



Deutscher
Industrie- und Handelskammertag

Berlin, 27.01.2004
B9/4/Rp

Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertages

zu dem

Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Entwurf vom 17.12.2003)

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag hatte sich bereits ausführlich zu den dem Entwurf von Eckpunkten für die 7. GWB-Novelle, die in dem Referentenentwurf vom 17.12.2003 zu weiten Teilen umgesetzt wurden, geäußert (vgl. Stellungnahme vom 28.03.2003). Viele der dort aufgeführten Punkte sind daher nach wie vor auf den vorliegenden Gesetzesentwurf anwendbar. Dennoch nimmt der Deutsche Industrie- und Handelskammertag die Gelegenheit wahr, nochmals Stellung zu beziehen.

Der DIHK ist der Ansicht, dass eine Anpassung des deutschen Wettbewerbsrechts an das europäische Wettbewerbsrecht unbedingt erforderlich ist, insbesondere aufgrund der neuen EU-Verordnung 1/2003 über das Kartellverfahren. Ein Gleichlauf führt dabei nicht nur zu einer Rechtsvereinfachung und zu mehr Rechtssicherheit, sondern auch zu einem geringeren Aufwand für betroffene Unternehmen, Vorhaben auf ihre kartellrechtliche Konformität zu überprüfen. Die Anpassung des deutschen Kartellrechts an die jedenfalls in einigen Bereichen etwas weniger strengen Regelungen des europäischen Kartellrechts ist auch deshalb geboten, um eine Benachteiligung gerade kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland zu vermeiden. Andernfalls könnte der Fall eintreten, dass ein bestimmtes Verhalten einem Mittelständler nach deutschem Recht untersagt ist,

während ein vergleichbares Projekt eines Großunternehmens, das nach europäischem Kartellrecht zu bemessen ist, erlaubt wäre. Dennoch sollten, soweit überhaupt möglich, einige nationale Besonderheiten aufrecht erhalten werden, insbesondere was den Mittelstandsschutz anbelangt.

Um nicht mit unüberwindlichen Diskrepanzen und Unstimmigkeiten in einem Zwischenzeitraum zwischen dem Inkrafttreten der EU-Verordnung am 1. Mai 2004 und der Änderung des GWB kämpfen zu müssen – sowohl seitens der Kartellbehörden als auch vor allem seitens der Unternehmen -, muss versucht werden, zeitlich die GWB-Novelle ebenfalls zum 1. Mai 2004 in Kraft treten zu lassen. Dieser zeitliche Druck darf aber nicht dazu führen, dass „zu schnell“ und ohne ausreichende Einbeziehung der betroffenen Wirtschaft ein Gesetz geschaffen wird, unter dessen Fehler dann die Unternehmen zu leiden hätten.

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

1. Gleichstellung horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 GWB-E)

Der Gedanke, horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gleich zu behandeln, erscheint konsequent und ist daher grundsätzlich zu befürworten. Allerdings hat auch die bisherige Missbrauchsaufsicht nach § 16 GWB sicherlich Vorteile, gerade wenn man die Risiken der Legalausnahme und den mit ihr verbundenen Prüfungsaufwand betrachtet. Während die absolute Zahl der bisher unter §§ 2 bis 6 und 8 GWB a. F. fallenden horizontalen Absprachen verhältnismäßig gering sein dürfte, arbeiten die meisten Unternehmen mit wettbewerbsbeschränkenden Vertriebsabsprachen wie z. B. Gebietschutz. Diese bislang grundsätzlich zulässigen Absprachen werden nicht nur sämtlich zunächst einem grundsätzlichen Verbot unterworfen, sondern den Unternehmen auch noch die Prüfungslast aufgebürdet, ob ihre Absprachen unter die Legalausnahme fallen. Auch hier ist wichtig, dass zumindest Bestandsschutz sichergestellt wird. Insoweit müsste § 131 GWB-E ergänzt werden.

