

Newsletter

Kartellrecht

Kartellrecht

Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 8. GWB-Novelle

I. Einführung

Bundesrat und Bundestag haben am 6./7. Juni 2013 die 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ("8. GWB-Novelle") verabschiedet. Die 8. GWB-Novelle kommt erheblich später als erwartet, da der Verabschiedung zähe Verhandlungen zwischen Regierung und Opposition im Vermittlungsausschuss vorausgegangen waren. Die neuen Regelungen sind am 30. Juni 2013 in Kraft getreten. Im Folgenden geben wir einen Überblick über die wichtigsten kartellrechtlichen Neuerungen.

II. Inhalt der 8. GWB-Novelle

1. Missbrauchsaufsicht

a) Neufassung der Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht

Die bestehenden Vorschriften für die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen werden im neuen GWB übersichtlicher strukturiert: § 18 GWB n.F. wird zukünftig eine für das gesamte GWB geltende Definition der "Marktbeherrschung" sowie die entsprechenden Vermutungstatbestände enthalten, § 19 GWB n.F. betrifft das Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen für marktbeherrschende Unternehmen, § 20 GWB n.F. Verhaltensregeln für Unternehmen mit relativer Marktmacht. Inhaltlich ergeben sich im Vergleich zum bislang geltenden Recht keine wesentlichen Änderungen. Die 8. GWB-Novelle lässt insbesondere die bisherigen Regelungen zur Missbrauchskontrolle marktstarker Unternehmen (§ 20 GWB a.F.) unangetastet. Marktstarke Unternehmen unterliegen im

Anwendungsbereich des GWB daher auch weiterhin einer im Verhältnis zum europäischen Kartellrecht strengeren Kontrolle.

b) Höhere Marktanteilsschwelle bei Vermutung der Einzelmarktbeherrschung

Die GWB-Novelle hebt die Marktanteilsschwelle, ab deren Überschreiten vermutet wird, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Position besitzt, von einem Drittel auf 40% an (§ 18 Abs. 4 GWB n.F.). Begründet wird dies damit, dass die Annahme einer Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von nur einem Drittel nach neueren ökonomischen Erkenntnissen nur selten gerechtfertigt ist. Mit Anhebung der Marktanteilsschwelle wird die bisherige Vermutung zudem an die aktuelle Praxis des Bundeskartellamts sowie an die etablierte Praxis auf Ebene der EU angepasst.

c) Verankerung des Verbots der Kosten-Preis-Schere

Das bisher in § 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 GWB a.F. geregelte Verbot der sog. Kosten-Preis-Schere ("margin squeeze"/ "price squeeze") wird dauerhaft ins GWB übernommen. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB n.F. ist es einem marktstarken Unternehmen untersagt, bei der Belieferung kleinerer und mittlerer Wettbewerber, mit denen es auf den nachgelagerten Absatzmärkten in Wettbewerb steht, höhere Preise als diejenigen Preise zu verlangen, die es selbst auf dem Markt von seinen Endkunden fordert. Der Gesetzgeber hat hier insbesondere die Mineralölwirtschaft im Auge: Das Verbot der Kosten-Preis-Schere untersagt es großen Mineralölkonzernen beispielsweise, freie Tankstellen zu höheren Preisen zu beliefern, als sie die Konzerne selbst an ihren eigenen Tankstellen von den Verbrauchern verlangen.

d) Verlängerung von Sondervorschriften

Das Verbot des auch nur gelegentlichen Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis wird um weitere 5 Jahre bis zum 31.12.2017 verlängert. Hintergrund der Verlängerung ist, dass dem Verbot des Lebensmittelverkaufs unter Einstandspreis im Einzelhandel eine nicht unerhebliche Präventionswirkung zugeschrieben wird. Ebenfalls verlängert werden die Regelungen zur verschärften Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung in § 29 GWB, mit deren Hilfe der Wettbewerb im Energiesektor gestärkt werden soll.

2. Zusammenschlusskontrolle

a) Übernahme des SIEC-Tests aus dem europäischen Fusionskontrollrecht

Die 8. GWB-Novelle gleicht die deutschen Vorschriften zur materiellen Zusammenschlusskontrolle an die Regelungen der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) an. Bislang prüfte das Bundeskartellamt, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wurde (sog. Marktbeherrschungstest). Lagen diese Voraussetzungen vor, konnte der Zusammenschluss nicht genehmigt werden. Nach der europäischen FKVO ist ein Unternehmenszusammenschluss dann zu untersagen, wenn er eine "erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs" (*significant impediment to effective competition* – SIEC) befürchten lässt. Die 8. GWB-Novelle übernimmt den sog. SIEC-Test ins GWB (§ 36 Abs. 1 S. 1 GWB n.F.).

