. der obersten Landesbehörden (§ 90 Abs. 3) – in bürgerlichen und sonstigen Rechtsstreitigkeiten, auch soweit derartige Rechtsstreitigkeiten die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG zum Gegenstand haben.

## Zu Absatz 1

Mit der Vorschrift wird Artikel 15 Abs. 2 VO 1/2003 in deutsches Recht umgesetzt. Dabei wird bestimmt, dass die Übermittlung von Kopien von Urteilen, die die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG zum Gegenstand haben, nicht unmittelbar von den Gerichten an die Kommission, sondern über das Bundeskartellamt erfolgt. Zusätzlich schafft Satz 2 eine Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und der Kommission hinsichtlich sonstiger Daten und Unterlagen, die das Bundeskartellamt nach § 90 Abs. 1 Satz 2, auch im Rahmen von dessen entsprechender Anwendung nach § 90 Abs. 1 Satz 3, erlangt hat. Dies ist erforderlich, damit das Bundeskartellamt seine Informationspflicht gegenüber der Kommission nach Artikel 15 VO 1/2003 ordnungsgemäß erfüllen kann.

## Zu Absatz 2

Entsprechend Artikel 15 Abs. 3 VO 1/2003 regelt Absatz 2 das Auftreten der Kommission als sog. *amicus curiae* vor deutschen Gerichten. Satz 2 stellt dabei sicher, dass das Gericht der Kommission alle zur Beurteilung erforderlichen Schriftstücke übermittelt, wenn die Kommission dies nach

Artikel 15 Abs. 3 Satz 5 VO 1/2003 anfordert. § 4b Abs. 5 und 6 BDSG findet dabei entsprechende Anwendung. Nach Satz 4 werden das Bundeskartellamt und die Parteien über den Inhalt schriftlicher Stellungnahmen der Kommission vom Gericht durch Übersendung einer Kopie unterrichtet. Satz 5 sieht vor, dass die Kommission aus eigener Initiative – neben schriftlichen Stellungnahmen nach Satz 1 – in der mündlichen Verhandlung auch mündliche Stellungnahmen abgeben kann. Über die zwingenden Vorgaben von Artikel 15 Abs. 3 VO 1/2003 hinausgehend gilt dies auch ohne ausdrückliche Erlaubnis des betreffenden Gerichts. Damit wird die Kommission hinsichtlich ihrer Beteiligungsrechte den deutschen Kartellbehörden gleichgestellt (vgl. § 90 Abs. 2).

#### Zu Absatz 3

Absatz 3 folgt der Regelung in Artikel 15 Abs. 1 VO 1/2003. Danach können die Gerichte die Kommission um die Übermittlung von Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG betreffen. Satz 2 stellt wiederum die parallele Unterrichtung der Parteien und des Bundeskartellamts sicher, wenn ein Gericht ein derartiges Ersuchen an die Kommission richtet bzw. eine entsprechende Stellungnahme der Kommission eingeht.

#### Zu Absatz 4

Absatz 4 gibt der Kommission, ebenso wie den Gerichten, die Möglichkeit, den Geschäftsverkehr nach den Absätzen 2 und 3 über das Bundeskartellamt abzuwickeln. Eine obligatorische Einschaltung des Bundeskartellamts ist nur bei der Übersendung von Urteilen vorgesehen (Absatz 1). Aber auch in den Fällen der Absätze 2 und 3 kann sich eine fakultative Einschaltung des Bundeskartellamts durch die Kommission oder die Gerichte empfehlen. Mit dem Bundeskartellamt steht eine erfahrene Institution für die Abwicklung des Geschäftsverkehrs zur Verfügung. Gleichzeitig können damit die parallelen Unterrichtungspflichten der Gerichte zugunsten der Parteien und des Bundeskartellamts nach Absatz 2 Satz 4 und Absatz 3 Satz 2 in effektiver Form erfüllt werden.

#### Zu Nummer 59 (§ 94 Abs. 1 Nr. 3)

Es handelt sich um eine redaktionelle Vereinfachung (vgl. Nummer 53).

#### Zu Nummer 60 (bisheriger § 96)

Die Vorschrift ist durch die Neufassung des § 87 Abs. 1 entbehrlich (s. Nummer 52).

#### Zu Nummer 61 (§ 100 Abs. 2 Buchstabe e)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Änderung des EG-Vertrags.

#### Zu Nummer 62 (§ 111 Abs. 2 Satz 1)

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung (s. Nummer 43 Buchstabe a).

#### Zu Nummer 63 (§ 131)

##### Zu Absatz 1

Soweit nach bisherigem Recht Vereinbarungen, Beschlüsse oder Empfehlungen entweder aufgrund einer Anmeldung

oder unmittelbar durch Gesetz freigestellt waren, bleiben die Freistellungen für ein Jahr nach Inkrafttreten dieses Gesetzes wirksam. Danach richtet sich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarungen nach den Freistellungstatbeständen dieses Gesetzes, insbesondere § 2. Für die Dauer der übergangsweisen Freistellung nach Satz 1 bleiben die Auskunfts- und Missbrauchsvorschriften in der bisherigen Fassung in Kraft.

##### Zu Absatz 2

Die einjährige Übergangsregelung gilt entsprechend auch für Freistellungen durch Verfügung der Kartellbehörden nach § 10 Abs. 1 des bisherigen Gesetzes. Ist eine Freistellungsverfügung der Kartellbehörde kürzer befristet, so erlischt sie mit Ablauf dieser Frist. Auch hier bleiben für die Dauer der übergangsweisen Freistellung die Auskunfts- und Missbrauchsvorschriften in Kraft.

##### Zu Absatz 3

Die Übergangsregelung des Absatzes 2 gilt entsprechend für Wettbewerbsregeln, die bereits durch Verfügung der Kartellbehörden freigestellt sind. Hinsichtlich der Auskunft über Wettbewerbsregeln gilt § 27 Abs. 5. Für die nachträgliche Rücknahme oder den Widerruf von Anerkennungen gilt § 26 Abs. 4.

##### Zu Absatz 4

Absatz 4 sieht eine Übergangsregelung für die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde (§ 34) und die Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen (§ 34a) vor. Danach gilt für kartellrechtliche Verstöße, die bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen wurden, die bisherige Fassung des § 34. Die Neufassung der §§ 34 und 34a ist nur auf Verstöße, die ab Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen sind, anzuwenden.

##### Zu Absatz 5

Satz 1 erweitert die Befugnis nach § 82a Abs. 1, den Vertretern der Kartellbehörde ein Fragerecht einzuräumen, auf solche Verfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens schon bei Gericht anhängig sind, in denen das Gericht aber noch keine mündliche Verhandlung terminiert hat.

Die Übergangsregelung in Satz 2 zu § 82a Abs. 2 bewirkt eine frühzeitige Konzentration der Vollstreckung von gerichtlichen Bußgeldentscheidungen beim Bundeskartellamt, soweit dieses Ausgangsbehörde ist. Es handelt sich um Verfahrensrecht ohne materiell-rechtlichen Bezug. Die Vorschrift enthält eine deklaratorische, im Interesse der Rechtsklarheit wünschenswerte Klarstellung der nach allgemeinem intertemporalen Verfahrensrecht geltenden Grundsätze.

##### Zu Absatz 6

Es handelt sich um eine Folgeänderung. Der neue Absatz 6 entspricht inhaltlich dem bisherigen Absatz 8.

##### Zu Absatz 7

Die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 und die Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen nach § 34a sind neugestaltete Instrumente zur

Abschöpfung der „Kartellrendite“. Die Bundesregierung wird daher verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2008 den gesetzgebenden Körperschaften über die Erfahrungen mit der Anwendung der §§ 34 und 34a zu berichten. Dies schließt Erfahrungen über das Zusammenwirken beider Vorschriften mit ein. Falls sich aus dem Bericht ein Bedarf für gesetzgeberisches Tätigwerden ergibt, soll die Bundesregierung hierzu entsprechende Vorschläge machen. Die Frist für die Vorlage des Berichts ist so bemessen, dass erste aussagekräftige Erfahrungen mit der Vorteilsabschöpfung zu erwarten sind.

## Zu Artikel 2

### Zu Absatz 1 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Die Streitwertbegrenzung für Beschwerden von beigeladenen Dritten auf 250 000 Euro wird aufgehoben. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum Beschwerden von Adressaten von Verfügungen der Kartellbehörde keiner Streitwertbegrenzung unterliegen, eine solche hingegen bei Beschwerden von Beigeladenen gilt. Kostenrechtlich sollten alle Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörden und Rechtsbeschwerden nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. Der Streitwert ist vom Gericht entsprechend den allgemeinen Regeln nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 3 ZPO). Dabei ist die sich für den Beigeladenen ergebende Bedeutung der Sache besonders zu berücksichtigen.

### Zu Absatz 2 (Änderung der Gewerbeordnung)

Gemäß § 153a Abs. 1 in Verbindung mit § 149 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b GewO ist das Bundeskartellamt zwar verpflichtet, dem Gewerbezentralregister rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen Kartellordnungswidrigkeiten mitzuteilen, hat selbst aber keinen Anspruch auf Auskunft aus dem Register (vgl. § 150a GewO). Dies beschränkt die Möglichkeit des Bundeskartellamts, frühere, bereits sanktionierte Zuwiderhandlungen gegen das Kartellverbot bußgelderhöhend zu berücksichtigen. Solche Vorbelastungen dürfen nämlich gemäß § 153 Abs. 5 GewO nicht mehr verwertet werden, soweit deren Eintragungen im Gewerbezentralregister bereits getilgt wurden oder tilgungsreif sind. Grundsätzlich sind Eintragungen gemäß § 153 Abs. 1 Nr. 2 GewO nach fünf Jahren (bzw. nach drei Jahren, wenn die Geldbuße nicht mehr als 300 Euro beträgt) zu tilgen. Enthält das Register allerdings mehrere Eintragungen, so ist die Tilgung einer Eintragung erst zulässig, wenn bei allen Eintragungen die Frist des § 153 Abs. 1 GewO abgelaufen ist (vgl. § 153 Abs. 3 GewO). Feststellungen zur Tilgung bzw. zur Tilgungsreife – und damit zum Vorliegen eines Verwertungsverbots – sind dem Bundeskartellamt deshalb ohne Auskunftsrecht aus dem Gewerbezentralregister nicht abschließend möglich. Von Amts wegen kennt das Bundeskartellamt nur die eigenen Bußgeldbescheide und diejenigen der Landeskartellbehörden. Bestehen weitere Eintragungen (z. B. Bußgeldbescheide bei Steuerordnungswidrigkeiten), kann es diese derzeit für die Frage der Tilgungshemmung nach § 153 Abs. 3 GewO nicht berücksichtigen. Wie das Bundeskartellamt sind auch die Landeskartellbehörden in den Kreis der nach § 150a GewO auskunftsberechtigten Behörden aufgenommen.

### Zu Absatz 3 (Änderung des Gesetzes über den Ladenschluss)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des bisherigen § 22 GWB.

### Zu den Absätzen 4 bis 8

Freistellungen von Verboten dieses Gesetzes, die sich in Fachgesetzen befinden, sind bisher mit Regelungen zur Missbrauchsaufsicht verbunden. Da es im neuen Gesetz keine Missbrauchsaufsicht über Kartelle im Sinne der bisherigen §§ 12 und 22 Abs. 6 GWB mehr gibt, werden die Regelungen in den Fachgesetzen zur Missbrauchsaufsicht gestrichen. Wie bisher bleiben jedoch die übrigen Regelungen des GWB unberührt; das gilt insbesondere für die Befugnisse der Kartellbehörden nach den §§ 32 ff. GWB.

### Zu Absatz 4 (Änderung des Tierzuchtgesetzes)

Zu Nummer 1

Die Änderung des ersten Halbsatzes von § 23b Satz 2 stellt eine redaktionelle Anpassung an die Neuregelung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen dar. Die Streichung des Hinweises auf den bisherigen § 12 GWB im zweiten Halbsatz ist eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung dieser Vorschrift.

Zu Nummer 2

Die Anfügung des neuen Satzes 3 trägt dem Wegfall der Missbrauchsaufsicht nach dem bisherigen § 12 GWB Rechnung. Es wird klargestellt, dass die allgemeinen Regeln des GWB, insbesondere die §§ 32 ff. hinsichtlich der Befugnisse der Kartellbehörden, gültig sind.

### Zu Absatz 5 (Änderung des Bundeswaldgesetzes)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des bisherigen § 12 GWB.

### Zu Absatz 6 (Änderung des Marktstrukturgesetzes)

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des bisherigen § 12 GWB.

### Zu Absatz 7 (Änderung des Personenbeförderungsgesetzes)

Zu Nummer 1

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des bisherigen § 22 GWB.

Zu Nummer 2

Nach dem Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems im GWB besteht auch für Anmeldungen von Absprachen der Verkehrsverbände keine Rechtfertigung mehr. Die Anmeldepflicht wird daher gestrichen.

Zu Nummer 3

Für Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen von Verkehrsunternehmen, die vom Kartell- und Empfehlungsverbot freigestellt sind, galt bislang eine umfassende Missbrauchsaufsicht. Nach Aufhebung des bisherigen § 12

GWB wird das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB, das einen Unterfall des Missbrauchsverbots darstellt, für anwendbar erklärt. Die Vereinigungen von Verkehrsunternehmen werden dabei zu Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB. Auf diese Weise bleibt eine eingeschränkte Missbrauchskontrolle gewahrt.

**Zu Absatz 8** (Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes)

Zu Nummer 1

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Aufhebung des bisherigen § 22 GWB.

Zu Nummer 2

Mit dem Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems im GWB besteht für die Regelung kein Bedürfnis mehr. Die Anmeldepflicht im bisherigen § 12 Abs. 7 Satz 2 wird deshalb gestrichen.

Zu Nummer 3

Die Neuregelung des § 12 Abs. 7 Satz 2 AEG entspricht der Neuregelung in § 8 Abs. 3 Satz 8 PBefG (s. Absatz 7 Nr. 3).

**Zu Absatz 9** (Änderung des § 13 Energiesicherungsgesetz)

Durch die Aufhebung des bisherigen § 8 GWB ist die Vorschrift gegenstandslos geworden. Sie wird deshalb aufgehoben.

**Zu Artikel 3** (Neubekanntmachung)

Aufgrund der zahlreichen Änderungen ist eine Neubekanntmachung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angebracht. Die Vorschrift enthält die erforderliche Ermächtigung.

**Zu Artikel 4** (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.

## Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 802. Sitzung am 9. Juli 2004 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

### 1. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§§ 2 und 4 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens darauf hin zu wirken, dass der Wortlaut des neuen nationalen Kartellrechts so weit wie möglich von einer einheitlichen Systematik geprägt ist. Diese sollte durchgängig entweder in einer Übernahme des Wortlautes entsprechender europäischer Regelungen oder in einer neuere Entwicklungen und Erkenntnisse erfassenden Kodifizierung bestehen. Dies gilt insbesondere für die Vorschriften der §§ 2 und 4 GWB-E.

Der Bundesrat begrüßt in Anbetracht der notwendigen Anpassung des nationalen an das europäische Recht die in der Begründung zum Ausdruck kommende Konzeption des Gesetzentwurfs, auch inhaltlich zu einer „Synchronisierung“ der beiden Rechtskreise zu gelangen, indem der Wortlaut der einschlägigen europäischen Bestimmungen übernommen wird. Dies führt in wichtigen Bereichen, insbesondere in den Vorschriften der neuen §§ 2 und 4 GWB-E, zu einer vollständigen Neufassung des nationalen Rechts. In einem solchen Fall kommt schon aus methodischen Gründen einer konsequenten und lückenlosen Umsetzung des angesprochenen Prinzips große Bedeutung zu.

