

# 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 Freistellungsvoraussetzungen des Art. 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 Art. 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 Art. 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 Fusionskontrolle 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 (Art. 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 aufrecht zu erhalten.

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 Art. 82 EG. Von dieser Möglichkeit wird auch weiterhin Gebrauch gemacht. Die Bestimmungen in § 19 zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen stimmen zwar weitgehend mit Art. 82 EG überein, enthalten zum Teil aber auch spezielle Regelungen über Art. 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 Art. 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 Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Gerichtliches Verfahren). Eine bundesgesetzliche Regelung ist auch im Sinne des Art. 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 auf Grund des erweiterten Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 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 Art. 81 EG. Ihre Definition insbesondere durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs 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 11.12.1980, „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 in Frage 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 Zwischenstaatlichkeitsklausel 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 aufrecht zu erhalten. 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 Art. 81 Abs. 1 EG sind etwa enthalten in den Leitlinien zu horizontalen Vereinbarungen (ABl. C 3 vom 06.01.2001; S. 2) oder zu vertikalen Vereinbarungen (ABl. C 291 vom 13.10.2000; S. 1) ebenso wie in speziellen sektorspezifischen Regelungen. Maßstäbe für die Verwaltungspraxis der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG enthält auch die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (sog. de-minimis-Bekanntmachung, ABl. C 368 vom 22. 12. 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 Art. 81 Abs. 1 EG (dazu siehe aa),
  - Schaffung einer dem Art. 81 Abs. 3 EG entsprechenden **Generalklausel für die Freistellung** von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen (dazu siehe bb),
  - **Aufhebung der meisten speziellen Freistellungstatbestände** im bisherigen deutschen Recht mit Ausnahme einer Sonderregelung für die **Freistellung von Mittelstandskartellen** (dazu siehe 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 dd),
  - Beseitigung des bisherigen Verfahrens der grundsätzlichen Administrativfreistellung und **Einführung des Systems der Legalausnahme** wie im europäischen Recht (dazu siehe ee).
- aa) Bereits im Rahmen der 6. Novelle des GWB wurde der Wortlaut des Kartellverbots im bisherigen § 1 an Art. 81 Abs. 1 EG angeglichen. Die Angleichung erfasste jedoch nur Horizontalvereinbarungen. Entsprechend Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG. Daher sind bei der Auslegung und Anwendung von § 1 auch die Regelbeispiele des Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG) sowohl horizontale wie auch vertikale Preis- und Konditionenbindungen. Dagegen unterscheiden sich die Anwendungsbereiche beider Vorschriften. Art. 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 Art. 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 deutschem 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 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (sog. Vertikal-GVO, ABl. L 336 vom 29.12.1999; 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 wettbewerbschädlichen 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 Art. 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 Buchstabe bb. Zum Verbot der Preisbindung, das bisher in § 14 geregelt war, siehe § 4 (unten 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 Art. 81 Abs. 3 EG** vor. Das bisherige deutsche Recht verfolgt den Ansatz kasuistisch ausgestalteter Tatbestände, ergänzt um einen Auffangtatbestand, der sich bereits an Art. 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 Rechtssicherheit, 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 aa) muss auch bei der Ausgestaltung der Freistellungstatbestände die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene angemessen berücksichtigt werden. Angesichts der obligatorischen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts parallel zum nationalen Wettbewerbsrecht bei allen Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug (vgl. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003) und angesichts des Vorrangs des nun als Legalausnahme anzuwendenden Art. 81 Abs. 3 EG gegenüber entgegenstehendem – auch strengerem – nationalem Wettbewerbsrecht erscheint für das deutsche Recht die Aufrechterhaltung eines vom Generalklauselprinzip des Art. 81 Abs. 3 EG abweichenden Systems nicht mehr sachgerecht. § 2 übernimmt daher die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 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 Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Dadurch bleibt die **Einheitlichkeit des deutschen Wettbewerbsrechts** sichergestellt.

Entsprechend Art. 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 andern 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 Art. 81 Abs. 3 EG ergangene Rechtsprechung und Praxis.

