

Die 8. GWB-Novelle im Überblick

Nach langwierigen Verhandlungen hat der Vermittlungsausschuss grünes Licht für die Verabschiedung des 8. Gesetzes zur Änderung des GWB (8. GWB-Novelle) gegeben. Die 8. GWB-Novelle soll noch in dieser Legislaturperiode in Kraft treten. Durch sie sollen die wettbewerbspolitischen Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP umgesetzt werden. Die 8. GWB-Novelle sieht keine grundlegenden konzeptionellen Änderungen des GWB vor. Vielmehr besteht die Zielsetzung der Novellierung darin, das GWB weiter zu optimieren und dessen Durchsetzung noch effizienter zu gestalten.

Key issues

- Überblick
- Fusionskontrolle
- Missbrauchsaufsicht
- Kartellverfahrensrecht
- Private Kartellrechtsdurchsetzung
- Anwendung des GWB auf gesetzliche Krankenkassen
- Bewertung der 8. GWB-Novelle

1. Überblick

Im Bereich der Fusionskontrolle werden die bestehenden Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter verringert, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen. Für Fusionen im Pressebereich werden jedoch weiterhin einige Besonderheiten gelten. Grundlegende Änderung im Bereich der Missbrauchsaufsicht ist die Erhöhung der Vermutung für eine Einzelmarktbeherrschung auf 40 %. Zudem werden die Missbrauchsvorschriften systematischer gestaltet. Der vom europäischen Recht insoweit gewährte Gestaltungsspielraum zur Anwendung strengerer Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen, etwa hinsichtlich des Missbrauchs relativer Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen, soll jedoch weiterhin genutzt werden. Die Novelle sieht ferner eine Verbesserung der Position der Verbraucherverbände im Rahmen ihrer Beteiligung an der privaten Durchsetzung des Kartellrechts vor. Weitere Änderungen betreffen das Kartellverfahrensrecht, Bußgeldvorschriften sowie die Anwendung des GWB auf

die gesetzlichen Krankenkassen. Dieser Newsletter stellt die wichtigsten Änderungen für die Praxis vor.

2. Fusionskontrolle

2.1 Änderung des materiellen Prüfungskriteriums

Nach derzeit geltendem Recht prüft das Bundeskartellamt, ob zu erwarten ist, dass durch den angemeldeten Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (sog. Marktbeherrschungstest). In der europäischen Fusionskontrolle ist das maßgebliche materielle Untersagungskriterium die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („*significant impediment to effective competition*“, so genannter SIEC-Test). Der Marktbeherrschungstest stellt dabei nur ein Regelbeispiel für die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar. Die auf der europäischen Ebene geltende Systematik soll nun in das GWB übernommen werden. Die sog. Abwägungsklausel soll dagegen beibehalten werden. Diese erlaubt trotz Marktbeherrschung die Freigabe eines Zusammenschlusses, wenn durch ihn auch

Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile überwiegen.

2.2 Marktbeherrungsvermutungen

An den gesetzlichen Marktbeherrungsvermutungen, die im Rahmen des Marktbeherrschungstests eine entscheidende Rolle spielen, wird festgehalten. Allerdings wird die Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrungsvermutung auf 40 % angehoben (statt bisher einem Drittel).

2.3 Nebenbestimmungen

Auch die Regelungen des GWB über Nebenbestimmungen (Bedingungen und Auflagen) zu Freigabeentscheidungen werden an das europäische Recht angeglichen. Der Begründung des Gesetzesentwurfs zufolge sollen auch Verhaltenszusagen möglich sein, sofern sie ebenso geeignet und wirksam sind wie Veräußerungszusagen, um das identifizierte Wettbewerbsproblem zu beseitigen. Es bleibt jedoch dabei, dass Verhaltenszusagen nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

2.4 Zusammenrechnungsklausel

Es ist künftig ausdrücklich geregelt, dass zwei oder mehrere Erwerbsvorgänge zwischen denselben Beteiligten, die innerhalb von zwei Jahren getätigt werden, als ein einziger Zusammenschluss gelten. Dadurch soll die Umgehung der im Jahr 2009 eingeführten zweiten Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Mio. durch Aufspaltung größerer Transaktionen in mehrere kleinere, zeitlich versetzte Erwerbsvorgänge vermieden werden.

2.5 Öffentliche Übernahmen

Auf europäischer Ebene gilt das generelle Vollzugsverbot von Zusammenschlüssen nicht für den Kontrollwerb im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots, sofern der Zusammenschluss unverzüglich angemeldet wird und die Ausübung der Stimmrechte bis zur Freigabe unterbleibt. Eine entsprechende Regelung wird nunmehr in das GWB eingefügt.

2.6 Fristen im Hauptprüfverfahren

Entscheidet das Bundeskartellamt, das Hauptprüfverfahren zu eröffnen, muss eine Entscheidung innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung beim Bundeskartellamt ergehen. Diese Frist verlängert sich künftig automatisch um einen Monat, wenn die Parteien dem Bundeskartellamt erstmals im laufenden Verfahren Verpflichtungen anbieten. Weiterhin ist die Prüfungsfrist im

Hauptverfahren gehemmt, wenn die Parteien ein erneutes Auskunftsverlangen des Bundeskartellamtes nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantworten und dies auch zu vertreten haben.

2.7 Rückwirkende Heilung bei nachträglichen Anmeldungen

Bislang war streitig, ob die zivilrechtliche Unwirksamkeitsfolge für Rechtsgeschäfte infolge eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot lediglich vorübergehend (schwebend) oder endgültig eintritt. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsunsicherheit zugunsten der schwebenden Unwirksamkeit beseitigt. Sofern das nachträglich eingeleitete Entflechtungsverfahren eingestellt wird, weil die materiellen Untersagungs Voraussetzungen nicht vorlagen, soll dem Einstellungsbescheid eine rückwirkende Heilungswirkung zukommen.

2.8 Bagatellmarktklausel

Nach der sog. Bagatellmarktklausel unterliegen gegenwärtig bestimmte Zusammenschlüsse formell nicht der Fusionskontrollpflicht, wenn sie nur unbedeutende Märkte betreffen. Das zu berücksichtigende Marktvolumen lässt sich jedoch im Vorfeld oft nicht mit Sicherheit ermitteln. Um den betroffenen Unternehmen ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu bieten, wird die Bagatellmarktklausel – wie vor der 6. GWB-Novelle – wieder in die materielle Fusionskontrolle überführt. Zusammenschlüsse, die (nur) Bagatellmärkte betreffen, müssen zwar künftig angemeldet, können jedoch nicht untersagt werden.

2.9 Fusionen im Pressebereich

Den veränderten Marktbedingungen im Pressebereich (gewachsene Konkurrenz durch das Internet, geändertes Nutzungsverhalten der Kunden) trägt die 8. GWB-Novelle dadurch Rechnung, dass der pressenspezifische Multiplikator für die Feststellung der Umsätze von 20 auf 8 herabsetzt wird. Dadurch werden weniger Fusionen im Pressebereich anmeldepflichtig sein. Der reduzierte Rechenfaktor gilt jedoch nicht für den Rundfunkbereich. Ferner werden künftig Erwerbsvorgänge von defizitären Presseverlagen unter bestimmten Voraussetzungen nicht untersagt werden können.

2.10 Fusionen im Zusammenhang mit Gebietsreformen

Die mit kommunalen Gebietsreformen einhergehende Zusammenlegung von öffentlichen Einrichtungen und

Betrieben wird nicht der Fusionskontrolle unterliegen. Eine entsprechende Klarstellung wird in § 35 Abs. 2 GWB aufgenommen.

3. Missbrauchsaufsicht

3.1 Neustrukturierung der Missbrauchsaufsicht

Die nationale Missbrauchsaufsicht ist in den §§ 19, 20 GWB wesentlich detaillierter geregelt als im europäischen Recht. Um die teilweise sehr ausführlichen Vorschriften systematisch zu vereinfachen, wurde die Definition der Marktbeherrschung in einem neuen § 18 GWB vorangestellt. Es folgen die § 19 GWB (Missbrauch marktbeherrschender Stellung) und § 20 GWB (Missbrauch relativer Marktmacht). Wie bereits oben unter 2.2 dargelegt, dürfte in inhaltlicher Hinsicht die Anhebung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung auf 40 % die wichtigste Änderung darstellen.

3.2 Auslaufen/Verlängerung befristeter Sonderregelungen

Durch das "Gesetz zur Bekämpfung von Preis-missbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels" wurde in das GWB unter anderem das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis) befristet bis 31.12.2012 eingefügt. Dieses Verbot soll nunmehr für weitere fünf Jahre gelten. Ebenfalls um fünf Jahre wurde das Verbot der Preismissbräuche durch marktbeherrschende Strom- und Gasanbieter (§ 29 GWB) verlängert. Dagegen wird das mittlerweile ausgelaufene Verbot der Preis-Kosten-Schere dauerhaft im GWB verankert.

3.3 Entflechtung

Unter der Geltung des § 32 GWB war bislang umstritten, ob der Begriff "Maßnahme" nur verhaltensorientierte oder auch strukturelle Instrumente, wie eine Entflechtung, umfasst. Diese Rechtsunsicherheit wird nun durch eine Klarstellung in § 32 Abs. 2 GWB beseitigt. Die geänderte Vorschrift stellt ausdrücklich klar, dass das Bundeskartellamt auch zu strukturellen Maßnahmen berechtigt ist. Zusätzlich erhält das Bundeskartellamt in einem neu eingefügten § 32 Abs. 2a GWB die Befugnis, Unternehmen im Rahmen von Abstellungsverfügungen zur Rückerstattung kartellrechtswidrig erwirtschafteter Vorteile zu verpflichten.

3.4 Wasserversorgung

In einer Grundsatzentscheidung (Wasserpreise Wetzlar) hat der BGH neben der allgemeinen Missbrauchsaufsicht die Anwendbarkeit der verschärften Missbrauchskontrolle auf Wasserpreise bestätigt. Die entsprechenden wasserrechtlichen Sonderregelungen, die seit der 6. GWB-Novelle in einer Übergangsvorschrift normiert waren, werden nunmehr in §§ 31 bis 31b GWB aufgenommen. Allerdings ergab die Einigung im Vermittlungsausschuss, dass die Missbrauchskontrolle bei sog. Durchleitungsansprüchen unter bestimmten Umständen keine Anwendung finden soll. Ferner stellt der Gesetzgeber klar, dass die Missbrauchsaufsicht auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ebenfalls nicht anwendbar ist.

4. Kartellverfahrensrecht

Durch die 8. GWB-Novelle soll das Kartellordnungswidrigkeiten-/Bußgeldrecht effektiver gestaltet werden. Wie dieses Ziel zu erreichen ist, blieb jedoch, wie die folgende Übersicht zeigt, bis zuletzt umstritten.

- Um den Abschluss von Kartellverfahren zu beschleunigen, wurde in Anlehnung an die Befugnisse der Europäischen Kommission eine Auskunftspflicht für juristische Personen im Hinblick auf unternehmens- und marktbezogene Daten, etwa Unternehmensumsätze in den letzten fünf Jahren, eingeführt.
- Für Schadensersatzklagen aufgrund von Kartellverstößen sind zukünftig Zivilkammern der Landgerichte und nicht mehr Kammern für Handelssachen zuständig.
- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Geldbuße gegen Rechtsnachfolger nur unter der engen Voraussetzung festgesetzt werden, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung zwischen der vorherigen und der neuen Vermögensverbindung nahezu Identität besteht. Durch Anpassung des § 30 OWiG wird eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Festsetzung einer Geldbuße gegen Gesamtrechtsnachfolger geschaffen. Die Geldbuße darf jedoch in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen.
- Die noch im Referentenentwurf vorgesehene Vertraulichkeit von Aufklärungsbeiträgen, d.h. Kronzeugen- und Bonusanträgen (einschließlich der

dazu übermittelten Beweismittel), wurde dagegen in den Endentwurf der 8. GWB-Novelle nicht übernommen. Vielmehr überlässt es der Gesetzgeber den Gerichten, auf Grundlage des § 406e StPO den Umfang der Akteneinsicht zu bestimmen.

- Das Bundeskartellamt wird im gerichtlichen Beschwerdeverfahren kein Fragerecht bekommen, welches über die bisherige Möglichkeit der Anhörung hinaus geht. Die Bundesregierung war der Ansicht, dass das Fachwissen der Behörde auch nach der bisherigen Regelung ausreichend einbezogen wird.

5. Private Kartellrechtsdurchsetzung

Verbraucherschutzorganisationen werden an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beteiligt. Das Änderungsgesetz räumt in § 33 Abs. 2 GWB qualifizierten Einrichtungen, insbesondere Verbraucherverbänden, nunmehr einen Unterlassungsanspruch sowie einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung bei Masse- und Streuschäden ein. Ferner sind nach der Neuregelung auch Verbände der Marktgegenseite, z. B. der Markenverband, klagebefugt. Schadensersatzansprüche bleiben hingegen weiterhin den tatsächlich Betroffenen vorbehalten. Sammelklagen bleiben unzulässig.

6. Anwendung des GWB auf gesetzliche Krankenkassen

Die Anwendung des GWB auf gesetzliche Krankenkassen war Gegenstand heftiger Diskussionen. In einer Entscheidung vom 15. September 2011 vertrat das Hessische Landessozialgericht die Auffassung, dass die Eröffnung der Kartellaufsicht über die Krankenkassen einer expliziten gesetzlichen Regelung bedarf. Infolge dieser Entscheidung hat das Bundeskartellamt die bis dahin durchgeführte Fusionskontrolle bei den Krankenkassen eingestellt. Durch die entsprechende Änderung der relevanten Vorschriften im SGB V wird nunmehr klargestellt, dass das Bundeskartellamt zur

Durchführung der Fusionskontrolle bei Zusammenschlüssen zwischen gesetzlichen Krankenkassen im "Benehmen" mit den zuständigen Aufsichtsbehörden, etwa dem Bundesversicherungsamt, befugt ist. Für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts sind dagegen nicht die Zivil-, sondern die Sozialgerichte zuständig. Ferner sieht der Kompromiss des Vermittlungsausschusses vor, dass das Kartellverbot und die Missbrauchsvorschriften auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten keine Anwendung finden.

7. Bewertung der 8. GWB-Novelle

Die für die 8. GWB-Novelle vorgeschlagenen Änderungen sind weitgehend zu begrüßen, da sie in einer Reihe von Zweifelsfragen, wie der nachträglichen Anmeldung von Zusammenschlüssen oder der Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel, die Rechtssicherheit deutlich verbessern. Darüber hinaus ist insbesondere die Erhöhung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung auf 40 % positiv hervorzuheben.

Auf der anderen Seite dürfte die Einführung des SIEC-Tests zumindest aus Unternehmenssicht mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden sein, da es insoweit an einer Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts fehlt und die Übertragbarkeit der Entscheidungsgrundsätze auf der EU-Ebene in Frage stehen dürfte. Hierdurch dürfte die gerichtliche Überprüfung künftig noch mehr Zeit in Anspruch nehmen. Eine gewisse Rechtsunsicherheit dürfte auch im Hinblick auf die neuen Entflechtungsvorschriften bestehen, die Gegenstand intensiver Diskussionen waren.

Im Kartellverfahrensrecht bleibt abzuwarten, ob die vom BGH festgestellte Lücke im Hinblick auf die Festsetzung von Geldbußen gegen Rechtsnachfolger durch die vorgeschlagene Änderung gänzlich geschlossen wird. Schließlich geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass die Einzelrechtsnachfolge von der neuen Regelung nicht erfasst wird.

Contacts

Marc Besen

Partner, Düsseldorf

T: +49 211 43 55 5324

E: marc.besen
@cliffordchance.com

Dr. Joachim Schütze

Partner, Düsseldorf

T: +49 211 43 55 5548

E: joachim.schuetze
@cliffordchance.com

Albrecht v. Graevenitz

Counsel, Frankfurt

T: +49 69 7199 2564

E: albrecht.graevenitz
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2013

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen
finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.