Dieses Prinzip wird jedoch bei der vorgeschlagenen Fassung des § 2 GWB-E einerseits und des § 4 GWB-E andererseits ohne erkennbaren Grund nicht beachtet. Der Wortlaut des § 2 GWB-E erfasst in enger Anlehnung an Artikel 81 Abs. 3 EGV nur die Erzeugung und Verteilung von Waren; es ist aber seit langem unstrittig, dass die genannte europarechtliche Vorschrift auch Dienstleistungen umfasst. Bei der Formulierung des § 4 GWB-E wird hingegen bewusst (vgl. Gesetzesbegründung S. 77) vom Wortlaut des Artikels 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO abgewichen, um hier ausdrücklich auch Dienstleistungen zu erfassen. Diese vermeintliche Klarstellung gelingt wiederum auch nicht, weil durch die Rückverweisung in § 4 Satz 2 GWB-E auf die Vorschriften der §§ 1 und 2 GWB-E mittelbar wieder der Text der Vertikal-GVO den Inhalt des § 4 GWB-E bestimmt.

### 2. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 3 Abs. 2 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 4 ist § 3 wie folgt zu ändern:

- a) Dem bisherigen Wortlaut ist die Absatzbezeichnung „(1)“ voranzustellen.
- b) Nach Absatz 1 ist folgender Absatz anzufügen:  
„(2) Sehen die Vereinbarungen oder der Beschluss die Rationalisierung in Verbindung mit Preisabreden oder die Bildung gemeinsamer Beschaffungs- oder

Vertriebseinrichtungen vor, so tritt die Freistellungswirkung nach Absatz 1 nur ein, wenn

1. der Rationalisierungszweck der Vereinbarung oder des Beschlusses auf andere Weise nicht erreicht werden kann,
2. die Befriedigung des Bedarfs verbessert und
3. der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht.“

### Begründung

Mit § 3 GWB-E soll ausweislich der Entwurfsbegründung der bisher für Mittelstandskartelle geltende Freistellungstatbestand (§ 4 Abs. 1 GWB) inhaltlich unverändert aufrecht erhalten werden.

Die aktuell freigestellten Mittelstandskartelle enthalten vielfach und notwendigerweise Preis-, Mengen- oder Quotenabsprachen. Die deutschen Kartellbehörden und Gerichte sehen solche Klauseln zwar im Grundsatz als nicht freistellungsfähig an, haben hiervon jedoch bei Mittelstandskartellen in Anlehnung an § 5 Abs. 2 GWB Ausnahmen zugelassen, wenn die mit der Kooperation verfolgten Rationalisierungszwecke auf andere Weise nicht erreicht werden konnten. Das sollte in § 3 GWB-E aus Gründen der Rechtssicherheit zum Ausdruck kommen.

Die inhaltlich unveränderte Freistellung von Mittelstandskartellen droht zudem durch das in § 23 GWB-E aufgestellte Gebot, bei der Anwendung des GWB-E die „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ zu Grunde zu legen, infrage gestellt zu werden. In den einschlägigen Regelungen auf Gemeinschaftsebene (vgl. z. B. Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 – so genannte Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung) finden sich Preis-, Mengen- oder Quotenabsprachen regelmäßig als so genannte schwarze Klauseln wieder, d. h. Kartelle, die ggf. neben anderen Vereinbarungen solche Absprachen enthalten, sind im europäischen Wettbewerbsrecht grundsätzlich nicht freistellungsfähig. Zwar sieht § 23 GWB-E in seinem zweiten Halbsatz eine Ausnahme vom Gebot der Beachtung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts vor, „soweit hierzu in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind“. Die Entwurfsbegründung nennt explizit § 3 GWB-E als Beispiel für eine solche vorrangige Regelung. Die Gesetzesbegründung bindet aber weder Kartellbehörden noch Gerichte. Mit dem Wegfall der Anmeldemöglichkeit für Mittelstandskartelle werden kleine und mittlere Unternehmen selbst nach einem Negativtest der Kartellbehörde mit dem Risiko einer abweichenden Rechtsanwendung durch die Gerichte agieren müssen, zumal wenn die Rechtsnorm selbst keine ganz eindeutige Regelung trifft.

**3. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 4 GWB)**

In Artikel 1 Nr. 4 ist § 4 zu streichen.

**Begründung**

§ 4 GWB-E ist als eigenständige Verbotsnorm nahezu inhaltsleer, schreibt aber ohne Not die nicht unumstrittene Regelung des Artikels 4 Buchstabe a Vertikal-GVO (Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) im GWB fest.

§ 1 GWB-E erstreckt das generelle Kartellverbot auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Da die europäische Vertikal-GVO mit ihrem Preisbindungsverbot in Artikel 4 Buchstabe a über § 2 GWB-E ohnehin zu beachten ist, besteht für eine ausdrückliche Sonderregelung des Preisbindungsverbots im GWB kein Bedürfnis. § 4 GWB-E hat über Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO hinaus nur einen marginalen eigenen Regelungsgehalt, der vor allem theoretischer Natur sein dürfte: Er schließt für rein nationale Preisbindungskartelle, die im europäischen Kartellrecht rein theoretisch bestehende Möglichkeit einer Einzelfreistellung aus.

Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO erfasst dem Wortlaut nach nicht die so genannte Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Verkäufers: Marktmächtige Nachfrager könnten damit in ihren Verträgen mit Lieferanten vereinbaren, dass kein Wettbewerber günstigere Konditionen erhalten darf. Das wird im Schrifttum teilweise als Redaktionsversehen angesehen. Der Wortlaut dieser nicht unproblematischen Vorschrift wird in § 4 GWB-E fixiert und damit die Reaktion auf eine klärende Rechtsprechung der europäischen Gerichte oder ggf. eine Änderung des Artikels 4 Buchstabe a Vertikal-GVO unnötig erschwert.

**4. Zu Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe a1 – neu – (§ 20 Abs. 3 Satz 1 GWB)**

In Artikel 1 Nr. 8 ist nach Buchstabe a folgender Buchstabe einzufügen:

„a1) In Absatz 3 Satz 1 werden nach den Wörtern ‚im Geschäftsverkehr‘ die Wörter ‚dazu aufzufordern oder‘ eingefügt.“

**Begründung**

Die materiellrechtliche Liberalisierung des Kartellrechts kann insbesondere im Einzelhandel zu weiterer Konzentration und zu einer Verstärkung der Nachfragemacht gegenüber den Herstellern führen.

So sind gemäß den Leitlinien zur Horizontal-GVO (Rn. 130) Einkaufskooperationen bis zu einem Marktanteil von 15 % in der Regel vom Kartellverbot freigestellt. Aufgrund der europarechtlichen Vorgaben nach Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO sollen Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten, welche aktuell nach § 14 GWB verboten sind, in Zukunft nicht mehr dem Kartellverbot unterliegen. Marktmächtige Nachfrager könnten damit in Zukunft in ihren Verträgen mit Lieferanten vereinbaren, dass kein Wettbewerber günstigere Konditionen erhalten darf.

Als Korrelat zu der europarechtlich vorgegebenen Liberalisierung des materiellen Kartellrechts ist eine Intensivierung der Missbrauchsaufsicht geboten. Wie sich aus Artikel 3 Abs. 1 der europäischen Kartellverordnung (VO (EG) Nr. 1/2003) ergibt, lässt das europäische Kartellrecht im Bereich der Missbrauchsaufsicht weiterhin strengere nationale Regelungen zu.

In seiner aktuellen Fassung erfasst § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB nur die erfolgreiche Aufforderung, d. h. nur den Fall, dass der Aufgeforderte tatsächlich ohne sachlichen Grund zur Gewährung von Vorzugsbedingungen veranlasst wird. Auch das erfolglose Auffordern stellt aber ein vom Kartellrecht missbilligtes Verhalten dar. Ein mögliches Einschreiten der Kartellbehörde sollte nicht davon abhängen, ob der Bedrängte sich letztlich auf die Vorzugsbedingungen einlassen muss oder nicht. Auch im Falle des Boykotts (§ 21 GWB) verbietet das Gesetz bereits den Aufruf zum Boykott.

**5. Zu Artikel 1 Nr. 11, 11a – neu – (§ 23 GWB)**

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

a) Nummer 11 ist wie folgt zu ändern:

aa) Der Einleitungssatz ist wie folgt zu fassen:

„§ 22 wird wie folgt gefasst:“

bb) § 23 ist zu streichen.

b) Nach Nummer 11 ist folgende Nummer einzufügen:

„11a. § 23 wird aufgehoben.“

**Begründung****Zu Buchstabe a**

Die §§ 1, 2 und 4 GWB-E werden an das EU-Wettbewerbsrecht angepasst. Damit fließt die Praxis der Kommission und die Rechtsauslegung durch die Rechtsprechung ohnehin in die Auslegung der §§ 1, 2 und 4 GWB-E ein. Einer zusätzlichen ausdrücklichen Bindung der Rechtsanwender bedarf es deshalb nicht.

Der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt für die Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkendem Verhalten nur, wenn das europäische Recht strenger als das nationale Recht ist. Insofern hat sich durch das Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 am 1. Mai 2004 nichts geändert. Deshalb ist eine ausdrückliche maßgebliche Bindung der Rechtsanwender an die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts in diesem Punkt entbehrlich.

Die Vorschrift führt zu einer unnötigen Komplizierung der künftigen Anwendung des nationalen Kartellrechts. Sie verpflichtet die deutschen Kartellbehörden und Gerichte bei Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug in unangemessener Weise zur „maßgeblichen Zugrundelegung“ der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts; damit sind nicht nur die einschlägigen normativen Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts, sondern auch die ständige Spruchpraxis der europäischen Gerichte und die gefestigte Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission gemeint, die sich u. a. in deren umfangreichen Bekanntmachungen und Leitlinien wieder findet (so jedenfalls die Gesetzesbegründung

S. 81). Dass das künftig eng an das europäische Recht angepasste nationale Kartellgesetz im Lichte eben dieser europäischen Regeln auszulegen sein wird, ist eine methodische Selbstverständlichkeit. Die vorgesehene gesetzliche Regelung setzt hingegen alle Entscheidungen der Kartellbehörden und Gerichte der Gefahr der Rechtswidrigkeit aus, wenn in den Gründen der jeweiligen Entscheidung nicht oder nicht hinreichend dargelegt würde, dass die genannten europäischen Grundsätze als für den Einzelfall relevant erkannt, entsprechend gewürdigt und schließlich „maßgeblich zu Grunde gelegt“ wurden; d. h. sie müssten sich als zielführende Prinzipien in der nationalen Einzelfallentscheidung wieder finden und deren Grundlage bilden, soweit nicht spezielle nationale Vorschriften existieren. In Anbetracht des Umfangs der Rechtsprechung sowie vor allem der Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission würde dies die Arbeitseffektivität der Kartellbehörden mit vor allem in den Ländern schon sehr begrenzten Kapazitäten gravierend beschränken. Obwohl man in vielen Fällen auch ohne Zugrundelegung der europäischen Grundsätze zu dem selben Ergebnis kommen dürfte, würde sich ohne sachlichen Grund voraussichtlich auch die Zahl der gerichtlichen Anfechtungen von kartellbehördlichen Entscheidungen erhöhen. Die vorgesehene, gewissermaßen normative Festschreibung der europäischen Grundsätze lässt auch befürchten, dass das Bemühen der nationalen Kartell-Behörden und -Gerichte um eine optimierte wettbewerbsorientierte Auslegung der europäischen Regelungen erstarrt. Insbesondere birgt die Vorschrift die Gefahr, dass künftig die bisherige deutsche Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zu Unrecht bei der Entscheidungsfindung vernachlässigt wird. Der Kasuistik des nationalen Rechtes kann vor allem in Bereichen, in denen es auf europäischer Ebene keine oder nur wenig Entscheidungspraxis gibt, zielführende Bedeutung zukommen. Zudem ist ein letztlich fruchtloser Streit um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Grundsätze“ vorprogrammiert. Es ist durchaus nicht sicher, dass die Gerichte den Begriff im Sinne der Regierungsbegründung umfassend auslegen. Vielmehr läge es nach dem Wortlaut der Norm zunächst nahe, als „Grundsätze“ nur die Grundprinzipien des europäischen Rechts anzusehen, deren Tragweite im Einzelnen zweifelhaft sein mag. § 23 GWB-E hat somit nicht die angestrebte Rechtsklarheit und Einheitlichkeit der Rechtsordnungen, sondern vielmehr eine Begriffsverwirrung zur Folge.

Zu Buchstabe b

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wird § 23 GWB durch eine neue Regelung ersetzt. Danach sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB-E maßgeblich zu Grunde zu legen, soweit hierzu nicht in dem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind. Nach der Begründung soll § 23 GWB-E bewirken, dass bei der Auslegung der gesetzlichen Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts auch eine Anknüpfung an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs bzw. des europäischen Gerichts erster Instanz und die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission einschließlich der Mitteilungen und Bekanntmachungen im Rahmen der Auslegung der nationalen Regelungen gewährleistet ist.

Die Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission geben häufig eine Bewertung oder Rechtsauffassung der Europäischen Kommission wieder, die nur zum Teil auf eigener Verwaltungspraxis oder gerichtlichen Entscheidungen beruhen. Eine gesetzlich begründete Anwendungsverpflichtung bei der Anwendung des deutschen Rechts geht weit über das hinaus, wozu die Rechtsanwender nach europäischem Recht verpflichtet sind. Der Begriff „maßgeblich zu Grunde zu legen“ gibt diesen Vorschriften zudem eine hervorgehobene rechtliche Bedeutung. Denn das Wort „maßgeblich“ verdeutlicht, dass diesen Vorschriften bei der Anwendung der Rechtsnormen ein besonderes Maß, also eine besondere Bedeutung zukommt. Entgegen der Begründung wird durch § 23 GWB-E eine normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen bewirkt, die dazu führt, dass der europäischen Verwaltungspraxis ein nur durch besonders schwerwiegende Gründe widerlegbarer Vorrang zukommt.

Dies bedeutet gleichzeitig, dass sich die Kartellbehörden und Gerichte mit sämtlichen die Rechtsangelegenheit betreffenden Leitlinien, der Kommissionspraxis, der Rechtsprechung usw. auseinander setzen müssen und jede einzelne Rechtsauffassung zu bewerten und ggf. aus herausragenden Gründen abzulehnen haben. Angesichts der Fülle der zu berücksichtigenden „Grundsätze“ dürfte dies zu einem übermäßigen Verwaltungsaufwand führen, der die Arbeitseffektivität deutlich einschränkt und letztlich zu mehr Rechtsunsicherheit führen wird.

#### 6. Zu Artikel 1 (§§ 24 ff. GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren darauf hinzuwirken, dass künftig für Wettbewerbsregeln im Sinne des § 24 GWB

a) lediglich eine Pflicht zur Veröffentlichung im Sinne des § 27 GWB-E mit der Möglichkeit einer Verfahrenseinleitung durch die Kartellbehörde nach § 54 GWB

oder

b) ein Anmeldeverfahren im Sinne der § 9 Abs. 3, § 22 Abs. 3 ff. GWB geltender Fassung

im Gesetz vorgesehen wird.

Begründung

Der Bundesrat begrüßt grundsätzlich die Beibehaltung des Instituts der „Wettbewerbsregeln“ und insbesondere die damit verbundene Transparenz für die jeweilige Marktgegenseite. Jedoch stellt die unverändert vorgesehene „Anerkennung“ von Wettbewerbsregeln durch eine „auf Antrag“ ergehende „Verfügung“ einen Bruch des nunmehr geltenden Systems der Legalausnahme von § 1 GWB dar. Wie in der Begründung des Gesetzentwurfes (vgl. S. 82 zu Nummer 13 Buchstabe b) zutreffend ausgeführt wird, „sind Wettbewerbsregeln, die vom Kartellverbot des § 1 erfasst werden, freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen der §§ 2 oder 3 erfüllen“. Eine weiter reichende Bindungswirkung kann – auch im Hinblick auf andere Gesetze – durch die vorgesehene kartellbehördliche Verfügung nicht erzielt werden. Eine auf Antrag erfolgende „Anerkennung“ erweckt demgegen-

über irreführend und systemwidrig den Eindruck, sie entfalte konstitutive Wirkung. Dies gilt auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer Bestimmung mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder einer anderen Rechtsvorschrift.

