

**09.07.04**

## **Stellungnahme** des Bundesrates

---

### **Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Der Bundesrat hat in seiner 802. Sitzung am 9. Juli 2004 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§§ 2 und 4 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens darauf hin zu wirken, dass der Wortlaut des neuen nationalen Kartellrechts so weit wie möglich von einer einheitlichen Systematik geprägt ist. Diese sollte durchgängig entweder in einer Übernahme des Wortlautes entsprechender europäischer Regelungen oder in einer neuere Entwicklungen und Erkenntnisse erfassenden Kodifizierung bestehen. Dies gilt insbesondere für die Vorschriften der §§ 2 und 4 GWB-E.

Der Bundesrat begrüßt in Anbetracht der notwendigen Anpassung des nationalen an das europäische Recht die in der Begründung zum Ausdruck kommende Konzeption des Gesetzentwurfs, auch inhaltlich zu einer "Synchronisierung" der beiden Rechtskreise zu gelangen, indem der Wortlaut der einschlägigen europäischen Bestimmungen übernommen wird. Dies führt in wichtigen Bereichen, insbesondere in den Vorschriften der neuen §§ 2 und 4 GWB-E, zu einer vollständigen Neufassung des nationalen Rechts. In einem solchen Fall kommt schon aus methodischen Gründen einer konsequenten und lückenlosen Umsetzung des angesprochenen Prinzips große Bedeutung zu.

Dieses Prinzip wird jedoch bei der vorgeschlagenen Fassung des § 2 GWB-E einerseits und des § 4 GWB-E andererseits ohne erkennbaren Grund nicht beachtet. Der Wortlaut des § 2 GWB-E erfasst in enger Anlehnung an Artikel 81 Abs. 3 EGV nur die Erzeugung und Verteilung von Waren; es ist aber seit

langem unstreitig, dass die genannte europarechtliche Vorschrift auch Dienstleistungen umfasst. Bei der Formulierung des § 4 GWB-E wird hingegen bewusst (vgl. Gesetzesbegründung S. 77) vom Wortlaut des Artikels 4 Buchstabe a der Vertikal-GVO abgewichen, um hier ausdrücklich auch Dienstleistungen zu erfassen. Diese vermeintliche Klarstellung gelingt wiederum auch nicht, weil durch die Rückverweisung in § 4 Satz 2 GWB-E auf die Vorschriften der §§ 1 und 2 GWB-E mittelbar wieder der Text der Vertikal-GVO den Inhalt des § 4 GWB-E bestimmt.

## 2. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 3 Abs. 2 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 4 ist § 3 wie folgt zu ändern:

- a) Dem bisherigen Wortlaut ist die Absatzbezeichnung "(1)" voranzustellen.
- b) Nach Absatz 1 ist folgender Absatz anzufügen:

"(2) Sehen die Vereinbarungen oder der Beschluss die Rationalisierung in Verbindung mit Preisabreden oder die Bildung gemeinsamer Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtungen vor, so tritt die Freistellungswirkung nach Absatz 1 nur ein, wenn

1. der Rationalisierungszweck der Vereinbarung oder des Beschlusses auf andere Weise nicht erreicht werden kann,
2. die Befriedigung des Bedarfs verbessert und
3. der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung steht."

### Begründung:

Mit § 3 GWB-E soll ausweislich der Entwurfsbegründung der bisher für Mittelstandskartelle geltende Freistellungstatbestand (§ 4 Abs. 1 GWB) inhaltlich unverändert aufrecht erhalten werden.

Die aktuell freigestellten Mittelstandskartelle enthalten vielfach und notwendigerweise Preis-, Mengen- oder Quotenabsprachen. Die deutschen Kartellbehörden und Gerichte sehen solche Klauseln zwar im Grundsatz als nicht freistellungsfähig an, haben hiervon jedoch bei Mittelstandskartellen in Anlehnung an § 5 Abs. 2 GWB Ausnahmen zugelassen, wenn die mit der Kooperation verfolgten Rationalisierungszwecke auf andere Weise nicht erreicht werden konnten. Das sollte in § 3 GWB-E aus Gründen der Rechtssicherheit zum Ausdruck kommen.

Die inhaltlich unveränderte Freistellung von Mittelstandskartellen droht zudem durch das in § 23 GWB-E aufgestellte Gebot, bei der Anwendung des GWB-E die "Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts" zu Grunde zu legen, in Frage gestellt zu werden. In den einschlägigen Regelungen auf Gemeinschaftsebene (vgl. z. B. Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 - so genannte "Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung") finden sich Preis-, Mengen- oder Quotenabsprachen regelmäßig als so genannte "schwarze Klauseln" wieder, d. h. Kartelle, die ggf. neben anderen Vereinbarungen solche Absprachen enthalten, sind im europäischen Wettbewerbsrecht grundsätzlich nicht freistellungsfähig. Zwar sieht § 23 GWB-E in seinem zweiten Halbsatz eine Ausnahme vom Gebot der Beachtung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts vor, "soweit hierzu in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind". Die Entwurfsbegründung nennt explizit § 3 GWB-E als Beispiel für eine solche vorrangige Regelung. Die Gesetzesbegründung bindet aber weder Kartellbehörden noch Gerichte. Mit dem Wegfall der Anmeldeöglichkeit für Mittelstandskartelle werden kleine und mittlere Unternehmen selbst nach einem Negativattest der Kartellbehörde mit dem Risiko einer abweichenden Rechtsanwendung durch die Gerichte agieren müssen, zumal wenn die Rechtsnorm selbst keine ganz eindeutige Regelung trifft.

3. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 4 GWB)

In Artikel 1 Nr. 4 ist § 4 zu streichen.

Begründung:

§ 4 GWB-E ist als eigenständige Verbotsnorm nahezu inhaltsleer, schreibt aber ohne Not die nicht unumstrittene Regelung des Artikels 4 Buchstabe a Vertikal-GVO (Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) im GWB fest.

§ 1 GWB-E erstreckt das generelle Kartellverbot auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Da die europäische Vertikal-GVO mit ihrem Preisbindungsverbot in Artikel 4 Buchstabe a über § 2 GWB-E ohnehin zu beachten ist, besteht für eine ausdrückliche Sonderregelung des Preisbindungsverbots im GWB kein Bedürfnis. § 4 GWB-E hat über Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO hinaus nur einen marginalen eigenen Regelungsgehalt, der vor allem theoretischer Natur sein dürfte: Er schließt für rein nationale Preisbindungskartelle, die im europäischen Kartellrecht rein theoretisch bestehende Möglichkeit einer Einzelfreistellung aus.

Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO erfasst dem Wortlaut nach nicht die so genannte Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Verkäufers: Marktmächtige Nachfrager könnten damit in ihren Verträgen mit Lieferanten

vereinbaren, dass kein Wettbewerber günstigere Konditionen erhalten darf. Das wird im Schrifttum teilweise als Redaktionsversehen angesehen. Der Wortlaut dieser nicht unproblematischen Vorschrift wird in § 4 GWB-E fixiert und damit die Reaktion auf eine klärende Rechtsprechung der europäischen Gerichte oder ggf. eine Änderung des Artikels 4 Buchstabe a Vertikal-GVO unnötig erschwert.

4. Zu Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe a<sub>1</sub> - neu - (§ 20 Abs. 3 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 8 ist nach Buchstabe a folgender Buchstabe einzufügen:

"a<sub>1</sub>) In Absatz 3 Satz 1 werden nach den Wörtern 'im Geschäftsverkehr' die Wörter 'dazu aufzufordern oder' eingefügt."

Begründung:

Die materiellrechtliche Liberalisierung des Kartellrechts kann insbesondere im Einzelhandel zu weiterer Konzentration und zu einer Verstärkung der Nachfragemacht gegenüber den Herstellern führen.

So sind gemäß den Leitlinien zur Horizontal-GVO (Rdz. 130) Einkaufskooperationen bis zu einem Marktanteil von 15 % in der Regel vom Kartellverbot freigestellt. Auf Grund der europarechtlichen Vorgaben nach Artikel 4 Buchstabe a Vertikal-GVO sollen Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten, welche aktuell nach § 14 GWB verboten sind, in Zukunft nicht mehr dem Kartellverbot unterliegen. Marktmächtige Nachfrager könnten damit in Zukunft in ihren Verträgen mit Lieferanten vereinbaren, dass kein Wettbewerber günstigere Konditionen erhalten darf.

Als Korrelat zu der europarechtlich vorgegebenen Liberalisierung des materiellen Kartellrechts ist eine Intensivierung der Missbrauchsaufsicht geboten. Wie sich aus Artikel 3 Abs. 1 der europäischen Kartellverordnung (VO (EG) Nr. 1/2003) ergibt, lässt das europäische Kartellrecht im Bereich der Missbrauchsaufsicht weiterhin strengere nationale Regelungen zu.

In seiner aktuellen Fassung erfasst § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB nur die erfolgreiche Aufforderung, d.h. nur den Fall, dass der Aufgeforderte tatsächlich ohne sachlichen Grund zur Gewährung von Vorzugsbedingungen veranlasst wird. Auch das erfolglose Auffordern stellt aber ein vom Kartellrecht missbilligtes Verhalten dar. Ein mögliches Einschreiten der Kartellbehörde sollte nicht davon abhängen, ob der Bedrängte sich letztlich auf die Vorzugsbedingungen einlassen muss oder nicht. Auch im Falle des Boykotts (§ 21 GWB) verbietet das Gesetz bereits den Aufruf zum Boykott.

