Bundesministerium
für Wirtschaft
und Technologie

Wettbewerbspolitik

Der Referentenentwurf (RefE) zur 8. GWB-Novelle

Christian Dobler,
Leiter der Unterabteilung Wettbewerbs- und Strukturpolitik
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

39. FIW-Seminar in Köln
Aktuelle Schwerpunkte des Kartellrechts
23. November 2011

Bundesministerium
für Wirtschaft
und Technologie

Gliederungsübersicht

1. Anlass und Zielrichtung der 8. GWB-Novelle
2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?
   - Fusionskontrolle
   - Missbrauchsaufsicht
   - Befugnisse Kartellbehörden/Sanktionen/Verfahren
   - Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht
   - Pressekartellrecht
   - Wasserwirtschaft
3. Einrichtung einer Markttransparenzstelle
4. Weiteres Verfahren

1. Anlass und Zielrichtung der 8. GWB-Novelle

- Anlass
  - Vorgaben des **Koalitionsvertrags** vom 26. Oktober 2009.
  - **Befristete Regelungen** der Preismissbrauchsnovelle.
  - Regelungsbedürftige **Probleme** aus der behördlichen **Praxis**.
- Zielrichtung
  - **Modernisierung** und weitere **Optimierung** des GWB.
  - Wettbewerbliche Rahmenbedingungen, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, der Kartellordnungswidrigkeiten-/ Bußgeldvorschriften und des Pressekartellrechts werden weiter verbessert.
  - **In Kraft treten** der Novelle zum **1. Januar 2013** geplant.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Fusionskontrolle (I)

- **Übernahme** weiterer Elemente der europäischen Fusionskontrolle, insbesondere
  - Ergänzung des materiellen Prüfkriteriums (**SIEC-Test**), § 36 Abs. 1.
  - Angleichung der Regelung über **Nebenbestimmungen in Freigabeent-scheidungen**, § 40 Abs. 3, aber weiterhin keine laufende Verhaltenskontrolle.
  - **Fristverlängerung** in Anlehnung an Art. 10 Abs. 4 FKVO um einen Monat, wenn die Unternehmen im Hauptprüfverfahren **erstmalig Zusagenangebote** unterbreiten, § 40 Abs. 2.
  - **Ausnahme** vom **Vollzugsverbot** bei **öffentlichen Übernahmen** in Anlehnung an Art. 7 Abs. 2 FKVO, § 41 Absatz 1a.
  - Angleichung des § 38 Abs. 5 an Art. 5 Abs. 2 FKVO hinsichtlich der **Berücksichtigung** der **Umsatzerlöse und Marktanteile** des Veräußerers im Fall des **Anteilserwerbs** (bislang nur für Vermögenserwerb).

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Fusionskontrolle (II)
  - **Beibehaltung** der vom europäischen Recht **abweichenden Elemente**, die sich in der deutschen Praxis bisher grundsätzlich bewährt haben, z.B.
    - Abwägungsklausel.
    - Ministererlaubnis.
    - Zusammenschlusstatbestände (insbesondere § 37 Abs. 1 Nr. 4)
  - **Zuordnung** der **Bagatellmarktklausel** in die **materielle Fusionskontrolle**, § 36 Abs. 1 Satz 2, wie vor der 6. GWB-Novelle.
  - **Rückwirkende Heilung** der **zivilrechtlichen Unwirksamkeit** bei Einstellung des Entflechtungsverfahrens, § 41 Abs. 1 Nr. 3.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Missbrauchsaufsicht (I)

- Systematische **Vereinfachung** der bisherigen Regelungen der Missbrauchsaufsicht in §§ **19, 20**.

- Normen sollen **anwenderfreundlicher** und **verständlicher** werden, bisherige Rechtsprechung aber weiterhin nutzbar bleiben (klare Trennung Marktbeherrschung - relative Marktmacht).

- Nutzung des **Gestaltungsspielraums** der **VO 1/2003** bei der Neugestaltung der Missbrauchsaufsicht (Erfassung relativer Marktmacht).

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Missbrauchsaufsicht (II)

- **Befristete Regelungen** der Preismissbrauchsnovelle laufen teilweise aus und werden teilweise verlängert:
  - **Auslaufen § 20 Abs. 3**: Erweiterung des Schutzes vor ungerechtfertigen Forderungen von Vorzugskonditionen auf Großunternehmen.
  - **Auslaufen § 20 Abs. 4**: Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis.
  - **Unbefristete Verlängerung § 20 Abs. 4**: Verbot der Preis-Kosten-Scheren.
  - **Befristete Verlängerung um fünf Jahre § 29**: verschärfte Preismissbrauchsaufsicht im Energiebereich.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Befugnisse Kartellbehörden/Sanktionen/Verfahren (I)

- **Entflechtungsbefugnis** bei Missbrauch, § 32 Abs. 2, in Angleichung an Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003.

- **Klagebefugnis qualifizierter Einrichtungen** (Verbraucherverbände) und **Verbände der Marktgegenseite** (= Markenverband) auf Unterlassung/ Vorteilsabschöpfung, § 33 Abs. 2, § 34a Abs. 1.