Deswegen sollte das Verfahren für Wettbewerbsregeln spürbar dereguliert werden. Dies könnte dadurch geschehen, dass Wettbewerbsregeln zwar weiterhin zwingend veröffentlicht werden müssen, aber nur zu dem Zweck, um den betroffenen Wirtschaftskreisen die Möglichkeit zu geben, bei der zuständigen Kartellbehörde nach § 54 GWB die Einleitung eines Verfahrens anzuregen oder selbst zivilrechtliche Schritte einzuleiten. Alternativ wäre an ein Anmeldeverfahren zu denken, wie es nach geltendem Recht für Konditionenempfehlungen (vgl. § 22 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 bis 6 GWB) oder Widerspruchskartelle (§ 9 Abs. 3 GWB) vorgesehen ist.

**7. Zu Artikel 1 Nr. 18, 20, 21, 22** (§§ 31, 35 Abs. 2 Satz 2, § 36 Abs. 1a und 1b und § 38 Abs. 3 GWB)

Die Änderungen des Pressekartellrechts sind vollumfänglich abzulehnen. Der Entwurf führt zu einer faktischen Aufhebung der Pressefusionskontrolle. Änderungen des Pressekartellrechts sind nicht im Rahmen der nötigen Angleichung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die neue europäische Kartellverordnung (VO (EG) Nr. 1/2003) veranlasst; diesbezügliche Vorschläge haben das Gesetzgebungsverfahren bereits unnötig verzögert. In der Sache sind die vorgeschlagenen Änderungen nicht das probate Mittel, um die strukturellen und konjunkturellen Probleme der Presse zu lösen.

Die Pressefusionskontrolle in ihrer jetzigen Form hat sich insgesamt bewährt. Nach der Einführung der so genannten Presserechenklausel in der 3. Kartellrechtsnovelle 1976 hat sich das Tempo der Konzentration im Pressebereich deutlich verlangsamt. Deutschland ist heute im internationalen Vergleich ein Gemeinwesen mit besonders zahlreichen Zeitungen. Das Pressekartellrecht in seiner jetzigen Form schützt selbständige kleinere und mittlere Verlage davor, von Großverlagen durch Beteiligungserwerb an umliegenden Lokalzeitungen eingekreist zu werden und dient nicht zuletzt dazu, Begehrlichkeiten großer Verlage schon unter Berufung auf die Rechtslage erfolgreich entgegenzutreten.

Es wäre ein ordnungspolitisch falsches Signal, auf die wirtschaftlich schwierige Lage einer Branche (Schrumpfen der Lesermärkte, Abwandern des Immobilien- und Kfz-Anzeigenmarktes ins Internet, Wegbrechen des Stellenmarktes) mit einer Lockerung des Kartellrechts zu reagieren. Da wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb eng verknüpft sind, kann die Presse auch nur im wirtschaftlichen Wettbewerb ihre besondere Demokratiefunktion erfüllen.

Die in den §§ 31 und 36 GWB-E vorgeschlagenen Maßnahmen sind ordnungspolitisch bedenklich, gesetzestechnisch systemwidrig und weder zielführend zur Behebung der konjunkturellen und strukturellen Probleme der Pressebranche noch geeignet zur Wahrung der Meinungsvielfalt.

Die bestehenden durch die überwiegend lokalen und regionalen Strukturen im Pressebereich begründeten Sonderregeln für Fusionen (Presserechenklausel, keine Bagatellklausel) sollten unangetastet bleiben. Der gesetzliche Rahmen trägt der besonderen Situation der Presse Rechnung.

**8. Zu Artikel 1 Nr. 18** (§ 31 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 18 wie folgt zu fassen:

„18. § 31 wird aufgehoben.“

**Begründung**

§ 31 GWB-E stellt Kooperationen von Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich vom Kartellverbot und der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften frei und schafft damit eine systemwidrige Bereichsausnahme. Im Zuge der 7. GWB-Novelle werden in Angleichung an das europäische Kartellrecht die bisher geltenden Bereichsausnahmen weitgehend abgeschafft. Für Fusionen kennt das GWB bisher keine Bereichsausnahmen.

Die Gesetzesbegründung führt zu § 31 GWB-E aus, dass durch diese Regelung vor allem kleine und mittlere Zeitungsverlage begünstigt werden sollen. Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen werden aber bereits durch § 3 GWB-E (Mittelstandskartelle) vom Kartellverbot freigestellt.

Für Anzeigenkooperationen zwischen kleinen und mittelständischen Verlagen sowie auch für Regionalzeitungen auf benachbarten Märkten könnte § 31 GWB-E allenfalls klarstellende Funktion haben. Bereits der bestehende gesetzliche Rahmen gibt den Verlagen ausreichenden gesetzlichen Spielraum, der in der Praxis nicht durchwegs genutzt wird.

§ 31 GWB-E deckt im Hinblick auf Kooperationen den Bereich unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle – in Fällen, in denen eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels denkbar ist, lässt die zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene Verordnung EG Nr. 1/2003 keinerlei nationale Abweichung mehr zu – und oberhalb der Mittelstandsausnahme des § 3 GWB-E ab, und ermöglicht damit Zeitungen jeder Größe voraussetzungslos und ohne Prüfung der Marktverhältnisse Preiskartelle und Gebietsabsprachen: Die Gefahren für die kleinen und mittleren Unternehmen, welche die Vorschrift eigentlich besonders begünstigen will, können erheblich sein. Sie könnten von den großen Zeitungen aus dem Markt gedrängt werden. Ein Grund hierfür ist die so genannte Anzeigen-/Auflagenspirale als grundlegende Strukturbedingung des Zeitungswesens. Das bedeutet, dass sich im Anzeigenmarkt die Nachfrage „von selbst auf den stärksten Anbieter“ konzentriert. Hierauf hat bereits der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Stellenmarkt für Deutschland“ hingewiesen. Habe ein Anbieter einen Vorsprung erreicht, werde sich dieser tendenziell weiter ausbauen, weil Anzeigenanbieter wie Anzeigenleser dort die meisten der sie interessierenden Anzeigen erwarteten. Eine weitere Konzentration auf dem überregionalen Anzeigenmarkt und in der Folge Preiserhöhungen zu Lasten der werbenden Wirtschaft werden die Folge sein.

Eine spezielle Bereichsausnahme für Zeitungen widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz und diskriminiert Zeitschriften, die von § 31 GWB-E nicht erfasst sind. Eine rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen Zeitungen und Zeitschriften ist nicht möglich.

**9. Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 32e Abs. 1, 2 Satz 1, Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 19 sind in § 32e Abs. 1, 2 Satz 1 und Abs. 3 jeweils die Wörter „das Bundeskartellamt“ durch die Wörter „die Kartellbehörde“ zu ersetzen.

Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 19 § 32e Abs. 2 Satz 2 das Wort „Es“ durch das Wort „Sie“ zu ersetzen.

Begründung

Bisher ist vorgesehen, nur dem Bundeskartellamt ein Enqueterecht einzuräumen. Dies sollte auf alle Kartellbehörden ausgedehnt werden.

Der Regierungsentwurf nennt zwei tragende Gesichtspunkte für das neue Enqueterecht. Es dient dem Ausgleich für den Transparenzverlust nach Wegfall des Administrativfreistellungsverfahrens. Daneben soll es eine zusätzliche Abhilfe bei der Ross-und-Reiter-Problematik schaffen. Beide Gesichtspunkte gelten nicht nur für Verfahren des Bundeskartellamtes, sondern auch für die der Landeskartellbehörden. Die Kartellbehörden der Länder ermitteln in vielen Fällen wegen verbotener Preis- und Konditionenabsprachen. Besserer Schutz von Insidern (Ross-und-Reiter-Problematik) ist daher für alle Kartellbehörden wichtig. Freistellungsverfahren wurden nicht nur beim Bundeskartellamt, sondern auch bei den Länderbehörden durchgeführt. Auch diese haben somit ein berechtigtes Interesse an einem Informationsrecht über die Auskunftsbefugnis nach § 59 GWB-E hinaus.

Die Gleichstellung aller Kartellbehörden ist notwendig, weil auch künftig zahlreiche wettbewerbshindernde Praktiken lokal oder regional begrenzt bleiben werden und damit in die Zuständigkeit der Landeskartellbehörden fallen. Die Nutzung wesentlicher Einrichtungen im Sinne von § 19 Abs. 4 GWB gehört ebenfalls zu diesem Bereich. Es ist an Hafenbahnen ebenso wie an örtliche Fernwärme- oder Abwassernetze zu denken. Dasselbe gilt für die Wasserversorgung sowie – in eingeschränktem Maße – für die Nutzung von Strom- und Gasnetzen. Dienstleistungen der Abfallentsorgung zählen ebenfalls hierzu.

Daneben gibt es einen weiteren Grund, allen Kartellbehörden ein Enqueterecht einzuräumen. Die neue Vorschrift des § 49 Abs. 4 GWB-E erlaubt eine Veränderung der Zuständigkeit der Kartellbehörden im Einzelfall. Bundeskartellamt und eine Landeskartellbehörde können vereinbaren, dass ein Land anstelle des Bundes tätig wird. Damit erhält eine Landeskartellbehörde die Befugnis, in mehreren Ländern tätig zu werden. Um dies mit Leben zu erfüllen, sollte die handelnde Kartellbehörde des Landes die vollen Rechte des Bundeskartellamtes erhalten. Dazu gehört auch die Einräumung des – bundesweiten – Enqueterechtes.

Schließlich macht die Einräumung des Enqueterechts an alle Kartellbehörden die in der Verfahrenspraxis der Landeskartellbehörden bereits rituellen Diskussionen um Anfangsverdacht und Erforderlichkeit eines Auskunftsverlangens obsolet. Diese Diskussionen gehen in der Regel zwar letztlich zu Gunsten der Kartellbehörden aus, führen jedoch zu einer Verzögerung der Kartellverwaltungsverfahren (instruktiv OLG München, Beschluss vom 23. Juni 1997 ‚Gaspreisermittlungen‘. WuW/E OLG 5859). Dies ist bei den von Landeskartellbehörden häufig geführten Missbrauchsverfahren besonders misslich, da Verfügungen der Kartellbehörden in der Hauptsache erst ab ihrem Erlass wirken und somit ein missbräuchliches Verhalten während der Dauer des Verwaltungsverfahrens weiter praktiziert werden kann.

**10. Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 32e Satz 3 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 19 ist in § 32e dem Absatz 2 der folgende Satz anzufügen:

„Das Recht der Kartellbehörde, Auskünfte von Unternehmen zu verlangen, besteht unabhängig davon, ob die Beziehung zum Kunden privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.“

Begründung

Das Enqueterecht soll vor allem auch Marktanalysen im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft erleichtern und beschleunigen. Ein branchenweiter Vergleich von Unternehmen im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts erfordert die Möglichkeit, eine branchenumfassende Erhebung bei den in Betracht kommenden Unternehmen durchzuführen.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage können aber Unternehmen die Beantwortung – auch von ohne weiteres zumutbaren und unverfänglichen – Fragen verweigern, wenn die Kartellbehörde nicht in der Lage ist, den Anfangsverdacht für einen konkreten Gesetzesverstoß zu belegen. Die Branchenerhebung soll aber gerade der Untersuchung dienen, ob es Ansatzpunkte für einen Anfangsverdacht gibt.

Die Regelung dient deshalb der Klarstellung des Gewollten.

Die Zeiten einer verhältnismäßig durchgängigen Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Angebots von Leistungen einerseits und der privatrechtlich organisierten Leistungsangebote andererseits gehören der Vergangenheit an. Bund, Länder und Kommunen haben zunehmend Unternehmen des Privatrechts gegründet, um bestimmte Aufgaben zu erfüllen. In der Vergangenheit öffentlich-rechtlich organisierte Tätigkeiten werden privatisiert oder in Form von PPP-Projekten organisiert. Dies führt zu einem unsystematischen und schwer durchschaubaren Nebeneinander von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen Anbietern und Kunden.

Vollständige Branchenerhebungen als Vergleichsmaßstäbe im Rahmen von Vergleichsmarktkonzepten setzen voraus, dass die Kartellbehörden die Befugnis haben, auch öffentlich-rechtliche Anbieter der Ver- und Entsorgungsbranchen zur notwendigen Mitwirkung heranzuziehen.

11. **Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 34 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 34 Abs. 1 GWB-E die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden, wie in einem früheren Entwurf vorgesehen, vom schuldhaften Handeln des Unternehmens unabhängig gemacht werden sollte.

**Begründung**

Die nun vorgeschlagene Regelung entspricht der geltenden Rechtslage. Die gerichtliche Praxis hatte in ihren Stellungnahmen zum früheren Entwurf die Aufhebung des Verschuldenserfordernisses ausdrücklich begrüßt, da die geltende Regelung der Mehrerlösabschöpfung in der Praxis keine Bedeutung erlangt habe. Bei Beibehaltung der geltenden Rechtslage wird sich hieran nichts ändern.

12. **Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 34a GWB)

In Artikel 1 Nr. 19 ist § 34a zu streichen.

**Begründung**

Das nicht grundsätzlich abzulehnende Institut der Gewinnabschöpfung ist nicht in einer sinnvollen und für die Justizverwaltungen hinnehmbaren Weise ausgestaltet. Die vorgeschlagene Norm ist ebenso wie § 10 UWG (neu) abzulehnen. Die Vorschrift ist nicht praktikabel und durch die Gerichte nicht vernünftig handhabbar. Sie wird völlig leer laufen, es besteht aber die Gefahr, dass aufwändige Verfahren bei den Gerichten durchgeführt werden müssen. Beides kann nicht akzeptiert werden.

- a) Die durch § 34a Abs. 1 GWB-E begründete Pflicht, abgeschöpfte Gewinne dem Bundeshaushalt zuzuführen, macht das gesamte Institut wirkungslos. Die klagebefugten Verbände und Einrichtungen werden voraussichtlich von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung keinen Gebrauch machen, wenn sie im Unterliegensfall das volle Kostenrisiko tragen, im Falle des Obsiegens aber den Gewinn abführen müssen. Bereits heute ist zu beobachten, dass die klagebefugten Verbände von ihren Ansprüchen nach dem Unterlassungsklagengesetz und dem UWG ganz überwiegend keinen Gebrauch machen, wenn ein erhebliches Prozessrisiko besteht. Hieran ändert die Verrechnungsmöglichkeit mit notwendigen Aufwendungen schon deshalb nichts, weil die Vorschrift weitgehend ins Leere läuft. Erforderliche Aufwendungen werden nämlich regelmäßig vom Anspruchsgegner zu bezahlen sein. Soweit dieser hierzu nicht verpflichtet ist, wird es bereits an der Erforderlichkeit der Aufwendungen fehlen, etwa bei der Teilabweisung einer Klage.

Von der vorgeschlagenen „Schaufenstergesetzgebung“ sollte daher Abstand genommen werden.

- b) Dem Gläubiger ist die Berechnung des geltend zu machenden Anspruchs nicht möglich. Der gemäß § 34a Abs. 1 GWB-E herauszugebende wirtschaftliche Vorteil ist nach der Begründung des Gesetzesentwurfs im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen zu errechnen, wie

sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben hat und ohne diese für ihn eingetreten wäre (Saldierungsgrundsatz). Dem Gläubiger, der die internen Betriebsverhältnisse des Schuldners nicht kennt, ist es deshalb nicht möglich, zur Höhe des Anspruchs substantiiert vorzutragen. Er wird deshalb regelmäßig zunächst eine Auskunftsklage gegen den Schuldner erheben müssen. Dies ist aber ein völlig falscher Ansatz. Die vorherige Auskunftsklage verkompliziert die Prozesse. Es genügt auch nicht, dass die Anbieter ihre Kalkulationsgrundlagen, über die künftig langwierig gestritten werden wird, einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Person mitteilen (so genannte Wirtschaftsprüfervorbehalt), da die Tatsachen von diesem an den Kläger weiterzureichen und in einem öffentlichen Prozess zu verhandeln sind. Die Feststellung tragfähiger Grundlagen für eine Schätzung des Gewinns nach § 287 ZPO wäre für den Kläger und die Gerichte mit einem nicht zumutbaren Aufwand verbunden. In vielen Fällen wäre die Beiziehung von Sachverständigen erforderlich. Auch mit deren Hilfe wird häufig nur der Rahmen eines Marktpreises feststellbar sein, so dass erzielte Vorteile innerhalb dieses Rahmens nicht nachgewiesen und abgeschöpft werden können.

