
Aufsätze

Dr. Andreas Bardong, Bonn*

Die deutsche Fusionskontrolle nach der 8. GWB-Novelle

I. Einleitung

Die 8. GWB Novelle bringt wichtige Änderungen in der Fusionskontrolle, sowohl bei den materiellen als auch bei den formellen Regeln, aber keine „Revolution.“ Einen Bruch mit der bisherigen Praxis gibt es nicht, eine überschießende und unnötige Vollharmonisierung mit dem europäischen Recht auch nicht. Der Gesetzgeber hat das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹ vielmehr mit Augenmaß fortentwickelt und in einigen wichtigen Punkten eine Angleichung an die europäische Fusionskontrollverordnung (FKVO) vorgenommen. Gleichzeitig wurden bewusst verschiedene bewährte – von den europäischen Vorschriften abweichende – Regelungen beibehalten. Die Novelle bringt so für den SIEC-Test und einige Verfahrensfragen einerseits eine Orientierung an der europäischen Praxis zum Ausdruck, ohne andererseits eine Bindung an die Leitlinien der Kommission (Kom.) oder die Präzedenzfälle aus der Rechtsprechung anzuordnen. Damit verbleibt dem Bundeskartellamt (BKartA) und letztlich den nationalen Gerichten ein ausreichender Spielraum, um die Lösungen an die Rechtslage in Deutschland anzupassen.

Die wichtigste Änderung im Bereich der Fusionskontrolle ist die Übernahme des SIEC-Tests, der in den materiellen Kontext und in den Verfahrenskontext des deutschen Rechts eingepasst wurde. Es ist zu erwarten, dass sich die Praxis des BKartA auf dieser Grundlage ebenfalls mit Augenmaß fortentwickeln wird. Die Verfeinerung und Fortentwicklung der bisherigen Praxis spiegelt sich bereits in dem noch vor der Novelle veröffentlichten Leitfaden Marktbeherrschung wieder.² Auf der Grundlage des SIEC-Tests kann das Prüfkonzept weiter entwickelt werden, v.a. um die Fälle abzudecken, die vom Regelbeispiel Marktbeherrschung nicht erfasst werden, aber die Voraussetzungen des SIEC-Tests erfüllen. Das wird die Treffsicherheit der Prüfung noch erhöhen.

In der 8. GWB-Novelle können drei Trends identifiziert werden, die im Folgenden dargestellt werden sollen: Erstens, die Übernahme des SIEC-Tests und einiger weiterer Regelungen aus der europäischen Fusionskontrollverordnung (siehe II.); zweitens, die bewusste Beibehaltung verschiedener Regelungen in der nationalen Fusionskontrolle, die sich von den europäischen Regeln unterscheiden, sich aber in der deutschen Praxis bewährt haben (siehe III.), und drittens, die Absenkung des wettbewerblichen Schutzniveaus in drei Bereichen: Pressefusionen, Zusammenschlüsse von gesetzlichen Krankenversicherungen und Zusammenschlüsse im Zusammenhang mit kommunalen Gebietsreformen (siehe IV.). Die Darstellung der 8. GWB-Novelle wird schließlich durch die Erläuterung einiger Detailänderungen zu verschiedenen Verfahrensfragen ergänzt, die keinem dieser drei Trends zuzuordnen sind (siehe V.), bevor Schlussfolgerungen gezogen werden und ein Blick auf die weiteren Entwicklungen geworfen wird (VI.).

II. Angleichung an das europäische Recht

1. Übernahme des SIEC-Tests³

Die Einführung des SIEC-Tests in Deutschland unterstützt die bereits stark ausgeprägte Tendenz des BKartA zur stärkeren Ökonomisierung, die bereits im Leitfaden Marktbeherrschung (2012) des BKartA⁴ zum Ausdruck kommt und mit einer größeren Ermittlungs- und Begründungstiefe einhergeht. Das ist zwar mit einem größeren Aufwand für alle Beteiligten (Zusammenschlussparteien, dritte Unternehmen und Wettbewerbsbehörde) verbunden, erhöht aber die Treffsicherheit der Fusionskontrolle. In einzelnen Fällen mag das dazu führen, dass z. B. nach einer genauen Anreizbetrachtung auf eine Intervention verzichtet werden kann. Gleichzeitig verbreitert der SIEC-Test die Interventionsmöglichkeiten insoweit als unilaterale Effekte im engen Oligopol nach dem Testwechsel auch erfasst sind, soweit es nicht um die Stärke des führenden Wettbewerbers geht.

Der Testwechsel führt nicht dazu, dass der Marktbeherrschungstest in seiner neuen Inkarnation als Regelbeispiel an Schlagkraft eingebüßt hätte und zusätzlich allgemeinen, aus dem SIEC-Test abgeleiteten Beschränkungen unterliegen würde. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, die Relevanz der reichhaltigen Rechtsprechungspraxis zum Marktbeherrschungstest zu erhalten.⁵ Dabei nimmt die Gesetzesbegründung auch ausdrücklich Bezug auf die Rechtsprechung zum Schutz des Restwettbewerbs.⁶ Eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle, die auch für den Marktbeherrschungstest gelten würde, gibt es also in der deutschen Fusionskontrolle weiterhin nicht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bei der Bewertung, ob durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird, vom BKartA seit einigen Jahren sehr genau untersucht wird, ob eine entsprechende Verschlechterung bzw. eine entsprechende Absicherung der Marktposition „wahrnehmbar“ ist, also ob durch den Zusammenschluss eine ausreichende Veränderung stattgefunden

* Dr. Andreas Bardong ist Referatsleiter deutsche und europäische Fusionskontrolle in der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamtes. Der Autor gibt nur seine persönliche Meinung wieder.

1 Alle im Text genannten und nicht anders bezeichneten Vorschriften sind solche des GWB in seiner aktuellen Neufassung (BGBl. I, vom 29. 6. 2013, 1750).

2 Zugänglich auf www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionskontrolle/Leitfaden_zur_Marktbeherrschung_in_der_Fusionskontrolle.php; vgl. dazu z.B. ausführlich Bardong, Der neue Leitfaden Marktbeherrschung des Bundeskartellamts, in: FIW (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 2011, Referate des 39. FIW-Seminars, 2012, 69.

3 Vgl. auch ausführlich Bardong, Die Einführung des SIEC-Tests und weitere Änderungen in der materiellen Fusionskontrolle, in: Bien (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, Baden-Baden: Nomos 2013 (erscheint demnächst).

4 Siehe Fn. 2.

5 Bundesregierung, Begründung Entwurf 8. GWB-Nov., BT-Drucks. 17/9852, 28.

6 Ebd.

den hat.⁷ Die Unterschiede zur europäischen Praxis sind daher gering.

Aus den Fragen, die sich im Kontext der Einführung des SIEC-Tests stellen, werden im Folgenden drei besonders interessante und bisweilen umstrittene Punkte herausgegriffen:

a) *Keine Vorlagefähigkeit und keine Vorlagepflicht zum EuGH.* Da der SIEC-Test aus dem europäischen Recht übernommen wurde, ist zu erwarten, dass sich die Auslegung durch das BKartA und die deutschen Gerichte an der europäischen Rechtslage und Rechtsprechungspraxis orientieren wird.⁸ Mehr als eine Orientierung widersprache aber – trotz der weitgehenden Konvergenz – den weiterhin autonomen Regelungen zur deutschen Fusionskontrolle. Insbesondere unterliegt die Auslegung des SIEC-Tests in § 36 Abs. 1 nicht dem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV.

Teilweise wird die Gegenansicht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vorlageverfahren, insbesondere in den Fällen *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI*⁹ und *Dzodzi*¹⁰ vertreten. Beiden Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, bei denen die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften komplett mit dem Gemeinschaftsrecht vereinheitlicht werden sollten.¹¹ Für die deutsche materielle Fusionskontrolle und den SIEC-Test ist die Sachlage eine andere. Wie im nächsten Abschnitt (siehe Teil III.) erläutert wird, hat der Gesetzgeber an verschiedenen, von der europäischen Rechtslage abweichenden materiellen Regelungen festgehalten (u.a. Abwägungsklausel und Ministererlaubnis) und den SIEC-Test in den deutschen Verfahrenskontext eingepasst (u.a. ggf. unterschiedliche Anforderungen an Beweislast aus Marktbeherrschungsvermutungen bei non liquet). Außerdem ist zu bedenken, dass der Marktbeherrschungsbegriff nicht aus dem europäischen Recht übernommen wurde, sondern weiter autonom im GWB (jetzt in § 18) enthalten ist. Eine Vollharmonisierung hat daher nicht stattgefunden. Diese Situation ist vergleichbar mit der Sachlage, die dem Fall *Kleinwort Benson*,¹² zugrunde lag. In diesem Fall hat sich der Europäische Gerichtshof für eine Vorlagefrage für unzuständig erklärt.

b) *Keine Bindung an Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission.* Eine rechtliche Bindung an die Kommissionspraxis und die Kommissionsleitlinien besteht nicht. Das BKartA wendet eine Norm des deutschen Rechts an. Die europäische Fusionskontrolle findet – abgesehen von Teilweisungen von Zusammenschlüssen – nur auf Zusammenschlüsse Anwendung, bei denen die Anwendbarkeit der nationalen Fusionskontrolle gesperrt ist (Art. 21 Abs. 1-3 FKVO). Zu einer Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen auf der Grundlage des Vorrangs europäischen Rechts kann es daher in der Fusionskontrolle nicht kommen. Für die Leitlinien scheidet eine Bindung nationaler Wettbewerbsbehörden von vorneherein aus. Selbst die Kom. ist an ihre Leitlinien nur aufgrund der Grundsätze der Selbstbindung und des grundrechtlichen Gleichheitssatzes gebunden. Das BKartA hat die Kommissionsleitlinien aber weder verabschiedet noch für sich für bindend erklärt.