5. Zu Artikel 1 Nr. 11, 11a - neu - (§ 23 GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) Nummer 11 ist wie folgt zu ändern:
  - aa) Der Einleitungssatz ist wie folgt zu fassen:

"§ 22 wird wie folgt gefasst:"
  - bb) § 23 ist zu streichen.
- b) Nach Nummer 11 ist folgende Nummer einzufügen:

"11a. § 23 wird aufgehoben."

Begründung:

Zu a):

Die §§ 1, 2 und 4 GWB-E werden an das EU-Wettbewerbsrecht angepasst. Damit fließt die Praxis der Kommission und die Rechtsauslegung durch die Rechtsprechung ohnehin in die Auslegung der §§ 1, 2 und 4 GWB-E ein. Einer zusätzlichen ausdrücklichen Bindung der Rechtsanwender bedarf es deshalb nicht.

Der Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts gilt für die Missbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkendem Verhalten nur, wenn das europäische Recht strenger als das nationale Recht ist. Insoweit hat sich durch das In-Kraft-Treten der Verordnung 1/2003 am 1. Mai 2004 nichts geändert. Deshalb ist eine ausdrückliche maßgebliche Bindung der Rechtsanwender an die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts in diesem Punkt entbehrlich.

Die Vorschrift führt zu einer unnötigen Komplizierung der künftigen Anwendung des nationalen Kartellrechts. Sie verpflichtet die deutschen Kartellbehörden und Gerichte bei Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug in unangemessener Weise zur "maßgeblichen Zugrundelegung" der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts; damit sind nicht nur die einschlägigen normativen Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts, sondern auch die ständige Spruchpraxis der europäischen Gerichte und die gefestigte Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission gemeint, die sich u. a. in deren umfangreichen Bekanntmachungen und Leitlinien wieder findet (so jedenfalls die Gesetzesbegründung S. 81). Dass das künftig eng an das europäische Recht angepasste nationale Kartellgesetz im Lichte eben dieser europäischen Regeln auszulegen sein wird, ist eine methodische Selbstverständlichkeit. Die vorgesehene gesetzliche Regelung setzt hingegen alle Entscheidungen der Kartellbehörden und Gerichte der Gefahr der Rechtswidrigkeit aus, wenn in den Gründen der jeweiligen Entscheidung nicht oder nicht hinreichend dargelegt würde, dass die genannten europäischen Grundsätze als für den Einzelfall relevant erkannt, entsprechend gewürdigt und

schließlich "maßgeblich zu Grunde gelegt" wurden; d. h. sie müssten sich als zielführende Prinzipien in der nationalen Einzelfallentscheidung wieder finden und deren Grundlage bilden, soweit nicht spezielle nationale Vorschriften existieren. In Anbetracht des Umfangs der Rechtsprechung sowie vor allem der Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission würde dies die Arbeitseffektivität der Kartellbehörden mit vor allem in den Ländern schon sehr begrenzten Kapazitäten gravierend beschränken. Obwohl man in vielen Fällen auch ohne Zugrundelegung der europäischen Grundsätze zu dem selben Ergebnis kommen dürfte, würde sich ohne sachlichen Grund voraussichtlich auch die Zahl der gerichtlichen Anfechtungen von kartellbehördlichen Entscheidungen erhöhen. Die vorgesehene, gewissermaßen normative Festschreibung der europäischen Grundsätze lässt auch befürchten, dass das Bemühen der nationalen Kartell-Behörden und -Gerichte um eine optimierte wettbewerbsorientierte Auslegung der europäischen Regelungen erstarbt. Insbesondere birgt die Vorschrift die Gefahr, dass künftig die bisherige deutsche Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zu Unrecht bei der Entscheidungsfindung vernachlässigt wird. Der Kasuistik des nationalen Rechtes kann vor allem in Bereichen, in denen es auf europäischer Ebene keine oder nur wenig Entscheidungspraxis gibt, zielführende Bedeutung zukommen. Zudem ist ein letztlich fruchtloser Streit um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Grundsätze" vorprogrammiert. Es ist durchaus nicht sicher, dass die Gerichte den Begriff im Sinne der Regierungsbegründung umfassend auslegen. Vielmehr läge es nach dem Wortlaut der Norm zunächst nahe, als "Grundsätze" nur die Grundprinzipien des europäischen Rechts anzusehen, deren Tragweite im Einzelnen zweifelhaft sein mag. § 23 GWB-E hat somit nicht die angestrebte Rechtsklarheit und Einheitlichkeit der Rechtsordnungen, sondern vielmehr eine Begriffsverwirrung zur Folge.

Zu b):

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wird § 23 GWB durch eine neue Regelung ersetzt. Danach sind die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB-E maßgeblich zu Grunde zu legen, soweit hierzu nicht in dem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind. Nach der Begründung soll § 23 GWB-E bewirken, dass bei der Auslegung der gesetzlichen Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts auch eine Anknüpfung an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs bzw. des europäischen Gerichts erster Instanz und die Beschlusspraxis der Europäischen Kommission einschließlich der Mitteilungen und Bekanntmachungen im Rahmen der Auslegung der nationalen Regelungen gewährleistet ist.

Die Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission geben häufig eine Bewertung oder Rechtsauffassung der Europäischen Kommission wieder, die nur zum Teil auf eigener Verwaltungspraxis oder gerichtlichen Entscheidungen beruhen. Eine gesetzlich begründete Anwendungsverpflichtung bei der Anwendung des deutschen Rechts geht weit über das hinaus, wozu die Rechtsanwender nach europäischem Recht verpflichtet sind. Der Begriff "maßgeblich zu Grunde zu legen" gibt diesen Vorschriften zudem eine hervorgehobene rechtliche Bedeutung. Denn das Wort "maßgeblich"

verdeutlicht, dass diesen Vorschriften bei der Anwendung der Rechtsnormen ein besonderes Maß, also eine besondere Bedeutung zukommt. Entgegen der Begründung wird durch § 23 GWB-E eine normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen bewirkt, die dazu führt, dass der europäischen Verwaltungspraxis ein nur durch besonders schwerwiegende Gründe widerlegbarer Vorrang zukommt.

Dies bedeutet gleichzeitig, dass sich die Kartellbehörden und Gerichte mit sämtlichen die Rechtsangelegenheit betreffenden Leitlinien, der Kommissionspraxis, der Rechtsprechung usw. auseinandersetzen müssen und jede einzelne Rechtsauffassung zu bewerten und ggf. aus herausragenden Gründen abzulehnen haben. Angesichts der Fülle der zu berücksichtigenden "Grundsätze" dürfte dies zu einem übermäßigen Verwaltungsaufwand führen, der die Arbeitseffektivität deutlich einschränkt und letztlich zu mehr Rechtsunsicherheit führen wird.

6. Zu Artikel 1 (§ 24 ff. GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren darauf hin zu wirken, dass künftig für Wettbewerbsregeln im Sinne des § 24 GWB

a) lediglich eine Pflicht zur Veröffentlichung im Sinne des § 27 GWB-E mit der Möglichkeit einer Verfahrenseinleitung durch die Kartellbehörde nach § 54 GWB

oder

b) ein Anmeldeverfahren im Sinne der § 9 Abs. 3, § 22 Abs. 3 ff. GWB geltender Fassung

im Gesetz vorgesehen wird.

Begründung:

Der Bundesrat begrüßt grundsätzlich die Beibehaltung des Instituts der "Wettbewerbsregeln" und insbesondere die damit verbundene Transparenz für die jeweilige Marktgegenseite. Jedoch stellt die unverändert vorgesehene "Anerkennung" von Wettbewerbsregeln durch eine "auf Antrag" ergehende "Verfügung" einen Bruch des nunmehr geltenden Systems der Legalausnahme von § 1 GWB dar. Wie in der Begründung des Gesetzentwurfes (vgl. S. 82 zu Nummer 13 Buchstabe b) zutreffend ausgeführt wird, "sind Wettbewerbsregeln, die vom Kartellverbot des § 1 erfasst werden, freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen der §§ 2 oder 3 erfüllen". Eine weiter reichende Bindungswirkung kann – auch im Hinblick auf andere Gesetze – durch die vorgesehene kartellbehördliche Verfügung nicht erzielt werden. Eine auf Antrag erfolgende "Anerkennung" erweckt demgegenüber irreführend und systemwidrig den

Eindruck, sie entfalte konstitutive Wirkung. Dies gilt auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer Bestimmung mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder einer anderen Rechtsvorschrift.

Deswegen sollte das Verfahren für Wettbewerbsregeln spürbar dereguliert werden. Dies könnte dadurch geschehen, dass Wettbewerbsregeln zwar weiterhin zwingend veröffentlicht werden müssen, aber nur zu dem Zweck, um den betroffenen Wirtschaftskreisen die Möglichkeit zu geben, bei der zuständigen Kartellbehörde nach § 54 GWB die Einleitung eines Verfahrens anzuregen oder selbst zivilrechtliche Schritte einzuleiten. Alternativ wäre an ein Anmeldeverfahren zu denken, wie es nach geltendem Recht für Konditionenempfehlungen (vgl. § 22 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 bis 6 GWB) oder Widerspruchskartelle (§ 9 Abs. 3 GWB) vorgesehen ist.

7. Zu Artikel 1 Nrn. 18, 20, 21, 22 (§§ 31, 35 Abs. 2 Satz 2, § 36 Abs. 1a und 1b und 38 Abs. 3 GWB)

Die Änderungen des Pressekartellrechts sind vollumfänglich abzulehnen. Der Entwurf führt zu einer faktischen Aufhebung der Pressefusionskontrolle. Änderungen des Pressekartellrechts sind nicht im Rahmen der nötigen Angleichung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die neue europäische Kartellverordnung (VO (EG) Nr. 1/2003) veranlasst; diesbezügliche Vorschläge haben das Gesetzgebungsverfahren bereits unnötig verzögert. In der Sache sind die vorgeschlagenen Änderungen nicht das probate Mittel, um die strukturellen und konjunkturellen Probleme der Presse zu lösen.

Die Pressefusionskontrolle in ihrer jetzigen Form hat sich insgesamt bewährt. Nach der Einführung der so genannte Presserechenklausel in der 3. Kartellrechtsnovelle 1976 hat sich das Tempo der Konzentration im Pressebereich deutlich verlangsamt. Deutschland ist heute im internationalen Vergleich ein Gemeinwesen mit besonders zahlreichen Zeitungen. Das Pressekartellrecht in seiner jetzigen Form schützt selbständige kleinere und mittlere Verlage davor, von Großverlagen durch Beteiligungserwerb an umliegenden Lokalzeitungen eingekreist zu werden und dient nicht zuletzt dazu, Begehrlichkeiten großer Verlage schon unter Berufung auf die Rechtslage erfolgreich entgegenzutreten.

Es wäre ein ordnungspolitisch falsches Signal, auf die wirtschaftlich schwierige Lage einer Branche (Schrumpfen der Lesermärkte, Abwandern des Immobilien- und Kfz-Anzeigenmarktes ins Internet, Wegbrechen des Stellenmarktes) mit einer Lockerung des Kartellrechts zu reagieren. Da wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb eng verknüpft sind, kann die Presse auch nur im

wirtschaftlichen Wettbewerb ihre besondere Demokratiefunktion erfüllen.

Die in den §§ 31 und 36 GWB-E vorgeschlagenen Maßnahmen sind ordnungspolitisch bedenklich, gesetzestechnisch systemwidrig und weder zielführend zur Behebung der konjunkturellen und strukturellen Probleme der Pressebranche noch geeignet zur Wahrung der Meinungsvielfalt.

Die bestehenden durch die überwiegend lokalen und regionalen Strukturen im Pressebereich begründeten Sonderregeln für Fusionen (Presserechenklausel, keine Bagatellklausel) sollten unangetastet bleiben. Der gesetzliche Rahmen trägt der besonderen Situation der Presse Rechnung.

8. Zu Artikel 1 Nr. 18 (§ 31 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 18 wie folgt zu fassen:

"18. § 31 wird aufgehoben."

Begründung:

§ 31 GWB-E stellt Kooperationen von Zeitungsverlagen im Anzeigenbereich vom Kartellverbot und der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften frei und schafft damit eine systemwidrige Bereichsausnahme. Im Zuge der 7. GWB-Novelle werden in Angleichung an das europäische Kartellrecht die bisher geltenden Bereichsausnahmen weitgehend abgeschafft. Für Fusionen kennt das GWB bisher keine Bereichsausnahmen.

Die Gesetzesbegründung führt zu § 31 GWB-E aus, dass durch diese Regelung vor allem kleine und mittlere Zeitungsverlage begünstigt werden sollen. Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen werden aber bereits durch § 3 GWB-E (Mittelstandskartelle) vom Kartellverbot freigestellt.

Für Anzeigenkooperationen zwischen kleinen und mittelständischen Verlagen sowie auch für Regionalzeitungen auf benachbarten Märkten könnte § 31 GWB-E allenfalls klarstellende Funktion haben. Bereits der bestehende gesetzliche Rahmen gibt den Verlagen ausreichenden gesetzlichen Spielraum, der in der Praxis nicht durchwegs genutzt wird.

§ 31 GWB-E deckt im Hinblick auf Kooperationen den Bereich unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle - in Fällen, in denen eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels denkbar ist, lässt die zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene Verordnung EG Nr. 1/2003 keinerlei nationale Abweichung mehr zu - und oberhalb der Mittelstandsausnahme des § 3 GWB-E ab, und ermöglicht damit Zeitungen jeder Größe voraussetzungslos und ohne Prüfung der Marktverhältnisse Preiskartelle und Gebietsabsprachen: Die Gefahren für die kleinen und mittleren Unternehmen, welche die Vorschrift eigentlich besonders

begünstigen will, können erheblich sein. Sie könnten von den großen Zeitungen aus dem Markt gedrängt werden. Ein Grund hierfür ist die so genannte Anzeigen-/Auflagenspirale als grundlegende Strukturbedingung des Zeitungswesens. Das bedeutet, dass sich im Anzeigenmarkt die Nachfrage "von selbst auf den stärksten Anbieter" konzentriert. Hierauf hat bereits der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung "Stellenmarkt für Deutschland" hingewiesen. Habe ein Anbieter einen Vorsprung erreicht, werde sich dieser tendenziell weiter ausbauen, weil Anzeigenanbieter wie Anzeigenleser dort die meisten der sie interessierenden Anzeigen erwarteten. Eine weitere Konzentration auf dem überregionalen Anzeigenmarkt und in der Folge Preiserhöhungen zu Lasten der werbenden Wirtschaft werden die Folge sein.

Eine spezielle Bereichsausnahme für Zeitungen widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz und diskriminiert Zeitschriften, die von § 31 GWB-E nicht erfasst sind. Eine rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen Zeitungen und Zeitschriften ist nicht möglich.

9. Zu Artikel 1 Nr. 19 (§ 32e Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 19 sind in § 32e Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 jeweils die Wörter "das Bundeskartellamt" durch die Wörter "die Kartellbehörde" zu ersetzen.

Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 19 § 32e Abs. 2 Satz 2 das Wort "Es" durch das Wort "Sie" zu ersetzen.

Begründung:

Bisher ist vorgesehen, nur dem Bundeskartellamt ein Enqueterrecht einzuräumen. Dies sollte auf alle Kartellbehörden ausgedehnt werden.

Der Regierungsentwurf nennt zwei tragende Gesichtspunkte für das neue Enqueterrecht. Es dient dem Ausgleich für den Transparenzverlust nach Wegfall des Administrativfreistellungsverfahrens. Daneben soll es eine zusätzliche Abhilfe bei der Ross-und-Reiter-Problematik schaffen. Beide Gesichtspunkte gelten nicht nur für Verfahren des Bundeskartellamtes, sondern auch für die der Landeskartellbehörden. Die Kartellbehörden der Länder ermitteln in vielen Fällen wegen verbotener Preis- und Konditionenabsprachen. Besserer Schutz von Insidern (Ross-und-Reiter-Problematik) ist daher für alle Kartellbehörden wichtig. Freistellungsverfahren wurden nicht nur beim Bundeskartellamt, sondern auch bei den Länderbehörden durchgeführt. Auch diese haben somit ein berechtigtes Interesse an einem Informationsrecht über die Auskunftsbefugnis nach § 59 GWB-E hinaus.

Die Gleichstellung aller Kartellbehörden ist notwendig, weil auch künftig zahlreiche wettbewerbshindernde Praktiken lokal oder regional begrenzt bleiben werden und damit in die Zuständigkeit der Landeskartellbehörden fallen. Die Nutzung wesentlicher Einrichtungen im Sinne von § 19 Abs. 4 GWB gehört ebenfalls zu diesem Bereich. Es ist an Hafengebühren ebenso wie an örtliche Fernwärme- oder Abwassernetze zu denken. Dasselbe gilt für die Wasserversorgung sowie – in eingeschränktem Maße – für die Nutzung von Strom- und Gasnetzen. Dienstleistungen der Abfallentsorgung zählen ebenfalls hierzu.

Daneben gibt es einen weiteren Grund, allen Kartellbehörden ein Enqueterecht einzuräumen. Die neue Vorschrift des § 49 Abs. 4 GWB-E erlaubt eine Veränderung der Zuständigkeit der Kartellbehörden im Einzelfall. Bundeskartellamt und eine Landeskartellbehörde können vereinbaren, dass ein Land anstelle des Bundes tätig wird. Damit erhält eine Landeskartellbehörde die Befugnis, in mehreren Ländern tätig zu werden. Um dies mit Leben zu erfüllen, sollte die handelnde Kartellbehörde des Landes die vollen Rechte des Bundeskartellamtes erhalten. Dazu gehört auch die Einräumung des – bundesweiten – Enqueterechtes.

Schließlich macht die Einräumung des Enqueterechtes an alle Kartellbehörden die in der Verfahrenspraxis der Landeskartellbehörden bereits rituellen Diskussionen um Anfangsverdacht und Erforderlichkeit eines Auskunftsverlangens obsolet. Diese Diskussionen gehen in der Regel zwar letztlich zu Gunsten der Kartellbehörden aus, führen jedoch zu einer Verzögerung der Kartellverfahren (instruktiv OLG München, Beschluss vom 23. Juni 1997 'Gaspreisermittlungen'. WuW/E OLG 5859). Dies ist bei den von Landeskartellbehörden häufig geführten Missbrauchsverfahren besonders misslich, da Verfügungen der Kartellbehörden in der Hauptsache erst ab ihrem Erlass wirken und somit ein missbräuchliches Verhalten während der Dauer des Verfahrens weiter praktiziert werden kann.

10. Zu Artikel 1 Nr. 19 (§ 32e Satz 3 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 19 ist in § 32e dem Absatz 2 der folgende Satz anzufügen:

"Das Recht der Kartellbehörde, Auskünfte von Unternehmen zu verlangen, besteht unabhängig davon, ob die Beziehung zum Kunden privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist."

Begründung:

Das Enqueterecht soll vor allem auch Marktanalysen im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft erleichtern und beschleunigen. Ein branchenweiter Vergleich von Unternehmen im Rahmen des Vergleichmarktkonzepts erfordert die Möglichkeit, eine branchenumfassende Erhebung bei den in Betracht

kommenden Unternehmen durchzuführen.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage können aber Unternehmen die Beantwortung - auch von ohne weiteres zumutbaren und unverfänglichen - Fragen verweigern, wenn die Kartellbehörde nicht in der Lage ist, den Anfangsverdacht für einen konkreten Gesetzesverstoß zu belegen. Die Branchenerhebung soll aber gerade der Untersuchung dienen, ob es Ansatzpunkte für einen Anfangsverdacht gibt.

Die Regelung dient deshalb der Klarstellung des Gewollten.

Die Zeiten einer verhältnismäßig durchgängigen Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Angebots von Leistungen einerseits und der privatrechtlich organisierten Leistungsangebote andererseits gehören der Vergangenheit an. Bund, Länder und Kommunen haben zunehmend Unternehmen des Privatrechts gegründet, um bestimmte Aufgaben zu erfüllen. In der Vergangenheit öffentlich-rechtlich organisierte Tätigkeiten werden privatisiert oder in Form von PPP-Projekten organisiert. Dies führt zu einem unsystematischen und schwer durchschaubaren Nebeneinander von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen Anbietern und Kunden.

Vollständige Branchenerhebungen als Vergleichsmaßstäbe im Rahmen von Vergleichsmarktkonzepten setzen voraus, dass die Kartellbehörden die Befugnis haben, auch öffentlich-rechtliche Anbieter der Ver- und Entsorgungsbranchen zur notwendigen Mitwirkung heranzuziehen.

#### 11. Zu Artikel 1 Nr. 19 (§ 34 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 34 Abs. 1 GWB-E die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden, wie in einem früheren Entwurf vorgesehen, vom schuldhaften Handeln des Unternehmens unabhängig gemacht werden sollte.

##### Begründung:

Die nun vorgeschlagene Regelung entspricht der geltenden Rechtslage. Die gerichtliche Praxis hatte in ihren Stellungnahmen zum früheren Entwurf die Aufhebung des Verschuldenserfordernisses ausdrücklich begrüßt, da die geltende Regelung der Mehrerlösabschöpfung in der Praxis keine Bedeutung erlangt habe. Bei Beibehaltung der geltenden Rechtslage wird sich hieran nichts ändern.

## 12. Zu Artikel 1 Nr. 19 (§ 34a GWB)

In Artikel 1 Nr. 19 ist § 34a zu streichen.

### Begründung:

Das nicht grundsätzlich abzulehnende Institut der Gewinnabschöpfung ist nicht in einer sinnvollen und für die Justizverwaltungen hinnehmbaren Weise ausgestaltet. Die vorgeschlagene Norm ist ebenso wie § 10 UWG (neu) abzulehnen. Die Vorschrift ist nicht praktikabel und durch die Gerichte nicht vernünftig handhabbar. Sie wird völlig leer laufen, es besteht aber die Gefahr, dass aufwändige Verfahren bei den Gerichten durchgeführt werden müssen. Beides kann nicht akzeptiert werden.

- a) Die durch § 34a Abs. 1 GWB-E begründete Pflicht, abgeschöpfte Gewinne dem Bundeshaushalt zuzuführen, macht das gesamte Institut wirkungslos. Die klagebefugten Verbände und Einrichtungen werden voraussichtlich von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung keinen Gebrauch machen, wenn sie im Unterliegensfall das volle Kostenrisiko tragen, im Falle des Obsiegens aber den Gewinn abführen müssen. Bereits heute ist zu beobachten, dass die klagebefugten Verbände von ihren Ansprüchen nach dem Unterlassungsklagengesetz und dem UWG ganz überwiegend keinen Gebrauch machen, wenn ein erhebliches Prozessrisiko besteht. Hieran ändert die Verrechnungsmöglichkeit mit notwendigen Aufwendungen schon deshalb nichts, weil die Vorschrift weit gehend ins Leere läuft. Erforderliche Aufwendungen werden nämlich regelmäßig vom Anspruchsgegner zu bezahlen sein. Soweit dieser hierzu nicht verpflichtet ist, wird es bereits an der Erforderlichkeit der Aufwendungen fehlen, etwa bei der Teilabweisung einer Klage.

Von der vorgeschlagenen "Schaufenstergesetzgebung" sollte daher Abstand genommen werden.

- b) Dem Gläubiger ist die Berechnung des geltendzumachenden Anspruchs nicht möglich. Der gemäß § 34a Abs. 1 GWB-E herauszugebende wirtschaftliche Vorteil ist nach der Begründung des Gesetzentwurfs 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). Dem Gläubiger, der die internen Betriebsverhältnisse des Schuldners nicht kennt, ist es deshalb nicht möglich, zur Höhe des Anspruchs substantiiert vorzutragen. Er wird deshalb regelmäßig zunächst eine Auskunftsklage gegen den Schuldner erheben müssen. Dies ist aber ein völlig falscher Ansatz. Die vorherige Auskunftsklage verkompliziert die Prozesse. Es genügt auch nicht, dass die Anbieter ihre Kalkulationsgrundlagen, über die künftig langwierig gestritten werden wird, einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Person mitteilen (so genannte Wirtschaftsprüfervorbehalt), da die Tatsachen von diesem an den Kläger weiterzureichen und in einem öffentlichen Prozess zu verhandeln sind. Die Feststellung tragfähiger Grundlagen für eine Schätzung des Gewinns nach § 287 ZPO wäre für den Kläger und die

Gerichte mit einem nicht zumutbaren Aufwand verbunden. In vielen Fällen wäre die Beiziehung von Sachverständigen erforderlich. Auch mit deren Hilfe wird häufig nur der Rahmen eines Marktpreises feststellbar sein, so dass erzielte Vorteile innerhalb dieses Rahmens nicht nachgewiesen und abgeschöpft werden können.

Die Aufgabe eines Gewinnabschöpfungsanspruchs kann nicht in der möglichst exakten Ermittlung der zu Lasten der Abnehmer erzielten Gewinne liegen. Wenn eine rechtsstaatliche Regelung nicht gefunden werden kann, die pauschaliert Vorteile abschöpft, so muss ganz auf dieses Institut verzichtet werden. Akzeptabel ist nur eine Regelung, bei der der abzuschöpfende Betrag anhand von gesetzlich bestimmten Umständen, die für den Gläubiger erkennbar oder jedenfalls leicht ermittelbar sind, vom Gericht in einem gesetzlich bestimmten Rahmen zügig festgelegt werden kann.

- c) Gegen § 34a Abs. 2 GWB-E bestehen - wie gegen § 10 Abs. 2 UWG (neu) erhebliche rechtssystematische Bedenken. Eine Anrechnung erscheint nur gerechtfertigt, soweit Abnehmern ihr Schaden ersetzt worden ist. Nicht vertretbar ist es dagegen, sämtliche Leistungen anzurechnen, die ein Unternehmen auf Grund eines Verstoßes erbracht hat. Insbesondere kann nicht nachvollzogen werden, dass auf den Gewinnabschöpfungsanspruch Zahlungen an den Staat angerechnet werden sollen. Wenn auch Geldstrafen angerechnet werden, so würden besonders schwer wiegende Verstöße gegen das GWB und damit Straftäter privilegiert. Es ist schon vom Strafzweck her völlig verfehlt, eine verhängte Strafe auf zivilrechtliche Forderungen anzurechnen und gar eine verhängte Strafe vom Staat über § 34a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 Satz 2 GWB-E dem Straftäter wieder erstatten zu lassen. Der Sinn eines Strafverfahrens erschließt sich nicht mehr, wenn von vornherein feststeht, dass die zu verhängende Strafe anschließend dem Straftäter vom Staat wieder erstattet werden wird. Hierzu führt aber die vorgesehene Regelung, wenn das Strafverfahren nach der Gewinnabschöpfung durchgeführt wird.

### 13. Zu Artikel 1 Nr. 20 (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist die Nummer 20 zu streichen.

#### Begründung:

Bei dem Erwerb von kleineren Unternehmen (mit einem Umsatz bis 2 Mio. Euro) muss es auch künftig eine fusionsrechtliche Prüfung geben. Auf Grund der Einführung einer Bagatellklausel für den Pressebereich könnten ca. 30 selbständige Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) kontrollfrei aufgekauft werden. Gravierend kommt hinzu, dass diese Gesetzesänderung gerade Großverlagen den Erwerb kleiner Presseobjekte erlaubt, während die Einschränkung der Presserechenklausel wohl in der Praxis (lediglich) zu

vermehrten Zusammenschlüssen kleiner und mittlerer Unternehmen untereinander führen kann.

14. Zu Artikel 1 Nr. 21 (§ 36 Abs. 1a, 1b GWB)

In Artikel 1 ist die Nummer 21 zu streichen.

Begründung:

Die präventive Fusionskontrolle dient dazu, marktbeherrschende Stellungen zu verhindern. Die Fusionserlaubnis für Zeitungen trotz Marktbeherrschung ist systemwidrig und wäre einzigartig für den Pressesektor. Das erklärte Ziel der Bundesregierung, dass übernommene Titel als publizistisch eigenständige erhalten blieben und damit weiterhin ihren Beitrag zur Meinungsvielfalt leisten könnten, kann auf dem vorgeschlagenen Weg nicht erreicht werden:

Die Bundesregierung geht davon aus, dass sich die Redaktionsarbeit von den wirtschaftlichen Interessen des Zeitungsverlags entkoppeln lässt. Dies wird auf Dauer nicht gelingen. Der mit der Wahrung der publizistischen Selbständigkeit einer übernommenen Zeitung betraute Altverleger wird gegenüber dem Käufer nicht eine Quersubventionierung der übernommenen Zeitung gegen dessen wirtschaftliche und publizistische Interessen durchsetzen können. Der redaktionelle Einfluss des Verlegers auf die von ihm verlegte Zeitung ist Teil seiner unternehmerisch wahrgenommenen Meinungsfreiheit. Der Käufer kann die Redaktion der übernommenen Zeitung personell ausdünnen. Dadurch läßt die Attraktivität des redaktionellen Teils und damit auch die Attraktivität für die Anzeigenkunden solange nach, bis die übernommene Zeitung aus wirtschaftlichen Gründen eingestellt werden muss. Die Folge davon ist, dass die Marktanteile der übernommenen Zeitung im Hinblick auf den Leser- und den Anzeigenmarkt auf die übernehmende Zeitung übergehen, die dann als Ersatzangebot dem Leser zur Verfügung steht. Das wirtschaftliche Endergebnis wird dann die Übernahme von Marktanteilen sein. Auf Grund der sehr hohen Markteintrittsschranken für die Neugründung oder die räumliche Ausdehnung von Zeitungen wird dieses Ergebnis mangels ausreichenden Wettbewerbs kaum zu verhindern sein.

Nach der Übernahme soll es allein in der Hand der aufgekauften Zeitung liegen, ihre redaktionelle Unabhängigkeit gegebenenfalls vor den Zivilgerichten durchzusetzen. Nach einer Freigabe hat das Bundeskartellamt keine ordnungspolitische Handhabe, die tatsächliche Einhaltung der Fusionsbedingungen zu überwachen. Faktischer Druck des Übernehmers auf den Altverleger oder Dritten, von diesen zivilrechtlichen Instrumentarien keinen Gebrauch zu machen, ist nicht zu vermeiden.

Nach dem Gesetzentwurf soll das Bundeskartellamt die Absicherung der redaktionellen Eigenständigkeit im Übernahmevertrag überprüfen. Damit geht der Entwurf über eine meinungsneutrale Marktstrukturregelung hinaus. Der

nach wie vor bestehende Meinungsbezug der hoheitlichen Intervention macht auch die aktuelle Entwurfsfassung verfassungsrechtlich bedenklich: Es geht nicht mehr um die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen (Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung Artikel 74 Abs. 1 Nr. 16 GG). Lediglich ein publizistischer Wettbewerb soll aufrecht erhalten werden. Mit einer solchen spezifisch medienpolitischen Zielrichtung verlässt der Bund das Feld der konkurrierenden Gesetzgebung des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 16 GG. Als Grundlage verbleibt ihm das Recht zur Rahmengesetzgebung für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse nach Artikel 75 Abs. 1 Nr. 2 GG. Diese Norm ermächtigt ihn allerdings nicht zu detaillierten Regelungen mit einer medienpolitischen Zielrichtung, wie hier beabsichtigt.

Die Selbständigkeit publizistischer Einheiten innerhalb verbundener Unternehmen ist keine reine Organisationsfrage. Ob sie ausgehöhlt wird, kann ohne Prüfung der publizistischen Inhalte nicht bewertet werden. Eine laufende Überprüfung der publizistischen Inhalte wäre mit dem Zensurverbot des Artikels 5 Abs. 1 Satz 3 GG nicht vereinbar.

Das beabsichtigte Ziel, Missbräuche der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1a GWB-E zu verhindern, kann § 36 Abs. 1b GWB-E nicht erreichen. Die Tatbestandsbeschränkungen in § 36 Abs. 1b GWB-E sind rein kosmetischer Natur: Eine Fusion trotz Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung soll nur zulässig sein, wenn dies zum Fortbestand der erworbenen oder der erwerbenden Zeitung als eigenständige redaktionelle Einheit erforderlich ist. Dies wird bereits gesetzlich vermutet, wenn in den letzten drei Geschäftsjahren vor Anmeldung des Zusammenschlusses die Anzeigen- und Beilagenerlöse der erwerbenden oder erworbenen Zeitung jeweils rückläufig waren oder alternativ erheblich unter dem Durchschnitt vergleichbarer Zeitungen lagen. Die Anzeigen- und Beilagenerlöse so gut wie aller Zeitungen sind in den letzten Jahren rückläufig, so dass momentan fast jeder Titel deutschlandweit aufgekauft werden könnte. Selbst wenn sich das in Zukunft ändert, eröffnet die Voraussetzung einer Freigabe, dass die erworbene oder die erwerbende Zeitung in ihrer wirtschaftliche Grundlage gefährdet sein muss, nahezu grenzenlose Möglichkeiten: Ein insgesamt Gewinne machender Konzern fusioniert einen eigenen oder eigens dafür aufgekauften defizitären Titel mit einem Gewinn bringenden Titel. Das erlaubt der Entwurf. Zudem sind allein die Anzeigen- und Beilagenerlöse nicht der passende Indikator, um eine solche Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage festzustellen.

Die zweite Ausnahme (keine Regionalkettenbildung) ist vage formuliert, nicht justiziabel und zeigt, dass der Entwurf selbst die redaktionelle Unabhängigkeit durch die "Altverlegerlösung" nicht hinreichend abgesichert sieht.

Eine spezielle Regelung für Zeitungen widerspricht zudem dem Gleichheitsgrundsatz. Eine rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen Zeitungen und Zeitschriften ist nicht möglich.

15. Zu Artikel 1 Nr. 22 (§ 38 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 22 zu streichen.

Begründung:

Die Anhebung der Aufgreifschwelle ist nicht geboten und betrifft einen nicht unerheblichen Teil der selbständigen Tageszeitungen Deutschlands. Wie der Entwurfsbegründung zu entnehmen ist, werden sich durch die Anhebung der Schwellenwerte in Deutschland gegenüber dem Status quo ca. 50 Zeitungsverlage (ohne Anzeigenblätter) zusätzlich kontrollfrei zusammenschließen können. Die Aufgreifschwelle regelt lediglich, wann eine Kontrolle überhaupt stattfindet. Schon jetzt lebt die Hälfte der Bundesbürger in so genannten Einzeitungskreisen (vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWA, Seite 6). Neugründungen von Zeitungen sind auf Grund der hohen Marktzutrittsschranken schwierig. Eine Anhebung der Umsatzschwelle wird die Konzentration verstärken.

Da die Presserechenklausel nicht nur für Zeitungen, sondern für den gesamten Pressebereich gilt (Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteile), wird auch eine größere Zahl des derzeit noch mittelständisch strukturierten Pressegrössen kontrollfrei fusionieren können, bzw. Verlage werden sich kontrollfrei am Grössen beteiligen können.

16. Artikel 1 Nr. 31 (§ 50 Abs. 2 Satz 4 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 31 ist dem § 50 Abs. 2 der folgende Satz anzufügen:

"Dies gilt nicht für informelle Kontakte außerhalb des Datennetzwerkes."

Begründung

Die Regelung den - inhaltlich relevanten - Geschäftsverkehr zwischen den Landeskartellbehörden und der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch das Bundeskartellamt abzuwickeln, wird von der Sächsischen Landeskartellbehörde begrüßt.

Jedoch sollte ein informeller Informationsaustausch zu Entscheidungen des europäischen Wettbewerbsrechts zwischen den obersten Landesbehörden und anderer Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union auch ohne Benennung des Bundeskartellamtes möglich sein. Einer einheitlichen Außenvertretung durch das Bundeskartellamt steht dies nicht entgegen. Es ist im Sinne des Bundes, Entscheidungen mit informellem Charakter auch außerhalb des Netzwerkes über die Länder zu regeln.

### 17. Zu Artikel 1 Nr. 32 (§ 50c GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf eine gesetzliche Regelung hin zu wirken, die ausdrücklich die Erteilung von Auskünften über verfahrensbetroffene Unternehmen durch die Kartellbehörden und die Strafverfolgungsbehörden an öffentliche Auftraggeber ermöglicht.

Öffentliche Auftraggeber richten wiederholt an die Kartellbehörden und gegebenenfalls an die Strafverfolgungsbehörden die Bitte, die Firmennamen von Unternehmen genannt zu bekommen, gegen die ein kartellrechtliches Ermittlungsverfahren mit der hohen Wahrscheinlichkeit eines Abschlusses durch Bußgeldverhängung läuft oder gegen die bereits ein Bußgeldbescheid ergangen ist. Gegenstand dieser Kartellverfahren sind Preis- und Auftragsabsprachen zum Nachteil anderer Auftraggeber. Die anfragenden Vergabestellen wollen anhand der erbetenen Auskünfte zeitnah prüfen, ob die betreffenden Unternehmen als unzuverlässig im Sinne des Vergaberechts einzuordnen und demzufolge für eine begrenzte Zeit von öffentlichen Aufträgen auszuschließen seien. Die Eintragung in das Gewerbezentralregister erfolgt meist mit erheblichem Abstand zur Begehung der Kartelltaten; zudem erhalten die Vergabestellen keine Auskünfte über diese Eintragungen (arg. e contrario ex § 150 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 GewO).

Für vergleichbare Fälle sehen die Vorschriften des § 5 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG und des § 6 Satz 3 AEntG, beide in der Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2787), ausdrücklich eine Ermächtigung der jeweils zuständigen Verfolgungsbehörde zur Auskunftserteilung an Vergabestellen vor. Diese spezialgesetzlichen Regelungen lassen nur den Umkehrschluß in allen gleichartig gelagerten Fällen wie dem vorliegenden zu. Diese Regelungslücke sollte im Rahmen der vorliegenden Novelle geschlossen werden.

### 18. Zu Artikel 1 Nr. 41 Buchstabe a (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 41 wie folgt zu fassen:

"41. § 65 Abs. 5 Satz 2 wird aufgehoben."

Begründung:

Die in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E vorgesehene Beschränkung der Dritt-antragsbefugnis im Eilverfahren ist abzulehnen. Die im Entwurf vorgesehene Regelung führt dazu, dass ein Wettbewerber, der durch einen angemeldeten Zusammenschluss in seinen Interessen erheblich berührt ist, zwar Verfahrensbeteiligter ist (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) und auch eine Hauptsachebeschwerde (§ 63 Abs. 2 GWB) erheben kann, aber nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindern kann, dennoch vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden.

Das GWB sieht eine präventive Fusionskontrolle vor, um das auch nur zeitweilige Entstehen von mit § 36 Abs. 1 GWB unvereinbaren Marktstrukturen zu verhindern und die mit der nachträglichen Auflösung solcher Strukturen verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden. Wirtschaftspolitischer Kern der präventiven Vollzugskontrolle und wichtiger Schutzmechanismus für die durch die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Fusion betroffenen Wettbewerber ist das in § 41 GWB normierte Vollzugsverbot: Bis zur Freigabe durch das Bundeskartellamt (§ 40 GWB) bzw. im Wege der Ministererlaubnis (§ 42 GWB) darf ein geplanter Zusammenschluss nicht vollzogen werden und wäre ggf. unwirksam (§ 41 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GWB). Einen freigegebenen Zusammenschluss können und werden die Anmelder in der Regel sofort vollziehen, ohne die Bestandskraft der Freigabeentscheidung abzuwarten.

Eine etwaige Beschwerde gegen die Freigabe hat keine aufschiebende Wirkung (§ 64 Abs. 1 GWB). Der in diesen Fällen stets zuständige Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (§§ 63 Abs. 4 Satz 1, 91 GWB) hat in zwei Beschlüssen im Jahre 2001 (vgl. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 665 ff. "NetCologne", WuW/E DE-R 681 ff. "Trienekens") und zuletzt im Verfahren "E.ON/Ruhrgas I" (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 11. Juli 2002 WuW/DE-R 885 ff.) die aufschiebende Wirkung der Beschwerden angeordnet und zugleich den Beteiligten untersagt, die angemeldeten Zusammenschlüsse zu vollziehen. Das wird in Zukunft nicht mehr möglich sein. § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E tritt dieser Praxis in systemwidriger Weise entgegen, indem er für die Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz einen anderen Maßstab ansetzt als für die Beschwerdebefugnis im Hauptverfahren: Der Wettbewerber als "Dritter" soll im Eilverfahren nur antragsbefugt sein, wenn er durch die Freigabe "in seinen Rechten verletzt" ist, d.h. wenn er sich auf eine Norm berufen kann, die zumindest auch seinem individuellen Schutz dient. Das wird ihm in den seltensten Fällen gelingen, da die Fusionskontrolle gerade nicht dem individuellen Schutz der Wettbewerber, sondern dem Wettbewerb als solchem dient.

Trotz überwiegender Erfolgsaussichten in der Hauptsache wird das OLG Düsseldorf in Zukunft den Antrag eines Wettbewerbes im Eilverfahren als unzulässig zurückweisen müssen. Stellt sich der Zusammenschluss am Ende eines Jahre dauernden Hauptsacheverfahrens schließlich als unzulässig heraus, kann auch eine etwaige Entflechtung die Auswirkungen auf Wettbewerber,

Kunden und Lieferanten am Markt nicht ungeschehen machen.

Vor dem Hintergrund der zum 1. Mai 2004 in Kraft getretenen neuen europäischen Fusionskontrollverordnung (VO (EG) Nr. 139/2004) ist zudem eine Angleichung des deutschen Fusionskontrollrechts zu erwarten. Sollte der Zielkonflikt zwischen einer möglichst schnellen Umsetzung eines freigegebenen Zusammenschlusses und einem möglichst weitreichenden Rechtsschutz zu Gunsten der Wettbewerber de lege ferenda gelöst werden, dann sollte das sinnvollerweise erst in diesem Zusammenhang in dogmatisch und systematisch konsistenter Weise geschehen.

#### 19. Zu Artikel 1 Nr. 44a - neu - (§ 74 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 44 folgende Nummer einzufügen:

"44a. In § 74 Abs. 1 werden nach dem Wort 'Gegen' die Wörter 'die in der Hauptsache erlassenen' gestrichen."

#### Begründung:

Die Rechtsbeschwerdemöglichkeiten in den §§ 74, 75 GWB sollten auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Verfahren um die Anordnung der sofortigen Vollziehung von Verfügungen der Kartellbehörden gemäß § 65 GWB (Eilverfahren) erstreckt werden.

Auf diese Weise können Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung einer Entscheidung durch den Bundesgerichtshof zugeführt werden, selbst wenn es in der Hauptsache nicht mehr zu einer rechtsbeschwerdefähigen Entscheidung kommt. Das Gesetz beschränkt bereits jetzt die Rechtsbeschwerde in der Hauptsache auf Leitfälle von grundsätzlicher Bedeutung (§ 74 Abs. 2 GWB), um den Bundesgerichtshof zu entlasten. Derselbe Maßstab sollte auch für Rechtsbeschwerden im Eilverfahren gelten.

Für die Verfahrensbeteiligten hat oft der Eilrechtsschutz faktisch eine größere Bedeutung als das Hauptsacheverfahren. Dem wird mit der Eröffnung einer Rechtsbeschwerdeinstanz im Eilverfahren Rechnung getragen.

Auf ein wettbewerbswidriges Marktverhalten eines Unternehmens müssen Wettbewerber und Kartellbehörden möglichst schnell und effektiv reagieren. Auch kartellrechtsgemäßes unternehmerisches Handeln (z.B. eine Fusion) verträgt meist keine langen Wartezeiten. Ein zeitnahe höchstrichterlicher Rechtsschutz im Eilverfahren ist daher unabdingbar. Spätere Entscheidungen in der Hauptsache über Sachverhalte, die möglicherweise Jahre zurückliegen, befriedigen die Beteiligten oft nicht mehr.

Gerade wenn die Eilentscheidung von einer Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung abhängt, eine richterliche Rechtsfortbildung im Raume steht oder das entscheidungserhebliche Rechtsproblem von den Oberlandesgerichten nicht einheitlich entschieden wird (vgl. § 74 Abs. 2 GWB), kann das befasste

Oberlandesgericht geneigt sein, eine richtungweisende Entscheidung dem Hauptsacheverfahren mit dem Ziel einer höchstrichterlichen Klärung vorzubehalten. In solchen Fällen, in denen bisher ungeklärte Rechtsfragen entscheidungserheblich sind, kann nur die Eröffnung der Rechtsbeschwerdemöglichkeit zum Bundesgerichtshof einen effektiven zeitnahen Rechtsschutz gewährleisten.

Hebt das Oberlandesgericht eine Auskunftsvorfügung der Kartellbehörde gemäß § 59 GWB auf - etwa weil es den Anfangsverdacht missbräuchlichen Handelns verneint oder das der Auskunftsvorfügung zu Grunde liegende Verfolgungskonzept der Kartellbehörde nicht billigt -, so muss die Kartellbehörde das Missbrauchsverfahren in der Regel einstellen. Zu einer Klärung der einschlägigen Rechtsfragen beim Bundesgerichtshof - selbst wenn diese grundsätzlicher Natur sind - kann es nicht kommen, da keine Entscheidung der Kartellbehörde in der Sache ergehen und kein Hauptsacheverfahren vor den Gerichten durchgeführt werden wird. Es ist unangemessen, dass faktisch das OLG endgültig über die Berechtigung eines Missbrauchsvorwurfs urteilt.