Die Aufgabe eines Gewinnabschöpfungsanspruchs kann nicht in der möglichst exakten Ermittlung der zu Lasten der Abnehmer erzielten Gewinne liegen. Wenn eine rechtsstaatliche Regelung nicht gefunden werden kann, die pauschaliert Vorteile abschöpft, so muss ganz auf dieses Institut verzichtet werden. Akzeptabel ist nur eine Regelung, bei der der abzuschöpfende Betrag anhand von gesetzlich bestimmten Umständen, die für den Gläubiger erkennbar oder jedenfalls leicht ermittelbar sind, vom Gericht in einem gesetzlich bestimmten Rahmen zügig festgelegt werden kann.

- c) Gegen § 34a Abs. 2 GWB-E bestehen – wie gegen § 10 Abs. 2 UWG (neu) erhebliche rechtssystematische Bedenken. Eine Anrechnung erscheint nur gerechtfertigt, soweit Abnehmern ihr Schaden ersetzt worden ist. Nicht vertretbar ist es dagegen, sämtliche Leistungen anzurechnen, die ein Unternehmen aufgrund eines Verstoßes erbracht hat. Insbesondere kann nicht nachvollzogen werden, dass auf den Gewinnabschöpfungsanspruch Zahlungen an den Staat angerechnet werden sollen. Wenn auch Geldstrafen angerechnet werden, so würden besonders schwer wiegende Verstöße gegen das GWB und damit Straftäter privilegiert. Es ist schon vom Strafzweck her völlig verfehlt, eine verhängte Strafe auf zivilrechtliche Forderungen anzurechnen und gar eine verhängte Strafe vom Staat über § 34a Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 34 Abs. 2 Satz 2 GWB-E dem Straftäter wieder erstatten zu lassen. Der Sinn eines Strafverfahrens erschließt sich nicht mehr, wenn von vornherein feststeht, dass die zu verhängende Strafe anschließend dem Straftäter vom Staat wieder erstattet werden wird. Hierzu führt aber die vorgesehene Regelung, wenn das Strafverfahren nach der Gewinnabschöpfung durchgeführt wird.

**13. Zu Artikel 1 Nr. 20** (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist die Nummer 20 zu streichen.

**Begründung**

Bei dem Erwerb von kleineren Unternehmen (mit einem Umsatz bis 2 Mio. Euro) muss es auch künftig eine fusionsrechtliche Prüfung geben. Aufgrund der Einführung einer Bagatellklausel für den Pressebereich könnten ca. 30 selbständige Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) kontrollfrei aufgekauft werden. Gravierend kommt hinzu, dass diese Gesetzesänderung gerade Großverlagen den Erwerb kleiner Presseobjekte erlaubt, während die Einschränkung der Presserechenklausele wohl in der Praxis (lediglich) zu vermehrten Zusammenschlüssen kleiner und mittlerer Unternehmen untereinander führen kann.

**14. Zu Artikel 1 Nr. 21** (§ 36 Abs. 1a, 1b GWB)

In Artikel 1 ist die Nummer 21 zu streichen.

**Begründung**

Die präventive Fusionskontrolle dient dazu, marktbeherrschende Stellungen zu verhindern. Die Fusionserlaubnis für Zeitungen trotz Marktbeherrschung ist systemwidrig und wäre einzigartig für den Pressesektor. Das erklärte Ziel der Bundesregierung, dass übernommene Titel als publizistisch eigenständige erhalten blieben und damit weiterhin ihren Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten könnten, kann auf dem vorgeschlagenen Weg nicht erreicht werden:

Die Bundesregierung geht davon aus, dass sich die Redaktionsarbeit von den wirtschaftlichen Interessen des Zeitungsverlags entkoppeln lässt. Dies wird auf Dauer nicht gelingen. Der mit der Wahrung der publizistischen Selbständigkeit einer übernommenen Zeitung betraute Altverleger wird gegenüber dem Käufer nicht eine Quersubventionierung der übernommenen Zeitung gegen dessen wirtschaftliche und publizistische Interessen durchsetzen können. Der redaktionelle Einfluss des Verlegers auf die von ihm verlegte Zeitung ist Teil seiner unternehmerisch wahrgenommenen Meinungsfreiheit. Der Käufer kann die Redaktion der übernommenen Zeitung personell ausdünnen. Dadurch läßt die Attraktivität des redaktionellen Teils und damit auch die Attraktivität für die Anzeigenkunden so lange nach, bis die übernommene Zeitung aus wirtschaftlichen Gründen eingestellt werden muss. Die Folge davon ist, dass die Marktanteile der übernommenen Zeitung im Hinblick auf den Leser- und den Anzeigenmarkt auf die übernehmende Zeitung übergehen, die dann als Ersatzangebot dem Leser zur Verfügung steht. Das wirtschaftliche Endergebnis wird dann die Übernahme von Marktanteilen sein. Aufgrund der sehr hohen Markteintrittsschranken für die Neugründung oder die räumliche Ausdehnung von Zeitungen wird dieses Ergebnis mangels ausreichenden Wettbewerbs kaum zu verhindern sein.

Nach der Übernahme soll es allein in der Hand der aufgekauften Zeitung liegen, ihre redaktionelle Unabhängigkeit gegebenenfalls vor den Zivilgerichten durchzusetzen. Nach einer Freigabe hat das Bundeskartellamt

keine ordnungspolitische Handhabe, die tatsächliche Einhaltung der Fusionsbedingungen zu überwachen. Faktischer Druck des Übernehmers auf den Altverleger oder Dritten, von diesen zivilrechtlichen Instrumentarien keinen Gebrauch zu machen, ist nicht zu vermeiden.

Nach dem Gesetzentwurf soll das Bundeskartellamt die Absicherung der redaktionellen Eigenständigkeit im Übernahmevertrag überprüfen. Damit geht der Entwurf über eine meinungsneutrale Marktstrukturregelung hinaus. Der nach wie vor bestehende Meinungsbezug der hoheitlichen Intervention macht auch die aktuelle Entwurfsfassung verfassungsrechtlich bedenklich: Es geht nicht mehr um die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen (Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung Artikel 74 Abs. 1 Nr. 16 GG). Lediglich ein publizistischer Wettbewerb soll aufrecht erhalten werden. Mit einer solchen spezifisch medienpolitischen Zielrichtung verlässt der Bund das Feld der konkurrierenden Gesetzgebung des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 16 GG. Als Grundlage verbleibt ihm das Recht zur Rahmengesetzgebung für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse nach Artikel 75 Abs. 1 Nr. 2 GG. Diese Norm ermächtigt ihn allerdings nicht zu detaillierten Regelungen mit einer medienpolitischen Zielrichtung, wie hier beabsichtigt.

Die Selbständigkeit publizistischer Einheiten innerhalb verbundener Unternehmen ist keine reine Organisationsfrage. Ob sie ausgehöhlt wird, kann ohne Prüfung der publizistischen Inhalte nicht bewertet werden. Eine laufende Überprüfung der publizistischen Inhalte wäre mit dem Zensurverbot des Artikels 5 Abs. 1 Satz 3 GG nicht vereinbar.

Das beabsichtigte Ziel, Missbräuche der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1a GWB-E zu verhindern, kann § 36 Abs. 1b GWB-E nicht erreichen. Die Tatbestandsbeschränkungen in § 36 Abs. 1b GWB-E sind rein kosmetischer Natur: Eine Fusion trotz Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung soll nur zulässig sein, wenn dies zum Fortbestand der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung als eigenständige redaktionelle Einheit erforderlich ist. Dies wird bereits gesetzlich vermutet, wenn in den letzten drei Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die Anzeigen- und Beilagenröse der erworbenen oder erworbenen Zeitung jeweils rückläufig waren oder alternativ erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Die Anzeigen- und Beilagenröse so gut wie aller Zeitungen sind in den letzten Jahren rückläufig, so dass momentan fast jeder Titel deutschlandweit aufgekauft werden könnte. Selbst wenn sich das in Zukunft ändert, eröffnet die Voraussetzung einer Freigabe, dass die erworbene oder die erwerbende Zeitung in ihrer wirtschaftlichen Grundlage gefährdet sein muss, nahezu grenzenlose Möglichkeiten: Ein insgesamt Gewinne machender Konzern fusioniert einen eigenen oder eigens dafür aufgekauften defizitären Titel mit einem Gewinn bringenden Titel. Das erlaubt der Entwurf. Zudem sind allein die Anzeigen- und Beilagenröse nicht der passende Indikator,

um eine solche Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage festzustellen.

Die zweite Ausnahme (keine Regionalkettenbildung) ist vage formuliert, nicht justiziabel und zeigt, dass der Entwurf selbst die redaktionelle Unabhängigkeit durch die „Altverlegerlösung“ nicht hinreichend abgesichert sieht.

Eine spezielle Regelung für Zeitungen widerspricht zudem dem Gleichheitsgrundsatz. Eine rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen Zeitungen und Zeitschriften ist nicht möglich.

15. **Zu Artikel 1 Nr. 22** (§ 38 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 22 zu streichen.

**Begründung**

Die Anhebung der Aufgreifschwelle ist nicht geboten und betrifft einen nicht unerheblichen Teil der selbständigen Tageszeitungen Deutschlands. Wie der Entwurfsbegründung zu entnehmen ist, werden sich durch die Anhebung der Schwellenwerte in Deutschland gegenüber dem Status quo ca. 50 Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) zusätzlich kontrollfrei zusammenschließen können. Die Aufgreifschwelle regelt lediglich, wann eine Kontrolle überhaupt stattfindet. Schon jetzt lebt die Hälfte der Bundesbürger in so genannten Einzeitungskreisen (vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, Seite 6). Neugründungen von Zeitungen sind aufgrund der hohen Marktzutrittschranken schwierig. Eine Anhebung der Umfassungsschwellen wird die Konzentration verstärken.

Da die Presserechenklausele nicht nur für Zeitungen, sondern für den gesamten Pressebereich gilt (Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteile), wird auch eine größere Zahl der derzeit noch mittelständisch strukturierten Presse-grosso kontrollfrei fusionieren können, bzw. Verlage werden sich kontrollfrei am Grosso beteiligen können.

16. **Artikel 1 Nr. 31** (§ 50 Abs. 2 Satz 4 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 31 ist dem § 50 Abs. 2 der folgende Satz anzufügen:

„Dies gilt nicht für informelle Kontakte außerhalb des Datennetzwerkes.“

**Begründung**

Die Regelung den – inhaltlich relevanten – Geschäftsverkehr zwischen den Landeskartellbehörden und der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch das Bundeskartellamt abzuwickeln, wird von der Sächsischen Landeskartellbehörde begrüßt.

Jedoch sollte ein informeller Informationsaustausch zu Entscheidungen des europäischen Wettbewerbsrechts zwischen den obersten Landesbehörden und anderer Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union auch ohne Benennung des Bundeskartellamtes möglich sein. Einer einheitlichen Außenvertretung durch das Bundeskartellamt steht dies nicht entgegen. Es ist im Sinne des Bundes, Entscheidungen mit informellem Charak-

ter auch außerhalb des Netzwerkes über die Länder zu regeln.

17. **Zu Artikel 1 Nr. 32** (§ 50c GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf eine gesetzliche Regelung hin zu wirken, die ausdrücklich die Erteilung von Auskünften über verfahrensbetroffene Unternehmen durch die Kartellbehörden und die Strafverfolgungsbehörden an öffentliche Auftraggeber ermöglicht.

Öffentliche Auftraggeber richten wiederholt an die Kartellbehörden und gegebenenfalls an die Strafverfolgungsbehörden die Bitte, die Firmennamen von Unternehmen genannt zu bekommen, gegen die ein kartellrechtliches Ermittlungsverfahren mit der hohen Wahrscheinlichkeit eines Abschlusses durch Bußgeldverhängung läuft oder gegen die bereits ein Bußgeldbescheid ergangen ist. Gegenstand dieser Kartellverfahren sind Preis- und Auftragsabsprachen zum Nachteil anderer Auftraggeber. Die anfragenden Vergabestellen wollen anhand der erbetenen Auskünfte zeitnah prüfen, ob die betreffenden Unternehmen als unzuverlässig im Sinne des Vergaberechts einzuordnen und demzufolge für eine begrenzte Zeit von öffentlichen Aufträgen auszuschließen seien. Die Eintragung in das Gewerbezentralregister erfolgt meist mit erheblichem Abstand zur Begehung der Kartelltat; zudem erhalten die Vergabestellen keine Auskünfte über diese Eintragungen (arg. e contrario ex § 150a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 GewO).

Für vergleichbare Fälle sehen die Vorschriften des § 5 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG und des § 6 Satz 3 AEntG, beide in der Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2787), ausdrücklich eine Ermächtigung der jeweils zuständigen Verfolgungsbehörde zur Auskunftserteilung an Vergabestellen vor. Diese spezialgesetzlichen Regelungen lassen nur den Umkehrschluss in allen gleichartig gelagerten Fällen wie dem vorliegenden zu. Diese Regelungslücke sollte im Rahmen der vorliegenden Novelle geschlossen werden.

18. **Zu Artikel 1 Nr. 41 Buchstabe a** (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 41 wie folgt zu fassen:

„41. § 65 Abs. 5 Satz 2 wird aufgehoben.“

**Begründung**

Die in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E vorgesehene Beschränkung der Drittantragsbefugnis im Eilverfahren ist abzulehnen. Die im Entwurf vorgesehene Regelung führt dazu, dass ein Wettbewerber, der durch einen angemeldeten Zusammenschluss in seinen Interessen erheblich berührt ist, zwar Verfahrensbeteiligter ist (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) und auch eine Hauptsachebeschwerde (§ 63 Abs. 2 GWB) erheben kann, aber nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindern kann, dennoch vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden.

Das GWB sieht eine präventive Fusionskontrolle vor, um das auch nur zeitweilige Entstehen von mit § 36

Abs. 1 GWB unvereinbaren Marktstrukturen zu verhindern und die mit der nachträglichen Auflösung solcher Strukturen verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden. Wirtschaftspolitischer Kern der präventiven Vollzugskontrolle und wichtiger Schutzmechanismus für die durch die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Fusion betroffenen Wettbewerber ist das in § 41 GWB normierte Vollzugsverbot: Bis zur Freigabe durch das Bundeskartellamt (§ 40 GWB) bzw. im Wege der Ministererlaubnis (§ 42 GWB) darf ein geplanter Zusammenschluss nicht vollzogen werden und wäre ggf. unwirksam (§ 41 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GWB). Einen freigegebenen Zusammenschluss können und werden die Anmelder in der Regel sofort vollziehen, ohne die Bestandskraft der Freigabeentscheidung abzuwarten.

Eine etwaige Beschwerde gegen die Freigabe hat keine aufschiebende Wirkung (§ 64 Abs. 1 GWB). Der in diesen Fällen stets zuständige Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (§§ 63 Abs. 4 Satz 1, 91 GWB) hat in zwei Beschlüssen im Jahre 2001 (vgl. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 665 ff. „NetCologne“, WuW/E DE-R 681 ff. „Trienekens“) und zuletzt im Verfahren „E.ON/Ruhrgas I“ (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 11. Juli 2002 WuW/DE-R 885 ff.) die aufschiebende Wirkung der Beschwerden angeordnet und zugleich den Beteiligten untersagt, die angemeldeten Zusammenschlüsse zu vollziehen. Das wird in Zukunft nicht mehr möglich sein. § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E tritt dieser Praxis in systemwidriger Weise entgegen, indem er für die Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz einen anderen Maßstab ansetzt als für die Beschwerdebefugnis im Hauptverfahren: Der Wettbewerber als „Dritter“ soll im Eilverfahren nur antragsbefugt sein, wenn er durch die Freigabe „in seinen Rechten verletzt“ ist, d. h. wenn er sich auf eine Norm berufen kann, die zumindest auch seinem individuellen Schutz dient. Das wird ihm in den seltensten Fällen gelingen, da die Fusionskontrolle gerade nicht dem individuellen Schutz der Wettbewerber, sondern dem Wettbewerb als solchem dient.