2. Legalausnahme (§ 2 GWB-E)

Die 7. GWB-Novelle sieht vor, die Pflicht zur vorherigen Anmeldung und Genehmigung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen abzuschaffen und statt dessen eine

Legalausnahme wie in Art. 81 EGV aufzunehmen. Ob sich diese Neuerung letztlich im Ergebnis für die Unternehmen be- oder entlastend auswirken wird, wird entscheidend von der Handhabung in der Verwaltungspraxis abhängen. Über das „Ob“ der Einführung des Prinzips der Legalausnahme sind wohl weitere Diskussionen überflüssig. Aber auf die Ausgestaltung kommt es stark an.

Da den Unternehmen das Risiko von Fehleinschätzungen aufgebürdet wird und diese daher erheblicher Rechtsunsicherheit ausgesetzt sind, sind in bestimmtem Umfang Unterstützungsmaßnahmen durch die Kartellbehörden erforderlich. Das Beratungsschreiben nach **§ 32 c GWB-E** ist dabei ein Schritt in die richtige Richtung, reicht aber mit der reinen Selbstbindungswirkung der Behörde nicht weit genug. Hier wäre eine Erweiterung der Wirkung auf Schadenersatzansprüche Dritter sinnvoll.

Dass in **§ 2 Abs. 2 GWB-E** das Mittel der dynamischen Verweisung auf die einschlägigen EU-Verordnungen gewählt wurde, wird ausdrücklich begrüßt, da nur so der Gleichlauf zwischen europäischem und deutschem Recht gewährleistet werden kann. Flankierend dazu verlangt **§ 23 GWB-E** eine europafreundliche Auslegung und Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB. Damit dürften auch die Leitlinien und Bekanntmachungen der EU-Kommission von den Anwendern des deutschen GWB zu beachten sein. Dies ist insbesondere angesichts des Wegfalls der ausdrücklichen Freistellungsregelungen im GWB ein wichtiger Beitrag zur Rechtssicherheit.

3. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB-E)

Diese Sonderregelung, die den alten § 4 Abs. 1 GWB a. F. aufgreift, hat die sehr wichtige Signalwirkung, dass der Gesetzgeber gewisse Mittelstandskooperationen auch dann fördert, wenn sie den Wettbewerb beschränken können. Wir begrüßen daher eine Beibehaltung dieser Vorschrift, zumal sie in der Regelungsstruktur sogar mit dem Vorbild der Gruppenfreistellung übereinstimmt und insofern auch rechtssystematisch mit dem neuen GWB vereinbar ist.

Im Zusammenhang mit der **UWG-Reform** ist zu überlegen, ob hier eine Freistellung von Vereinbarungen im Handel zum Zwecke gemeinsamer **Sonderveranstaltungen** eingefügt werden kann. Diese gemeinsame Vereinbarung müsste dann allerdings auch für Unternehmen geöffnet werden, die nicht zum Mittelstand gehören. Hintergrund hierfür

ist, dass im UWG wegen der Aufhebung des generellen Sonderveranstaltungsverbots auch der Grund für eine gesetzliche Regelung zu den Saisonschlussverkäufen entfallen ist. Es wird aber allgemein von Ministerien (BMJ, BMWA und auch BMVEL), Politik (vgl. Anhörung im Bundestags-Rechtsausschuss) und der Wirtschaft gewünscht, dass Saisonschlussverkäufe auf freiwilliger Basis von den Händlern veranstaltet werden können, indem z. B. Händler der Innenstadt oder eines Einkaufszentrums sich anlässlich eines Stadtfestes oder sonst zu einem bestimmten Zeitraum über eine gemeinsame Sonderaktion verständigen. Eine solche Vereinbarung müsste über die Mittelstandsbindung hinaus auch größeren Kaufhäusern im Rahmen dieser Innenstadtaktion offen stehen.

4. Verbot der Preisbindungen (§ 4 GWB-E)

Das Verbot von vertikalen Preisbindungen (bisher geregelt in § 14) wird im neuen § 4 dahingehend geregelt, dass ein per-se-Verbot geschaffen wird, das keine Freistellung im Einzelfall zulässt. Ausgenommen vom Verbot der Preisbindung sind entsprechend der Vertikal-GVO Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen Bindungen des Verkäufers, z. B. Meistbegünstigungsklauseln unterfallen den allgemeinen Regelungen in §§ 1 und 2. Damit erscheint das System in sich grundsätzlich schlüssig. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es einer Sonderregelung des Verbots der Preisbindungen überhaupt noch bedarf oder ob dieses bereits durch das nunmehr erweiterte allgemeine Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen abgedeckt ist.