Der bisherige Marktbeherrschungstest wird wie im europäischen Recht als Regelbeispiel für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung erhalten bleiben und deshalb in der Praxis weiterhin von Bedeutung sein. Daher werden die geltenden bzw. angepassten Marktbeherrschungsvermutungen (vgl. oben) auch im Fusionskontrollrecht weiter eine Rolle spielen. Das Bundeskartellamt und der Gesetzgeber erhoffen sich aber größere Freiheit hinsichtlich der ökonomischen und ökonometrischen Methodik der Prüfung komplexer Zusammenschlussvorhaben.

b) Angleichung der Nebenbestimmungen an das europäische Recht

Darüber hinaus werden die Regeln über Nebenbestimmungen zu fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen an die FKVO angeglichen. Neben Veräußerungszusagen sind daher auch Verhaltenszusagen möglich, solange sie nicht zu einer

laufenden Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt führen (§ 40 Abs. 3 GWB n.F.).

c) Anmeldepflicht auch bei Zusammenschlüssen auf Bagatellmärkten

Zusammenschlüsse von Unternehmen, die auf Bagatellmärkten tätig sind, sind zukünftig nicht mehr von der Anmeldepflicht beim Bundeskartellamt ausgenommen. Die sog. Bagatellmarktklausel führte bisher dazu, dass Unternehmenszusammenschlüsse auf gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Märkten mit einem Gesamtvolumen von unter 15 Millionen € nicht angemeldet werden mussten. Nun wird diese Regelung in § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. und damit von der formellen in die materielle Fusionskontrolle verschoben. Solche Zusammenschlüsse sind damit zwar anmeldepflichtig, können aber nicht wegen ihrer Auswirkungen auf dem Bagatellmarkt vom Bundeskartellamt untersagt werden. Die Neuregelung erhöht damit die Rechtssicherheit für Unternehmen, weil die Frage der Abgrenzung des für die Anwendung der Klausel relevanten Marktes in der Praxis häufig mit Unsicherheiten belastet war. Sie führt aber auch dazu, dass zukünftig wieder mehr Vorhaben angemeldet werden müssen, obwohl sie gesamtwirtschaftlich betrachtet nicht bedeutsam sind.

d) Einführung der sog. Zusammenrechnungsklausel aus dem europäischen Recht

Die 8. GWB-Novelle übernimmt die sog. Zusammenrechnungsklausel aus dem europäischen Recht. Danach werden mehrere Erwerbsvorgänge zwischen den gleichen Unternehmen, die innerhalb von zwei Jahren vollzogen werden, künftig als ein zusammenhängender Vorgang gewertet (§ 38 Abs. 5 GWB n.F.). Mithilfe dieser Regelung soll Umgehungsversuchen entgegengewirkt werden: zukünftig ist es nicht mehr möglich, durch eine zeitlich versetzte Abwicklung eines einheitlichen Erwerbsvorgangs die erst im Jahr 2009 neu eingeführte Inlandsumsatzschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu unterlaufen.

e) Änderungen beim Vollzugsverbot

Der Verstoß gegen das Verbot, einen Zusammenschluss vor Freistellung durch das Bundeskartellamt zu vollziehen (sog. Vollzugsverbot), führt zivilrechtlich lediglich zu einer schwebenden (und nicht zu einer endgültigen) Unwirksamkeit des Zusammenschlusses. Die Möglichkeit, dies durch eine spätere Anmeldung und das folgende Entflechtungsverfahren zu heilen, ist nun explizit klar gestellt (§ 41 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB n.F.). Dies ändert

jedoch nichts daran, dass das Bundeskartellamt auch weiterhin die Befugnis besitzt, bei Verstoß gegen das Vollzugsverbot Bußgelder zu verhängen.

Zusammenschlüsse im Rahmen öffentlicher Übernahmeangebote dürfen künftig sofort vollzogen werden, wenn der Erwerb unverzüglich beim Bundeskartellamt angemeldet und die mit den Anteilen erworbenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden (§ 41 Abs. 1 a GWB n.F.). Die neue Regelung soll für größere Rechtssicherheit bei börslichen Massengeschäften sorgen und das GWB zudem an das europäische Fusionskontrollrecht angleichen.

f) Ausnahme bei kommunalen Gebietsreformen

Die Zusammenlegung von öffentlichen Einrichtungen und Betrieben, die im Zuge einer kommunalen Gebietsreform erfolgt, unterliegt nicht der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB (§ 35 Abs. 2 GWB n.F.).