Eine zentrale Bedeutung bei der Anwendung von Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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. Art. 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.

Art. 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 Art. 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. Art. 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 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. L 304 vom 05.12.2000; S. 3);  
Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 vom 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L 304 vom 05.12.2000; S. 7).
- für vertikale Vereinbarungen:  
Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 336 vom 29.12.1999; S. 21);
- für einzelne Sektoren:  
Verordnung (EG) Nr. 358/2003 vom 27.02.2003 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor (ABl. L 53 vom 28.02.2003; S. 8);  
Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 vom 31.07.2002 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugssektor (ABl. L 202 vom 01.08.2002; S. 30).

Von Bedeutung ist ferner die neue Verordnung (EG) Nr. 772/2004 vom 27.04.2004 betreffend **Technologietransfervereinbarungen** (ABl. L 123 vom 27.04.2004; S. 11). Die bisherige Verordnung (EG) Nr. 240/96 vom 31.01.1996 (ABl. L 031 vom 09.12.1996; 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 Art. 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 Frei-

stellungsvoraussetzungen in Art. 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 Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, dort insbesondere Nr. 6 (Rdn. 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 Art. 81 EG, den die deutschen Kartellbehörden und Gerichte zumindest parallel zum deutschen Wettbewerbsrecht anwenden müssen. Wegen des erweiterten Vorrangs nach Art. 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 Art. 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 Art. 81 Abs. 3 EG. Eine spezielle Regelung enthält die GVO über die Anwendung von Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Auslegungsgrundsätze zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen entwickelt (vgl. Rdn. 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 Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen (Rdn. 130). Bei kumulierten Marktanteilen jenseits dieser Grenze ist eine eingehendere Betrachtung des Einzelfalls erforderlich (Rdn. 131). Nach den Leitlinien wird dabei – anders als nach dem bisherigem § 4 Abs. 2 – ein über den Einzelfall hinausgehender Bezugswang nicht als grundsätzlich unzulässig angesehen (Rdn. 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 Freistellungs Voraussetzungen des Art. 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 Art. 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, Ziff. 38 bis 41 aufgezeigt (vgl. auch 13. Wettbewerbsbericht, Ziff. 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 Art. 81 Abs. 3 EG angelehnten Auffangtatbestand geschaffen. Gleichwohl erfolgte keine vollständige Angleichung an den Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EG. So wurde zum Beispiel auf die Übernahme des in Art. 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 Art. 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 wettbewerblicher 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 (Rdn. 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 Freistellungstatbestands nach § 2 Abs. 1 erfüllt sind. Bei Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen überwiegen häufig die positiven Wirkungen auf den Wettbewerb, so dass 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 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 Art. 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 Marktanteilsgrenzen, 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 wettbewerblichen 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 Art. 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 Art. 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 Legalaus-**

**nahme** 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 wettbewerblich 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 Art. 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 wettbewerblich problematische Märkte oder Vertragstypen verschaffen will, hat es in Zukunft die Möglichkeit einer Enquête (§ 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 aa),
  - Klarstellung, dass im Rahmen der **räumlichen Marktabgrenzung** der relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes (dazu siehe bb),
  - **Abschaffung der besonderen Regelungen über Preisempfehlungen** in den bisherigen §§ 22 und 23 (dazu siehe cc).
- aa) Der erweiterte Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt nicht für die **Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten**. Art. 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 Art. 82 EG in verschiedener Hinsicht präziser, etwa mit Blick auf die Entgeltspflicht oder die Beweislastregelung im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Mitbenutzung einer wesentlichen Einrichtung. Gleiches gilt für das **Diskriminierungs- und Behinderungsverbot nach § 20**,