20. Zu Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe e (§ 81 Abs. 6 GWB)

In Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe e ist in § 81 der Absatz 6 zu streichen.

Begründung:

Die beabsichtigte Einführung einer Verzinsungspflicht der im Bußgeldbescheid festgesetzten Geldbuße in § 81 Abs. 6 GWB-E ist abzulehnen.

Eine Zinsverpflichtung ist dem deutschen Ordnungswidrigkeits- und Strafrecht fremd. Es liegen keine tragfähigen Gründe dafür vor, mit diesem Grundsatz zu brechen. Allein die Tatsache, dass im Kartellrecht teilweise erhebliche Geldbußen festgesetzt werden, reicht dafür nicht aus. Die vorgesehene Einführung der Verzinsungspflicht stößt - soweit dadurch wie beabsichtigt von der Einlegung von Rechtsbehelfen abgeschreckt werden soll - auf Bedenken im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 4 GG. Zudem haben die Betroffenen keinen Einfluss auf die Dauer eines solchen Rechtsmittelverfahrens.

Absatz 6 sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

21. Zu Artikel 1 Nr. 49 (§ 82a Abs. 1, 3 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 49 ist § 82a wie folgt zu ändern:

a) Absatz 1 ist wie folgt zu fassen:

"(1) Nach Einlegung des Einspruchs bleibt das Bundeskartellamt Verfolgungsbehörde und tritt im gerichtlichen Verfahren an die Stelle der

Staatsanwaltschaft. Es legt die Akten dem nach § 83 zuständigen Gericht vor, wenn es den Bußgeldbescheid nicht zurücknimmt und nicht nach § 69 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten verfährt; es vermerkt die Gründe dafür in den Akten, soweit dies nach der Sachlage angezeigt ist. Die Entscheidung über einen Antrag auf Akteneinsicht und deren Gewährung (§ 49 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und § 147 Strafprozessordnung) erfolgen vor Übersendung der Akten. Das Gericht gibt der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Stellungnahme. Die §§ 41, 42 und 44 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten gelten für das gerichtliche Verfahren entsprechend. Satz 1 bis 4 finden im Falle der nach Satz 5 begründeten Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft keine Anwendung."

b) Nach Absatz 2 ist folgender Absatz anzufügen:

"(3) Sofern der Bußgeldbescheid von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde, gilt Absatz 1 entsprechend."

#### Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 63 § 131 Abs. 5 Satz 1 nach der Angabe "82a Abs. 1" die Angabe "und 3" einzufügen.

#### Begründung:

Zu a):

Die Einfügung des § 82a GWB-E bezweckt eine Zuständigkeitskonzentration beim Bundeskartellamt auch für den Bereich des Kartellbußgeldverfahrens. Damit soll eine unnötige Doppelarbeit zwischen Bundeskartellamt und Generalstaatsanwaltschaft vermieden werden, was auch zu einer Entbürokratisierung beiträgt.

Das Bundeskartellamt kann ein identisches Verhalten sowohl im Rahmen des Bußgeldverfahrens mit einem Bußgeld belegen als auch das Verhalten im Verwaltungsverfahren untersagen; derartige Fallgestaltungen sind in der Vergangenheit bereits praktisch relevant geworden. Im Fall des Übergangs in das jeweilige gerichtliche Verfahren nach einer Beschwerde bzw. einem Einspruch bleibt das Bundeskartellamt nach gegenwärtiger Rechtslage im Verwaltungsverfahren vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof weiterhin zuständig und hat insoweit die Verfahrensherrschaft inne; im Bußgeldverfahren gibt es jedoch die Verfahrensherrschaft an die Staatsanwaltschaft ab. Bei paralleler Verfahrensführung sind dann zwei Behörden mit der Bearbeitung eines identischen Falls betraut, ohne dass die

Besonderheiten der jeweils gewählten Verfahrensart diese Doppelarbeit zu rechtfertigen vermögen. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass durch das Bundeskartellamt im Kartellverwaltungsverfahren und im parallelen Ordnungswidrigkeitenverfahren durch die Staatsanwaltschaft widersprüchliche Entscheidungen getroffen werden. Eine Zuständigkeitskonzentration beseitigt diese Problematik.

Die Konzentration beim Bundeskartellamt ist zudem aus europarechtlicher Sicht geboten. In dem neugegründeten Netzwerk der Wettbewerbsbehörden ist eine umfassende Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden insbesondere auch in der Ermittlungsarbeit vorgesehen. Nach bisherigem Recht konnte die Staatsanwaltschaft selbst Ermittlungen durchführen. Soweit sie den Sachverhalt als nicht ausreichend aufgeklärt erachtete, waren eigene Ermittlungen auch angezeigt. Im neuen Recht müsste immer dann, wenn wegen der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts eine Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden erforderlich ist, die Staatsanwaltschaft ebenfalls Mitglied des Netzwerks werden. Sie wäre dann auch den Pflichten im Netzwerk (vgl. Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003) und dem Letztentscheidungsrecht der Europäischen Kommission (Artikel 11 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003) unterworfen. Dies erscheint nicht sachgerecht.

Die Regelung in den Sätzen 5 und 6 stellt sicher, dass die Verfolgung von Straftaten weiterhin allein durch die Staatsanwaltschaft erfolgt.

Zu b):

Wenn der Bußgeldbescheid von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde, besteht in gleicher Weise das Bedürfnis nach einer Zuständigkeitskonzentration im gerichtlichen Bußgeldverfahren wie im Fall des Bundeskartellamts. Vor allem im Hinblick auf das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist es sachgerecht, dass die Landeskartellbehörde an Stelle der Staatsanwaltschaft (über das Bundeskartellamt) tätig wird. Absatz 1 gilt deshalb in diesen Fällen entsprechend.

## 22. Zu Artikel 1 Nr. 49 (§ 82a GWB)

In Artikel 1 Nr. 49 ist § 82a wie folgt zu ändern:

- a) In der Überschrift sind die Wörter "und Zuständigkeiten" zu streichen.
- b) Absatz 2 ist zu streichen.

Als Folge

ist in Artikel 1 Nr. 63 § in 131 Abs. 5 der Satz 2 zu streichen.

Begründung:

Die beabsichtigte Einführung des § 82a Abs. 2 GWB-E ist abzulehnen. Die Vorschrift regelt die Frage, ob eine gerichtlich verhängte Geldbuße dem Landes- oder dem Bundeshaushalt zufließen soll. Nach geltendem Recht wird die Vollstreckung der Bußgelder nach einem gerichtlichen Verfahren durch die Vollstreckungsorgane der Länder durchgesetzt; die Vereinnahmung der Gelder erfolgt durch die jeweilige Landeskasse. Dies ist gerechtfertigt, weil dies den allgemeinen Regeln des Ordnungswidrigkeitenrechts entspricht und eine gerechte Verteilung von Lasten und Vorteilen zwischen Bund und Land darstellt. Die Arbeitskraft des Kartellsenats des Oberlandesgerichts wird zu einem wesentlichen Teil von den Kartellverwaltungssachen und Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes in Anspruch genommen. Ebenso wird die Generalstaatsanwaltschaft, die für diese Verfahren weiterhin zuständig sein wird, belastet. Der hiermit verbundene Personal- und Sachaufwand wird durch die gerichtlichen Gebühreneinnahmen bei Weitem nicht abgegolten. Nach Teil 7 der Anlage 1 zu § 11 Abs. 1 GKG fallen für eine Hauptverhandlung mit Urteil Gebühren in Höhe von 10 % der verhängten Geldbuße, höchstens aber 13 000 Euro, ab 1. Juli 2004 höchstens 15 000 Euro (Kappungsgrenze) an.

Auch in sachlicher Hinsicht ist eine Vereinnahmung der gerichtlich verhängten Bußgelder durch die Landeskasse gerechtfertigt. Im Bußgeldverfahren wird das Verwaltungsverfahren (hier: durch das Bundeskartellamt) mit dem zulässigen Einspruch gegen den Bußgeldbescheid beendet. Das Gericht trifft eine eigenständige Entscheidung, bei der nicht die Rechtmäßigkeit des Bußgeldbescheides überprüft wird. Der Bußgeldbescheid erhält stattdessen die Funktion einer Anklageschrift im strafrechtlichen Verfahren. Hierzu kann das Gericht eigene Ermittlungen vornehmen. Sind somit in diesen Verfahren die Justizbehörden des betreffenden Landes "Herr des Verfahrens" und werden mit dieser Aufgabe belastet, so ist es nur folgerichtig, wenn die vom Kartellsenat verhängten Geldbußen der Landeskasse belassen werden.