3. Neuerungen im Bereich der Presse

a) Erleichterungen von Pressefusionen

Gemessen an ihren Umsätzen waren Zusammenschlüsse von im Pressebereich tätigen Unternehmen bislang unter sehr niedrigen Voraussetzungen Gegenstand der Fusionskontrolle. Bei der Berechnung der für die Anmeldepflicht maßgeblichen Umsatzschwellen legte das GWB bisher eine Multiplikation der Unternehmensumsätze mit dem Faktor 20 zugrunde. Nach der Neuregelung der 8. GWB-Novelle wird der Multiplikationsfaktor in § 38 Abs. 3, 1. Halbsatz GWB n.F. nun auf 8 reduziert. Dies führt dazu, dass Pressefusionen künftig sehr viel seltener beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssen, da die erforderlichen Umsatzschwellen deutlich schwerer zu erreichen sind. Darüber hinaus definiert die GWB-Novelle in § 36 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. die Voraussetzungen für sog. Sanierungsfusionen im Pressebereich. Damit soll die Übernahme kleiner und mittlerer Unternehmen mit finanziellen Schwierigkeiten ermöglicht werden, auch wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führt.

b) Absicherung des Presse-Grosso-Vertriebs

Die 8. GWB-Novelle nimmt die Branchenvereinbarungen von Presseverlagen einerseits und ihren Abnehmern andererseits vom Kartellverbot des § 1 GWB aus (§ 30 Abs. 2 a GWB n.F.). Der Vertrieb von Presseerzeugnissen erfolgt in Deutschland über mittelständische Händler (Pressegrossisten), die die Presseerzeugnisse an Letztverkäufer veräußern. Die Preisverhandlungen zwischen Grossisten und den

Verlagen werden dabei zentral über den Verband "Presse-Grosso" geführt. Dieses System, dessen kartellrechtliche Zulässigkeit zuletzt in Frage stand, wird durch die Novelle nun gesetzlich abgesichert. Hintergrund ist, dass es nach Auffassung des Gesetzgebers die flächendeckende Verbreitung auch kleinerer Titel und damit die kulturelle Vielfalt in der Medienlandschaft schützt.

4. Beschränkte Missbrauchskontrolle bei der Wasserversorgung, "Flucht ins Gebührenrecht"

Die GWB-Novelle überführt die bisher noch in einer alten Fassung des GWB geregelten, aber weiterhin gültigen Sonderregeln zur Wasserwirtschaft in § 31 ff. GWB n.F. Von besonderer praktischer Bedeutung war dabei in jüngerer Zeit die Missbrauchsaufsicht, insbesondere in Bezug auf die Höhe der Wasserpreise. Gerade diese wird aber künftig voraussichtlich an Bedeutung verlieren. Denn ausdrücklich schließt § 130 Abs. 1 GWB n.F., der erst im Vermittlungsausschluss in die GWB-Novelle aufgenommen wurde, künftig die Anwendung der Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht für alle "öffentlich-rechtlichen Gebühren und Beiträge" aus. Das Bundeskartellamt kann daher zukünftig beispielsweise die Höhe der Wassergebühren und Beiträge, die von einem öffentlich-rechtlich organisierten Wasserversorger erhoben werden, nicht mehr überprüfen. Wasserpreise privatrechtlich ausgestalteter kommunaler Versorgungsunternehmen bleiben hingegen überprüfbar. Aus diesem Grund wird erwartet, dass Kommunen vermehrt eine "Flucht in das Gebührenrecht" vornehmen werden.

Klargestellt wird zudem in § 31 Abs. 5 GWB n.F., dass kommunale Wasserversorgungsunternehmen Durchleitungs- und Entnahmeansprüche anderer Unternehmen, die Wasser durch ihr Versorgungsnetz durchleiten wollen, unter Berufung auf technische oder hygienische Gründe ablehnen können.

5. Anwendung des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen

Die Frage, inwieweit gesetzliche Krankenkassen dem GWB unterfallen sollen, war ein Hauptstreitpunkt im Vermittlungsausschuss. Nach dem schließlich gefundenen Kompromiss kann das Bundeskartellamt zwar ein Zusammenschlussvorhaben gesetzlicher Krankenkassen fusionskontrollrechtlich prüfen. Beabsichtigt es jedoch eine Untersagung des Zusammenschlusses, muss es mit der für die Krankenkassen zuständigen Aufsichtsbehörde "das Benehmen" herstellen (§ 40 Abs. 4 GWB n.F.).