insbesondere auch soweit es – über Art. 82 EG hinausgehend – den Schutz abhängiger kleiner und mittlerer Unternehmen bezweckt. Diese Vorschrift erfüllt eine wichtige wettbewerbs- 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 Art. 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 Bundesgerichtshofs vom 24. Oktober 1995 (Backofenmarkt) klarzustellen, dass bei der Prüfung der Marktbeherrschung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem **ökonomisch relevanten Markt** zugrundegelegt 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 Geltungsbereiches 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. BT-Drs. 13/9720; Nr. I. 3 c) 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. BT-Drs. 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 Marktbegriff 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 wettbewerbsbeschränkender 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 Art. 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 Art. 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 Zweiteilung 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. Art. 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 Art. 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 Art. 81 EG (dazu siehe aa),
  - Einführung einer **Verpflichtung zur europafreundlichen Anwendung** dieses Gesetzes (dazu siehe bb).
- aa) In Übereinstimmung mit Art. 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 Art. 81 EG möglich ist**. Entsprechendes gilt nach § 22 Abs. 3 – in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 1 Satz 2

VO 1/2003 – für nach Art. 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 Wettbewerbsrechts 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 Art. 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 Art. 81 EG das Kriterium der **Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels**, bei missbräuchlichen Verhaltensweisen zusätzlich die Erfüllung der Verbotsvoraussetzungen des Art. 82 EG. Die Kommission hat die Kriterien für die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in ihrer Mitteilung (ABl. C 101 vom 27.04.2004; S. 81) näher konkretisiert.

Von erheblicher Bedeutung ist insbesondere die **erweiterte Vorrangregelung** des Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG verboten oder nach Art. 81 Abs. 3 EG von diesem Verbot freigestellt sind. § 22 Abs. 2 Satz 1 stellt – in Übereinstimmung mit Art. 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 **milderen deutschen Rechts**, insbesondere bei Ausnahmefällen, 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 Anwendungs verpflichtung des Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 3 Abs. 3 der VO 1/2003 gelten die §§ 22 Abs. 1 bis 3 nicht, wenn das Bundeskartellamt oder deutsche Gerichte die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle anwenden oder soweit die Anwendung von Bestimmungen des deutschen Rechts betroffen ist, die überwiegend ein von Art. 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. Art. 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 Gerichtshofs 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 Grundsätze 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 Art. 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 Art. 81 EG kennt keine dem bisherigen GWB entsprechenden bereichsspezifischen gesetzlichen Ausnahmereiche bzw. Sonderregelungen. Wegen der Pflicht zur Anwendung und des

Vorrang 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 (bisheriger § 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 Ausnahmereiche 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 Legalausnahme des Art. 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 Buchst. h Doppelbuchst. 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 aa),

- **Neufassung der Regelung über einstweilige Maßnahmen** bei gleichzeitiger Einführung einer zeitlichen Befristung (dazu siehe bb),
  - **Einführung des Instruments von Verpflichtungszusagen** wie im europäischen Recht (dazu siehe cc),
  - Einführung der Möglichkeit einer **Entscheidung der Kartellbehörde**, dass **kein Anlass zum Tätigwerden** besteht (dazu siehe dd),
  - Möglichkeit des **Entzugs einer gruppenweisen Freistellung** im Falle einer nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbaren **Gruppenfreistellungsverordnung** (dazu siehe ee),
  - Schaffung einer **Enquêtebefugnis für das Bundeskartellamt** (dazu siehe 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 (Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 81 Abs. 1 oder Art. 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 zugrundeliegenden Sach- und Rechtslage eintritt.

Die Unternehmen haben **keinen Anspruch** gegen die Kartellbehörde auf Erlass einer Entscheidung nach § 32c. Dies entspricht dem Grundgedanken des Systems 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) Art. 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 Art. 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, **Enquêteuntersuchungen** durchzuführen. Auch diese Befugnis entspricht dem europäischen Recht (Art. 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 Art. 17 VO 1/2003 kann das Bundeskartellamt Enquêteuntersuchungen 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 Enquêteuntersuchung 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 Enquêteuntersuchung sein.

Enquêteuntersuchungen können daher auch dazu beitragen, eine Lücke zu schließen, die sich in der bisherigen Praxis ergeben hat, wenn sich Unternehmen 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 Enquêteuntersuchungen 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 aa),
  - **Erweiterung der bisherigen Mehrerlösabschöpfung** durch die Kartellbehörde zu einer Abschöpfung des ab dem Verstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils (dazu siehe bb),
  - **Einführung einer Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen** (dazu siehe 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 **Schutzgesetz erfordernis**, 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 20.06.2001; Rechtssache C-453/99; Rdn. 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 weiter zu geben. 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 in Frage 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 Ahndungscharakter 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, Rdn. 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 auszuschreiben.

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<sup>36</sup> 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 Anzeigenbereich erweitert** (§ 31; vgl. hierzu unter aa). Zum zweiten werden durch eine **moderate Anhebung der Aufgreifschwelle** und die Einführung einer **Bagatellklausel** die kontrollfreien Spielräume für Fusionen leicht erweitert (hierzu unter bb). Darüber hinaus werden drittens **Zusammenschlüsse von Zeitungsverlagen trotz Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht** (hierzu unter 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 Selbständigkeit im Verlagswesen 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 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 in Frage 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 Art. 81 Abs. 1 EG beschränken, sind nur nach den restriktiveren Vorgaben des Art. 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 pressespezifischen 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 aufrechtzuerhalten, 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 aa),
  - **Stärkung der Position der Landeskartellbehörden** durch Ermächtigung zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts (dazu siehe 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 Art. 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. Art. 9 und Art. 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 Art. 81 und 82 EG insoweit zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Art. 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 Art. 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 Art. 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 zugrundelegen 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 Art. 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 (Art. 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 europäischen Wettbewerbsbehörden (dazu siehe aa),
  - Schaffung einer **Rechtsgrundlage für die sonstige Zusammenarbeit des Bundeskartellamts** mit nicht-deutschen Wettbewerbsbehörden (dazu siehe bb),
  - **Rechtliche Absicherung des Informationsaustauschs zwischen den Kartellbehörden und den Regulierungsbehörden** sowie sonstigen deutschen Behörden (dazu siehe 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 aa),
  - **verfahrensrechtliche Verbesserungen**, die Zweifelsfragen beseitigen und den Verfahrensablauf insgesamt effizienter gestalten (dazu siehe 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 unangetastet 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 vorzugswürdig.

- 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 aa),
  - die **Verschärfung des Bußgeldrahmens und Einführung einer Zinspflicht für Bußgelder** bei Verstößen gegen das Kartellrecht (dazu siehe bb),
  - die Regelung über besondere **Befugnisse und Zuständigkeiten der Kartellbehörde im gerichtlichen Bußgeldverfahren** (dazu siehe 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 Zumessung 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 diene.

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 schlechterstellt, 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 Verschlechterungsverbot 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 BGleiG 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 BGleiG 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 wettbewerbsbeschränkenden 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 Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG ergangenen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulegen 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. Art. 81 Abs. 2 EG).

#### **Zu Nummer 4 (§§ 2 bis 4)**

##### **Zu § 2 (Freigestellte Vereinbarungen)**

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

Absatz 1 übernimmt im Kern die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG. Wie im Rahmen der Verbotsnorm des § 1 gelten die Freistellungsvoraussetzungen 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 Freistellungsvoraussetzungen 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. Art. 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 27.04.2004 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 evtl. Änderungen der GVO keine Schwierigkeiten mit der Übernahme in das deutsche Recht zu erwarten.

Wie im europäischen Recht (Art. 2 VO 1/2003) liegt die Beweislast dafür, dass die Freistellungsvoraussetzungen 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

---

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

wirkender Wettbewerbsbeschränkungen. Liegen die Voraussetzungen des neuen § 3 vor, so ist davon auszugehen, dass die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 erfüllt sind (gesetzliche Fiktion). 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 (Art. 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 Art. 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 Art. 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 ausgenommen. Über die Anwendung der §§ 1 und 2, die Art. 81 Abs. 1 und 3 EG nachgebildet sind, gelten die Regeln des europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere Art. 4 Buchst. a Vertikal-GVO (vgl. § 2 Abs. 2), entsprechend. Danach gilt die Freistellung, soweit es sich um eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG handelt, nur bis zu einem

Marktanteil bis 30% (Art. 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 (neuer Satz 3)**

In dem neuen Satz 3 wird klargestellt, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Zugrundzulegen 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 Art. 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 an Hand der allgemeinen Kriterien von § 2 Abs. 1 bzw. Art. 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 Art. 3 VO 1/2003. Zugleich macht sie von der in Art. 3 VO 1/2003 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, die Anwendung des nationalen Rechts parallel zum europäischen Recht zu regeln.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 bezieht sich auf die Regelung in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003. Ausgangspunkt dieser Vorschrift ist, dass bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen oder Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG immer das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden ist. Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG beizubehalten. In diesen Fällen kann aber einzelstaatliches Wettbewerbsrecht nur parallel und gemeinsam mit Art. 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 Art. 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 Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003. Danach dürfen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, die zwischenstaatlich relevant sind und die nicht nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten oder nach Art. 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 Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 gilt nicht für die Anwendung strengerer nationalen Wettbewerbsrechts auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 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 Art. 82 EG – weitergehende Missbrauchsaufsicht gegenüber marktstarken Unternehmen (vgl. § 20). Dies entspricht auch Erwägungsgrund 8 der VO 1/2003.

Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 erfasst nach seinem Wortlaut nicht den Vorrang strengerer europäischen Rechts gegenüber milderem nationalen Wettbewerbsrecht. Dieser Vorrang ist jedoch in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte anerkannt; er bleibt von den Regelungen in Art. 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 Gerichtshofs 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 deutschen Recht durch.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 bezieht sich auf die Regelung in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003. Danach haben die Kartellbehörden und Gerichte auf von Art. 82 EG verbotene Verhaltensweisen im Falle der Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes auch Art. 82 EG anzuwenden. Der Anwendungsbefehl des Absatzes 3 betrifft somit Verhaltensweisen, die zum einen zwischenstaatlich relevant sind und gleichzeitig die Verbotsvoraussetzungen des Art. 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 Art. 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 Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 durch Satz 3 zusätzlich klargestellt, dass die Anwendung von gegenüber Art. 82 EG strengeren Vorschriften dieses Gesetzes unberührt bleibt.

### **Zu Absatz 4**

Entsprechend Art. 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 Art. 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 Gerichtshofs 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 Art. 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; Art. 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 Legalausnahme 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 Änderung (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 Kriterien des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 81 EG) beurteilt. Vereinbarungen in diesem Bereich haben in der Regel zwischenstaatliche Auswirkungen, so dass 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 in Frage. 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 Art. 81 Abs. 3 EG bzw. des § 2 Abs. 1 vorliegen. Im Ergebnis bedeutet dies keine substantielle Änderung der Rechtslage, da der bisher anzuwendende § 7 dem Art. 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 Konsortialgeschäften der Kreditinstitute und im Rückversicherungsgeschäft wird ebenfalls nicht in Frage 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 Art. 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 Wettbewerbsrecht 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 Art. 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 Ausnahmereichs keine Berechtigung mehr.

Durch die künftige Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts werden die Bildung und Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften und ihre gegenwärtige Organisationsform nicht in Frage 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 (Art. 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 Art. 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 in Frage 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 in Frage 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 Art. 81 EG oder sind nach Art. 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 Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG beschränkt, kommt eine Freistellung nur unter den restriktiveren Bedingungen des Art. 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 (Art. 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 Art. 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 Art. 7 Abs. 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 auszurichten 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 Art. 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 (Art. 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 (Art. 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 Art. 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 Art. 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 (Art. 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 Art. 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 § 32 c**

Stellt die Kartellbehörde fest, dass in einem Einzelfall die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 4, 19 bis 21 oder Art. 81 Abs. 1 oder Art. 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 Art. 81 Abs. 1 EG verbotene Vereinbarung oder Verhaltensweise gemäß § 2 oder Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt ist. Diese Regelung entspricht Art. 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 § 32 d**

Bereits Art. 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 Art. 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 anwendbaren GVO bei Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen erteilt wird.

