

Stellungnahme
zum Referentenentwurf eines
Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen (GWB)

**Gesamtverband der Deutschen
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5413
Fax: +49 30 2020-6413

60, avenue de Cortenberg
B - 1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

Ansprechpartner:
Karen Bartel
Recht

E-Mail: k.bartel@gdv.de

www.gdv.de

Zusammenfassung:

Aus Sicht des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) haben sich die allgemeinen, sektorübergreifenden Vorschriften des GWB bewährt. Gleichwohl wird begrüßt, dass das GWB in einzelnen Bereichen weiter modernisiert werden soll. Einzelne Kritikpunkte bestehen dennoch.

Dies gilt insbesondere für die **private Kartellrechtsdurchsetzung**. Mit Blick auf die aktuelle Diskussion in Brüssel wird zwar begrüßt, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Sammelklagen ablehnt. Im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch und dem Anspruch auf Vorteilsabschöpfung pflegt sich die Sammelklage nicht in das bewährte Rechtsschutzsystem des GWB ein. Insbesondere der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung ist bei Masse- und Streuschäden ein geeigneteres Instrument als die Sammelklage. Die **Vorteilsabschöpfung** steht dabei im **Allgemeininteresse**. Hieraus folgt zwingend die Notwendigkeit der Auskehrung des Erlöses an den Bundeshaushalt. Der GDV begrüßt daher auch, dass § 34a Abs. 1 GWB-E dies unverändert so vorsieht. Unabhängig hiervon steht der GDV der beabsichtigten Ausweitung der Klagemöglichkeiten von Verbänden bei Masse- und Streuschäden skeptisch gegenüber. Wie der Deutsche Bundestag festgestellt hat, bestehen keine Defizite bei der Durchsetzung materieller Rechte (Drucksache 17/5956). Alleine wegen der derzeit laufenden Diskussion auf europäischer Ebene sollte das GWB aber nicht geändert werden.

Bei der **Fusionskontrolle** wird die Einführung „der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs“ (SIEC-Test) als maßgebliches Untersagungskriterium kritisch gesehen. Es besteht keine zwingende Notwendigkeit zur Einführung des SIEC-Tests. In jedem Fall abgelehnt wird eine isolierte Übernahme des SIEC-Tests. Falls der SIEC-Test tatsächlich eingeführt werden soll, sind weitere Anpassungen an das EU-Recht erforderlich. Insbesondere sind dann die aus dem nationalen Recht stammenden **Marktbeherrschungsvermutungen** in der Fusionskontrolle zu streichen. Der SIEC-Test nach EU-Recht kommt ohne gesetzliche Vermutungsregelungen aus. Die Beibehaltung der Marktbeherrschungsvermutungen führt bei gleichzeitiger Einführung des SIEC-Tests zu unnötiger Rechtsunsicherheit. Auch sollten die **Zusammenschlusstatbestände** des § 37 GWB an die europäischen Vorgaben angepasst werden. Die Zusammenschlusstatbestände jenseits des Kontrollerwerbs sollten daher gestrichen werden.

A. Einleitung

Der vorgelegte Entwurf für eine 8. GWB-Novelle findet die Zustimmung der Versicherungswirtschaft. Gleichwohl bestehen einzelne Kritikpunkte, auf die nachfolgend hingewiesen wird.

B. Einzelheiten

I. Missbrauchsaufsicht, §§ 18 GWB-E ff

Der GDV begrüßt, dass die Regelungen zur Missbrauchsaufsicht systematisch vereinfacht werden sollen. Die Neustrukturierung ändert aber nichts daran, dass die Abhängigkeitsregeln in § 20 GWB-E für die Praxis schwer handhabbar sind. Die Vorgaben setzen weit vor einer tatsächlichen Marktmacht an. Ihre Auslegung ist daher für die Unternehmen mit einer Rechtsunsicherheit verbunden.

II. Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile, § 32 Abs. 2 Satz 3 GWB-E

Das Bundeskartellamt soll zukünftig durch eine Abstellungsverfügung die Rückerstattung der durch das kartellrechtswidrige Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen können, § 32 Abs. 2 Satz 3 GWB-E. Bisher ist jedoch nicht ausdrücklich das Verhältnis dieser Abstellungsverfügung zum individuellen Schadenersatzanspruch geregelt. Vielmehr wird nur das Rangverhältnis der neuen Abstellungsverfügung zur Vorteilsabschöpfung im Entwurf angesprochen. Hierzu sieht der Entwurf Änderungsvorschläge zu § 34 Abs. 2 GWB und § 34a Abs. 1 GWB vor. Aus Sicht des GDV ist es aber auch erforderlich, das (Rang-)Verhältnis zwischen neuer Abstellungsverfügung und Schadenersatzanspruch klarzustellen. Es sollte ausdrücklich geregelt werden, dass individuelle Schadenersatzansprüche der Abstellungsverfügung nach § 32 Abs. 2 Satz 3 GWB-E stets im Rang vorgehen. Hierzu sollte eine § 34 Abs. 2 GWB entsprechende Regelung aufgenommen werden.