Die vorgeschlagene Fassung des § 4 sieht keine Möglichkeit zur Freistellungen im Einzelfall vor. Dies erscheint angesichts der noch unbestimmten Reichweite des Verbots bedenklich. Der geltende § 14 GWB betrifft Preis- und Konditionenbindungen. Wenn dieser Geltungsbereich auf den § 4 übertragen würde, müsste u. E. die Möglichkeit zu Freistellungen im Einzelfall geschaffen werden. Gerade im Bereich der Konditionenbindungen kann es nämlich durchaus sinnvoll und wettbewerbsunschädlich sein, für bestimmte Bindungen, z. B. in einer Lieferantenkette, eine Freistellung zu gewähren.

Würde man das Preis- und Konditionenbindungsverbot unter § 1 GWB in der Fassung des Entwurfs abhandeln, wäre das Problem nicht vorhanden, da diesbezüglich allgemein die Freistellungsregelung des § 2 Abs. 1 GWB-E gilt.

5. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen (§§ 19, 20, 21 GWB-E)

Die Beibehaltung dieser Vorschriften halten wir für sinnvoll, da gerade kleinere und mittlere Unternehmen unter der missbräuchlichen Ausnutzung besonderer Machtpositionen besonders leiden.

Neu ist eine ausdrückliche Klarstellung dahingehend, dass der **räumlich relevante Markt** weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. Die Beurteilung des ökonomisch relevanten Marktes ist eine langjährige Forderung von Ökonomen und durch die immer stärker werdenden Verflechtungen der Unternehmen ebenfalls sinnvoll.

6. Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts (§§ 22, 23 GWB-E)

Wie schon mehrfach betont, ist der Gleichlauf zwischen dem europäischen und dem deutschen Wettbewerbsrecht äußerst wichtig. Hierfür reicht es allerdings nicht aus, dass in **§ 23 GWB-E** festgeschrieben steht, dass die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts „zu berücksichtigen“ sind. Vielmehr sind sie zwingend einzuhalten.

7. Befugnisse der Kartellbehörden und Sanktionen (§§ 32 – 34 a GWB-E)

a) Kein Anlass zum Tätigwerden (§ 32 c GWB-E)

Diese Regelung ist angesichts des Prinzips der Legalausnahme sehr wichtig. Die reine Selbstbindung der Verwaltung geht allerdings nicht weit genug. Die Wirkung müsste sich auch auf Schadenersatzansprüche Dritter erstrecken.

Außerdem ist nicht ausreichend klar, wann die Kartellbehörde dies entscheidet und ob der Unternehmer einen Anspruch auf eine solche Entscheidung hat. Sicherlich dürfte dies nicht dazu führen, dass letztlich doch wieder für jeden Einzelfall ein Antrag auf Entscheidung gestellt werden könnte – dann würde das System der Legalausnahme konterkariert. Daher müsste eingegrenzt werden, unter welchen Voraussetzungen die Kartellbehörde entscheiden muss. Dies könnten z. B. neue Rechtsfragen sein oder wenn ein besonders hohes finanzielles Risiko mit einer Vereinbarung verbunden ist. Auf eine solche Entscheidung müsste auch ein individueller Anspruch des Unternehmens bestehen, wenn diese Voraussetzungen vorliegen. Das ist gerade für kleine und mittlere Unternehmer besonders wichtig, die sich keine Rechtsabteilung leisten können.

Die Ablehnung einer Entscheidung nach § 32 c GWB-E sollte außerdem begründet werden müssen, um dem Unternehmen die Ablehnungsgründe detailliert zur Kenntnis zu geben und ihm dadurch zu ermöglichen, die rechtlich bedenkliche Vereinbarung doch noch in eine einwandfreie umwandeln zu können.