### **Zu § 32 e**

### **Zu Absatz 1**



Entsprechend Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 erhält das Bundeskartellamt die Befugnis, eine Enquêteuntersuchung 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 Art. 81 oder 82 EG. Bereits die Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann Grundlage für eine Enquêteuntersuchung sein.

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

### **Zu Absatz 2**

Im Rahmen einer Enquêteuntersuchung 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 (Art. 17 Abs. 1, 1. Unterabsatz, Satz 2 und 2. Unterabsatz VO 1/2003).

### **Zu Absatz 3**

In Anlehnung an Art. 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 Enquêteuntersuchung 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 Enquêteuntersuchung unverhältnismäßig. Die Aufzählung in Absatz 4 schließt weitergehende Ermittlungsbefugnisse nicht aus, wenn und soweit hierfür im Laufe einer Enquêteuntersuchung die jeweiligen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen.

### **Zu § 33**

#### **Zu Absatz 1**

Die Neufassung bezieht zum einen Verstöße gegen die Art. 81 und 82 EG in den Unterlassungsanspruch nach Absatz 1 ein. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche nach Absatz 3. Bisher 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 Wiederholungsfahr 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 Freistellungs Voraussetzungen (§ 2) von dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zu beweisen, die sich auf diese Bestimmung beruft. Diese Beweislastverteilung entspricht auch dem europäischen Recht (Art. 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, Rdn. 26 „Courage“). Die Neufassung stellt daher ausdrücklich klar, dass die Art. 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 20.09.2001, a. a. O., Rdn. 36). Soweit in der Vergangenheit Kartellmitglieder aus dem Schutzbereich des Kartellverbots ausgenommen wurden (vgl. KG, Urteil vom 07.09.1977, 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 20.09.2001, a. a. O., Rdn. 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 Art. 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 166 vom 11.06.1998; 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 16.12.1986 „Taxizentrale Essen“, WuW/E BGH 2341, 2344). Unter diesen Umständen empfiehlt es sich für Unternehmen, vor Abschluss oder Durchführung von möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen 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 Schadenersatzansprüchen. Evtl. 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 Schadenersatz verlangen kann, wenn er die überhöhten Estandskosten 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 Schadenersatzes 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 Rdn. 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 Art. 81 oder 82 EG Schadenersatz 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 Art. 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 Schadensbezifferung, 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 Wettbewerbsverstößes. 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 Art. 234 EG nicht ausschließt. Für Verwaltungs- und Geldbußenentscheidungen der Kommission ergibt sich dies bereits aus der unmittelbaren Anwendung von Art. 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 Art. 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 zurückzuerstatten. Die Neuregelung in Absatz 2 macht die Vorschrift des bisherigen Absatzes 4 über das Verhältnis zwischen Mehrerlösabschöpfung 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 kostenträchtige 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 Gesamtgläubigerschaft 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 pressespezifischen 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 scheidet 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 Untersagungsbedingungen 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 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 erheblichen 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 pressespezifischen 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 Beilagenenerlöse pro Monatsstück jeweils rückläufig waren oder erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Die Anzeigen-/Beilagenenerlöse 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 Kumulierungsgrades 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 Art. 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 Art. 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 26 (§ 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 Satz 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 Art. 81 und 82 EG. Sowohl das Bundeskartellamt wie auch die Landeskartellbehörden sind daher zuständige Wettbewerbsbehörde im Sinne des Art. 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 Art. 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 Art. 1 (Anwendung der Verbots- und Freistellungstatbestände der Art. 81 und 82 EG), Art. 2 (Beweislastverteilung) oder Art. 3 (Verhältnis von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht) auch die Vorschriften über die Möglichkeit zur Aussetzung und Einstellung des Verfahrens (Art. 13), die Bindung an Kommissionsentscheidungen (Art. 16 Abs. 2), die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (Art. 28) oder die Möglichkeit zum Entzug des Rechtsvorteils einer GVO in Einzelfällen (Art. 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 Art. 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 (Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003) oder die Übermittlung der Entscheidungsentwürfe (Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003); dies erfolgt jeweils über das Bundeskartellamt. Gleiches gilt beispielsweise für den Austausch von Informationen gemäß Art. 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 (Art. 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. Art. 32 GG). Die Vorschrift erfasst namentlich die Mitwirkung an Ermittlungshandlungen der Kommission nach Kap. V der VO 1/2003. So ist das Bundeskartellamt zuständige Wettbewerbsbehörde bei der Unterstützung der Kommission bei Nachprüfungen (vgl. Art. 20 und 21 VO 1/2003) oder bei der Durchführung von Ermittlungen auf Ersuchen der Kommission (vgl. Art. 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. Art. 11 Abs. 2 VO 1/2003). Insbesondere ist das Bundeskartellamt die zuständige deutsche Wettbewerbsbehörde im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Art. 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. Art. 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 (Art. 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 Buchst. i Doppelbuchst. 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 Buchst. a sowie zu § 2).