- Anordnung der **Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile** infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens im Rahmen einer Abstellungs-verfügung, § 32 Abs. 2 S. 3 (Stadtwerke Uelzen).

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Befugnisse Kartellbehörden/Sanktionen/Verfahren (II)

- **Urteil** des **BGH** vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 („**passing-on defence**“) im RefE **noch nicht berücksichtigt**,
  - Urteilsgründe liegen nicht vor
  - bei Handlungsbedarf → Gesetzgebungsverfahren
- **Zuständigkeitskonzentration** beim **AG Bonn** für richterliche Bestätigungen bei **Beschlagnahmen**, § 58 Abs. 2, und für **Durchsuchungen**, § 59 Abs. 4.
- Zuständigkeit für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 33 Abs. 3 → Zivilkammern statt Kammern für Handelssachen (Art. 2 Abs. 7)

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht (I)

- **Einschränkung** des einfachgesetzlichen **Aussageverweigerungsrechts** hinsichtlich bestimmter unternehmens- und marktbezogener Tatsachen, die für die **Bestimmung der Geldbuße** relevant sind, § 81a („tatferne Tatsachen“).
  - **Hintergrund**: **Ermittlungsschwierigkeiten**, zus. Durchsuchungen.
  - **Normadressaten nur juristische Personen/Personenvereinigungen**, anders als natürliche Personen: keine Selbstbelastungsfreiheit garantiert.
  - **Auskunftspflicht** erstreckt sich **nur auf „tatferne“ Informationen**
    - gesellschaftsrechtliche Verbindungen, zu anderen Unternehmen,
    - Verschiedene Umsatzgrößen.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht (II)
  - **Einschränkung** des **Akteneinsichtrechts** in den **Bonusantrag**, § 81b.
    - **Pfleiderer-**Urteil **überlässt Entscheidung** über Akteneinsicht den **nationalen Gerichten** unter Berücksichtigung der unionsrechtlich geschützten Interessen.
    - **Gesetzgeber** ist durch das Urteil **nicht gehindert**, dessen allgemeine Ausführungen auf Grundlage einer Interessenabwägung abstrakt-generell **zu kodifizieren**.
    - Die Vertraulichkeit betrifft nur den **Antrag** und die zugehörigen **Beweismittel**.
    - Art. 6 EMRK ?

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht (III)
  - **Uneingeschränktes Fragerecht** der Kartellbehörde im gerichtlichen Verfahren, § 82a.
    - **Verbessert** die bislang eher schwache **Verfahrensstellung** der Kartellbehörde im Verfahren.
    - **Soll** der großen **Fachkompetenz** der Kartellbehörde **Rechnung tragen** und deren Stellung aufwerten.
  - RefE enthält noch keine Regelung zur **Rechtsnachfolge** in der Bußgeldhaftung (§§ 30, 101 OWiG)
    - **Gesetzlicher Regelungsbedarf** spätestens seit BGH-Urteil **HDI-Gerling**.
    - Bislang **keine OWiG-Regelung** zu Auswirkungen Rechtsnachfolge juristischer Personen oder Personenvereinigung.
    - Wegen der im OWiG geltenden **Wortlautgrenze** kann gegen den Rechtsnachfolger ein Bußgeld nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen verhängt werden.
    - **Rechtsnachfolge** (z.B durch Umstrukturierung) kann beliebig herbeigeführt werden. → Folge: Umgehung **bußgeldrechtlicher Sanktionen** durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Gestaltung möglich.
    - **BMWi / BMJ werden** zu diesem Regelungskomplex kurzfristig einen **Vorschlag erarbeiten**.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Pressefusionskontrolle (I)

- Der RefE enthält eine **Erhöhung** der **pressespezifischen Aufgreifschwelle** für Fusionen.
- **Gemeinsame Vorschläge BDZV und VDL** erst nach Veröffentlichung der Eckpunkte. → lange Vorgeschichte
- RefE greift Vorschlag der Verbände nur auf, **soweit** er der Förderung der **Wettbewerbsfähigkeit** kleiner und mittlerer **Verlage** im geänderten Medienumfeld **dient**.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Pressefusionskontrolle (II)
  - Höhere Aufgreifschwelle durch Absenkung der sog. Presserechenklausel von 20 auf 8, § 38 Abs. 3, hat zur **Folge**, dass **weniger Zusammenschlüsse** zwischen Presseverlagen der **Kontrolle des Bundeskartellamtes** unterliegen.
  - Die **Übernahme kleiner Verlage durch Großverlage** und Zusammenschlüsse auf lokalen Märkten **bleiben** hingegen **kontrollpflichtig**.
    - Keine Anwendung der höheren Aufgreifschwelle für Bagatellmärkte, § 38 Abs. 3 S. 2.
    - Keine Geltung der sog. Anschlussklausel, § 35 Abs. 2 Satz 2.
  - **Hinsichtlich** der **weiteren Petiten** der Verbände (z.B. zu Sanierungsfusionen, potentiellem Wettbewerb) ist weiterhin **kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ersichtlich**. Sie enthalten im Wesentlichen Kritik an der Rechtsanwendung in Einzelfällen.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Presse-Grosso (I)
  - BMWi: **aktuell kein Handlungsbedarf** für eine gesetzliche Absicherung des Presse-Grosso-Systems.
  - BGH hat **ausdrücklich nicht** über die **kartellrechtliche Zulässigkeit** der Gebietsmonopole der Grossisten entschieden.
  - BGH betont grundsätzliches Recht eines Verlages zum Eigenvertrieb seiner Produkte.
  - Kündigung des Grossisten zu diesem Zweck rechtmäßig.
  - Kein kartellrechtlicher Alleinbelieferungsanspruch des Grossisten, da keine **unbillige** Behinderung.
  - Eine Beeinträchtigung des Grosso-Systems sei nicht zu befürchten:
    - Auch bei Doppel-Grosso sei (1) Preisbindung nicht unmöglich, (2) die Interessen des Einzelhandels nicht beeinträchtigt und (3) die Remission praktikabel.
    - Erhältlichkeit des Vollsortiments sei gewahrt; keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Presseerzeugnissen zu befürchten.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