Natürlich ist es trotzdem sinnvoll, dass sich alle Wettbewerbsbehörden in der EU, die nationalen Wettbewerbsbehörden und die Kom., um eine möglichst konvergente Analyse von Zusammenschlüssen bemühen. Die Praxis der Kom. und ihre Leitlinien sind daher ein geeigneter Referenzpunkt bei den Diskussionen von und den Bemühungen um Konvergenz. Ein Beispiel dafür ist der Leitfaden Marktbeherrschung des BKartA.¹³ Die Marktanalyse und die Einschätzung wettbewerblicher Probleme laufen weitgehend parallel zu den

Prüfungskonzepten in den Kommissionsleitlinien zu horizontalen Fusionen¹⁴ und zu nicht-horizontalen Fusionen,¹⁵ dabei wird aber Bezug genommen auf die reichhaltige Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis in Deutschland.

c) *Berücksichtigung von Effizienzen?* Die Konvergenz zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrollpraxis ist sehr groß. Trotzdem gibt es auch Unterschiede. Bei der Berücksichtigung einer Effizienzeinrede sind die konzeptionellen Unterschiede wahrscheinlich am größten. Gleichzeitig sind die daraus folgenden praktischen Auswirkungen bislang aber sehr gering.

Konzeptionell hat die Gegenüberstellung von wettbewerblichem Schaden und Effizienzen, die zusammenschlusspezifisch sind und von denen zu erwarten ist, dass sie an die Verbraucher weitergegeben werden, einiges an Überzeugungskraft. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass Effizienzen in der Praxis der Kom. (und der meisten anderen Wettbewerbsbehörden weltweit¹⁶) bislang in konkreten Fusionsfällen zumeist nicht entscheidungserheblich wurden. Vor dem Hintergrund der in der Praxis sehr geringen Auswirkungen auf das Prüfungsergebnis ist es bedenklich, dass die Prüfung von Effizienzen erhebliche Ressourcen der Wettbewerbsbehörden und der betroffenen Unternehmen in Anspruch nimmt. Die damit verbundene gewichtige Erhöhung der Transaktionskosten erscheint daher in den meisten Fällen nicht gerechtfertigt.

In der 8. GWB-Novelle wird die Frage der Berücksichtigung von Effizienzen nicht geregelt und auch in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht erläutert. Das Schweigen des Gesetzgebers ist angesichts der allgemeinen Ausführungen in der Gesetzesbegründung zum Marktbeherrschungstest so zu deuten, dass sich im Kontext der Marktbeherrschung im Hinblick auf die Behandlung von Effizienzen an der bisherigen Rechtslage nichts ändern soll. Für die reinen SIEC-Fälle gilt das aber nicht. Insoweit erscheint die Berücksichtigung aus Sicht des Autors vertretbar und konzeptionell stimmig, Kosten und Nutzen sollten aber auch für diese Fallgruppe sorgfältig abgewogen werden.

2. Klarstellung zu Verpflichtungszusagen

Die Formulierung der deutschen Regelung zu Bedingungen und Auflagen in der Fusionskontrolle (§ 40 Abs. 2) wird in

- 7 Vgl. z.B. BKartA, Beschluss vom 7. 3. 2008, B8-134/07, Rn.76 ff. – *Shell/HPV*; BKartA, Beschluss vom 8. 12. 2011, B8-94/11, Rn.64 ff., 81 ff. – *RWE/Stadtwerke Umma*; BKartA, Beschluss vom 31. 1. 2012, B8-116/11, Rn.126, 158 – *Gazprom Germania/Wintershall/VNG*.
- 8 Vgl. schon BGH v. 11. 11. 2008 KVR 60/07 E.on/*Stadtwerke Eschwege*, WuW/E DE-R 2451, Rn. 39 (Rezeption der Airtours Kriterien).
- 9 Vgl. u.a. EuGH v. 11. 12. 2007 Rs. C-280/06 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI SpA u.a.*, Slg. 2007, I-10893.
- 10 EuGH v. 18. 10. 1990 verb. Rs. C-297/88 und C-197/89 *Dzodzi/Belgischer Staat*, Slg. 1990, I-3763.
- 11 Vgl. u.a. EuGH v. 11. 12. 2007 Rs. C-280/06 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI SpA u.a.*, Slg. 2007, I-10893, Rn. 25; EuGH v. 18. 10. 1990 verb. Rs. C-297/88 und C-197/89 *Dzodzi/Belgischer Staat*, Slg. 1990, I-3763, Rn. 13.
- 12 EuGH v. 28. 3. 1995 Rs. C-346/93 *Kleinwort Benson/City of Glasgow District Council*, Slg. 1995, I-615.
- 13 BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung, 2012.
- 14 Kommission (Kom.), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, C 31/5.
- 15 Kom., Leitlinien nichthorizontale Zusammenschlüsse.
- 16 Vereinzelt Gegenbeispiele sind z.B. OFT v. 8. 8. 2008 ME 3638/08 *Global Radio UK Limited/GCap Media plc.*, Rn.16 (Radiowerbung, integrierte Prüfung von wettbewerblichen Beschränkungen und Effizienzen), www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2008/Global_GCap.pdf; Nma v. 25. 3. 2009 6424 *Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen* (Krankenhäuser, Effizienzeinrede), <http://www.nma.nl/images/6424BCV22-154011.pdf>.

der 8. GWB-Novelle an die entsprechende Formulierung in der FKVO (§ 8 Abs. 2 Uabs. 2) angepasst. In § 40 Abs. 3 S.1 heißt es: „Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem BKartA eingegangen sind, um eine Untersagung abzuwenden.“

Durch die Textänderung wird das Verfahren bei der Verhandlung von Zusagen und die jeweiligen Rollen und Obliegenheiten der Zusammenschlussbeteiligten einerseits und des BKartA andererseits klargestellt: Es ist Sache der Zusammenschlussbeteiligten, Zusagen anzubieten. Wenn diese keine geeigneten Zusagen anbieten, ist das BKartA nicht verpflichtet, selbst Nebenbestimmungen auszuarbeiten, welche – aus Sicht der Behörde – die Unternehmen weniger stark belasten würden, als eine Untersagung. Das entspricht auch der Rechtslage auf europäischer Ebene.¹⁷

Aus der Textangleichung in der 8. GWB-Novelle lässt sich außerdem mittelbar die Klarstellung ableiten, dass auch in der deutschen Fusionskontrolle Verhaltenszusagen möglich und zulässig sind, vorausgesetzt sie führen zu einer wirksamen Beseitigung der durch den Zusammenschluss verursachten Wettbewerbsprobleme und ermöglichen eine effektive Überprüfbarkeit der Umsetzung der Nebenbestimmungen. Das BKartA hat bereits in der Vergangenheit in zahlreichen Fällen (wirksame) Verhaltenszusagen akzeptiert.¹⁸ Bei Verhaltenszusagen, die eine laufende Verhaltenskontrolle erfordern würden, sind diese Anforderungen nicht erfüllt. Daher hat der deutsche Gesetzgeber solche Nebenbestimmungen von vorneherein ausgeschlossen und diese Regelung in der 8. GWB-Novelle beibehalten. Bei der Bewertung der Wirksamkeit von Zusagen ziehen sowohl das BKartA¹⁹ als auch die Kom.²⁰ Veräußerungszusagen als Vergleichsmaßstab heran.

Im Ergebnis gleichen sich die Regelungen im europäischen und deutschen Recht. Unterschiedlich ist nur die Regelungstechnik. Im deutschen Recht, sind Verhaltenszusagen, die eine dauernde Verhaltenskontrolle erfordern würden, von vorneherein unzulässig. Das erleichtert es dem BKartA, Vorschläge für solche Verpflichtungszusagen abzulehnen. Auf europäischer Ebene kann die Kom. entsprechende Vorschläge erst auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung ablehnen.