#### **Zu Absatz 4**

Es kann erforderlich sein, dass das Bundeskartellamt den Bediensteten der Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten 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 Art. 84 und 85 EG ebenso wie von Sekundärrecht im Bereich des Wettbewerbsrechts, z. B. der europäischen Fusionskontrollverordnung (vgl. Art. 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 Art. 12 Abs. 1 VO 1/2003.

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

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

##### **Zu Absatz 3**

Die Vorschrift folgt der Regelung in Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 Kartellverfahren 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 30.04.2002 „Blitz-Tip“) inzwischen vom BGH bestätigt worden (Beschluss vom 24.06.2003 „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 Kartell-

behörde 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 Internetseite 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 (Art. 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 Anwendung 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 Redaktionsversehens. 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 Satz 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 Kostenerstattungspflicht. 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 Absatz 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. Einbezogen 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 (Neuer Absatz 1)**

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 Art. 81 und 82 EG unmittelbar bußgeldbewehrt. Entsprechend dem System der Legal Ausnahme kann ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG nur dann zu einem Bußgeld führen, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt sind.

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

#### **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 (Neuer Absatz 3)**

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 (Neuer Absatz 4)**

### **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 anderen 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 (Neue Absätze 5 bis 7)**

#### **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 Ahnungsmaßnahme 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 Ahnungsgeldbuße wird sich also in Zukunft in der Regel um den Betrag mindern, der nach bisherigem Recht der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils diente.

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. Art. 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 Absatz 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 in Folge dessen eine gerichtliche 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 Landkartellbehörden 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 1000 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 Art. 81 oder 82 EG oder aus den Art. 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 Art. 81 und 82 EG sowie aus den Art. 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**

Art. 15 VO 1/2003 erlaubt dem Bundeskartellamt, ein mit der Anwendung von Art. 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 Art. 81 und 82 EG die Schriftsätze, Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen erhalten, damit es die gemäß Art. 15 VO 1/2003 eingeräumte Beteiligungsmöglichkeit in Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf Art. 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 Art. 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 Art. 81 und 82 EG zum Gegenstand haben.

### **Zu Absatz 1**

Mit der Vorschrift wird Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 in deutsches Recht umgesetzt. Dabei wird bestimmt, dass die Übermittlung von Kopien von Urteilen, die die Anwendung der Art. 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 Art. 15 VO 1/2003 ordnungsgemäß erfüllen kann.

### **Zu Absatz 2**

Entsprechend Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 Art. 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 Frage-recht 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 auf Grund 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 auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 12 GWB.

### **Zu Absatz 6 (Änderung des Marktstrukturgesetzes)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 12 GWB.

### **Zu Absatz 7 (Änderung des Personenbeförderungsgesetzes)**

#### **Zu Nummer 1**

Es handelt sich um eine Folgeänderung auf Grund 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 Vereini-

gungen 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 auf Grund 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 Nummer 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.