Trotz überwiegender Erfolgsaussichten in der Hauptsache wird das OLG Düsseldorf in Zukunft den Antrag eines Wettbewerbers im Eilverfahren als unzulässig zurückweisen müssen. Stellt sich der Zusammenschluss am Ende eines Jahre dauernden Hauptsacheverfahrens schließlich als unzulässig heraus, kann auch eine etwaige Entflechtung die Auswirkungen auf Wettbewerber, Kunden und Lieferanten am Markt nicht ungeschehen machen.

Vor dem Hintergrund der zum 1. Mai 2004 in Kraft getretenen neuen europäischen Fusionskontrollverordnung (VO (EG) Nr. 139/2004) ist zudem eine Angleichung des deutschen Fusionskontrollrechts zu erwarten. Sollte der Zielkonflikt zwischen einer möglichst schnellen Umsetzung eines freigegebenen Zusammenschlusses und einem möglichst weit reichenden Rechtsschutz zu Gunsten der Wettbewerber de lege ferenda gelöst werden, dann sollte das sinnvollerweise erst in diesem Zusammenhang in dogmatisch und systematisch konsistenter Weise geschehen.

#### 19. Zu Artikel 1 Nr. 44a – neu – (§ 74 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 44 folgende Nummer einzufügen:

„44a. In § 74 Abs. 1 werden nach dem Wort ‚Gegen‘ die Wörter ‚die in der Hauptsache erlassenen‘ gestrichen.“

#### Begründung

Die Rechtsbeschwerdemöglichkeiten in den §§ 74, 75 GWB sollten auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Verfahren um die Anordnung der sofortigen Vollziehung von Verfügungen der Kartellbehörden gemäß § 65 GWB (Eilverfahren) erstreckt werden.

Auf diese Weise können Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung einer Entscheidung durch den Bundesgerichtshof zugeführt werden, selbst wenn es in der Hauptsache nicht mehr zu einer rechtsbeschwerdefähigen Entscheidung kommt. Das Gesetz beschränkt bereits jetzt die Rechtsbeschwerde in der Hauptsache auf Leitfälle von grundsätzlicher Bedeutung (§ 74 Abs. 2 GWB), um den Bundesgerichtshof zu entlasten. Derselbe Maßstab sollte auch für Rechtsbeschwerden im Eilverfahren gelten.

Für die Verfahrensbeteiligten hat oft der Eilrechtsschutz faktisch eine größere Bedeutung als das Hauptsacheverfahren. Dem wird mit der Eröffnung einer Rechtsbeschwerdeinstanz im Eilverfahren Rechnung getragen.

Auf ein wettbewerbswidriges Marktverhalten eines Unternehmens müssen Wettbewerber und Kartellbehörden möglichst schnell und effektiv reagieren. Auch kartellrechtsgemäßes unternehmerisches Handeln (z. B. eine Fusion) trägt meist keine langen Wartezeiten. Ein zeitnahe höchstrichterlicher Rechtsschutz im Eilverfahren ist daher unabdingbar. Spätere Entscheidungen in der Hauptsache über Sachverhalte, die möglicherweise Jahre zurückliegen, befriedigen die Beteiligten oft nicht mehr.

Gerade wenn die Eilentscheidung von einer Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung abhängt, eine richterliche Rechtsfortbildung im Raume steht oder das entscheidungserhebliche Rechtsproblem von den Oberlandesgerichten nicht einheitlich entschieden wird (vgl. § 74 Abs. 2 GWB), kann das befassende Oberlandesgericht geneigt sein, eine richtungweisende Entscheidung dem Hauptsacheverfahren mit dem Ziel einer höchstrichterlichen Klärung vorzubehalten. In solchen Fällen, in denen bisher ungeklärte Rechtsfragen entscheidungserheblich sind, kann nur die Eröffnung der Rechtsbeschwerdemöglichkeit zum Bundesgerichtshof einen effektiven zeitnahen Rechtsschutz gewährleisten.

Hebt das Oberlandesgericht eine Auskunftsverfügung der Kartellbehörde gemäß § 59 GWB auf – etwa weil es den Anfangsverdacht missbräuchlichen Handelns verneint oder das der Auskunftsverfügung zu Grunde liegende Verfolgungskonzept der Kartellbehörde nicht billigt –, so muss die Kartellbehörde das Missbrauchsverfahren in der Regel einstellen. Zu einer Klärung der einschlägigen Rechtsfragen beim Bundesgerichts-

hof – selbst wenn diese grundsätzlicher Natur sind – kann es nicht kommen, da keine Entscheidung der Kartellbehörde in der Sache ergehen und kein Hauptsacheverfahren vor den Gerichten durchgeführt werden wird. Es ist unangemessen, dass faktisch das OLG endgültig über die Berechtigung eines Missbrauchsvorwurfs urteilt.

#### 20. Zu Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe e (§ 81 Abs. 6 GWB)

In Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe e ist in § 81 der Absatz 6 zu streichen.

##### Begründung

Die beabsichtigte Einführung einer Verzinsungspflicht der im Bußgeldbescheid festgesetzten Geldbuße in § 81 Abs. 6 GWB-E ist abzulehnen.

Eine Zinsverpflichtung ist dem deutschen Ordnungswidrigkeits- und Strafrecht fremd. Es liegen keine tragfähigen Gründe dafür vor, mit diesem Grundsatz zu brechen. Allein die Tatsache, dass im Kartellrecht teilweise erhebliche Geldbußen festgesetzt werden, reicht dafür nicht aus. Die vorgesehene Einführung der Verzinsungspflicht stößt – soweit dadurch wie beabsichtigt von der Einlegung von Rechtsbehelfen abgeschreckt werden soll – auf Bedenken im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 4 GG. Zudem haben die Betroffenen keinen Einfluss auf die Dauer eines solchen Rechtsmittelverfahrens.

Absatz 6 sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

#### 21. Zu Artikel 1 Nr. 49 (§ 82a Abs. 1, 3 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 49 ist § 82a wie folgt zu ändern:

##### a) Absatz 1 ist wie folgt zu fassen:

„(1) Nach Einlegung des Einspruchs bleibt das Bundeskartellamt Verfolgungsbehörde und tritt im gerichtlichen Verfahren an die Stelle der Staatsanwaltschaft. Es legt die Akten dem nach § 83 zuständigen Gericht vor, wenn es den Bußgeldbescheid nicht zurücknimmt und nicht nach § 69 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten verfährt; es vermerkt die Gründe dafür in den Akten, soweit dies nach der Sachlage angezeigt ist. Die Entscheidung über einen Antrag auf Akteneinsicht und deren Gewährung (§ 49 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und § 147 Strafprozessordnung) erfolgen vor Übersendung der Akten. Das Gericht gibt der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Stellungnahme. Die §§ 41, 42 und 44 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten gelten für das gerichtliche Verfahren entsprechend. Die Sätze 1 bis 4 finden im Falle der nach Satz 5 begründeten Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft keine Anwendung.“

##### b) Nach Absatz 2 ist folgender Absatz anzufügen:

„(3) Sofern der Bußgeldbescheid von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde, gilt Absatz 1 entsprechend.“

##### Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 63 § 131 Abs. 5 Satz 1 nach der Angabe „82a Abs. 1“ die Angabe „und 3“ einzufügen.

##### Begründung

##### Zu Buchstabe a

Die Einfügung des § 82a GWB-E bezweckt eine Zuständigkeitskonzentration beim Bundeskartellamt auch für den Bereich des Kartellbußgeldverfahrens. Damit soll eine unnötige Doppelarbeit zwischen Bundeskartellamt und Generalstaatsanwaltschaft vermieden werden, was auch zu einer Entbürokratisierung beiträgt.

Das Bundeskartellamt kann ein identisches Verhalten sowohl im Rahmen des Bußgeldverfahrens mit einem Bußgeld belegen als auch das Verhalten im Verwaltungsverfahren untersagen; derartige Fallgestaltungen sind in der Vergangenheit bereits praktisch relevant geworden. Im Fall des Übergangs in das jeweilige gerichtliche Verfahren nach einer Beschwerde bzw. einem Einspruch bleibt das Bundeskartellamt nach gegenwärtiger Rechtslage im Verwaltungsverfahren vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof weiterhin zuständig und hat insoweit die Verfahrensherrschaft inne; im Bußgeldverfahren gibt es jedoch die Verfahrensherrschaft an die Staatsanwaltschaft ab. Bei paralleler Verfahrensführung sind dann zwei Behörden mit der Bearbeitung eines identischen Falls betraut, ohne dass die Besonderheiten der jeweils gewählten Verfahrensart diese Doppelarbeit zu rechtfertigen vermögen. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass durch das Bundeskartellamt im Kartellverwaltungsverfahren und im parallelen Ordnungswidrigkeitenverfahren durch die Staatsanwaltschaft widersprüchliche Entscheidungen getroffen werden. Eine Zuständigkeitskonzentration beseitigt diese Problematik.

Die Konzentration beim Bundeskartellamt ist zudem aus europarechtlicher Sicht geboten. In dem neugegründeten Netzwerk der Wettbewerbsbehörden insbesondere auch in der Ermittlungsarbeit vorgesehen. Nach bisherigem Recht konnte die Staatsanwaltschaft selbst Ermittlungen durchführen. Soweit sie den Sachverhalt als nicht ausreichend aufgeklärt erachtete, waren eigene Ermittlungen auch angezeigt. Im neuen Recht müsste immer dann, wenn wegen der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts eine Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden erforderlich ist, die Staatsanwaltschaft ebenfalls Mitglied des Netzwerks werden. Sie wäre dann auch den Pflichten im Netzwerk (vgl. Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003) und dem Letztentscheidungsrecht der Europäischen Kommission (Artikel 11 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003) unterworfen. Dies erscheint nicht sachgerecht.

Die Regelung in den Sätzen 5 und 6 stellt sicher, dass die Verfolgung von Straftaten weiterhin allein durch die Staatsanwaltschaft erfolgt.

##### Zu Buchstabe b

Wenn der Bußgeldbescheid von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde, besteht in gleicher Weise das Bedürfnis nach einer Zuständigkeitskonzentration im gerichtlichen Bußgeldverfahren wie im Fall des Bundeskartellamts. Vor allem im Hinblick auf das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es

sachgerecht, dass die Landeskartellbehörde an Stelle der Staatsanwaltschaft (über das Bundeskartellamt) tätig wird. Absatz 1 gilt deshalb in diesen Fällen entsprechend.

## 22. Zu Artikel 1 Nr. 49 (§ 82a GWB)

In Artikel 1 Nr. 49 ist § 82a wie folgt zu ändern:

- a) In der Überschrift sind die Wörter „und Zuständigkeiten“ zu streichen.
- b) Absatz 2 ist zu streichen.

Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 63 in § 131 Abs. 5 der Satz 2 zu streichen.

Begründung

Die beabsichtigte Einführung des § 82a Abs. 2 GWB-E ist abzulehnen. Die Vorschrift regelt die Frage, ob eine gerichtlich verhängte Geldbuße dem Landes- oder dem Bundeshaushalt zufließen soll. Nach geltendem Recht wird die Vollstreckung der Bußgelder nach einem gerichtlichen Verfahren durch die Vollstreckungsorgane der Länder durchgesetzt; die Vereinnahmung der Gelder erfolgt durch die jeweilige Landeskasse. Dies ist gerechtfertigt, weil dies den allgemeinen Regeln des Ordnungswidrigkeitenrechts entspricht und eine gerechte Verteilung von Lasten und Vorteilen zwischen Bund und Land darstellt. Die Arbeitskraft des Kartellsenats des Oberlandesgerichts wird zu einem wesentlichen Teil von den Kartellverwaltungssachen und Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes in Anspruch genommen. Ebenso wird die Generalstaatsanwaltschaft, die für diese Verfahren weiterhin zuständig sein wird, belastet. Der hiermit verbundene Personal- und Sachaufwand wird durch die gerichtlichen Gebühreneinnahmen bei weitem nicht abgegolten. Nach Teil 7 der Anlage 1 zu § 11 Abs. 1 GKG fallen für eine Hauptverhandlung mit Urteil Gebühren in Höhe von 10 % der verhängten Geldbuße, höchstens aber 13 000 Euro, ab 1. Juli 2004 höchstens 15 000 Euro (Kappungsgrenze) an.

Auch in sachlicher Hinsicht ist eine Vereinnahmung der gerichtlich verhängten Bußgelder durch die Landeskasse gerechtfertigt. Im Bußgeldverfahren wird das Verwaltungsverfahren (hier: durch das Bundeskartellamt) mit dem zulässigen Einspruch gegen den Bußgeldbescheid beendet. Das Gericht trifft eine eigenständige Entscheidung, bei der nicht die Rechtmäßigkeit des Bußgeldbescheides überprüft wird. Der Bußgeldbescheid erhält stattdessen die Funktion einer Anklageschrift im strafrechtlichen Verfahren. Hierzu kann das Gericht eigene Ermittlungen vornehmen. Sind somit in diesen Verfahren die Justizbehörden des betreffenden Landes „Herr des Verfahrens“ und werden mit dieser Aufgabe belastet, so ist es nur folgerichtig, wenn die vom Kartellsenat verhängten Geldbußen der Landeskasse belassen werden.

Für eine Vollstreckung der Bußgelder durch eine Bundesoberbehörde ist ein sachlicher Grund – außer das fiskalische Interesse des Bundes – nicht zu erkennen. Fehlen aber besondere Gründe, sollten die gerichtli-

chen Entscheidungen ohne Ausnahme nach den allgemein geltenden Regeln durch die zuständigen Organe des Landes vollstreckt werden. Eine Sonderregel im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Zwecke der Verbesserung der Finanzsituation des Bundes auf Kosten der Länder ist abzulehnen. Sie könnte auch als „Einfallstor“ für eine Neuregelung auch auf anderen Rechtsgebieten verstanden werden, in denen eine Bundesbehörde Verfolgungsbehörde ist (z. B. §§ 31 und 31a ZollVG, §§ 33 ff. AWG, §§ 13 ff. PTSG).

Die gerechte Verteilung von Lasten und Vorteilen gebietet es vielmehr, dass die von den Kartellsenaten verhängten Bußgelder von den Vollstreckungsorganen des Landes zu Gunsten der Landeskasse eingezogen werden.

Als Folge der vorgeschlagenen Streichung von § 82a Abs. 2 GWB-E wäre auch § 131 Abs. 5 Satz 2 GWB-E zu streichen.

Für den Fall, dass im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens an § 82a Abs. 2 GWB-E festgehalten würde, sollte die Übergangsvorschrift des § 131 Abs. 5 GWB-E so formuliert werden, dass § 82a Abs. 2 GWB-E erst für nach dem Inkrafttreten anhängig werdende gerichtliche Bußgeldverfahren gilt.

## 23. Zu Artikel 1 Nr. 63 (§ 131 Abs. 1 und 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 63 ist § 131 wie folgt zu ändern:

- a) Absatz 1 ist wie folgt zu fassen:

„(1) Freistellungen von Vereinbarungen und Beschlüssen nach § 4 Abs. 2, Freistellungen von Lizenzverträgen nach § 17 Abs. 3 und Freistellungen von Mittelstandsempfehlungen nach § 22 Abs. 4 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung werden am 31. Dezember 2005, Freistellungen von Vereinbarungen und Beschlüssen nach § 9 Abs. 3 Satz 1 und 4 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung werden am 31. Dezember 2009 unwirksam.“

- b) Absatz 2 ist wie folgt zu ändern:

- aa) Satz 1 ist wie folgt zu fassen:

„Verfügungen der Kartellbehörde, durch die Vereinbarungen und Beschlüsse nach § 10 Abs. 1 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung freigestellt sind, werden am 31. Dezember 2009, solche Verfügungen, durch die Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 1 und 2 Satz 1 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung freigestellt sind, werden am 31. Dezember 2005 unwirksam.“

- bb) Satz 3 ist wie folgt zu fassen:

„Bis zu den in Satz 1 genannten Zeitpunkten sind § 11 Abs. 1, § 12 sowie § 26 Abs. 4 und § 27 Abs. 5 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung weiter anzuwenden.“

Als Folge

ist in Artikel 1 § 131 Abs. 3 zu streichen.