Sofern für die Entscheidung nach § 32 c GWB-E auf das europäische Recht zurückgegriffen werden sollte – Stichwort Beratungsschreiben -, ist darauf hinzuweisen, dass die europäische Regelung in der VO 1/2003 in Verbindung mit den entsprechenden Bekanntmachungen in diesem Punkt ebenfalls äußerst unbefriedigend ist. Eine bessere nationale Lösung wäre zu befürworten.

b) Enquete-Befugnis für das Bundeskartellamt (§ 32 e GWB-E)

Das Bundeskartellamt soll nach § 32 e GWB-E die bisher nicht bestehende Befugnis erhalten, bestimmte Wirtschaftszweige oder bestimmte Typen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen einer generellen Überprüfung zu unterziehen. Dies kann als eine Aufforderung an die Kartellbehörde gesehen werden, mit Argusaugen beliebige Preisentwicklungen auf beliebigen Märkten zu beobachten und bei Bedarf von Tätigwerden die Vermutung auszusprechen, dass "andere Umstände" (welche?) vorliegen, auch wenn starre Preisentwicklungen nicht vorliegen.

Diese Befugnis ist in Deutschland überflüssig, da es hier die Institution der Monopolkommission gibt. Diese kann nach eigenem Ermessen jederzeit Gutachten erstellen. Sie kann auch von der Bundesregierung hierzu beauftragt werden. Möglicherweise gehen die Ermittlungsbefugnisse der Monopolkommission nicht so weit wie die der Kartellbehörde. Trotzdem bedarf es angesichts der hohen Qualität der Gutachten der Monopolkommission und deren Ansehen in Politik und Wirtschaft keiner zusätzlichen Ermittlungsbefugnisse. Dies gilt umso mehr, als jede Ermittlung und jede Befragung für die befragten Unternehmen eine nicht unerhebliche zeitliche und bürokratische Belastung mit sich bringt.

Auch bei der **Ross-und-Reiter-Problematik** lässt die Enquête-Befugnis keine Besserung erwarten. Schon jetzt kann die Behörde Verfahren von Amts wegen einleiten, ohne dass es einer grundlegenden Untersuchung eines ganzen Wirtschaftszweiges bedürfte.

c) **Unterlassung und Schadenersatz (§ 33 GWB)**

Es sollte bei der bisherigen Anknüpfung an die Schutzgesetzverletzung bleiben. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Begriff des „Betroffenen“ eine Besserung bringen soll. Vielmehr birgt er Unsicherheiten, da Betroffenheit in unserer Gesellschaft überall und auch ohne besonderen Bezug immer möglich ist. Der Begriff ist zu wenig abgrenzbar und schlecht zu definieren. Er birgt daher Rechtsunsicherheit.

Die Ausweitung der Aktivlegitimation in **§ 33 Abs. 2 GWB-E** auf Verbraucherschutzverbände, den Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch geltend zu machen, ist nicht gerechtfertigt. Wenn daran festgehalten werden sollte, ist zumindest die weitere Voraussetzung zu fordern, dass im konkreten Fall wesentliche Belange der Verbraucher durch das missbräuchliche Verhalten beeinträchtigt werden müssen. Diese Verknüpfung entspricht den Voraussetzungen, die an die Aktivlegitimation im UWG gekoppelt sind, auch wenn sie dort gesetzlich nicht mehr in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang (bisher § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG) geregelt ist, sondern einheitlich in der Generalklausel.

§ 33 Abs. 3 GWB-E ist eine Sonderregelung, die nicht erforderlich ist. Die Mehrerlösabschöpfung im Rahmen eines Bußgeldes ist ausreichend, um denselben Effekt zu erzielen. Im Übrigen sollte der Anspruch auf Rechnungslegung unter Wirtschafts- oder Buchprüfervorbehalt gestellt werden, da sonst Betriebsgeheimnisse ausgespäht werden können. Dies wäre unangemessen.

d) **Vorteilsabschöpfung §§ 34, 34 a GWB-E**

Die Vorteilsabschöpfung ist angesichts der Möglichkeit, den Mehrerlös bei der Bußgeldberechnung zu berücksichtigen, überflüssig. Das Konkurrenzverhältnis zwischen Vorteilsabschöpfung und Bußgeld ist unbefriedigend, zumal Doppelbestrafungen nicht ausgeschlossen sind. Nur die Leistungen, die an einen Betroffenen erbracht wurden, sind anrechenbar, nicht aber sonstige Bußgelder. Dies ist nicht gerechtfertigt.