Bei Klagen gegen ein ergangenes Fusionsverbot sind die Sozialgerichte zuständig.

Im Vermittlungsausschuss vollständig gestrichen wurde die Regelung, wonach u.a. die §§ 1 bis 3, 19 bis 21 GWB für Krankenkassen entsprechend gelten sollten. Damit bleibt es bei der selektiven Anwendung des Kartellrechts ausschließlich auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, wie sie in § 69 Sozialgesetzbuch V derzeit geregelt ist.

6. Verbesserung der Position von Verbänden

Verbänden soll zukünftig eine stärkere Rolle bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts zukommen. Dabei wird zum einen klargestellt, dass auch Verbände der Marktgegenseite eines Kartells klagebefugt sind (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.). Zum anderen werden in Anlehnung an das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Verbraucherschutzverbände ausdrücklich als klagebefugt aufgenommen. Sie können nunmehr ebenfalls Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen kartellrechtswidrig handelnde Unternehmen gerichtlich geltend machen (§ 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB n.F.).

7. Neuerungen bei Sanktionsbefugnissen, Kartellverfahrens- und Bußgeldrecht

a) Zulässigkeit struktureller Maßnahmen

In Angleichung an das europäische Recht stellt § 32 Abs. 2 GWB n.F. ausdrücklich klar, dass das Bundeskartellamt berechtigt ist, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch strukturelle Maßnahmen ("Entflechtung") anzuordnen. Dies war bislang in Literatur und Praxis umstritten. Voraussetzung für die Zulässigkeit struktureller Abhilfemaßnahmen ist jedoch, dass diese auch erforderlich sind. Es dürfen daher keine verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen denkbar sein, die das betroffene Unternehmen gleich oder weniger stark belasten.

b) Rückerstattungsaufforderung

Das Bundeskartellamt ist künftig explizit befugt, die Rückerstattung aller Vorteile zu verlangen, die Unternehmen unter Verstoß gegen das Kartellrecht erwirtschaftet haben (§ 32 Abs. 2a GWB n.F.).

c) Verhängung von Geldbußen gegen Rechtsnachfolger

Die Verhängung einer Geldbuße gegen einen Gesamtrechtsnachfolger wird in § 30 Abs. 2a OWiG n.F. nun ausdrücklich ermöglicht. Die GWB-Novelle schließt damit eine bislang bestehende Regelungslücke, die in einem Verfahren beim BGH im Jahr 2011 offenkundig

geworden war, bei dem ein kartellbeteiligtes Unternehmen zwischen Tat und Bußgeldentscheidung zunächst veräußert wurde, und das entsprechende Vermögen dann im Vermögen des Erwerbers aufgegangen war. Diese Änderung wird nicht nur für kartellrechtliche, sondern auch für Bußgelder in anderen Bereichen Bedeutung haben.

d) Zuständigkeit für Schadensersatzklagen

Für kartellrechtliche Schadensersatzklagen sind zukünftig die allgemeinen Zivilkammern der Landgerichte zuständig. Die bisherige Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen entfällt (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 Gerichtsverfassungsgesetz n.F.).

e) Auskunftsverlangen im Rahmen der Bußgeldbemessung

In Angleichung an die Befugnisse der Europäischen Kommission erhält das Bundeskartellamt das Recht, im Zusammenhang mit Bußgeldverfahren von Unternehmen Auskünfte über ihren Gesamtumsatz in den letzten fünf Geschäftsjahren zu verlangen (§ 81 a GWB n.F.). Diese Informationen sind insbesondere bei der Bemessung von Bußgeldern relevant. Mit Hilfe der neuen Auskunftspflichten soll der Abschluss von Kartellverfahren beschleunigt werden, da zusätzliche Ermittlungsanstrengungen des Bundeskartellamts im Rahmen der Ermittlung der Höhe von Geldbußen unterbleiben können.

Ihr Ansprechpartner bei BRP

Dr. Martin Beutelmann, LL.M.
Rechtsanwalt

BRP Renaud & Partner
Königstraße 28
D 70173 Stuttgart

Tel.: +49 711 16445-322
Fax: +49 711 16445-105
martin.beutelmann@brp.de