## Begründung

Oftmals haben Unternehmen im Vertrauen auf in Verwaltungsverfahren legalisierte Kartelle Investitions- und andere langfristig wirkende Entscheidungen unter Einsatz erheblicher finanzieller Mittel getroffen, zumal insbesondere die Legalisierung von Spezialisierungs- und Mittelstandskartellen nach geltendem Recht keiner Befristung unterliegt. Gleiches gilt für die gemäß § 10 Abs. 1 GWB einer Genehmigungspflicht unterliegenden Kooperationsvorhaben, wie z. B. Rationalisierungskartelle.

Vor diesem Hintergrund ist die in § 131 Abs. 1 und 2 GWB-E insbesondere auch für diese freigestellten Kartelle vorgesehene Übergangsfrist von einem Jahr zu kurz bemessen. Im Hinblick auf den für solche Kooperationen gebotenen Bestands- und Vertrauensschutz erscheinen insoweit mindestens fünf Jahre angebracht und angemessen. Dementsprechend sollte die in § 131 Abs. 1 und 2 GWB-E hierfür vorgesehene Jahresfrist jeweils entsprechend verlängert werden.

In den übrigen Freistellungsfällen kann es hingegen bei der vorgesehenen Jahresfrist bleiben.

Als Folgeänderung wird die Regelung des § 131 Abs. 3 GWB-E materiell unverändert in Absatz 2 integriert, so dass Absatz 3 entfallen kann.

#### 24. Zu Artikel 2 Abs. 1 Nr. 1 – neu – (§ 50 Abs. 1 Satz 1 GKG)

In Artikel 2 ist der Absatz 1 wie folgt zu fassen:

„(1) § 50 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 ist der Punkt am Ende durch ein Komma zu ersetzen und folgende Wörter anzufügen:

„nicht jedoch über 1 000 000 Euro.“

2. Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Im Verfahren ... – weiter wie Vorlage – ...“

## Begründung

Bei der Kartell- und Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden, wie auch bei der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes sind nach gegenwärtiger Rechtslage Streitwerte in vielfacher Millionenhöhe möglich, was bereits bei Beschwerdeverfahren in erster Instanz zu Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von mehreren 100 000 Euro führen kann. Derart hohe Rechtsanwaltsgebühren entsprechen nicht mehr dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hat den Gesetzgeber bereits in anderen Fällen bewogen, den Streitwert gesetzlich zu begrenzen. Als Beispiele sind zu nennen Zivil-, Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozesse wie z. B. in §§ 48 Abs. 1 Satz 2 (250 000 Euro), 48 Abs. 2 Satz 2 (1 Mio. Euro), 50 Abs. 2, 52 Abs. 4 (500 000 Euro bzw. 2,5 Mio. Euro) GKG. Es gibt im Gesetz also bereits Parallelfälle, in denen der Gesetz-

geber Höchststreitwerte für erforderlich hält. Auch diese Streitwertbegrenzungen haben zumindest teilweise den Schutz öffentlicher Haushalte zum Ziel. So ist die Streitwertbegrenzung bei Verfahren über Ansprüche nach dem Vermögensgesetz gemäß § 52 Abs. 4 GKG vorwiegend im Interesse der öffentlichen Hand im Falle ihres Unterliegens eingeführt worden (vgl. Materialien: Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 12/4801, S. 49; Hartmann, Kostengesetz, § 13 GKG Rn. 21).

Der Schutz entfaltet sich aber auch zu Gunsten der kleineren mittelständischen Unternehmen, die in den neuen Ländern überdurchschnittlich breit vertreten sind.

#### 25. Zu Artikel 2 Abs. 7 Nr. 2 und 3 (§ 8 Abs. 3 Satz 8 und 9 PBefG) und Abs. 8 Nr. 2 und 3 (§ 12 Abs. 7 Satz 2 und 3 AEG)

Artikel 2 ist wie folgt zu ändern:

- a) Absatz 7 ist wie folgt zu ändern:

- aa) Nummer 2 ist wie folgt zu fassen:

„2. In Satz 8 werden die Wörter „, die diese Anmeldung an die Kartellbehörde weiterleitet“ gestrichen.“

- bb) In Nummer 3 sind die Wörter „Der neue Satz 8“ durch die Angabe „Satz 9“ zu ersetzen.

- b) Absatz 8 ist wie folgt zu ändern:

- aa) Nummer 2 ist wie folgt zu fassen:

„2. In Satz 2 werden die Wörter „, die diese Anmeldung an die Kartellbehörde weiterleitet“ gestrichen.“

- bb) In Nummer 3 sind die Wörter „Der neue Satz 2“ durch die Angabe „Satz 3“ zu ersetzen.

## Begründung

## Zu Buchstabe a

Der Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems im GWB rechtfertigt zwar einen Verzicht auf die Weiterleitung der Anmeldung an die Kartellbehörde, nicht aber auf einen gänzlichen Verzicht der Anmeldung auch bei der Genehmigungsbehörde. Die Genehmigungsbehörde hat nach Satz 1 eine aktive Funktion zur Förderung des Zusammenwirkens der Aufgabenträger und der Verkehrsunternehmen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe bedarf es weiterhin einer umfassenden Übersicht und der entsprechenden Kooperation, die nur durch ein Weiterbestehen der Anmeldepflicht zu gewährleisten ist.

Durch die teilweise Beibehaltung des bisherigen Satzes 8, muss es nun Satz 9 heißen. Zugleich entfällt damit der bisherige Satz 9, der auf den nicht mehr existenten § 12 GWB verweist. Der Verweis auf § 20 Abs. 1 GWB soll ja gerade den Verweis auf den bisherigen § 12 GWB ersetzen.

## Zu Buchstabe b

Der Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems im GWB rechtfertigt zwar einen Verzicht auf die Weiterleitung der Anmeldung an die Kartellbehörde, nicht aber einen gänzlichen Verzicht der Anmeldung auch bei der Genehmigungsbehörde. Im Übrigen wird auf die Begründung zu Buchstabe a verwiesen.

Durch die teilweise Beibehaltung des bisherigen Satzes 2, muss es nun Satz 3 heißen. Zugleich entfällt damit der bisherige Satz 3, der auf den nicht mehr existenten § 12 GWB verweist. Der Verweis auf § 20 Abs. 1 GWB soll ja gerade den Verweis auf den bisherigen § 12 GWB ersetzen.

## Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zur Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

### 1. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§§ 2 und 4 GWB)

Die Bundesregierung wird prüfen, ob entsprechend der Anregung des Bundesrates der Wortlaut des Gesetzentwurfs weiter vereinheitlicht werden kann.

Für eine unterschiedliche Wortwahl kann es allerdings im Einzelfall gewichtige Gründe geben. Dies gilt z. B. für die Regelungen in den §§ 2 und 4.

Die Vorschrift des neuen § 2 Abs. 1 ist Artikel 81 Abs. 3 EG nachgebildet. Der Bundesrat weist zu Recht darauf hin, dass Artikel 81 Abs. 3 EG nach allgemeiner Auffassung auch Dienstleistungen erfasst, auch wenn dies im Wortlaut der Norm nicht ausdrücklich angesprochen wird.

Demgegenüber ist der neue § 4 eine eigenständige deutsche Regelung, die sich zwar an Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO ausrichtet, zugleich aber eine modifizierte Fortführung des bisherigen § 14 GWB darstellt. In diesem Fall kann nicht ohne weiteres die Einbeziehung von Dienstleistungen unterstellt werden, wenn dies nicht ausdrücklich im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck kommt. Soweit § 4 für die Festsetzung von Höchstpreisen und Preisempfehlungen wiederum – über die §§ 1 und 2 – auf die Vertikal-GVO verweist, ist dieser Verweis nicht widersprüchlich. Denn die Regelungen der Vertikal-GVO gelten anerkanntermaßen auch für die Erbringung von Dienstleistungen (vgl. Artikel 1 Buchstabe g Vertikal-GVO).

### 2. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 3 Abs. 2 – neu – GWB)

Die Bundesregierung hält die geforderte Klarstellung nicht für erforderlich. Eine derartige Regelung fände ohnehin ihre Grenze am Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts.

§ 3 des Entwurfs übernimmt den Wortlaut des bisherigen § 4 Abs. 1. Bei der Anwendung des § 3 ist daher die bisherige Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und Gerichte zum bisherigen § 4 Abs. 1 GWB weiter verwertbar. Dies gilt auch für Preis-, Mengen- oder Quotenabsprachen im Rahmen von Mittelstandskartellen. Der Vorschlag des Bundesrates könnte im Gegenteil als Abweichung vom bisherigen § 4 Abs. 1 GWB gewertet werden und damit Rechtsunsicherheit bewirken.

Die Auslegungsregel des neuen § 23 steht der Fortführung der bisherigen Entscheidungspraxis nicht entgegen. Denn nach dieser Vorschrift sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts zugrunde zu legen, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind. Soweit § 3 eine besondere Regelung zu der dem Artikel 81 Abs. 3 EG nachgebildeten Regelung in § 2 darstellt, sind auf diese Vorschrift die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts nicht anzuwenden.

### 3. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 4 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Vorschrift hat über ihren Regelungsgehalt hinaus eine wettbewerbspolitische Signalwirkung. Sie unterstreicht durch ein per-se-Verbot einerseits die besondere wettbewerbsschädliche Wirkung von Preisbindungen. Zum andern macht sie deutlich, dass für den Umfang des Preisbindungsverbots – insoweit abweichend vom bisherigen § 14 GWB – künftig die Vorgaben des europäischen Rechts verbindlich sind. Auf die Vorschrift sollte wegen dieser Signalwirkung nicht verzichtet werden.

Wie auch Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO erfasst § 4 nur vertikale Preisbindungen der Bezieher von Waren oder Dienstleistungen, nicht aber Bindungen des Lieferanten z. B. durch Meistbegünstigungsklauseln. Diese Folge ist durch europäisches Recht zwingend vorgegeben. Bindungen des Lieferanten beurteilen sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 1 und 2, die Artikel 81 Abs. 1 und 3 EG nachgebildet sind. Etwaige Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu Meistbegünstigungsklauseln fließt damit ohne weiteres in das deutsche Recht ein (vgl. auch § 23). Durch das gleich lautende deutsche Recht wird eine Fortentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts weder erschwert noch gar verhindert. Gerade die Abweichungen vom bisherigen deutschen Recht, wie z. B. bei den Meistbegünstigungsklauseln, zeigen, dass eine ausdrückliche Regelung in § 4 sinnvoll und nützlich ist.

### 4. Zu Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe a – neu – (§ 20 Abs. 3 Satz 1 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen im Grundsatz zu. Die vorgeschlagene Formulierung würde jedoch weit in den Bereich der Preisverhandlungen hineinreichen. Die Bundesregierung wird prüfen, inwieweit durch eine geeignete Formulierung solche unerwünschten Eingriffe in die Verhandlungsphase zwischen den beteiligten Unternehmen vermieden werden können.

### 5. Zu Artikel 1 Nr. 11, 11 Buchstabe a – neu – (§ 23 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Vorschrift ist nicht entbehrlich. Zwar sind die neuen §§ 1 und 2 der Vorschrift des Artikels 81 Abs. 1 und 3 EG nachgebildet. Es ist jedoch nicht sichergestellt, dass bei der Anwendung der §§ 1 und 2 die europäische Rechtsentwicklung und Rechtsanwendungspraxis in vollem Umfang zu berücksichtigen sind. Die Rechtsprechung hat bislang eine solche Anlehnung des deutschen Wettbewerbsrechts an das europäische Recht abgelehnt. § 23 schafft daher insoweit Rechtssicherheit im Interesse der Unternehmen, die sonst nicht bestehen würde.

Die Vorschrift führt auch nicht zu einer unzumutbaren Verkomplizierung des Begründungszwangs. Der Umfang der

Begründungspflicht für Verfügungen der Kartellbehörden ergibt sich aus § 39 VwVfG. Danach sind die tragenden Gründe für die Entscheidung darzulegen. In diesem Rahmen muss die Entscheidung die maßgebliche Zugrundelegung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts deutlich machen. Dabei kommt es nicht auf den Gesamtumfang der Rechtsprechung der europäischen Gerichte oder der Mitteilungen oder Leitlinien der Europäischen Kommission an, sondern auf die im konkreten Fall maßgeblichen Regelungen. So kann beispielsweise bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung von Einkaufskooperationen eine Auseinandersetzung mit den Rn. 115 bis 138 der Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission erforderlich sein.

Soweit es sich um zwischenstaatlich relevante Fälle handelt, die künftig auch von Landeskartellbehörden behandelt werden sollen, ist ohnehin das europäische Recht im vollen Umfang anzuwenden.

Der neue § 23 führt nicht zu einer normativen Festschreibung der europäischen Grundsätze. § 23 verweist auf das europäische Wettbewerbsrecht, das normativen (und vorrangigen) Charakter hat. Entgegen der Auffassung des Bundesrates wird auch den Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission keine „hervorgehobene rechtliche Bedeutung“ beigemessen. Diese nicht normativen Texte sind bei der Anwendung des europäischen Rechts nur zu Grunde zu legen, soweit sie an das geltende Gemeinschaftsrecht anknüpfen. Dies gilt sowohl bei der unmittelbaren Anwendung des europäischen Rechts (§ 22) wie auch bei der Anwendung von § 23.

Schließlich entwertet der neue § 23 nicht die bisherige Entscheidungspraxis in Deutschland. Die Begründung macht vielmehr deutlich, dass die bisherige Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis der deutschen Kartellbehörden und Gerichte weiterhin eine wichtige Auslegungshilfe für die Vorschriften dieses Gesetzes darstellen, soweit nicht einschlägige Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts entgegenstehen.

#### **6. Zu Artikel 1 Nr. 12 bis 14 (§ 24 ff. GWB)**

Die Bundesregierung wird dem Vorschlag nicht folgen.

Die Beibehaltung des Anerkennungsverfahrens für Wettbewerbsregeln erscheint sachgerecht. Es bietet Wirtschafts- und Berufsvereinigungen die Möglichkeit, Wettbewerbsregeln einer präventiven Rechtskontrolle durch die Kartellbehörden zu unterziehen. Nicht zuletzt deshalb begrüßt insbesondere die mittelständische Wirtschaft die Beibehaltung des Anerkennungsverfahrens. Eine bloße Anmeldepflicht, wie zurzeit etwa für Konditionenempfehlungen, würde diese Sicherheit nicht bieten. Dies gilt erst recht für eine bloße Veröffentlichungspflicht.

Die vorgesehene Anerkennung von Wettbewerbsregeln durch eine auf Antrag ergehende Verfügung stellt keinen Bruch des nunmehr geltenden Systems der Legalausnahme dar. Denn die Anerkennung von Wettbewerbsregeln entfaltet keine konstitutive Wirkung. Bereits nach geltendem Recht gilt dies für solche Wettbewerbsregeln, die nicht kartellrechtlich relevant sind. Dieser Grundsatz wird nunmehr entsprechend auf die kartellrechtliche Prüfung von Wettbewerbsregeln erstreckt. Es wird auch nicht irreführend oder systemwidrig ein anderer Eindruck erweckt. Vielmehr stellt

die Neufassung des § 26 Abs. 1 GWB ausdrücklich klar, dass eine Anerkennung zum Inhalt hat, dass die Kartellbehörde von den ihr zustehenden Befugnissen keinen Gebrauch machen wird; eine verbindliche Feststellung der Rechtmäßigkeit der Wettbewerbsregeln liegt darin nicht. Damit entspricht der Inhalt einer Anerkennung einer Entscheidung nach § 32c des Entwurfs. Das vorgesehene Anerkennungsverfahren bewegt sich deshalb vollständig im Rahmen des neuen Systems der Legalausnahme.

#### **7. Zu Artikel 1 Nr. 18, 20, 21, 22 (§§ 31, 35 Abs. 2 Satz 2, § 36 Abs. 1a und 1b und § 38 Abs. 3 GWB)**

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die vorgeschlagenen Änderungen des Pressekartellrechts für die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Verlage und zur Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen ihnen und mit anderen Medien erforderlich und angemessen sind. Die Bundesregierung erwartet, dass die vorgeschlagenen Regelungen wesentlich zu einem Fortbestand der vielfältigen deutschen Presselandschaft beitragen werden. Die Lage der Pressebranche und insbesondere der Tageszeitungen ist nach wie vor schwierig. Sie ist zu einem erheblichen Teil durch strukturelle Faktoren bedingt. Hierzu zählen das endgültige Abwandern wesentlicher Anzeigenerlöse wie z. B. in das Internet und rückläufige Leserzahlen, die insbesondere durch ein verändertes Informationsverhalten gerade junger Menschen verursacht werden. Beide Effekte treffen kleine, mittlere und große Verlage in vergleichbarer Weise. Die Vorschläge des Regierungsentwurfs halten an den bisherigen Anknüpfungspunkten der pressenspezifischen Fusionskontrolle in Form besonderer Aufgreifschwelle fest und sind damit systemkonform. Zusätzlich werden Regelungen für Anzeigenkooperationen und erweiterte Fusionsmöglichkeiten für Zeitungsverlage geschaffen. Insgesamt wird damit das pressenspezifische Kartellrecht praxisgerecht fortentwickelt. Eine faktische Aufhebung der Pressefusionskontrolle wird dadurch entgegen der Einschätzung des Bundesrates nicht bewirkt. Die vorgeschlagenen Regelungen stehen im Einklang mit den Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts. Die hierdurch gesetzten Grenzen werden beachtet.

#### **8. Zu Artikel 1 Nr. 18 (§ 31 GWB)**

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Erweiterte Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigenbereich sind für Zeitungsverlage ein wesentliches Element zur Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit. Anzeigenerlöse bildeten traditionell ca. zwei Drittel der Gesamterlöse von Zeitungsverlagen, tragen aber heute nur noch gut 50 % bei. Dieser Rückgang hat wesentlich auch strukturelle Gründe. Vor diesem Hintergrund eröffnet § 31 erweiterte Kooperationsmöglichkeiten insbesondere zwischen kleinen und mittleren Verlagen. In Betracht kommt auch die lokale Zusammenarbeit zwischen mittelständischen und großen Zeitungsverlagen. Hierdurch könnten – entgegen der Auffassung des Bundesrates – die negativen Wirkungen der sog. Preis-/Auflagenspirale zu Lasten kleinerer und mittlerer Verlage gerade vermieden werden. Die erweiterten Kooperationsmöglichkeiten sind dementsprechend auch vom Verband Deutscher Lokalzeitungen ausdrücklich begrüßt wor-

den. Flächendeckende Absprachen großer Verlage dürften in aller Regel in den Anwendungsbereich des Artikels 81 EGV fallen und sind auf das dadurch vorgegebene Maß begrenzt.

Die Regelungen des § 3 für Mittelstandskartelle sind für die besonderen Erfordernisse von Anzeigenkooperationen nicht ausreichend. Aufgrund der relativ engen räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung für Anzeigenmärkte überschreiten Kooperationen in diesem Bereich wesentlich häufiger die Grenze der Marktbeherrschung als Kooperationen in anderen Märkten. Dem ist im Hinblick auf die Besonderheiten der Pressebranche Rechnung zu tragen. § 31 stellt deshalb Anzeigenkooperationen auch dann frei, wenn die Grenze der Marktbeherrschung überschritten wird. Dabei ist allerdings zu beachten, dass zukünftig – nach Einschätzung der Bundesregierung – die heute schon klar erkennbare Tendenz ständig wachsender Ausweichmöglichkeiten für Inserenten auf andere Medien, wie z. B. das Internet, noch wesentlich zunehmen wird. Dies kann in Zukunft zu einer weiteren Abgrenzung der räumlichen und sachlichen Märkte führen. Die Grenze der Marktbeherrschung dürfte dann bei lokalen und regionalen Kooperationen nur noch selten erreicht werden.

Nach Auffassung der Bundesregierung ist die Begrenzung des Anwendungsbereiches des § 31 auf Zeitungen sachgerecht und praktikabel. Zum einen sind die Zeitschriftenverlage vom Rückgang des Anzeigengeschäftes in geringerem Maße betroffen als die Zeitungsbranche. Zum anderen ist bei Zeitschriften, anders als im Zeitungsbereich, eine Gefährdung der Titel- und Inhaltsvielfalt, der durch Stärkung der wirtschaftlichen Basis der Verlage zur Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit entgegen zu wirken wäre, nicht erkennbar. Eine rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen Zeitungen und Zeitschriften ist entgegen der Auffassung des Bundesrates möglich. Die Begründung des Regierungsentwurfs (Allgemeiner Teil, Ziffer 4 lit. h) knüpft insoweit an die in Praxis und Wissenschaft bewährten Definitionen an, siehe hierzu Löffler, Presserecht, 4. Auflage 1997, Einleitung Rn. 14 bis 16.

#### **9. Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 32e Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Das neue Enquete-Recht des Bundeskartellamtes hat verdachtsunabhängige Untersuchungen bestimmter Wirtschaftszweige oder – sektorübergreifend – bestimmter Arten von Vereinbarungen zum Gegenstand. Jenseits derartiger horizontaler Untersuchungen ersetzt das Enquete-Recht jedoch nicht – anders, als dies die Stellungnahme des Bundesrates nahe legt – die Darlegung des Anfangsverdachts im Einzelfall.

Mit dem Enquete-Recht korrespondieren unvermeidlicherweise entsprechende Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der betroffenen Unternehmen. Um die Belastungen der Unternehmen möglichst gering zu halten, sollten daher Enqueteuntersuchungen grundsätzlich nur bei einem bundesweit, jedenfalls aber länderübergreifend relevanten Informationsbedarf der Kartellbehörden durchgeführt werden. Die Wirtschaft bewertet bereits die vorgeschlagene Regelung des § 32e kritisch; umso mehr würde dies für eine Ausweitung des Enquete-Rechts auf die Landeskartellbehörden gelten.

Die Einräumung einer Enquete-Befugnis für die Landeskartellbehörden ist auch nicht erforderlich, um die Übernahme eines Falls des Bundeskartellamtes durch eine oder mehrere Landeskartellbehörden nach Maßgabe von § 49 Abs. 4 des Entwurfs mit Leben zu füllen. Die neuen Verweisungsvorschriften haben grundsätzlich konkrete Fälle vor Augen, bei denen bereits hinreichende Verdachtsmomente vorliegen. Derartige Fälle können unabhängig von einer Enquete-Befugnis verwiesen werden.

#### **10. Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 32e Satz 3 – neu – GWB)

Die Bundesregierung hält die vorgeschlagene Regelung nicht für erforderlich.

Grundsätzlich findet das GWB auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung (§ 130 Abs. 1 GWB). In diesem Rahmen sind auch die allgemeinen Regeln über die Auskunftsbeugnisse der Kartellbehörden anwendbar. Eine ausdrückliche Regelung, die an öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse anknüpft, könnte daher – außerhalb dieses Regelungsbereichs – im Umkehrschluss als eine Abweichung von diesem Grundsatz missverstanden werden.

Die Klarstellung erscheint auch in der Sache nicht zwingend notwendig, damit die Kartellbehörden vollständige Vergleichsmaßstäbe für die Erbringung bestimmter Leistungen in bestimmten Branchen, etwa der Ver- oder Versorgungswirtschaft erhalten können. Öffentlich-rechtliche Kundenverhältnisse bedürfen einer Rechtsgrundlage, etwa in Form einer Satzung, die von der Kartellbehörde – soweit erforderlich – ohne weiteres einzusehen sind. Eine hervorgehobene Unterstreichung der kartellbehördlichen Auskunftsbeugnisse erscheint daher nicht erforderlich.

#### **11. Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 34 GWB)

Die Bundesregierung hält grundsätzlich das Verschuldenserfordernis als Grundlage der Vorteilsabschöpfung weiterhin für sachgerecht. Im neuen System der Legalausnahme müssen die Unternehmen selbst einschätzen, ob ihr Verhalten am Markt kartellrechtskonform ist. Damit ist – jedenfalls für einen Übergangszeitraum – eine verstärkte Rechtsunsicherheit der Unternehmen verbunden. In dieser Lage erscheint es unbillig, ein Unternehmen auch dann einer Vorteilsabschöpfung auszusetzen, wenn der Kartellrechtsverstoß nicht zumindest fahrlässig begangen wurde.

Die Bundesregierung teilt nicht die Einschätzung, dass der neue § 34 wegen des Verschuldenserfordernisses in der Praxis keine wesentliche Bedeutung erlangen wird. Dass der geltende § 34 GWB keine wesentliche Bedeutung erlangt hat, liegt im Wesentlichen in der tatbestandsmäßigen Eingrenzung dieser Vorschrift auf die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bei Nichtbeachtung einer kartellbehördlichen Verfügung. Der gesamte, ab dem Kartellrechtsverstoß erlangte wirtschaftliche Vorteil wurde bislang regelmäßig im Rahmen eines kartellbehördlichen Bußgeldbescheids abgeschöpft (vgl. § 17 Abs. 4 OWiG). Deshalb hat die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils auch jetzt schon durchaus praktische Relevanz. Voraussetzung hierfür ist ein Verschulden des Täters. In Zukunft kann die Kartellbehörde den wirtschaftlichen Vorteil entweder im Rahmen des Bußgeldverfahrens (vgl. § 81 Abs. 5 des Entwurfs) oder alternativ aufgrund der Neufassung des § 34 abschöpfen. Für beide Fälle gilt – wie bisher – ein Verschuldenserfordernis.

**12. Zu Artikel 1 Nr. 19** (§ 34a GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

§ 34a ist eine notwendige Ergänzung der geltenden Sanktionsregelungen durch eine dem § 10 UWG vergleichbare Regelung zur Abschöpfung des durch Masse- oder Streuschäden erlangten wirtschaftlichen Vorteils.

Die Bundesregierung teilt nicht die Befürchtung, dass die Verpflichtung zur Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt das gesamte Institut wirkungslos mache. Die Vereinnahmung des wirtschaftlichen Vorteils ist nicht das entscheidende Motiv für ein Tätigwerden von Verbänden oder Einrichtungen. So hatte die Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv) in ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2004 zum Referentenentwurf – im Gegenzug zum Verzicht auf das Vorsatzerfordernis – sogar die vollständige Streichung jeglichen Aufwendersatzes vorgeschlagen, um mögliche Bedenken gegen die Verbandsklage zu zerstreuen. Dies zeigt, dass die Verbände selbst jedenfalls die Frage des Aufwendersatzes nicht als entscheidend ansehen für die Effektivität der Vorteilsabschöpfung. Vielmehr haben derartige Verbände und Einrichtungen auch das legitime Ziel, in der Öffentlichkeit sichtbar die Interessen der Verbraucher und der Wettbewerber zu vertreten.

Der Umfang des Anspruchs ist auch hinreichend bestimmt: Der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils in den §§ 34 und 34a des Entwurfs ist deckungsgleich mit dem Vorteilsbegriff nach § 17 Abs. 4 OWiG. Für die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils können daher die zu § 17 Abs. 4 OWiG entwickelten Rechtsgrundsätze entsprechend herangezogen werden. In den Fällen, in denen sich die Kartellbehörde künftig allein auf die Sanktionierung des Kartellrechtsverstoßes beschränkt (§ 81 Abs. 5), können sich Verbände und Einrichtungen bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils als Grundlage beispielsweise an den Ermittlungen der Kartellbehörde oder des Gerichts zum erzielten Mehrerlös (vgl. § 81 Abs. 4) orientieren. Ergänzend steht dem Gericht die Möglichkeit der Schätzung des Vorteils nach § 287 ZPO zur Verfügung.

Die rechtssystematischen Bedenken des Bundesrates gegen die Anrechnungsregelung teilt die Bundesregierung nicht. Diese Vorschrift regelt – wie sich auch aus der Begründung zu Absatz 2 ergibt – nur das Verhältnis zu individuellen Ersatzansprüchen. Eine Anrechnung von Zahlungen an den Staat ist in dieser Vorschrift nicht vorgesehen. Sind jedoch Zahlungen an den Staat erfolgt, durch die der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft worden ist, so ist der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung durch Verbände oder Einrichtungen bereits nach Absatz 1 ausgeschlossen; insoweit genügt sogar bereits das Ergehen der entsprechenden Anordnung. Nur so wird verhindert, dass der wirtschaftliche Vorteil mehr als einmal herausgegeben werden muss.

**13. Zu Artikel 1 Nr. 20** (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Die Anwendbarkeit der Bagatelklausele mit einer pressenspezifisch bestimmten Umsatzschwelle von 2 Mio. Euro statt der ansonsten geltenden 10 Mio. Euro ist eine problemgerechte und moderate Anpassung dieser Aufgreifschwelle fast 30 Jahre nach Inkrafttreten der Pressefusionskontrolle.

Der Vorschlag der Bundesregierung entspricht einem breiten Konsens der betroffenen Wirtschaftskreise und wird insbesondere auch vom Verband Deutscher Lokalzeitungen, dessen Mitglieder in der Hauptsache betroffen sind, ausdrücklich unterstützt.

**14. Zu Artikel 1 Nr. 21** (§ 36 Abs. 1a, 1b GWB)

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Die vorgeschlagenen Ergänzungen der materiellen Beurteilungskriterien für Zusammenschlüsse von Zeitungsverlagen tragen den Besonderheiten der Zeitungsbranche Rechnung und erweitern deren Handlungsspielräume dann, wenn die wirtschaftliche Situation der beteiligten Zeitungen dies rechtfertigt. Die Regelungen bauen insoweit auf dem Konzept der Sanierungsfusion auf. Ziel und Konsequenz ist die Erhaltung des wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerbs auf konsolidierter Basis. Die Regelungen des GWB werden damit nach wie vor mittelbar zur Sicherung der Meinungsvielfalt beitragen. Dieser Ansatz bewegt sich weiterhin in dem von Artikel 74 Abs. 1 Nr. 16 GG gesetzten Rahmen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist dementsprechend gegeben.

Die vorgeschlagenen Vorkehrungen zur Sicherung der redaktionellen Eigenständigkeit der vom Zusammenschluss betroffenen Zeitungen beschränken sich strikt auf strukturelle Faktoren. Sie räumen dem Altverleger/Dritten eine durch Kapitalbeteiligung unterlegte starke Position im Hinblick auf wesentliche Entscheidungen im Zeitungsgeschäft ein. Die Bundesregierung teilt nicht die Einschätzung des Bundesrates, die vorgeschlagenen Regelungen führten letztlich zu einem Marktaustritt der übernommenen Zeitung. Die Zeitungslandschaft in einer Reihe bedeutender deutscher Großstädte ist seit langen Jahren durch konkurrierende Zeitungstitel aus einer Verlagsgruppe geprägt. Das ist ein Beleg für die Praxistauglichkeit des jetzt vorgeschlagenen Ansatzes. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen eine solche Verlagsstrategie zukünftig – nunmehr auf einer durch vertragliche Regelungen und Auflagen abgesicherten Grundlage – nicht mehr erfolgreich sein sollte.

Die Aufsichtsrechte und Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes bei der Festschreibung und Durchsetzung der entsprechenden Auflagen/Bedingungen sind so gestaltet, dass eine laufende Verhaltenskontrolle, die in irgendeiner Weise verfassungsrechtlich bedenklich sein könnte, von vornherein ausgeschlossen ist.

Entgegen der Auffassung des Bundesrates wird durch den vorgeschlagenen § 36 Abs. 1b ein praktikabler Missbrauchstatbestand eingeführt, der den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1a deutlich begrenzt. Diese kann nur dann zum Tragen kommen, wenn anhand geeigneter Unternehmensdaten der Nachweis für die Erforderlichkeit des zu prüfenden Zusammenschlusses für die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der erworbenen oder erwerbenden Zeitung erbracht worden ist. Anzeigen-/Beilagenlöse pro Monatsstück sind hierfür geeignete Indikatoren. Die Bundesregierung geht davon aus, dass bei einer Verbesserung des Anzeigengeschäftes, die jedenfalls im Hinblick auf die konjunkturellen Faktoren zu erwarten ist, alsbald eine deutliche Differenzierung der entsprechenden Erlöslage der einzelnen Verlage sichtbar werden dürfte.

Die gewählten Indikatoren entfalten spätestens dann ihre volle Wirksamkeit.

Die Kritik an den Regelungen zur Verhinderung regionaler Zeitungsketten ist nicht gerechtfertigt. Unbestimmte Rechtsbegriffe werden im GWB unter der Zielsetzung, einer sich häufig wandelnden Wirtschaftswirklichkeit möglichst weitgehend gerecht zu werden, häufig verwendet. Sie werden auch hier durch entsprechende Rechtsanwendungspraxis des Bundeskartellamtes und nachfolgende Rechtsprechung bald problemgerechte Konturen gewinnen.

#### 15. Zu Artikel 1 Nr. 22 (§ 38 Abs. 3 GWB)

Die Bundesregierung widerspricht dem Vorschlag.

Die Halbierung des Rechenfaktors auf 10 und die dadurch bewirkte Anhebung der Aufgreifschwelle für die Zusammenschlusskontrolle bei Presseunternehmen von 25 Mio. Euro auf 50 Mio. Euro ist fast 30 Jahre nach Inkrafttreten der Pressefusionskontrolle auch angesichts erheblich weitergehender Forderungen eine maßvolle Anpassung. Der Vorschlag hat ebenso wie die Einführung einer Bagatellklausel breite Unterstützung erfahren. Die Bundesregierung hält damit an dem Konzept pressespezifischer Aufgreifschwelle ausdrücklich fest. Die Anpassung betrifft nur Zusammenschlüsse von kleinen und mittleren Presseunternehmen untereinander. Für große Unternehmen, deren Umsätze die „normale“ Aufgreifschwelle von 500 Mio. Euro erreichen, ist sie auch im Bereich des Pressegrasso bedeutungslos. Die Kritik des Bundesrates, durch die Anhebung könne eine größere Zahl von Pressegrasso untereinander fusionieren, trifft nicht zu. Die weit überwiegende Zahl der Grossunternehmen erzielt Umsätze über 25 Mio. Euro (Durchschnitt 2002: 37,6 Mio. Euro). Damit wären auch künftig nur wenige Zusammenschlüsse von Grossisten untereinander kontrollfrei. Davon abgesehen haben solche Fusionen in der Praxis des Bundeskartellamtes selten Probleme aufgeworfen.

#### 16. Zu Artikel 1 Nr. 31 (§ 50 Abs. 2 Satz 4 – neu – GWB)

Die Bundesregierung hält die geforderte Klarstellung nicht für erforderlich.

§ 50 Abs. 2 des Entwurfs bezieht sich lediglich auf die Durchführung des förmlichen Geschäftsverkehrs mit der Europäischen Kommission oder anderen europäischen Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Netzwerks. Rein informelle Kontakte der Landeskartellbehörden mit der Europäischen Kommission oder ausländischen Wettbewerbsbehörden werden von der Vorschrift nicht erfasst. Dies wird in der Begründung zu § 50 Abs. 2 klargestellt.

#### 17. Zu Artikel 1 Nr. 32 (§ 50c GWB)

Die Bundesregierung hat grundsätzliches Verständnis für das Anliegen des Bundesrates, dass öffentliche Auftraggeber in die Lage versetzt werden sollen, die nach § 97 Abs. 4 GWB vorzunehmende Prüfung der Zuverlässigkeit von Unternehmen zeitnah auch unter Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte durchführen zu können. Dies ist im Kern jedoch eine vergaberechtliche Frage. Die Bundesregierung hält es daher für sachgerechter, dieser Prüfbite nicht im Rahmen dieser GWB-Novelle nachzukommen, sondern im Zusammenhang mit der vorgesehenen Ver-

schlankung des Vergaberechts, die das Vergaberecht umfassend auf den Prüfstand stellt (vgl. Kabinettsbeschluss vom 12. Mai 2004 über Eckpunkte für eine Verschlinkung des Vergaberechts).

#### 18. Zu Artikel 1 Nr. 41 Buchstabe a (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB)

Die Bundesregierung hält an ihrem Vorschlag fest.

Bei der Entscheidung über den einstweiligen Rechtsschutz gegen Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes und Ministererlaubnisse stehen sich die Interessen der Dritten an einem wirksamen Rechtsschutz und die Interessen der Fusionsparteien an einem raschen Vollzug der Fusion gegenüber. Derzeit haben die Interessen der Dritten im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ein übermäßiges Gewicht. Dritte können bereits dann eine Fusion durch vorläufigen Rechtsschutz blockieren, wenn sie beigeladen sind und durch die Fusion in ihren Interessen beschwert sind. Nach der Praxis des OLG Düsseldorf muss vorläufiger Rechtsschutz sogar dann gewährt werden, wenn der behauptete Rechtsverstoß eine Norm betrifft, die nicht die Belange der Dritten schützt.

Nach der Konzeption des Gesetzes sind die Dritten aber grundsätzlich weniger schutzwürdig. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kartellbehörde über die Beiladung eine Ermessensentscheidung trifft. Es gibt damit keinen Rechtsanspruch Dritter auf Beiladung und damit auf vorläufigen Rechtsschutz.

Die Fusionsparteien tragen dagegen das volle finanzielle und unternehmerische Risiko für ihr Vorhaben. Da es für die Realisierung einer Fusion häufig nur ein enges Zeitfenster gibt, bedeutet vorläufiger Rechtsschutz gegen die Freigabe in vielen Fällen die Gefahr eines endgültigen Scheiterns der Fusion. Nach der gesetzlichen Regelung haben die Fusionspartner bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht nur einen Anspruch auf Genehmigung der Fusion, sondern auch auf eine rasche verbindliche Entscheidung der Kartellbehörde. Die derzeitige Regelung stellt daher eine unangemessene, nicht interessengerechte Behinderung von Fusionen – und damit von Investitionen in Deutschland – dar.

Die Beigeladenen werden auch nicht vor vollendete Tatsachen gestellt, da die Beschwerdeberechtigung in der Hauptsache bestehen bleibt. Eine rechtswidrige Freigabe muss vom Gericht aufgehoben und die Fusion vom Bundeskartellamt rückabgewickelt werden. Dagegen besteht die Gefahr, dass die Fusionsparteien vor vollendete Tatsachen gestellt werden, wenn ihre Fusion aufgrund einer Aussetzungsentscheidung im vorläufigen Verfahren blockiert wird, obwohl sich im Nachgang womöglich die Rechtmäßigkeit der Freigabe herausstellt.

Die künftig vorgesehenen Anforderungen an die Antragsbefugnis entsprechen den Voraussetzungen des vorläufigen Rechtsschutzes im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht. Damit stellt die vorgeschlagene Regelung keinen Systembruch dar. Wenn man an der einheitlichen Behandlung von Rechtsschutz im einstweiligen Verfahren und in der Hauptsache festhalten wollte, müsste die Regelung für das Hauptverfahren entsprechend angepasst werden. Dies würde aber den Rechtsschutz Dritter gegen Freigabeentscheidun-

gen des Bundeskartellamtes und Ministererlaubnisse in noch viel stärkerem Maße einschränken.

Es ist sachgerecht, die notwendigen Änderungen für den vorläufigen Rechtsschutz in der Fusionskontrolle jetzt vorzusehen. Die am 1. Mai 2004 in Kraft getretene Fusionskontrollverordnung (VO (EG) 139/2004) führt nicht zu einem über die bereits vorgesehenen Regelungen hinausgehenden Anpassungsbedarf für das deutsche Recht, so dass nicht auf eine spätere Novelle verwiesen werden kann.

#### **19. Zu Artikel 1 Nr. 44 Buchstabe a – neu –** (§ 74 Abs. 1 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Eine Rechtsbeschwerdemöglichkeit gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Verfahren um die Anordnung der sofortigen Vollziehung von Verfügungen der Kartellbehörden gemäß § 65 GWB (Eilverfahren) wäre systemwidrig. Die Rechtsbeschwerde ist in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes im Bereich der ZPO generell ausgeschlossen. Dies ist durch Artikel 1 Nr. 21 des vom Deutschen Bundestag am 2. Juli 2004 beschlossenen 1. Justizmodernisierungsgesetzes (Bundratsdrucksache 537/04) auch für die Rechtsbeschwerde klargestellt worden. Entsprechendes gilt für das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Die Überprüfung von Eilentscheidungen durch den Bundesgerichtshof in Kartellverfahren würde dem grundsätzlichen Anliegen einer Beschleunigung und Konzentration der Verfahren widersprechen.

Für die gerichtliche Überprüfung von Auskunftsverlangen der Kartellbehörden gelten die gleichen Gesichtspunkte. Eine Rechtsbeschwerde zum letztinstanzlichen Gericht ist in solchen Verfahren, die nicht die Hauptsache betreffen, in keiner Verfahrensordnung vorgesehen.

#### **20. Zu Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe e (§ 81 Abs. 6 GWB)**

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag ab.

Die Gründe, die – abweichend vom übrigen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht – eine Verzinsungspflicht im Bereich der Kartellordnungswidrigkeiten sinnvoll erscheinen lassen, sind in der Begründung ausführlich dargelegt worden. Nur in Kartellverfahren wegen verbotener Kartellabsprachen werden regelmäßig Bußgelder in Millionenhöhe verhängt. Der Anreiz für Unternehmen, allein aus Gründen der Zinsersparnis Einspruch einzulegen, ist daher außerordentlich hoch. Die Erfahrung zeigt, dass dies auch tatsächlich geschieht. Die Zinspflicht soll diesen Anreiz zumindest einschränken.

#### **21. Zu Artikel 1 Nr. 49 (§ 82a Abs. 1, 3 – neu – GWB)**

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab.

Der Ausschluss der Staatsanwaltschaft als Verfolgungsbehörde in gerichtlichen Bußgeldverfahren wäre eine systemwidrige Abweichung von den für alle Bußgeldverfahren geltenden Regeln, insbesondere von § 69 Abs. 3 OWiG. Er wäre auch im Hinblick auf die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft, die prüfen muss, ob Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorhanden sind, sachlich nicht zu rechtfertigen. Kriminelles Verhalten ist bei wettbewerbsbe-

schränkenden Absprachen zwischen Unternehmen keine Ausnahme. Es zu ahnden ist die originäre Aufgabe der Strafverfolgungs-, nicht der Verwaltungsbehörde. Fehlentscheidungen können in diesem Bereich erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen: Wird eine Straftat lediglich als Ordnungswidrigkeit verfolgt, tritt eine Sperrwirkung ein; die Strafklage ist verbraucht. Angesichts dieser Wirkung wäre nicht zu rechtfertigen, die Staatsanwaltschaft durch die Kartellbehörde zu ersetzen.

Im Übrigen sind das Wesen des gerichtlichen Bußgeldverfahrens und dessen Unterschiede zum kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren zu beachten: Beim Bußgeldverfahren geht es um ein Sanktionsverfahren, dass sich grundsätzlich nach den Regeln der Strafprozessordnung richtet (§§ 46 Abs. 1, 71 Abs. 1 OWiG); die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Verfahren ist damit zugleich Ausdruck der verfahrensrechtlichen Kompetenz der Staatsanwaltschaft in diesem Bereich. Dass es im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren zu unterschiedlichen Entscheidungen kommen kann, liegt an den unterschiedlichen Verfahrenszwecken und würde sich auch nicht bei Annahme des Vorschlages des Bundesrats ändern, da auch in diesem Falle die Letztentscheidungskompetenz dem Gericht und nicht der Verwaltungsbehörde obläge.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung ist auch nicht aus europarechtlichen Gründen erforderlich. Die netzwerkrelevanten Vorschriften der EU-Kartellverfahrensverordnung VO (EG) Nr. 1/2003 finden im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens keine Anwendung (vgl. Artikel 35 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1/2003). Eine andere Auslegung der Verordnung erscheint zwar vertretbar, ist aber keinesfalls zwingend.

#### **22. Zu Artikel 1 Nr. 49 (§ 82a GWB)**

Die Bundesregierung hält an ihrem Vorschlag fest.

In Verfahren, in denen das Bundeskartellamt den Bußgeldbescheid erlassen hat, ist es sachgerecht, dass es selbst die Vollstreckung des Bescheids übernimmt. Die Tatsache, dass der Bescheid vom Gericht überprüft und im Ergebnis ganz oder teilweise bestätigt worden ist, stellt keinen sachlichen Grund dar, die Vollstreckung auf eine Landesbehörde zu übertragen.

Hinsichtlich der Vereinnahmung der Geldbußen bleibt die Zuständigkeit der Länder unberührt, soweit Landeskartellbehörden im Vorverfahren tätig geworden sind. So fließen beispielsweise Erlöse aus gerichtlichen Bußgeldentscheidungen, die das OLG Düsseldorf infolge von Einsprüchen gegen Bußgeldbescheide der Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen erlässt, weiterhin der Landeskasse Nordrhein-Westfalen zu. Dieses Ergebnis ist jedoch dann nicht mehr sachgerecht, wenn im Vorverfahren das Bundeskartellamt tätig geworden ist. Denn den größten Teil des Personal- und Sachaufwandes zur Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten tragen die jeweiligen Kartellbehörden, bei länderübergreifenden Sachverhalten somit das Bundeskartellamt. Es ist deshalb angemessen, dass das Aufkommen der Geldbußen, die auf das Tätigwerden des Bundeskartellamtes zurückzuführen sind, unabhängig von einer gerichtlichen Überprüfung in allen Fällen der Bundeskasse zukommt.

**23. Zu Artikel 1 Nr. 63** (§ 131 Abs. 1 und 2 GWB)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag nicht anzuschließen.

Eine Verlängerung des Bestandsschutzes von Freistellungen für Widerspruchskartelle nach § 9 Abs. 3 und 4 GWB sowie für Einzelfreistellungen nach § 10 Abs. 1 GWB auf insgesamt 5 Jahre wäre unangemessen lang. Grundsätzlich steht ein Bestandsschutz für Freistellungen ohnehin unter dem Vorbehalt des europäischen Rechts. Soweit freigestellte zwischenstaatlich relevante Vereinbarungen nicht mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sein sollten, setzt sich das europäische Wettbewerbsrecht durch. Aber auch für Freistellungen, die allein dem deutschen Recht unterfallen, erscheint eine 5-jährige Übergangsfrist zu lang. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Auslaufen der Übergangsfrist nicht den Wegfall der Freistellung zur Folge hat. Vielmehr ist innerhalb der Übergangsfrist zu prüfen, ob die betreffende Vereinbarung nach den §§ 2 oder 3 gesetzlich freigestellt ist. In den weitaus meisten Fällen wird dies der Fall sein. Dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit der Unternehmen wird durch eine einjährige Übergangsfrist hinreichend Rechnung getragen.

**24. Zu Artikel 2 Abs. 1 Nr. 1 – neu** – (§ 50 Abs. 1 Satz 1 GKG)

Die Bundesregierung unterstützt den Vorschlag nicht.

Soweit der Schutz der öffentlichen Haushalte vor unangemessenen Belastungen durch Gerichts- und Anwaltskosten oder die bloße Verhinderung unverhältnismäßig hoher Rechtsanwaltsgebühren im Vordergrund steht, wird dies im Rahmen des am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718) durch eine Begrenzung des Streit- bzw. Gegenstandswerts auf generell 30 Mio. Euro gewährleistet (vgl. § 39 Abs. 2 GKG und § 22 Abs. 2 RVG). Darüber hinausgehende Begrenzungen des Streit- und Gegenstandswerts sind nicht erforderlich.

Zwar enthält das Gerichtskostengesetz einige weitere Streit- bzw. Gegenstandswertbegrenzungen. Hauptziel ist in diesen Fällen aber, in besonders begründeten Fällen einen effektiven Rechtsschutz des Bürgers durch die Verhinderung prohibitiv hoher Gerichts- oder Anwaltskosten zu gewährleisten. Dies gilt besonders für Verfahren vor den Sozialgerichten oder bei der Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Vermögensgesetz (vgl. § 50 Abs. 2 GKG). Vergleichbare Gründe sind für eine zusätzliche Streitwertbegrenzung im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht erkennbar.

**25. Zu Artikel 2 Abs. 7 Nr. 2 und 3** (§ 8 Abs. 3 Satz 8 und 9 PBefG)  
**und Abs. 8 Nr. 2 und 3** (§ 12 Abs. 7 Satz 2 und 3 AEG):

Die Bundesregierung stimmt der vorgeschlagenen Änderung zu.