3. Fristverlängerung bei Verpflichtungszusagen

Die 8. GWB-Novelle sieht keine generelle Übernahme der Fristenregelungen aus der FKVO vor, die z. T. erheblich längere Fristen vorsehen, und die außerdem in Werktagen berechnet werden. Der Gesetzgeber hat an der generellen Fristensystematik festgehalten, die letztlich im Bürgerlichen Gesetzbuch (in §§ 186 ff. BGB) grundlegend geregelt ist.

Bei Verpflichtungszusagen hat sich die Novelle allerdings insoweit an der FKVO orientiert, als die erstmalige Vorlage von einem Angebot für Verpflichtungszusagen nach § 40 Abs. 2 S.7 eine automatische Fristverlängerung um einen Monat zur Folge hat (wenn das im europäischen Recht auch an die Vorlage von Vorschlägen nach einem bestimmten Tag im Kommissionsverfahren geknüpft ist und die Dauer der Fristverlängerung nicht identisch ist). Zusätzlich sind in der deutschen Fusionskontrolle weiter einvernehmliche Fristverlängerungen (ohne zeitliche Begrenzung) möglich.

4. Stop-the-Clock bei unvollständigen Antworten der Zusammenschlussbeteiligten

Eine Hemmung der Entscheidungsfrist bei unvollständigen oder verspäteten Auskünften war bislang im deutschen Recht

an eine Kausalitätsprüfung geknüpft. Voraussetzung für die Fristhemmung war, dass das BKartA die Untersagung eines Zusammenschlusses oder dessen Untersuchung im Hauptprüfverfahren unterlassen hatte, weil eine Auskunft nicht rechtzeitig oder unrichtig beantwortet wurde (§ 40 Abs. 2 S.4 Nr.2 GWB 2005). In der 8. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber in § 40 Abs. 2 S.4 die für die Zusammenschlussbeteiligten strengere Regelung des Art. 10 Abs. 4 FKVO übernommen: Die viermonatige Entscheidungsfrist nach § 40 Abs. 2 S.2 „wird gehemmt, wenn das BKartA von einem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Auskunft nach § 59 erneut anfordern muss, weil das Unternehmen ein vorheriges Auskunftsverlangen nach § 59 aus Umständen, die von ihm zu vertreten sind, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet hat. Die Hemmung endet, wenn das Unternehmen dem BKartA die Auskunft vollständig übermittelt hat.“

Anders als im europäischen Recht kommt es nur zur Fristhemmung, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die verspätete oder unvollständige Information vertreten müssen. Im europäischen Recht wird der in Art. 10 Abs. 4 FKVO auch vorgesehene Maßstab durch eine Regelung in der Durchführungsverordnung ergänzt, dass die Zusammenschlussbeteiligten solche Defizite immer zu vertreten haben (Art. 9 Abs. 1 a) VO 802/2004²¹). Diese Regelung wurde nicht ins deutsche Recht übernommen. Das wird möglicherweise die praktische Bedeutung der Vorschrift verringern.

5. Befreiung vom Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote und andere Börsentransaktionen

Eine gesetzliche Befreiung vom Vollzugsverbot für öffentliche Übernahmeangebote und bestimmte Börsentransaktionen wurde aus Art. 7 Abs. 2 FKVO in § 41 Abs. 1 a übernommen. Voraussetzung ist, dass der Erwerber seine Stimmrechte nicht ausübt, es sei denn er beschränkt sich dabei auf Stimmabgaben, die zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition erforderlich sind und für die ihm vom BKartA eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilt wurde. Der Gleichlauf mit dem europäischen Recht ist sinnvoll, weil es bei den betroffenen Börsentransaktionen durchaus vorkommen kann, dass zum Zeitpunkt des Angebots noch unklar ist, ob es dem Erwerber gelingt, die Kontrollschwelle zu überwinden (dann liegt ein Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO vor), er aber auch im anderen Fall einen Erwerb anstrebt (der dann möglicherweise nur unter die deutsche Fusionskontrolle fällt). In solchen Fällen ergaben sich in der Vergangenheit erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, welche die Verfahrensabwicklung für alle Beteiligten erschwerten.

6. Zusammenrechnung von Transaktionen

In § 38 Abs. 5 S.3 wurde die Regelung aus Art. 5 Abs. 2 2. Uabs. FKVO in modifizierter Form übernommen. Die Regelung soll Umgehungsmöglichkeiten der deutschen Fusionskontrolle im Wege der Aufspaltung von Transaktionen verringern. Die Vorschrift sieht vor, dass „Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge [...], die innerhalb von zwei Jahren zwischen

17 Vgl. Kom., Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen, Rn. 6.

18 Vgl. OECD, Policy Roundtable Remedies in Merger Cases 2011, DAF/COMP(2011)13, 30. 7. 2012, Contribution Germany, 85, 86 m. w. N. Vgl. auch BKartA v. 15. 12. 2012 – B7-66/11 – Liberty Global/Kabel Baden Württemberg (verfügbar unter www.bundeskartellamt.de).

19 Vgl. Bundesregierung, Begründung Entwurf 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, 30.

20 Kom., Mitteilung Abhilfemaßnahmen, Rn. 61.

21 ABl. L 133 vom 30. 4. 2004, S.1.

denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, [...] als ein einziger Zusammenschluss behandelt [werden], wenn dadurch erstmals die Umsatzschwellen des § 35 erreicht werden; als Zeitpunkt des Zusammenschlusses gilt der letzte Erwerbsvorgang.“ Anders als in der europäischen Regelung wird an das „erstmalige“ Überschreiten der Umsatzschwellen angeknüpft. Das soll verhindern, dass bei einer Reihe von gestaffelten Erwerbsvorgängen dieselben Erwerbe mehrfach geprüft werden. Eine erneute Anmeldung ist nur erforderlich, wenn die Umsatzschwellen durch die nachfolgenden Transaktionen ein weiteres Mal überschritten werden.

III. Bewusste Beibehaltung von Unterschieden zum europäischen Recht

1. Vermutungsschwellen für Marktbeherrschung

Die Marktbeherrschungsvermutungen werden in der 8. GWB-Novelle ebenfalls beibehalten, allerdings wird die Vermutungsschwelle für Einzelmarktbeherrschung von 33 Prozent auf 40 Prozent angehoben.²²

Teilweise wird vorgebracht, die Vermutungsregelungen würden konzeptionell nicht zum SIEC-Test passen, der eine differenzierte Bewertung erfordert, dahingehend wie sich der zu prüfende Zusammenschluss auswirkt. Dem ist jedoch zu entgegen, dass die Marktbeherrschungsvermutungen eine differenzierte Prüfung nicht ersetzen, sondern diese erst ermöglichen. Die Vermutungsregelungen setzen einen gewichtigen Anreiz für die Zusammenschlussbeteiligten, dem BKartA alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die für eine umfangreiche Prüfung notwendig sind. Das funktionelle Äquivalent in der europäischen Fusionskontrolle zu den Marktbeherrschungsvermutungen im GWB sind die Regelungen, welche die Zusammenschlussbeteiligten im Kontext der europäischen Fusionskontrolle zur Vorlage der entsprechenden Informationen zwingen, insbesondere die Verpflichtung, umfangreiche Informationen gemäß den Anforderungen des Anmeldeformulars (Form CO) vorzulegen, zumal die Anmeldung in der Praxis erst erfolgen kann, nachdem die Kom. im Rahmen der Vorgespräche festgestellt hat, dass die Anmeldung vollständig ist. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Marktbeherrschungsvermutungen für die Gerichte auch ein Instrument darstellen, das es ihnen ermöglicht, die Kontrolldichte bei Fusionskontrollentscheidungen zu steuern. Insbesondere können sie auf diese Weise den Prozessstoff handhabbar halten, indem sie den Prozess auf Punkte konzentrieren, bei denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ernsthafte Zweifel an den faktischen Grundlagen angebracht sind. Auf europäischer Ebene kommen die Gemeinschaftsgerichte durch die Argumentationsfigur des Beurteilungsspielraums zu ähnlichen Ergebnissen. Sie können – und tun das in der Praxis auch verstärkt – im Grunde alle Punkte vertieft nachprüfen, bei denen sie Anhaltspunkte für Tatsachen oder Bewertungsfehler der Kom. erkennen, sind aber nicht dazu gezwungen die Gesamtbewertung und die Bewertung jedes einzelnen Punkts zu überprüfen bzw. selbst vorzunehmen und können so den Verfahrensstoff beherrschbar halten.²³ Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass sich die Marktbeherrschungsvermutungen bei ihrer konzeptionellen Einordnung als formelle Informationsbeschaffungsregelungen und als Regelungen zur flexiblen Feinsteuerung der Kontrolldichte durch die Gerichte gut in das Prüfungskonzept des SIEC-Tests einfügen können.