Für eine Vollstreckung der Bußgelder durch eine Bundesoberbehörde ist ein sachlicher Grund - außer das fiskalische Interesse des Bundes - nicht zu erkennen. Fehlen aber besondere Gründe, sollten die gerichtlichen Entscheidungen ohne Ausnahme nach den allgemein geltenden Regeln durch die zuständigen Organe des Landes vollstreckt werden. Eine Sonderregel im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Zwecke der Verbesserung der Finanzsituation des Bundes auf Kosten der Länder ist abzulehnen. Sie könnte auch als "Einfallstor" für eine Neuregelung auch auf anderen Rechtsgebieten verstanden werden, in denen eine Bundesbehörde Verfolgungsbehörde ist (z.B. §§ 31 und 31a ZollVG, §§ 33 ff. AWG, §§ 13 ff. PTSG).

Die gerechte Verteilung von Lasten und Vorteilen gebietet es vielmehr, dass die von den Kartellsenaten verhängten Bußgelder von den Vollstreckungsorganen des Landes zu Gunsten der Landeskasse eingezogen werden.

Als Folge der vorgeschlagenen Streichung von § 82a Abs. 2 GWB-E wäre auch § 131 Abs. 5 Satz 2 GWB-E zu streichen.

Für den Fall, dass im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens an § 82a Abs. 2 GWB-E festgehalten würde, sollte die Übergangsvorschrift des § 131

Abs. 5 GWB-E so formuliert werden, dass § 82a Abs. 2 GWB-E erst für nach dem Inkrafttreten anhängig werdende gerichtliche Bußgeldverfahren gilt.

23. Zu Artikel 1 Nr. 63 (§ 131 Abs. 1 und 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 63 ist § 131 wie folgt zu ändern:

a) Absatz 1 ist wie folgt zu fassen:

"(1) Freistellungen von Vereinbarungen und Beschlüssen nach § 4 Abs. 2, Freistellungen von Lizenzverträgen nach § 17 Abs. 3 und Freistellungen von Mittelstandsempfehlungen nach § 22 Abs. 4 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung werden am 31. Dezember 2005, Freistellungen von Vereinbarungen und Beschlüssen nach § 9 Abs. 3 Satz 1 und 4 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung werden am 31. Dezember 2009 unwirksam."

b) Absatz 2 ist wie folgt zu ändern:

aa) Satz 1 ist wie folgt zu fassen:

"Verfügungen der Kartellbehörde, durch die Vereinbarungen und Beschlüsse nach § 10 Abs. 1 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung freigestellt sind, werden am 31. Dezember 2009, solche Verfügungen, durch die Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 1 und 2 Satz 1 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung freigestellt sind, werden am 31. Dezember 2005 unwirksam."

bb) Satz 3 ist wie folgt zu fassen:

"Bis zu den in Satz 1 genannten Zeitpunkten sind § 11 Abs. 1, § 12 sowie § 26 Abs. 4 und § 27 Abs. 5 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung weiter anzuwenden."

Als Folge

ist in Artikel 1 § 131 Abs. 3 zu streichen.

Begründung:

Oftmals haben Unternehmen im Vertrauen auf in Verwaltungsverfahren legalisierte Kartelle Investitions- und andere langfristig wirkende

Entscheidungen unter Einsatz erheblicher finanzieller Mittel getroffen, zumal insbesondere die Legalisierung von Spezialisierungs- und Mittelstandskartellen nach geltendem Recht keiner Befristung unterliegt. Gleiches gilt für die gemäß § 10 Abs. 1 GWB einer Genehmigungspflicht unterliegenden Kooperationsvorhaben, wie z. B. Rationalisierungskartelle.

Vor diesem Hintergrund ist die in § 131 Abs. 1 und 2 GWB-E insbesondere auch für diese freigestellten Kartelle vorgesehene Übergangsfrist von einem Jahr zu kurz bemessen. Im Hinblick auf den für solche Kooperationen gebotenen Bestands- und Vertrauensschutz erscheinen insoweit mindestens fünf Jahre angebracht und angemessen. Dementsprechend sollte die in § 131 Abs. 1 und 2 GWB-E hierfür vorgesehene Jahresfrist jeweils entsprechend verlängert werden.

In den übrigen Freistellungsfällen kann es hingegen bei der vorgesehenen Jahresfrist bleiben.

Als Folgeänderung wird die Regelung des § 131 Abs. 3 GWB-E materiell unverändert in Absatz 2 integriert, so dass Absatz 3 entfallen kann.

#### 24. Zu Artikel 2 Abs. 1 Nr. 1 - neu - (§ 50 Abs. 1 Satz 1 GKG)

In Artikel 2 ist der Absatz 1 wie folgt zu fassen:

"(1)§ 50 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), das zuletzt durch .... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 ist der Punkt am Ende durch ein Komma zu ersetzen und folgende Wörter anzufügen:

'nicht jedoch über 1.000.000 Euro.'

2. Satz 2 wird wie folgt gefasst:

'Im Verfahren ... - weiter wie Vorlage - ...'"

#### Begründung:

Bei der Kartell- und Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden, wie auch bei der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes sind nach gegenwärtiger Rechtslage Streitwerte in vielfacher Millionenhöhe möglich, was bereits bei Beschwerdeverfahren in erster Instanz zu Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von mehreren 100.000 Euro führen kann. Derart hohe Rechtsanwaltsgebühren entsprechen nicht mehr dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hat den Gesetzgeber bereits in anderen Fällen bewogen, den Streitwert gesetzlich zu begrenzen. Als Beispiele sind zu nennen Zivil-, Verwaltungs- und

Sozialgerichtsprozesse wie z.B. in §§ 48 Abs. 1 Satz 2 (250.000 €), 48 Abs. 2 Satz 2 (1 Mio. €), 50 Abs. 2, 52 Abs. 4 (500.000 € bzw. 2,5 Mio. €) GKG. Es gibt im Gesetz also bereits Parallelfälle, in denen der Gesetzgeber Höchststreitwerte für erforderlich hält. Auch diese Streitwertbegrenzungen haben zumindest teilweise den Schutz öffentlicher Haushalte zum Ziel. So ist die Streitwertbegrenzung bei Verfahren über Ansprüche nach dem Vermögensgesetz gemäß § 52 Abs. 4 GKG vorwiegend im Interesse der öffentlichen Hand im Falle ihres Unterliegens eingeführt worden (vgl. Materialien: Regierungsentwurf, BT-Drs. 12/4801, S. 49; Hartmann, Kostengesetz, § 13 GKG Rnr. 21). Der Schutz entfaltet sich aber auch zu Gunsten der kleineren mittelständischen Unternehmen, die in den neuen Ländern überdurchschnittlich breit vertreten sind.

25. Zu Artikel 2 Abs. 7 Nr. 2 und 3 (§ 8 Abs. 3 Satz 8 und 9 PBefG) und Abs. 8 Nr. 2 und 3 (§ 12 Abs. 7 Satz 2 und 3 AEG)

Artikel 2 ist wie folgt zu ändern:

a) Absatz 7 ist wie folgt zu ändern:

aa) Nummer 2 ist wie folgt zu fassen:

"2. In Satz 8 werden die Wörter ', die diese Anmeldung an die Kartellbehörde weiterleitet' gestrichen."

bb) In Nummer 3 sind die Wörter "Der neue Satz 8" durch die Angabe "Satz 9" zu ersetzen.

b) Absatz 8 ist wie folgt zu ändern:

aa) Nummer 2 ist wie folgt zu fassen:

"2. In Satz 2 werden die Wörter ', die diese Anmeldung an die Kartellbehörde weiterleitet' gestrichen."

bb) In Nummer 3 sind die Wörter "Der neue Satz 2" durch die Angabe "Satz 3" zu ersetzen.

Begründung

Zu a):

Der Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems im GWB rechtfertigt zwar einen Verzicht auf die Weiterleitung der Anmeldung an die Kartellbehörde, nicht aber auf einen gänzlichen Verzicht der Anmeldung auch bei der Genehmigungsbehörde. Die Genehmigungsbehörde hat nach Satz 1 eine aktive Funktion zur Förderung des Zusammenwirkens der Aufgabenträger

und der Verkehrsunternehmen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe bedarf es weiterhin einer umfassenden Übersicht und der entsprechenden Kooperation, die nur durch ein Weiterbestehen der Anmeldepflicht zu gewährleisten ist.

Durch die teilweise Beibehaltung des bisherigen Satzes 8, muss es nun Satz 9 heißen. Zugleich entfällt damit der bisherige Satz 9, der auf den nicht mehr existenten § 12 GWB verweist. Der Verweis auf § 20 Abs. 1 GWB soll ja gerade den Verweis auf den bisherigen § 12 GWB ersetzen.

Zu b):

Der Wegfall des Anmelde- und Genehmigungssystems im GWB rechtfertigt zwar einen Verzicht auf die Weiterleitung der Anmeldung an die Kartellbehörde, nicht aber einen gänzlichen Verzicht der Anmeldung auch bei der Genehmigungsbehörde. Im Übrigen wird auf die Begründung zu Buchstabe a verwiesen.

Durch die teilweise Beibehaltung des bisherigen Satzes 2, muss es nun Satz 3 heißen. Zugleich entfällt damit der bisherige Satz 3, der auf den nicht mehr existenten § 12 GWB verweist. Der Verweis auf § 20 Abs. 1 GWB soll ja gerade den Verweis auf den bisherigen § 12 GWB ersetzen.