Die Vorteilsabschöpfung durch Verbände begegnet ganz besonderen Bedenken. Die Formulierung ist an § 10 UWG-E angeglichen, wobei gerade dieser Paragraph in der Diskussion der UWG-Reform äußerst umstritten ist. Die praktische Durchführbarkeit steht in Rede, ebenso wie die Frage der Missbrauchsgefahr durch Verbände im Zusammenhang mit dem Aufwendungsersatz. Es wurde in der schon lange andauernden Dis-

kussion zum UWG hierzu noch keine Lösung gefunden. Umso erstaunlicher ist es, dass jetzt im GWB auf diese unfertige, unsystematische und rechtlich bedenkliche Entwurfsfassung zurückgegriffen wird. Am Rande sei angemerkt, dass in der Anhörung im Bundestags-Rechtsausschuss durch eine Sachverständigen die Anregung gebracht wurde, man solle den jetzigen § 10 UWG-E besser durch den bewährten § 34 GWB a. F. ersetzen. Hier droht eine Hin- und Heranknüpfung, die zu grotesken und für die Wirtschaft nicht tragbaren Ergebnissen führen könnte.

8. Fusionskontrolle

Da die neue EU-Fusionskontrollverordnung gerade erst verabschiedet wurde, ist noch zu prüfen, inwieweit deren Neuerungen ins deutsche Recht übernommen werden sollen und wo hierfür Spielraum ist. Es wäre aber wünschenswert, auch in diesem Bereich das deutsche an das europäische Recht anzugleichen. Gerade Mehrfachanmeldungen nach unterschiedlichen Regelungen verursachen bei den Unternehmen enormen bürokratischen Aufwand und erhebliche Kosten, die durch einen Gleichlauf vermieden oder zumindest verringert werden könnten.

a) Anpassung der Bagatell- und Bagatellmarktklausel § 35 GWB-E

Die genannten Schwellenwerte sind angesichts der Inflation zu niedrig und sollten angepasst werden. Schon jetzt wird sichtbar, dass sie nicht mehr ausreichen, um Bagatellfälle von der Kontrolle auszuschließen.

b) Marktbeherrschung (§ 36 GWB-E)

Auch wenn vermutlich die unterschiedlichen Methoden der Marktbeherrschungsprüfung so gut wie immer zu denselben Ergebnissen führen werden, sollten einheitliche Tests für europäische und rein nationale Zusammenschlüsse verwendet werden.

9. Bußgeldvorschriften

Die Höhe der nunmehr möglichen Bußgelder ist erheblich gestiegen. Dies ist nicht nachzuvollziehen und auch nicht notwendig. Eine so gravierende Ausweitung der Sanktionen wird abgelehnt.

10. Übergangsbestimmungen (§ 131 GWB-E)

Es muss einen **Bestandsschutz** für bereits ausgesprochene Befreiungen vom Kartellverbot geben. Diese dürfen mit dem Inkrafttreten der Novelle ihre Wirksamkeit nicht verlieren. Der Bestandsschutz darf dabei nicht zeitlich oder auf die bestehenden Mitglieder einer Kooperation beschränkt sein, sondern es muss auch möglich sein, genehmigte Vereinbarungen zu verlängern und Neueintritte oder ein Ausscheiden von Mitgliedern zuzulassen. Die Übergangsfrist von einem Jahr ist nicht ausreichend.

gez. RA Hildegard Reppelmund
Leiterin des Referats Wettbewerbsrecht
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Breite Str. 29, 10178 Berlin
Tel.: 030/ 20308-2702
Fax: 030/20308-5-2702
Email: reppelmund.hildegard@berlin.dihk.de