III. Private Kartellrechtsdurchsetzung, §§ 33, 34a GWB-E

Als Reaktion auf die laufende Diskussion auf europäischer Ebene zum kollektiven Rechtsschutz sollen die Regelungen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung novelliert werden. Durch einen neuen § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E sollen der Unterlassungsanspruch und der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung bei Masse- und Streuschäden auf qualifizierte Ein-

richtungen wie etwa Verbraucherverbände ausgedehnt werden. Die Einführung von Sammelklagen wird dagegen abgelehnt.

Zu begrüßen ist, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Sammelklagen nach wie vor ablehnt. Anders als der Unterlassungsanspruch und der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung pflegt sich die Sammelklage nicht in das bewährte Rechtsschutzsystem des GWB ein. Insbesondere der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung ist bei Masse- und Streuschäden daher auch ein geeigneteres Instrument als die Sammelklage.

Der GDV begrüßt zudem, dass § 34a Abs. 1 GWB-E unverändert vorsieht, dass der wirtschaftliche Vorteil an den Bundeshaushalt abzuführen ist. Anders als der individuelle Schadenersatz erfolgt die Vorteilsabschöpfung im Allgemeininteresse. Hieraus folgt zwingend die Notwendigkeit der Auskehrung des Erlöses an den Bundeshaushalt. Bei einer Gesetzesänderung ist zudem darauf zu achten, dass die Effektivität der Kronzeugenprogramme nicht beeinträchtigt wird. Ein erhöhtes Risiko von Schadenersatzklagen kann die Attraktivität von Kronzeugenregelungen mindern. Dies würde sich sehr nachteilig auf die Arbeit der Kartellbehörden auswirken. Aus diesem Grund sollten Fehlanreize zur Geltendmachung von Verbandsklagen soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Dies erfordert zumindest, dass der wirtschaftliche Vorteil nicht bei den Verbänden verbleibt, sondern an den Bundeshaushalt abgeführt wird.

Unabhängig davon steht der GDV der beabsichtigten Erweiterung der Klagebefugnis in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E skeptisch gegenüber. Handlungsbedarf in der Praxis besteht für die geplante Änderung nicht. Hierzu wird auf den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 25.05.2011 zur Konsultation der EU-Kommission zum kollektiven Rechtsschutz hingewiesen (Drucksache 17/5956). Der Deutsche Bundestag hat festgestellt, dass keine Defizite bei der Durchsetzung materieller Rechte bestehen. Diese Feststellung bezog sich auch auf das Kartellrecht. Ein praktisches Bedürfnis für die Erweiterung des § 33 Abs. 2 GWB-E besteht damit nicht. Alleine wegen der derzeit laufenden Diskussion auf europäischer Ebene sollte das GWB aber nicht geändert werden.

IV. Fusionskontrolle

Die beabsichtigten Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle werden in vielen Punkten begrüßt. Einzelne Kritikpunkte bestehen allerdings:

1. Einführung SIEC-Test, § 36 Abs. 1 GWB-E

Es soll analog der europäischen Fusionskontrolle die „erhebliche Behinderung des Wettbewerbs“ (SIEC-Test) als maßgebliches Untersagungskriterium eingeführt werden. Wie nach EU-Recht soll „die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“ dagegen nur noch Regelbeispiel für die „erhebliche Behinderung des Wettbewerbs“ sein. Durch die Einführung des SIEC-Tests soll u. a. eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene hergestellt werden. Es soll damit ein „level playing field“ für die Unternehmen geschaffen werden.

Aus Sicht des GDV besteht keine zwingende Notwendigkeit zur Einführung des SIEC-Tests. In der weit überwiegenden Anzahl der Fusionen dürfte sich an dem Ergebnis der Kontrollverfahren hierdurch nichts ändern. In jedem Fall abgelehnt wird eine isolierte Übernahme des SIEC-Tests. Falls der SIEC-Test eingeführt werden soll, hält der GDV vielmehr in weiteren Punkten eine Anpassung an das EU-Recht für notwendig. Mit dem bisherigen Entwurf wird das Ziel eines „level playing field“ nicht erreicht.

a) Aufgabe der Marktbeherrschungsvermutungen

Die Einführung des SIEC-Tests setzt die Aufgabe der Marktbeherrschungsvermutungen in der Fusionskontrolle voraus. Das EU-Recht kommt ohne Marktbeherrschungsvermutungen aus. Stattdessen hat der EuGH etwa für die Beurteilung kollektiver Marktbeherrschung gesonderte Kriterien entwickelt. Diese sind flexibler als die starren deutschen Vermutungsregelungen. Das EU-Recht hat insofern eine andere Systematik als das GWB. Es ist daher zumindest fraglich, ob die gesetzlichen Vermutungsregelungen nach deutschem Recht hiermit kompatibel sind. In jedem Fall führt die Aufrechterhaltung der Marktbeherrschungsvermutungen zu unnötiger Rechtsunsicherheit, inwieweit europäische Entscheidungen zum SIEC-Test auch in Deutschland herangezogen werden können. Diese Rechtsunsicherheit sollte vermieden werden.

b) Anpassung der Zusammenschlusstatbestände

Das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie beabsichtigte „level playing field“ setzt zudem eine Angleichung der Zusammenschlusstatbestände voraus. Im EU-Recht gibt es neben der Fusion nur den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs. In Deutschland bestehen dagegen noch weitere Zusammenschlusstatbestände. Dies ist insbesondere der Tatbestand des Anteilserwerbs von 25 % (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) und der des „Erwerbs eines erheblichen Einflusses“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Diese Tatbestände sollten ersatzlos gestrichen werden, um das Ziel einer Angleichung von nationalem und europäischem Recht zu erreichen. Hinzu kommt, dass insbesondere § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden ist. Gründe hierfür sind die Unbestimmtheit der Regelung und die gleichzeitig weite Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung und das Bundeskartellamt. Es reicht auch nicht aus, dass sich die Regelung laut Gesetzesbegründung in der Energiewirtschaft bewährt haben soll. Selbst wenn diese Aussage zutreffend sein sollte, was der GDV nicht beurteilen kann: Der Bedarf in einem einzigen Wirtschaftsbereich kann keine sektorübergreifende Regelung rechtfertigen.

2. Zusammenrechnungsklausel, § 38 Abs. 5 Satz 3 GWB-E

Der Einführung der Zusammenrechnungsklausel für zeitlich zusammenhängende Erwerbsvorgänge wird zugestimmt. Aus Sicht des GDV ist die Formulierung der Vorschrift allerdings etwas missverständlich. Durch die Zusammenrechnungsklausel soll eine Umgehung der Fusionskontrolle vermieden werden. Eine solche Umgehung kommt von vornherein aber nur dann überhaupt in Betracht, wenn nicht bereits der erste Erwerbsvorgang die Schwellenwerte für eine anmeldepflichtige Fusion erfüllt hat. Dementsprechend sollte der Anwendungsbereich der Klausel eingeschränkt sein. Bisher ergibt sich diese Einschränkung aber nur aus der Gesetzesbegründung. Aus dem Gesetzestext selbst ergibt sich dies dagegen nicht unmittelbar. Dies wäre zur Vermeidung von Missverständnissen aber wünschenswert.

3. Sonstige Änderungen in der Fusionskontrolle

Ausdrücklich begrüßt wird dagegen die Aufnahme einer Ausnahmeregelung zum Vollzugsverbot bei öffentlichen Übernahmen, § 41 Abs. 1a GWB-E.

Von großer Wichtigkeit für die Praxis ist auch die Neuregelung des § 41 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB. Hiermit wird die bisher bestehende Rechtsunsicherheit bei der Heilung der Unwirksamkeit von Zusammenschlüssen wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot beseitigt.

V. Auskunftsverlangen, § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E

Der neu eingefügte § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E soll klarstellen, dass die Kartellbehörde die Form vorgeben kann, in der ihr gegenüber Auskunftersuchen zu erfüllen sind. Insbesondere soll die Kartellbehörde auch verlangen können, dass die Informationen über eine Internetplattform eingereicht werden. Die Versicherungswirtschaft hat hiergegen Bedenken, soweit keine Maßnahmen zur Gewährung der Vertraulichkeit der Informationsübermittlung seitens der Kartellbehörde getroffen werden. Es besteht ansonsten die Gefahr der Verletzung von Unternehmensgeheimnissen. Die Abwicklung von Auskunftersuchen über IT-Plattformen sollte daher davon abhängig gemacht werden, dass die Kartellbehörde notwendige technische Maßnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit der Informationsmitteilung ergreift. Dies sollte als Voraussetzung in § 59 Abs. 1 Satz 3 GWB-E aufgenommen werden.

VI. Auskunftsverweigerungsrecht juristischer Personen, § 81a GWB-E

Durch die Einschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts juristischer Personen sollen nochmalige Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig vermieden werden. Dies ist zu begrüßen, soweit die Informationen tatsächlich nur den Nachweis der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen der Bußgeldbemessung betreffen.

§ 81a Nr. 1 GWB-E geht in einzelnen Punkten jedoch hierüber hinaus: Die Auskunft über Minderheitenrechte, über die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und das Stimmverhalten könnte auch für die Frage der Beteiligung etwa von Vorständen von Tochtergesellschaften an einem kartellrechtswidrigen Verhalten eine Rolle spielen. Es besteht daher die Gefahr, dass die verfassungsrechtlich geschützte Selbstbelastungsfreiheit dieser natürlichen Personen zumindest mittelbar verletzt werden könnte. Die Auskunft über Minderheitenrechte, die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und das Stimmverhalten sollten in § 81a Nr. 1 GWB-E daher ersatzlos gestrichen werden.

Berlin, den 1.12.2011