2. Abwägungsklausel

Die Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 S.2 Nr.1 findet in der FKVO ebenfalls keine Entsprechung. Sie ermöglicht es, wett-

bewerbliche Verbesserungen auf anderen Märkten zu berücksichtigen, wenn sie die wettbewerblichen Verschlechterungen durch den Zusammenschluss auf den Untersagungsmärkten überwiegen. Aus ökonomischer Sicht drängt sich auf, dass eine Berücksichtigung der positiven „Nebenwirkungen“ eines Zusammenschlusses konzeptionell stimmig ist. Auf europäischer Ebene wäre ein solches Modell in der Praxis aber sehr schwierig umsetzbar, weil letztlich die Interesse der einen Gruppe von Verbrauchern gegen die Interessen einer anderen Gruppe abgewogen werden. Befinden sich diese Gruppen von Verbrauchern in unterschiedlichen Mitgliedstaaten wäre dieser Wohlfahrtstransfer schwer zu vermitteln. Innerhalb des Bundesstaats Deutschland ist diese Abwägung ggf. auch erklärungsbedürftig, aber noch akzeptabel.

3. Ministererlaubnis

Im Kontext der Angleichung an das europäische Recht hätte man darüber nachdenken können, die Ministererlaubnis in § 42 zu streichen. Ernsthaft gefordert hat das aber keiner. Das hat mehrere Gründe. Zunächst handelt es sich um ein Ventil zur Berücksichtigung von Allgemeininteressen („gesamtwirtschaftliche Vorteile“, „überragendes Interesse der Allgemeinheit“), denen ausnahmsweise ein größeres Gewicht zukommen kann als dem Wettbewerbsschutz. Gleichzeitig dient das Instrument dem Schutz der Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde. Die Abwägung mit anderen Allgemeinwohlzielen würde die Ausgestaltung des BKartA als unabhängige und – daher zwangsläufig allein – rechtsanwendende Behörde stark unter Druck setzen. Für diese Abwägung können im Vorhinein keine ausreichend bestimmten abwägungsleitenden Vorgaben gemacht werden. Damit handelt es sich um einen Vorgang, der von dem Bundeswirtschaftsminister und damit letztlich vor dem Parlament verantwortet werden muss. Die detaillierten Verfahrensvorgaben (u.a. Gutachten der Monopolkommission, Anhörung durch Wirtschaftsminister, Entscheidung durch Wirtschaftsminister) sorgen für Transparenz und dienen einer öffentlichen Diskussion und unterstreichen so die politische Natur der Entscheidung des Ministers. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass überragende Interessen der Allgemeinheit auch im Kontext der europäischen Fusionskontrolle zu Wort kommen können. Dafür sorgt hier bereits die institutionelle Ausgestaltung der Entscheidungsverantwortlichkeiten. Letztlich ist das Kollegium der Kommissare die Entscheidungsinstanz für Fusionskontrollfälle, auch wenn dies nur in ganz wenigen hoch umstrittenen Grenzfällen wirklich einen Einfluss auf das Ergebnis des Fusionskontrollverfahrens haben kann.

4. Bagatellmarktklausel

Die Ausnahme für Bagatellmärkte wird ebenfalls beibehalten. Allerdings wird die Regelung aus dem Kontext der formellen Fusionskontrolle wieder herausgenommen und zurück in die materielle Fusionskontrolle verschoben (§ 36 Abs. 1 Nr.2).²⁴ Das bedeutet, dass es keine Voraussetzung für eine Anmeldepflicht mehr darstellt, dass ein Zusammenschluss nicht lediglich Bagatellmärkte betrifft. Die Regelung beschränkt sich nun (wieder) darauf, dass die Untersagung (bzw. eine Freigabe mit Nebenbestimmungen) nicht darauf gestützt werden kann,

22 Bundesregierung, Begründung Entwurf 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, 20, 23.

23 Vgl. dazu die etwas ausführlicheren Erläuterungen zu diesen Punkten in zwei Beiträgen des Autors: *Bardong, Germany: The Bundeskartellamt's new merger guidelines*, JECLAP 2012, 481; ders., *Der neue Leitfaden Marktbeherrschung des Bundeskartellamtes*, in FIW (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts 2011, 2012*, 69.

24 Vor der 6. GWB-Novelle (1998) war die Bagatellmarktklausel bereits in der materiellen Fusionskontrolle angesiedelt.

dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb lediglich auf Bagatellmärkten erheblich behindert wird.

In der ersten GWB-Novelle nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle²⁵ hätte es durchaus nahegelegen, diese Regelung ganz zu streichen, weil die 2. Inlandsumsatzschwelle bereits sehr erfolgreich die Funktion erfüllt, Zusammenschlüsse von geringer wirtschaftlicher Bedeutung für Deutschland aus den ansonsten anmeldepflichtigen Fusionen herauszufiltern.²⁶ Außerdem enthält die europäische Fusionskontrollverordnung keine entsprechende de-minimis Regelung, weder auf der Ebene der Anmeldepflicht noch auf der Ebene der materiellen Prüfung.

Für eine Beibehaltung der Bagatellmarktklausel im Kontext der materiellen Fusionskontrolle sprachen aber wichtige Erwägungen. Insbesondere zeigt der Blick auf die europäische Entscheidungspraxis, dass es dort – trotz der hohen Schwellenwerte für Umsätze innerhalb der Europäischen Union – das Bedürfnis gibt, Interventionen nicht lediglich auf nachteilige Veränderungen auf wirtschaftlich völlig unbedeutenden Märkten zu stützen. Soweit die wettbewerbliche Analyse das zulässt, wird hier teilweise ein Ausweg im Rahmen der materiellen Prüfung gefunden. Dagegen werden die Untersagungsvoraussetzungen aber teilweise auch für sehr kleine Märkte bejaht, insbesondere wenn diese nicht die einzigen Untersagungsmärkte darstellen. In den Entscheidungen wird die Problematik oft nicht deutlich, weil der Umsatzwert des Gesamtmarktvolumens in den Entscheidungen nicht immer angegeben wird. Demgegenüber stellt die Bagatellmarktklausel aus der Sicht des Autors eine – zwar weniger flexible – im Ergebnis aber transparentere Lösung dieses Problems dar.

Die Verschiebung der Bagatellmarktklausel in die materielle Fusionskontrolle bringt gewichtige Vorteile. Sie verringert den Aufwand für die Wettbewerbsbehörde und die Unternehmen und erleichtert die praktische Handhabbarkeit der Fusionskontrolle. Die Frage der Anmeldepflicht wird von komplexen materiellen Fragen entlastet, denn die Bestimmung des Gesamtmarktvolumens setzt notwendigerweise eine belastbare Marktangrenzungs voraus.²⁷ Gerade am Anfang des Fusionskontrollverfahrens ist die Marktangrenzung aber oft unsicher. Die Änderung steht auch in Einlang mit den Empfehlungen aus den ICN Recommended Practices for merger notification procedures.²⁸ Formelle Fusionskontrolle sollte möglichst klar und vorhersehbar sein und an objektive Kriterien anknüpfen, soweit das möglich ist. Dagegen stellt eine belastbare Bestimmung des Gesamtmarktvolumens in Bezug auf den bereits ermittelten relevanten Markt in den wenigen Fällen, die eine Intervention erfordern, keine zusätzliche Belastung mehr dar, weil diese Informationen zu diesem Verfahrensstadium natürlich vorliegen.

5. Kurze Fristen und schlanke Informationsanforderungen

Trotz der gestiegenen Anforderungen an die Begründung von Fusionskontrollentscheidungen, die mit der verstärkten Berücksichtigung ökonomischer Konzepte und Methoden einhergegangen ist, wurde in der 8. GWB-Novelle an den im Vergleich zum europäischen Fusionskontrollverfahren kürzeren Fristen (§ 40 Abs. 1 und 2) und den sehr viel geringeren Informationsanforderungen für eine Anmeldung in § 39 Abs. 3 festgehalten. Auf ein quasi-obligatorisches Vorgespräch und eine de facto Verpflichtung zur Einreichung eines Anmeldeentwurfs wird weiterhin ebenfalls verzichtet. Das ist gut so. Das schlanke und effiziente Verfahren vor dem BKartA ist zu einem Markenzeichen geworden und hat auch international Anerkennung erworben.²⁹ Ausführlichere In-

formationen können, soweit notwendig, im laufenden Verfahren angefordert werden. Bei komplexeren Fusionen und Zusammenschlüssen, die Anlass für eine vertiefte Prüfung geben, wird regelmäßig eine breitere Informationsbasis benötigt. Zusammenschlussbeteiligte, die hier frühzeitig – ggf. bereits vor der Anmeldung – die erforderlichen Informationen vorlegen, können damit die Chancen erhöhen, dass sich eine vertiefte Prüfung vermeiden lässt.

In solchen Fällen sind auch informelle Vorgespräche vor der Anmeldung nützlich. Im Unterschied zum Verfahren bei der Kom. gehört die Übermittlung von Anmeldeentwürfen und verschiedene Kontakte mit dem case team im Vorlauf zu einer Anmeldung nicht zum Standardprogramm der deutschen Fusionskontrolle. In ihrem merger simplification project³⁰ hat die Kom. deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Vorgespräche nicht zum rechtlich vorgegebenen Pflichtenkanon gehören. Sie hat aber deutlich darauf hingewiesen, dass sie Vorgespräche für sinnvoll hält.

6. Zusammenschlusstatbestände und nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen

An den Zusammenschlusstatbeständen im deutschen Recht, die auch nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen umfassen und im europäischen Recht (bislang) keine Entsprechung haben, hat der Gesetzgeber zu Recht festgehalten. Minderheitsbeteiligungen können ähnliche wettbewerbliche Schäden verursachen wie eine Vollfusion oder ein Kontrollerwerb. Das lässt sich an der reichhaltigen Praxis des BKartA ablesen. Zusammenschlüsse, die unter den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 fallen, machen zwar nur weniger als 1 Prozent der Anmeldungen aber rd. 10 Prozent der Untersagungen aus.³¹ Fälle mit einem Erwerb von 25 Prozent der Kapitalanteile oder Stimmrechte (§ 37 Abs. 1 Nr. 3) stellen rd. 10 Prozent der Anmeldungen und rd. 10 Prozent der Untersagungen dar.

Eine Erstreckung der Zusammenschlusskontrolle auch auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen ist auch aus ökonomischer Perspektive sinnvoll. Wie u. a. aus einer Studie des OFT³² und nun auch aus einem ausführlichen ökonomischen Anhang zum Konsultationspapier der Kom. („Towards more effective EU merger control“)³³ hervorgeht, werfen Minderheitsbeteiligungen ähnliche wettbewerbliche Probleme auf, wie die Zusammenschlüsse, die auf der Ebene der Kom. bereits im Anwendungsbereich der Fusionskontrolle liegen. Durch die geringere Kapitalbeteiligung und die gerin-

25 3. Mittelstandsentlastungsgesetz (MEG III), Gesetz vom 17. 03. 2009, BGBl. I S. 550 (Nr. 15).

26 Vgl. Anmeldezahlen in BKartA, Tätigkeitsbericht (TB) 2009/2010, TB 2011/2012; vgl. auch Bardong, Die zweite Inlandsumsatzschwelle: kein Änderungsbedarf, WuW 2011, 350.

27 Bundesregierung, Begründung Entwurf 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, 29.

28 Zugänglich unter: www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf.

29 Vgl. z. B. ICN, Information Requirements for Merger Notification, Report for the ICN Annual Conference Zurich, Switzerland (2009), verfügbar unter: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc328.pdf>; ICN, Setting Notification Thresholds for Merger Review, Report to the ICN Annual Conference Kyoto, Japan (2008), 5, verfügbar unter: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf>.

30 Für die Konsultationsdokumente siehe www.ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/index_en.html.

31 Eigene Berechnung für den Zeitraum 1990-2012.

32 OFT, Minority interests in competitors (research report by DotEcon), verfügbar unter www.of.gov.uk/shared_of/economic_research/of1218.pdf.

33 Verfügbar unter www.ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html.

geren Einflussmöglichkeiten ergeben sich teilweise abweichende wirtschaftliche Anreize der Zusammenschlussbeteiligten. Je nach Zusammenschlusskonstellation kann das die wettbewerblichen Probleme im Vergleich zu einer Vollintegration verringern oder verstärken. Fraglich ist allerdings, ob die Kom. in ihrem Konsultationspapier eine sinnvolle Ausgestaltung der Verfahrensregelungen für die Kontrolle von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen vorgesehen hat (siehe dazu unten VI. Ausblick).

Änderungsbedarf bei der konkreten Ausgestaltung der Zusammenschlusstatbestände gibt es im deutschen Recht nicht. Die Regelungen haben seit der 6. GWB-Novelle (1998) einen gesicherten Endpunkt ihrer Entwicklung erreicht. Zuvor wurden die Regelungen in verschiedenen Runden verbessert. Die Änderungen zielten in erster Linie darauf ab, Umgehungsmöglichkeiten auszuschalten und eine möglichst wirksame Fusionskontrolle zu erreichen (insbesondere Ausgestaltung von § 37 Abs. 1 Nr. 4 als Teil der präventiven Fusionskontrolle). Zu Recht hat der Gesetzgeber an dem erreichten Stand nun auch in der 8. GWB-Novelle festgehalten.

7. Prüfung von § 1 / Art. 101 AEUV bei Gemeinschaftsunternehmen außerhalb der kurzen Fusionskontrollfristen

Anders als in der europäischen Fusionskontrolle sind Koordinierungswirkungen zwischen den Muttergesellschaften, die auf deren Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen zurückgehen, nicht zwingender Teil der Fusionskontrollprüfung (Art. 2 Abs. 4 FKVO). Der deutsche Gesetzgeber hat zu Recht an der sogenannten „Doppelprüfung“ festgehalten, die zum Gegenstand hat, dass eine Prüfung nicht zeitgleich – innerhalb der engen Fristen der Fusionskontrollprüfung stattfinden muss. In Fällen, die ein erhebliches Koordinierungsrisiko aufweisen, sind oft Ermittlungen notwendig, die deutlich über den Umfang der Fusionskontrollprüfung hinausgehen. Innerhalb der normalen Fusionskontrollfristen ist das nicht machbar, wie z. B. der Amazonas Fall³⁴ zeigt, bei dem die Zusammenschlussparteien weitgehenden Fristverlängerungen für die parallele Untersuchung zugestimmt haben. In vielen Fällen müsste die Prüfung zumal zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem viele relevante Details der Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen noch nicht geklärt sind, die für die Fusionskontrollprüfung unerheblich sind, aber für die Prüfung von Koordinierungseffekten nach § 1 wichtig sind. Oft erfolgt eine Anmeldung in Deutschland nämlich bereits, wenn noch nicht alle Nebenabreden ausverhandelt sind.

8. Umsatzzurechnung bei öffentlichen Unternehmen

Auf der Grundlage der 22. Begründungserwägung der FKVO rechnet die Kom. die Umsätze von öffentlichen Körperschaften, die Anteile an Unternehmen halten, nur dann zu, wenn es sich um eine wirtschaftliche Einheit mit autonomer Entscheidungsbefugnis handelt. Diese Zurückhaltung hat ihren Grund darin, dass die europäische Fusionskontrolle auch auf Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen angewendet wird, die zur selben Gebietskörperschaft gehören. Im Hinblick auf zahlreiche Staatsbeteiligungen in manchen Mitgliedstaaten mag dieser Ansatz auf europäischer Ebene sinnvoll sein. Auf die deutsche Fusionskontrolle wurde dieses Konzept zu Recht nicht übertragen. Fusionen zwischen Staatsunternehmen derselben Körperschaft sind in Deutschland selten. Dagegen würde das europäische Konzept zahlreiche Fragen aufwerfen und die Anwendung in der Praxis erschweren.

IV. Einschränkung des Wettbewerbsschutzes im Presse- und Gesundheitsbereich und bei kommunalen Gebietsreformen

Bedauerlich ist, dass die 8. GWB-Novelle in drei Punkten im Hinblick auf einen wirksamen Wettbewerbsschutz einen Schritt in die falsche Richtung macht: bei Zusammenschlüssen gesetzlicher Krankenkassen, bei Pressefusionen und bei kommunalen Gebietsreformen.

1. Sonderregeln für Zusammenschlüsse von gesetzlichen Krankenkassen

Ein wesentlicher politischer Streitpunkt, der die 8. GWB-Novelle lange Zeit aufgehalten hatte, betrifft die Anwendung des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen. In diesem Bereich sollte es ursprünglich eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften geben, insbesondere im Hinblick auf den Rechtsweg. Dies erwies sich als politisch nicht durchsetzbar. Im Bereich der Fusionskontrolle bringt die 8. GWB-Novelle eine Klarstellung der Anwendbarkeit des GWB auf Zusammenschlüsse gesetzlicher Kassen. Der politische Kompromiss, der zwischen Regierung und Opposition bzw. – was mindestens genauso wichtig und schwierig war – zwischen Wettbewerbspolitikern und Gesundheitspolitikern ausgehandelt wurde, bringt auch einige wettbewerbliche Rückschläge. Bei Fusionskontrollentscheidungen muss das BKartA in Zukunft das Benehmen mit den zuständigen Aufsichtsbehörden herstellen (§ 172 a SGB V). Für eine unabhängige Behörde ist diese Regelung ein Novum, auch wenn die Benehmensregelung auf eine vorherige Stellungnahme beschränkt ist und den Aufsichtsbehörden kein Vetorecht einräumt. Schwerer wiegt, dass das Landessozialgericht und das Bundessozialgericht zukünftig für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des BKartA in der Fusionskontrolle zuständig sind (§§ 29 Abs. 3 Nr. 4, 202 SGG) und die Vorschriften über die Fusionskontrolle nur „entsprechende Anwendung“ finden (§ 172 a Abs. 1 SGB V). Gegen diese Lösung spricht schon die Rechtswegspaltung. Außerdem sind die Zivilgerichte mit kartellrechtlichen Fragen sehr viel besser vertraut.

2. Verringerung des Anwendungsbereichs der Pressefusionskontrolle

Auf Druck der Zeitungs- und Zeitschriftenverlage wird durch die 8. GWB-Novelle der Anwendungsbereich der Pressefusionskontrolle deutlich eingeschränkt. Die strengeren Regeln für Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die ihre Umsätze (jedenfalls zum Teil) mit Verlag, Herstellung, Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften und deren Bestandteilen erzielen, waren 1976 mit der 3. GWB-Novelle eingeführt worden, um Pressefusionen auch dann auf Wettbewerbsprobleme prüfen zu können, wenn die Umsätze der beteiligten Unternehmen nicht die zum Teil sehr hohen generell anwendbaren Umsatzschwellenwerte erreichen. Eine Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen setzt insbesondere voraus, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zusammen insgesamt Umsätze von weltweit zumindest € 500 Mio. erzielen. Diese Schwelle wurde bislang durch einen Rechenfaktor von zwanzig, die sogenannte Presserechenklausel, auf € 25 Mio. herabgesetzt. Durch die 8. GWB-Novelle liegt die Presserechenklausel jetzt nur noch bei dem Faktor acht (§ 38 Abs. 3), d. h. die weltweite Umsatzschwelle liegt neuerdings bei € 62,5 Mio. für Presseunternehmen (im Bereich des Rundfunks bleibt der Rechenfaktor bei 20).

34 BKartA, Beschl. v. 17. 3. 2011, B6-94/10, RTL interactive/ProSieben-Sat.1.

Die wettbewerbliche Kontrolle von Strukturveränderungen im Pressebereich dient mittelbar dem Schutz der Pressevielfalt. Ein Entscheidungskriterium stellt diese allerdings nicht dar. Pressefusionen werden ausschließlich an wettbewerblichen Kriterien gemessen. Durch die Abschmelzung der Pressefusionskontrolle wird dieser Schutz zwangsläufig entsprechend verringert.

Weitere Einschnitte bei der Pressefusionskontrolle betreffen die Bagatellmarktklausel und die Anschlussklausel (§§ 35 Abs. 2 S.1, 36 Abs. 1 S.2 Nr.2), die bislang auf Pressefusionen keine Anwendung fanden. Vor allem die Ausdehnung der Anschlussklausel auf Presseunternehmen war vom BKartA wiederholt kritisiert worden, weil dies den großen Verlagen ermöglicht, ihre Zeitungsgebiete durch den Zukauf von verbliebenen unabhängigen Zeitungen zu arrondieren und so ggf. flächendeckende Zeitungsketten aufzubauen. Neu ist die Privilegierung von Pressefusionen im Sanierungsfall. Es wurde eine Ausnahmegvorschrift in das Gesetz aufgenommen, die sich an den allgemeinen Voraussetzungen für Sanierungsfusionen orientiert, diese für die Übernahme von kleinen und mittleren Zeitungs- bzw. Zeitschriftenverlagen in einigen Punkten konkretisiert und in anderen Punkten gewisse Erleichterungen bringt (§ 36 Abs. 1 S.2 Nr.3). Diese Privilegierung kehrt den Schutzzweck der Normen zur Pressefusionskontrolle um und ist daher nur schwer nachzuvollziehen.

3. Ausnahme für kommunale Gebietsreformen

In der letzten Phase des Verhandlungspokers zur 8. GWB-Novelle kam als eines der Anliegen des Bundesrats im Vermittlungsausschuss eine Ausnahme für kommunale Gebietsreformen ins Gesetz. Zusammenschlüsse „durch die Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe, die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehen,“ unterliegen nicht mehr der Fusionskontrolle. Politisch umstritten war diese Ausnahme nicht. Wirkliche praktische Schwierigkeiten im Zusammenhang von Gebietsreformen gab es nicht. Vereinzelt kam es zu Fusionskontrollverfahren, z. B. in Bezug auf Sparkassenfusionen und Krankenhausfusionen.

V. Verschiedene Änderungen im Verfahrensrecht

1. Heilung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit bei nachträglicher Fusionskontrollprüfung

Die wichtigste Verfahrensänderung ist wahrscheinlich die neue Heilungsregelung bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot, wenn der Zusammenschluss nachträglich im Rahmen eines Entflechtungsverfahrens geprüft wurde. Aus der Sicht zahlreicher Anwälte gab es Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die zivilrechtliche Wirksamkeit von Kauf- und Übereignungsverträgen, wenn der vertragsgegenständliche Zusammenschluss nicht vor Vollzug angemeldet worden war. Aus ihrer Sicht war fraglich, ob der Abschluss der nachträglichen Prüfung des BKartA im Entflechtungsverfahren ausreichte, um die in § 41 Abs. 1 S.2 vorgesehene zivilrechtliche Unwirksamkeit zu heilen. In seinem Tätigkeitsbericht 2007/2008 hatte das BKartA bereits die Rechtsansicht geäußert, dass die Einstellung des Entflechtungsverfahrens der formlosen Freigabe in der ersten Phase insoweit entspricht, als das BKartA Gelegenheit zur Prüfung des Zusammenschlusses hatte und keine wettbewerblichen Probleme identifiziert hat.³⁵ Daher sei auch im Fall der nachträglichen Prüfung das Ziel des Gesetzgebers erreicht und die Unwirksamkeit der Vereinbarungen nach § 41 Abs. 1 S.2 erscheine folglich als überschießend. Die Unwirksamkeitsnorm war daher nach Auffassung des BKartA insoweit teleologisch zu reduzieren.

Mit der 8. GWB-Novelle wird jetzt klargestellt, dass die Unwirksamkeitsnorm in dieser Situation nicht gilt. § 41 Abs. 1 S.3 Nr.3 ordnet ausdrücklich an, dass die Unwirksamkeit nicht gilt, „sobald der nicht angemeldete Zusammenschluss nach Vollzug angezeigt und das Entflechtungsverfahren nach Abs. 3 eingestellt wurde, weil die Untersagungs Voraussetzungen nicht vorlagen oder die Wettbewerbsbeschränkung infolge einer Auflösungsanordnung nach Abs. 3 S. 2 in V. m. S. 3 beseitigt wurde oder eine Ministererlaubnis nach § 42 erteilt worden ist.“ Aus der Begründung wird klar, dass die Unwirksamkeit „ex tunc“, also rückwirkend entfällt.³⁶ Dabei ist unerheblich, ob die Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch förmlichen Beschluss erfolgt oder lediglich durch ein formloses Schreiben mitgeteilt wird.

2. Entflechtung ohne separate Untersagungsverfügung

In seiner Entscheidung A-TEC/Norddeutsche Affinerie³⁷ hatte sich das OLG Düsseldorf in einem obiter dictum im Kontext der Rechtmäßigkeitsprüfung der Gebührenerhebung zu der Frage geäußert, ob das BKartA bei einem unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot vollzogenen Zusammenschluss unmittelbar die Entflechtung des Zusammenschlusses anordnen kann (unter der Bedingung, dass kein Antrag auf Ministererlaubnis gestellt oder eine Ministererlaubnis nicht erteilt wird). Das Gericht hatte aus der Fristenregelung in § 42 Abs. 3 S.1, die auf die „Zustellung der Untersagungsentscheidung“ abstellte (nach § 42 Abs. 3 S.2 Fristbeginn mit Unanfechtbarkeit der Untersagung), abgeleitet, dass ein vollzogener Zusammenschluss zunächst untersagt werden muss und dann erst nach Bestandskraft der Untersagung eine Entflechtung angeordnet werden kann, weil § 41 Abs. 3 S.1 an die Nichterteilung einer Ministererlaubnis anknüpft.

Mit der Ergänzung der Fristenregelung in § 42 Abs. 3 S.1 für den Antrag auf eine Ministererlaubnis im Fall einer Auflösungsanordnung im Rahmen eines Entflechtungsverfahrens wird jetzt klargestellt, dass „die Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses nach § 41 Abs. 3 S.1 kein separates Untersagungsverfahren mehr voraus[setzt]. Vollzogene Zusammenschlüsse sind sofort auf das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen hin zu prüfen. [...] Die Fristenregelung stellt klar, dass eine Entflechtungsanordnung ergehen kann, bevor klar ist, ob eine Ministererlaubnis beantragt oder erteilt wird.“³⁸ Die Entflechtung ist unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass die Frist zur Beantragung einer Ministererlaubnis abgelaufen ist oder nach Antrag keine Ministererlaubnis erteilt wird.

3. Anmeldung per E-Mail?

Anmeldungen per E-Mail werfen zwei unterschiedliche Probleme auf. Zunächst steht der Absender der E-Mail nicht mit derselben Gewissheit fest, wie bei einem postalisch oder per Fax übermittelten Schreiben. Weiterhin ist auch der Inhalt einer E-Mail nicht mit derselben Sicherheit mit der abgesendeten Nachricht identisch, wie das bei einem postalisch oder per Fax übermittelten Schreiben der Fall ist. Daher ist es sachgerecht, dass die Formvorschrift in § 39 Abs. 1 S.2 an elektronische Anmeldungen von Zusammenschlüssen höhere Anforderungen stellt als an Anmeldungen, die im BKartA in Schriftform eingehen. Danach sind elektronische Anmeldun-

35 BKartA, TB 2007/2008, 20 f.

36 Bundesregierung, Begründung Entwurf 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, 30.

37 OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2462, 2476.

38 Bundesregierung, Begründung Entwurf 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, 30, vgl. auch 31.

gen nur formgerecht möglich, wenn sie eine der beiden folgenden technischen Lösungen verwenden: „Für den Empfang elektronischer Anmeldungen wird ausschließlich die vom BKartA eingerichtete zentrale De-Mail-Adresse im Sinne des De-Mail-Gesetzes oder, für E-Mails mit qualifizierter elektronischer Signatur, die vom BKartA eingerichtete zentrale E-Mail-Adresse bestimmt. Die beiden Zugänge sind über die Internetseite des BKartA erreichbar.“ Für eine Übermittlung von Anmeldungen per E-Mail mit qualifizierter Signatur steht die E-Mail Adresse fusionskontrolle@bundeskartellamt.bund.de zur Verfügung. Eine De-Mail Adresse des BKartA steht derzeit noch nicht zur Verfügung.

Bei einer Übermittlung als E-Mail mit qualifizierter Signatur und bei einer DE-Mail werden beide oben genannten Probleme gelöst. Außerdem ist jeweils auch eine verschlüsselte Übermittlung möglich, so dass der vertrauliche Inhalt einer E-Mail geschützt wird.³⁹ Eine Anmeldung per einfacher E-Mail reicht dagegen nicht aus, um den Fristenlauf auszulösen.

4. Klarstellung zur Beteiligung des Veräußerers

In § 38 Abs. 5 S.1 und 2 wird klargestellt, dass der Veräußerer, bei dem in Bezug auf den veräußerten Unternehmensteil weder die Kontrolle noch mindestens 25 % der Anteile verbleiben, nicht als Zusammenschlussbeteiligter anzusehen ist: „Wird ein Zusammenschluss durch den Erwerb von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen bewirkt, so ist unabhängig davon, ob diese Teile eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, auf Seiten des Veräußerers nur der Umsatz oder der Marktanteil zu berücksichtigen, der auf die veräußerten Teile entfällt. Dies gilt nicht, sofern beim Veräußerer die Kontrolle im Sinne des § 37 Absatz 1 Nummer 2 oder 25 Prozent oder mehr der Anteile verbleiben. Dies entspricht bereits der Entscheidungspraxis des BKartA, auch wenn die bisherige Regelung ausdrücklich nur den Fall des Vermögenserwerbs erfasste. Ursprünglich sollte durch die Änderung in der 8. GWB-Novelle erreicht werden, dass auch diejenigen veräußernden Unternehmen als Zusammenschlussbeteiligte zu betrachten sind, die an dem Zielunternehmen nur mit einem wettbewerblich erheblichem Einfluss beteiligt bleiben. Auf dieses Regelungselement hat der Gesetzgeber zu Recht verzichtet. Andernfalls wäre ein erheblicher Zusatzaufwand auf BKartA und Unternehmen zugekommen, der zu der geringfügigen Erweiterung der Fusionskontrolle nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis gestanden hätte.“

5. Gebühren

Für Zusammenschlüsse, die von der Kom. an das BKartA verwiesen wurden, ist jetzt in § 80 Abs. 2 S.1 Nr.1 vorgesehen, dass der Verweisungsantrag der Zusammenschlussbeteiligten (für den Fall der Verweisung vor Anmeldung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO) bzw. die Anmeldung bei der Europäischen Kom. (für den Fall der Verweisung auf Antrag des Mitgliedstaats nach Art. 9 FKVO) im Hinblick auf die Gebührenregelung einer Anmeldung beim BKartA gleichstehen und daher eine Gebührenpflicht des Anmelders bzw. des eine Verweisung beantragenden Unternehmens (§ 80 Abs. 6 Nr. 1) auslösen.

Für die nachträgliche Prüfung eines Zusammenschlusses im Rahmen des Entflechtungsverfahrens wurde eine spezielle Gebührenregelung in § 80 Abs. 1 S.2 Nr.3 aufgenommen. Die Einstellung des Entflechtungsverfahrens löst eine Gebühr aus, das gilt auch für die formlose Verfahrenseinstellung (ob dies gleichzeitig als eine Amtshandlung i. S. v. § 80 Abs. 2 S.2 Nr.2 gilt, wurde bislang vom BKartA bejaht, war allerdings nicht unumstritten). Gebührenschuldner ist gemäß § 80 Abs. 6 Nr.3, wer nach § 39 Abs. 2 zur Anmeldung verpflichtet war.

VI. Ausblick

Den größten Anpassungsbedarf nach der 8. GWB-Novelle bringt sicher die Einführung des SIEC-Tests mit sich. Die Änderung führt zu einer stärkeren Annäherung an die europäische Fusionskontrolle. Damit rücken solche Zusammenschlüsse stärker in das Blickfeld, die bislang auf der Grundlage des Marktbeherrschungstests die Untersagungsvoraussetzungen nicht erfüllt haben, bei denen aber dennoch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten sein kann. Dabei geht es um Zusammenschlüsse, die nicht in erster Linie den Marktführer stärken, sondern vor allem den Wettbewerbsdruck zwischen anderen gewichtigen Spielern auf dem Markt verringern (unilaterale Effekte unterhalb der Einzelmarktbeherrschung). Bei koordinierten Effekten bzw. kollektiver Marktbeherrschung bringt der neue Test dagegen keine Änderungen. Generell unterstützt die Übernahme des SIEC-Tests den bereits stark ausgeprägten Trend zur Ökonomisierung der deutschen Entscheidungspraxis.

Nachdem das BKartA mit dem neuen Test erste Erfahrungen gesammelt hat, wird dann auch der Leitfaden Marktbeherrschung auf den neusten Stand zu bringen sein. Die Veränderungen werden dabei im Bereich des Regelbeispiels voraussichtlich eher gradueller Natur sein, weil sich die Anwendungspraxis in den letzten Jahren bereits unter dem Marktbeherrschungstest erheblich fortentwickelt hatte und dem im Leitfaden aus dem letzten Jahr Rechnung getragen wurde. Das Hauptaugenmerk wird daher – geeignete Fallkonstellationen vorausgesetzt – auf der Entscheidungspraxis in Fällen außerhalb des Regelbeispiels liegen. In den Leitfaden neu aufzunehmen sind unilaterale Effekte im engen Oligopol (außerhalb der Einzelmarktbeherrschung).

Die Angleichung des Wortlauts der Zusagenregelung bestätigt, dass auch in der deutschen Fusionskontrolle Verhaltenszusagen akzeptiert werden können, wenn sie die festgestellten Wettbewerbsprobleme wirksam beseitigen können und eine effektive Überwachung der Zusagenumsetzung möglich ist. Dies flankiert den Trend in der deutschen Fusionskontrolle, in Einzelfällen wirksame und überprüfbare Verhaltenszusagen zu akzeptieren, die nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen.

Die in Deutschland vereinzelt geführte Diskussion über nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen wird jetzt unter anderen Vorzeichen in Brüssel fortgesetzt. Mit ihrem Konsultationspapier hat die Kom. den Bedarf nach einer Ausdehnung der Fusionskontrolle zum Ausdruck gebracht und beruft sich dabei zu Recht darauf, dass nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen wie andere Zusammenschlüsse, die bereits von der Fusionskontrollverordnung erfasst werden, einen erheblichen wettbewerblichen Schaden verursachen können. Bei der Ausgestaltung der Kontrolle ist die Kom. allerdings zu zurückhaltend. Neben der Erstreckung der üblichen Verfahrensregelungen für eine effektive Kontrolle (präventive Kontrolle mit Anmeldepflicht und Vollzugsverbot) kann sich die Kom. anscheinend auch als alternative Modelle ein reines Transparenzsystem bzw. den kompletten Verzicht auf eine Information durch die Unternehmen im Kontext einer Selbsteinschätzung durch die Unternehmen vorstellen.⁴⁰ Die zunächst lediglich als nachträgliche Anzeigepflicht ausgestaltete Regelung im GWB, wurde

39 Hinweise dazu finden sich ebenfalls auf der Internetseite des BKartA www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/bundeskartellamt/Impressum/Kommunikation/W3DnavidW2612.php.

40 Vgl. Kom., Konsultationspapier („Towards more effective EU Merger Control“), S. 6.

in Deutschland als Fehlentwicklung anerkannt und musste korrigiert werden (6. GWB-Novelle von 1998). In Europa sollte man auf diesen Erfahrungen aufbauen und gleich mit einer effektiven Regelung starten, falls man sich auf die Einführung von Fusionskontrollregelung für Minderheitsbeteiligungen einigen kann. Aus der Perspektive der deutschen Fusionskontrolle wäre eine europäische Fusionskontrollregelung für nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen ohne Vollzugsverbot auf keinen Fall akzeptabel.

Dagegen erscheint es nicht zwingend auch in diesem Bereich de facto ein verpflichtendes Pre-notification-Verfahren vorzusehen. Gegen eine Reduzierung der Pflichtangaben in der Anmeldung von Minderheitsbeteiligungen bestehen auch keine Bedenken. Das von der Kom. anscheinend favorisierte Transparenzmodell ist nicht überzeugend und würde eine Sperrwirkung für nationale Fusionskontrollverfahren nicht rechtfertigen. Für ein Selbsteinschätzungsverfahren der Unternehmen gilt das erst Recht. ■

Christoph Barth und Stefanie Budde, Düsseldorf*

„Die Strafe soll nicht größer sein als die Schuld“ Zum Urteil des BGH in Sachen Grauzement und den neuen Leitlinien für die Bußgeldzumessung

I. Einleitung

Der BGH hat mit Beschluss vom 26. Februar 2013¹ die Auslegung des OLG Düsseldorf² bestätigt, dass § 81 IV 2 GWB keine Kappungsgrenze (entsprechend dem europäischen Verständnis zu Art. 23 II 2 VO 1/2003³), sondern eine Bußgeldobergrenze sei.⁴ Hierauf erließ das Bundeskartellamt am 25. Juni 2013 neue Bußgeldleitlinien.⁵ Ging es unter den Bußgeldleitlinien von 2006 noch von einer Kappungsgrenze aus⁶, so führt die Anpassung an die Vorgaben des BGH (unter II.) in den neuen Bußgeldleitlinien zu weitreichenden Folgen für die Berechnung von Geldbußen bei Kartellrechtsverstößen (unter III.). Die Anpassung begegnet aber, ebenso wie das Urteil in Sachen *Grauzementkartell*, durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Der *Cicero* zugeschriebene Ausspruch im Titel⁷ findet, wie im Folgenden zu zeigen ist,

im deutschen Kartellbußgeldrecht nach wie vor keine Berücksichtigung.

II. Vorgaben des BGH in Sachen Grauzementkartell

Wie schon das OLG Düsseldorf⁸ kommt der BGH zu dem Schluss, dass es sich bei § 81 IV 2 GWB um eine Bußgeldobergrenze⁹ handle. Dieses Verständnis konfiguriert gleichermaßen mit der Auslegung von Art. 23 II 2 VO 1/2003, der nach allgemeinem¹⁰, wenn auch heftig kritisiertem¹¹, Verständnis eine Kappungsgrenze als Bußgeldobergrenze festlegt, wie auch mit dem bisherigen Normverständnis von § 81 IV 2 GWB durch das Bundeskartellamt.¹²

Ausgangspunkt des BGH ist die Rolle der Gerichte bei der Kontrolle von Bußgeldentscheidungen.¹³ Relevanter Maßstab sei – wie generell im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht¹⁴ – dass der Richter „innerhalb eines vom Gesetz vorgegebenen Rahmens seine Zumessungsentscheidung eigenständig nach Maßgabe der durch das Gesetz selbst festgelegten Zumessungskriterien“¹⁵ treffen könne. Diese „normative Vorprägung des richterlichen Abwägungsprozesses“¹⁶ könne nicht durch Leitlinien des Bundeskartellamtes oder der Europäischen Kommission ersetzt werden, da bereits das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) einen

* Christoph Barth ist Rechtsanwalt bei Linklaters LLP in Düsseldorf im Fachbereich Competition & Antitrust. Stefanie Budde ist Rechtsanwältin bei Hengeler Mueller in Düsseldorf im Fachbereich Kartellrecht und Fusionskontrolle.

1 BGH, Beschl. v. 26. 02. 2013, KRB 20/12, NZKart 2013, 195 ff. – *Grauzementkartell*; dazu auch *Haus*, NZKart 2013, 183 ff.; *Heinichen*, NZWiSt 2013, 161 ff.

2 OLG Düsseldorf, Urt. v. 26. 06. 2009, Az. VI-2 a Kart 2-6/08 OWi – *Zementkartell*, Tz. 625; dazu *Barth/Budde*, WRP 2009, 1357 ff., 2010, 712 ff.; ebenso OLG Düsseldorf, NZKart 2013, 122, 124 – *Silostellgebühren I*.

3 Vgl. EuGH, Slg. 2002, I-8618, 8787 f. – *Limburgse Vinyl Maatschappij*; EuGH, Slg. 2005, I-5488, 5587 f. – *Dansk Rørindustri*; vgl. jüngst AG Kokott, NZKart 2013, 206, 214 – *Schindler Holding u. a. / Kommission*.

4 BGH, NZKart 2013, 195, 197 ff. – *Grauzementkartell*.

5 Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. 06. 2013 („Bußgeldleitlinien“). Von einer Anwendung der seit dem 15. 09. 2006 geltenden Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 IV 2 GWB gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen („Bußgeldleitlinien 2006“) hatte das BKartA seit der Veröffentlichung des Urteils des BGH abgesehen. Vgl. BKartA, PM v. 19. 04. 2013, „Bußgeldbemessung bei Kartellverstößen wird an BGH-Rechtsprechung angepasst“. Die Bedeutung solcher Leitlinien ist insbesondere für solche Fälle nicht zu unterschätzen, in denen es zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung kommt (gegenwärtig sind dies deutlich mehr als die Hälfte der Fälle). In Anbetracht der Weite des Strafrahmens von § 81 IV 2 GWB ermöglichen die Bußgeldleitlinien die Quantifizierung einer möglichen Geldbuße und schaffen damit die Ausgangsbasis für entsprechende Verhandlungen zwischen BKartA und betroffenen Unternehmen.

6 BKartA, Bußgeldleitlinien 2006, Tz. 18 ff., dazu *Mundt*, WuW 2007, 458, 463; vgl. auch BKartA, PM v. 23. 02. 2010, in der das Bundeskartellamt ankündigte „bis zu einer letztinstanzlichen Entscheidung [...] an seiner, im Einklang mit der Praxis der EU-Kommission und der meisten EU-Mitgliedstaaten stehenden, derzeitigen Bußgeldpraxis [festzuhalten].“

7 *Cicero*, De officiis 1, 25, 89.

8 OLG Düsseldorf, Urt. v. 26. 06. 2009, Az. VI-2 a Kart 2-6/08 OWi – *Zementkartell*, Tz. 624 ff.

9 Dieses Verständnis, wonach eine Obergrenze einen Gegenpol zu einer Kappungsgrenze bildet (BGH, NZKart 2013, 195, 198 – *Grauzementkartell*), weicht vom Begriffsverständnis des EuGH zum nahezu wortgleichen Art. 23 II 2 VO 1/2003 ab, hierzu unter II.2.c).

10 Statt vieler *Dannecker/Biermann*, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 23 VO 1/2003, Rz. 115 m. w. N.

11 Vgl. nur *Hellermann*, WuW 2002, 944 ff.; *Schwarze*, EuZW 2003, 261, 266, 268 f.

12 BKartA, Bußgeldleitlinien 2006, Rz. 18 ff.; vgl. *Mundt*, WuW 2007, 458, 463; sowie kritisch *Deselaers*, WuW 2006, 118 ff.

13 Insoweit seien aber weder in der Norm noch in den Gesetzesmaterialien hinreichende Anknüpfungspunkte vorhanden anhand derer eine Überprüfung der Sanktion erfolgen könne. So BGH, NZKart 2013, 195, 198 – *Grauzementkartell*. Für die Gerichte gilt im Rahmen der Überprüfung der Behördenentscheidungen der Amtsermittlungsgrundsatz, § 77 I OWiG. Die Prüfung durch den Tatrichter umfasst dabei alle Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung von Bedeutung sind (§ 77 I OWiG i. V. m. § 244 II StPO) und erstreckt sich auch auf Umstände, die für die Rechtsfolgenentscheidung, d. h. die Bemessung der Geldbuße von Relevanz sind, vgl. *Bohnert*, in Bohnert, OWiG, 3. Aufl. 2010, § 77 Rz. 3.

14 Statt vieler *Rebmann/Roth/Herrmann*, OWiG, 3. Aufl. 17. EGL 2012, § 17 Rz. 14.

15 BGH, NZKart 2013, 195, 198 – *Grauzementkartell*.

16 BGH, NZKart 2013, 195, 198 – *Grauzementkartell*.