Presse-Grosso (II)

- Verlängerte Konditionenvereinbarungen **fast aller Zeitschriftenverlage** mit dem Bundesverband-Presse-Grosso **incl. Gemeinsame Erklärung**.
- Ausstehendes Urteil des **LG Köln** für die **Zukunft** des Presse-Grosso kritischer? Thema: **kartellrechtliche Zulässigkeit des Alleinverhandlungsmandats** des BVPG über u.a. die Handelsspannen.
- **Wirkungsvolle gesetzliche Regelungen** im Kartellrecht kommen **kaum** in Betracht.
  - Freistellungen im GWB?
    - Handlungsspielräume unter geltendem Recht?
    - Vorrang EU-Recht
  - Über das Kartellrecht hinausgehende gesetzliche Regelungen zur Sicherung der Pressevielfalt fallen in Länderzuständigkeit.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Wasserwirtschaft (I)
  - Wasserversorgung **bleibt als Ausnahmebereich** teilweise von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts ausgenommen (z.B. Freistellung von Gebietsschutzabreden vom Kartellverbot) und soll weiterhin besonderer kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht unterliegen.
  - **BGH** (Wasserpreise Wetzlar) hat Instrument der **Missbrauchs-kontrolle** zur Prüfung von Wasserpreisen **bestätigt** und zudem gleichzeitige Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§§ 19, 32) nicht ausgeschlossen.

2. Was ändert die 8. GWB-Novelle?

- Wasserwirtschaft (II)
  - **Überführung** der bisher in § **103 a.F.** enthaltenen Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise **in** den aktuellen Gesetzestext, § **31**, ohne materielle Änderungen.
  - **Weitergehende Forderungen** sind **kritisch** zu bewerten:
    - **Regulierung** der Wasserpreise (BNetzA und Monopolkommission).
      - Keine Durchleitung.
      - Natürliches Monopol.
      - Keine Regulierung der Endverbraucherpreise.
    - **Ausdehnung** der geltenden Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden auf Wasser**gebühren**.
      - Schwierige Abgrenzungsfragen (Marktbezogenheit von Gebühren)

3. Einrichtung einer Markttransparenzstelle (MTS)

Markttransparenzstelle (I)

- BMWi erarbeitet bis **Ende 2011** einen **RefE**, der Aufgaben, Befugnisse, Organisation der MTS für Großhandel mit Strom und Gas im GWB regelt – Einrichtung erfolgt **beim Bundeskartellamt**.

- Eine **Beteiligung** der **Bundesnetzagentur** (BNetzA) ist vorgesehen (Synergieeffekte bei der Datenerhebung/Vermeidung zusätzlicher Bürokratie für Unternehmen).

3. Einrichtung einer Markttransparenzstelle (MTS)

Markttransparenzstelle (II)

- **Kooperationsregeln** zwischen MTS/BNetzA **berücksichtigen REMIT**
  - Pflicht zu nationale Zusammenarbeit MTS mit den Energieregulierungsbehörden
  - ausschließliche Zuständigkeit der Energieregulierungsbehörden für die Durchsetzung der neuen REMIT-Verbote (Insiderhandel und der Marktmanipulation).
- **Ziel:** Angleichung der Meldepflichten gegenüber der MTS an die Meldepflichten nach REMIT um **Doppelbelastungen** der Unternehmen zu **vermeiden**.
- MTS soll ihre (nationale) **Tätigkeit zum 1. Januar 2013** aufnehmen.

4. Weiteres Verfahren

- Einleitung **Ressortabstimmung/Verbändeanhörung**:
  - Frist für Verbände zur schriftlichen Stellungnahme bis 1. Dezember.
  - Mündliche Anhörung der Verbände am 8. Dezember.
- Diskussion mit der **Expertengruppe** zur 8. GWB-Novelle im Dezember 2011 geplant.
- **Kabinettsbefassung** Anfang 2012.
- **Inkrafttreten**: 1. Januar 2013.

Bundesministerium
für Wirtschaft
und Technologie

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit