

Aufsätze

Prof. Dr. Rainer Bechtold, Stuttgart*

Die 8. GWB-Novelle

Das Zustandekommen der 8. GWB-Novelle hat sich als schwieriger erwiesen als zunächst vorhergesehen. Für den Kartelljuristen standen im Vordergrund die Änderung des materiellen Prüfungsmaßstabes der Fusionskontrolle sowie die Neuordnung des Marktbeherrschungsrechts und der Missbrauchsaufsicht über die Wasserversorgungsunternehmen. Das war im Grundsatz politisch unangefochten und erschien im Bundestag und Bundesrat kaum diskussionsbedürftig. Politisch heikel war von vornherein die von der Bundesregierung vorgesehene und vom Bundestag akzeptierte volle Einbeziehung der Krankenkassen in das GWB. Der Bundesrat hat deswegen und wegen dreier anderer Punkte, die nicht in der gleichen Weise im Vordergrund stehen, den Vermittlungsausschuss angerufen, der sich erst am 5. 6. 2013 auf einen Kompromiss verständigen konnte. Unabhängig von der 8. GWB-Novelle, aber planwidrig vor dieser, ist das Markttransparenzstellengesetz noch im November 2012 verabschiedet worden, das umfangreiche neue Bestimmungen in das GWB einführt (§§ 47a-47l) und zusätzlich zu der 8. GWB-Novelle auch § 81 änderte.

I. Einleitung

Im Koalitionsvertrag der Bundesregierung der 17. Legislaturperiode war ausdrücklich eine GWB-Novelle vorgesehen. Außer dem Entflechtungsinstrument¹, dessen Einführung gescheitert ist, sollten „Elemente der europäischen Fusionskontrolle“ übernommen werden. Neben der Anwendung des GWB im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und bei der Fusion von gesetzlichen Krankenkassen war auch eine Überprüfung des Medienkonzentrations- und des Pressekartellrechts erwähnt. Am 4. 11. 2011 hat das Bundeswirtschaftsministerium einen Referentenentwurf für die 8. GWB-Novelle vorgelegt². Der Regierungsentwurf vom 31. 5. 2012³ enthält gegenüber dem Referentenentwurf einige Abweichungen. Der Wirtschaftsausschuss hat dazu am 17. 10. 2012 einige Änderungen beschlossen⁴, die zusammen mit dem Regierungsentwurf am 18. 10. 2012 vom Bundestag in 2. und 3. Lesung verabschiedet wurden. Die zuständigen Ausschüsse des Bundesrates haben gemeinsam neun Änderungen für erforderlich gehalten. Vier davon waren für den Bundesrat in seiner Sitzung am 23. 11. 2012 Anlass, den Vermittlungsausschuss anzurufen⁵. Mit den ersten drei Änderungen hat er sich schließlich in den Sitzungen des Vermittlungsausschusses am 5. 6., des Bundestags am 6. 6. und des Bundesrats am 7. 6. 2013 durchgesetzt⁶; dabei ging es um Regelungen, dass im Bereich der Wasserversorgung keine Durchleitungsansprüche geltend gemacht werden können, dass öffentlich-rechtliche Gebühren keiner kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen, und dass die Fusionskontrolle nicht auf kommunale Gebietsreformen Anwendung findet. Hinsichtlich der Anwendung des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen hat er die in § 4 Abs. 3 SGB V vorgesehene entsprechende Anwendung des Kartellrechts auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten verhindert. Die von der Regierung gewünschte Einbeziehung der Krankenkassen

in die Fusionskontrolle wurde schließlich mit Modifikationen akzeptiert.

II. Änderungen im Bereich der Marktbeherrschung, der relativen oder überlegenen Marktmacht sowie der Missbrauchsaufsicht

Die 8. GWB-Novelle hat die §§ 19, 20 und 21 völlig neu gegliedert und den – seit der 7. GWB-Novelle 2005 nicht mehr besetzten – § 18 in den zweiten Abschnitt (Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten) einbezogen. Die Schwächen der alten Fassung lagen einmal darin, dass die Regelungen über die Marktbeherrschung und den Missbrauch in § 19 und § 20 Abs. 1 nicht deutlich getrennt waren. Außerdem war das Nebeneinander des Missbrauchsverbots in § 19 Abs. 1 und 4 und des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots in § 20 Abs. 1 nur schwer nachvollziehbar, auch im Vergleich zu Art. 102 AEUV. Jetzt sind die Behinderungsverbote des früheren § 20 Abs. 1 mit denen in § 19 Abs. 4 Nr. 1 in § 19 Abs. 2 Nr. 1 zusammengefasst, unter Einbeziehung des bisher ausschließlich in § 20 Abs. 1 enthaltenen Diskriminierungsverbots. § 18 enthält die Definition der Marktbeherrschung und die Marktbeherrschungsvermutungen, § 19 das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen und § 20 das Verbot bestimmter einseitiger Verhaltensweisen für nicht marktbeherrschende Unternehmen.

Die Definition der Marktbeherrschung und die Marktbeherrschungsvermutungen entsprechen im Wesentlichen dem alten Recht. Allerdings ist bei der Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4) die bisherige Marktanteilschwelle von 33 1/3 % auf 40 % erhöht worden, die Oligopolvermutung in § 18 Abs. 6 entspricht der bisherigen. Zu begrüßen ist die Integration des Diskriminierungstatbestandes des § 20 Abs. 1 in die neue Missbrauchsvorschrift in § 19 Abs. 2 Nr. 1. Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf ein anderes Unternehmen nicht „ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandeln als gleichartige Unternehmen“. Voraussetzung ist nicht mehr, dass sich die Diskriminierung in einem Geschäftsverkehr abspielt, „der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“. Der Begriff der Gleichartigkeit hat jetzt nur noch die Funktion, unterschiedliche Verhaltensweisen des Normadressaten gegenüber zwei oder mehreren Unternehmen daraufhin zu analysieren, ob sie sich aus der Unterschiedlichkeit der zu Grunde liegenden Sachverhalte erklären

* Prof. Dr. Rainer Bechtold ist Partner der Sozietät Gleiss Lutz in Stuttgart und Honorarprofessor an der Universität Würzburg.

1 Dazu Referentenentwurf vom Januar 2010, abgedruckt in Monopolkommission Sondergutachten 58, S. 46; vgl. auch *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011; *Bechtold* BB 2010, 451.

2 Dazu *Bechtold* BB 2011, 3075; *Schröder* WuW 2011, 1216; *Gronemeyer/Slobodenjuk* WRP 2012, 290.

3 BT-Drucks. 17/9852, dazu *Fritzsche* DB 2012, 845.

4 BT-Drucks. 17/11053.

5 BT-Drucks. 17/11636.

6 Vgl. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 17/13720.

oder wegen der Ähnlichkeit der Sachverhalte erklärungs- und rechtfertigungsbedürftig sind. Auf diesem Hintergrund ist bei der Übernahme der früher großzügigen Rechtsprechung bei der Bejahung der Gleichartigkeit im Sinne eines „Grobrasters“⁷ Vorsicht geboten.

III. Missbrauchsverbot in der Energie- und Wasserwirtschaft

1. Verlängerung des § 29

Das besondere Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Anbieter von Strom und Gas war befristet bis zum 31. 12. 2012;⁸ es ist auf Grund der Verzögerungen in der Verabschiedung der Novelle zu diesem Datum außer Kraft getreten. Die Befristung ist seinerzeit damit begründet worden, dass der dem Gesetz zu Grunde liegende Generalverdacht missbräuchlicher Strom- und Gaspreise nur in einer Übergangszeit gerechtfertigt sei, bis die früheren Versorgungsmonopole in effektive Wettbewerbsmärkte überführt seien. Der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle ist der Auffassung, dass dieser Generalverdacht jedenfalls partiell noch weiterbesteht, und dass deswegen § 29 wieder in Kraft treten und bis Ende 2017 gelten soll (§ 131 Abs. 1 n.F.).

2. Übernahme des § 103 GWB a. F. für Wasser

In seiner Ursprungsfassung enthielt das GWB eine umfassende Bereichsausnahme für Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser (§ 103). Diese Bereichsausnahme ist für Elektrizität und Gas 1998 aufgehoben worden; für Wasser galt sie fort, zuletzt auf Grund des § 131 Abs. 6, der die umfassende Fortgeltung der §§ 103, 103a und 105 GWB 1990 vorsah. Die 8. GWB-Novelle hat diese Übergangsvorschrift aufgehoben und ihren Inhalt in die neuen §§ 31, 31a und 31b überführt. Wie bisher § 103 Abs. 1 GWB 1990 enthält nunmehr § 31 Abs. 1 die Freistellung vom Kartellverbot des § 1 für vier Vertragstypen, nämlich Demarkationsverträge, Konzessionsverträge, Höchstpreisbindungen und Verbundverträge. Diese Verträge bedürfen weiterhin der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Sie bedürfen nach § 31 Abs. 2 der Schriftform. Der Gesetzgeber wollte insoweit an die frühere Rechtslage anknüpfen, die die Fortgeltung des § 34 a. F. vorsah. Der Verweis auf den alten § 34 GWB ist aber nicht in den Gesetzeswortlaut aufgenommen worden. Vielmehr wird allgemein von der „Schriftform“ gesprochen. Das kann nichts Anderes bedeuten als die Schriftform im Sinne von § 126 BGB. Die partiellen Erschwernisse und Erleichterungen gegenüber § 126 BGB, die § 34 GWB a. F. vorsah, sind also nicht übernommen worden.

§ 31 Abs. 3 sieht vor, dass Wasserversorgungsunternehmen die durch die Freistellung erlangte Stellung im Markt nicht missbrauchen dürfen. Der Wortlaut spricht also für ein Missbrauchsverbot, das unmittelbar von Gesetzes wegen gilt. Der Gesetzgeber wollte aber auch insoweit die Rechtslage nicht ändern: Das Missbrauchsverbot realisiert sich nur, wenn die Kartellbehörde eine entsprechende Verfügung erlässt. Deswegen ist das Verbot als solches nicht sanktioniert, und die Beschwerde gegen die insoweit konstitutive, nicht nur deklaratorische Missbrauchsverfügung der Behörde hat nach § 64 Abs. 2 aufschiebende Wirkung. In der Praxis spielt als Anwendungsvoraussetzung dieses Missbrauchs-„Verbots“ nicht die Freistellung nach § 31 Abs. 1 die Hauptrolle, sondern die Marktbeherrschung. Ebenso wie früher nach § 103 Abs. 7 finden die spezifischen Missbrauchsvorschriften nach § 31b Abs. 3 auch dann Anwendung, wenn kein Freistellungssach-

verhalt vorliegt, sondern das Wasserversorgungsunternehmen – wie fast immer – marktbeherrschend ist⁹.

3. Neuerungen im Vergleich zum alten Recht

Die beispielhafte Konkretisierung des allgemeinen Missbrauchsverbots in § 31 Abs. 4 („Ein Missbrauch liegt insbesondere vor“) wurde auf Veranlassung des Wirtschaftsausschusses des Bundestags¹⁰ und des Bundesrats¹¹ um eine Nr. 3 ergänzt, wonach ein Missbrauch auch dann vorliegt, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, „die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten“; anzuerkennen sind dabei (nur) die Kosten, die bei einer rationalen Betriebsführung anfallen. Während die Nr. 2 sich an der alten Formulierung des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 anlehnt und durch die enwag-Rechtsprechung¹² des BGH weitgehend in ihrer Auslegung vorbestimmt ist, gibt es für die neue Nr. 3 auf Grund des Wasserpreise Calw-Beschlusses des BGH vom 15. 5. 2012¹³ nur allgemeinere Hinweise. Der BGH bestätigt dort die Möglichkeit, den Ausbeutungsmissbrauch im Rahmen des § 19 (heute § 19 Abs. 2 Nr. 2) auch mit einer Kostenkontrolle zu begründen. Der Gesetzeswortlaut verlangt eine „unangemessene“ Überschreitung der Kosten; damit wird ein Tatbestandsmerkmal des § 29 Satz 1 Nr. 2 übernommen. Ebenso wie dort sind bei derartigen Kostenprüfungen nicht nur Sicherheitszuschläge, sondern auch – das ist streitig – ein Erheblichkeitszuschlag erforderlich. Im Vermittlungsverfahren hat sich der Bundesrat mit der – kaum praxisrelevanten – „Klarstellung“ in § 31 Abs. 5 durchgesetzt, dass das Missbrauchsverbot nicht auf die Verweigerung der Wasser-Durchleitung anwendbar ist¹⁴. Außerdem wurde in § 130 Abs. 1 ein neuer Satz 2 eingefügt, nach dem die Missbrauchsverbote der §§ 19, 20 und 31b Abs. 5 nicht auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beträge anwendbar ist; das hat praktische Bedeutung in erster Linie für Wassergebühren, ist aber auch darüber hinaus von Bedeutung für die Abgrenzung hoheitlich nicht-wirtschaftlichen Handelns vom privat-rechtlich-wirtschaftlichen Handeln, auf das allein das GWB anwendbar ist.

IV. Pressevertrieb

1. Freistellung vom Kartellverbot

§ 30, der die Preisbindungen bei Zeitungen und Zeitschriften freistellt, ist in Abs. 2a durch eine besondere Vorschrift für den Pressevertrieb über den Presse-Großhandel (Presse-Grosso) ergänzt worden. Diese Gesetzesergänzung, die vom Wirtschaftsausschuss des Bundestags eingefügt wurde und auf einem breiten politischen Konsens¹⁵ beruht, soll sicherstellen, dass der Pressevertrieb über Groß- und Einzelhandel weiterhin so organisiert werden kann, wie er sich in den vergangenen Jahrzehnten entwickelt hat. Gefährdungen ergaben sich insbesondere daraus, dass das Landgericht Köln¹⁶ in einem

7 „Verhältnismäßig grobe Sichtung“, vgl. BGH WuW/E 1829, 1833 Original-VW-Ersatzteile II; WuW/E 3058, 3063 Pay-TV-Durchleitung; WuW/E DE-R 357, 358 Feuerwehrgeräte.

8 § 131 Abs. 7 i. d. F. der GWB-Novelle von 2007.

9 Vgl. dazu Begr. z. Reg. Entw. BT-Drucks. 17/9852, S. 25 f., zu § 31 b.

10 Vgl. BT-Drucks. 17/11053, S. 24, zu Nr. 12.

11 Vgl. BR-Drucks. 17/9852, S. 42 f., zu Nr. 9.

12 BGH WuW/E DE-R 2841, 2845.

13 NZKart 2013, 34.

14 Vgl. BT-Drucks. 17/11636, S. 1, zu Art. 1 Nr. 12.

15 Vgl. dazu auch den Antrag der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 7. 3. 2012 (BT-Drucks. 17/8923) und den Gesetzesantrag des Landes Hamburg vom 12. 3. 2013 (BR-Drucks. 195/13), der darauf abzielte, ein besonderes Grosso-Gesetz mit exakt dem Wortlaut des § 30 Abs. 2a und Abs. 3 Satz 2 für den Fall zu erlassen, dass die 8. GWB-Novelle aus anderen Gründen scheitern sollte.

16 Urteil vom 14. 2. 2012, WuW/E DE-R 3532 Presse-Grosso.

noch nicht rechtskräftigen Urteil auf die Klage der Bauer Vertriebs KG gegen den Bundesverband der Presse-Grossisten entschieden hatte, dass der Verband nicht berechtigt sei, für die Presse-Grossisten mit den Verlagen Vereinbarungen über einheitliche Grosso-Konditionen zu treffen. Diese Tätigkeit des Verbandes verstoße nicht nur gegen § 1 GWB, sondern auch gegen Art. 101 AEUV. Zweck des neuen Abs. 2 a ist, die Anwendung sowohl des § 1 als auch des Art. 101 AEUV auf die Vereinbarungen, die zwischen Verlegern und dem Grosso-Verband über den Pressevertrieb stattfinden, auszuschließen.

§ 30 Abs. 2 a Satz 1 enthält eine Freistellung vom Kartellverbot für „Branchenvereinbarungen“. Beteiligte an diesen Branchenvereinbarungen können Vereinigungen von Presseverlegern und Vereinigungen von Presse-Grossisten sein. Voraussetzung dafür ist, dass die Verlage für die Zeitungen oder Zeitschriften, auf die sich die Branchenvereinbarungen beziehen, Preisbindungen vornehmen. Durch sie wird bewirkt, dass jedes Presseobjekt überall den Endverbrauchern zu denselben Preisen angeboten wird. Den Partnern der Branchenvereinbarungen bleibt überlassen, wie sie das Ziel des flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebes erreichen. Die Flächendeckung wird erreicht, wenn die Grundsätze der vorhandenen Vertriebsstruktur mit Alleinvertriebsgebieten jeweils für das gesamte Pressesortiment festgeschrieben werden. Die Diskriminierungsfreiheit des Vertriebes wird, entsprechend der heutigen Praxis des zwischen Verlagen und Grossisten angewendeten Regelwerkes, dadurch sichergestellt, dass überall dieselben Konditionen und Leistungsanforderungen gelten. Der Gesetzeswortlaut stellt klar, dass die Erfordernisse des flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebes durch Presse-Grossisten an Letztveräußerer sich auf „Zeitungs- und Zeitschriftensortimente“ beziehen.

2. Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

§ 30 Abs. 2 a Satz 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass auf das deutsche Pressevertriebssystem grundsätzlich auch die Wettbewerbsregeln des AEUV anwendbar sind. Der Gesetzgeber hat für den Fall, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV bejaht wird, Art. 106 Abs. 2 AEUV angewendet. Dabei geht er davon aus, dass der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften, wie er derzeit in Deutschland besteht, auf einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ beruht¹⁷. Art. 106 Abs. 2 enthält allerdings keine umfassende Freistellung von den Wettbewerbsregeln des AEUV. Vielmehr gelten sie nur insoweit nicht, als sie die Erfüllung der den betrauten Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern oder auch nur gefährden. Durch eine Ergänzung des Abs. 3 ist sichergestellt, dass missbräuchliche Handhabungen der Freistellung vom Bundeskartellamt abgestellt werden können.

V. Änderungen des materiellen Fusionskontrollrechts

1. SIEC-Test

Schon während des Gesetzgebungsverfahrens für die 7. GWB-Novelle ist diskutiert worden, ob das materielle Untersagungskriterium der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung („Marktbeherrschungstest“) in § 36 Abs. 1 an das zum 1. 5. 2004 geänderte Kriterium der wesentlichen Wettbewerbsbehinderung in der EU-Fusionskontrolle (SIEC-Test – Significant Impediment of Effective

Competition) angeglichen werden soll. Man wollte aber zunächst die weitere Entwicklung abwarten. Jetzt hält man die Zeit für reif. Der Regierungsentwurf¹⁸ spricht in der Begründung von der „Erwartung, dass dadurch eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene erleichtert wird“. Zugleich geht man aber davon aus, dass Untersagungen „voraussichtlich auch in Zukunft überwiegend“ anhand des Marktbeherrschungskriteriums erfolgen werden. Deswegen werde es auch keine Rechtsunsicherheit geben. Das freilich kann bezweifelt werden.

Der Gesetzeswortlaut bedeutet, dass die erhebliche Wettbewerbsbehinderung im Verhältnis zum Marktbeherrschungstest der Oberbegriff ist. Auch wenn die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als „Regelbeispiel“ für die wesentliche Wettbewerbsbehinderung interpretiert wird, geht der Gesetzeswortlaut doch davon aus, dass es einen zusätzlichen Anwendungsbereich für die erhebliche Wettbewerbsbehinderung gibt. Ob diese Wortlautinterpretation richtig ist und der Praxis entspricht, erscheint aber nicht gesichert. Als die EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004 den SIEC-Test einführt, war dies das Ergebnis eines politischen Kompromisses. Die Auseinandersetzung darüber, ob man den Marktbeherrschungstest durch den „SLC“-Test (Substantial Lessening of Competition) nach amerikanischem Vorbild ersetzen solle, wurde dadurch gelöst, dass der bisherige Wortlaut in Art. 2 Abs. 2 und 3 VO 4064/89 „umgedreht“ wurde. Die VO 4064/89 hatte den Marktbeherrschungstest (Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung) ergänzt durch das zusätzliche Erfordernis, dass dadurch „wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde“. In der neuen Verordnung stellte man die Wettbewerbsbehinderung voran und erhob den Marktbeherrschungstest zum Regelbeispiel. Es blieb streitig und unklar, ob diese „Umdrehung“ des Wortlauts mit einer sachlichen Änderung verbunden sei. Jedenfalls zeigt allein diese Historie, dass dem SIEC-Test kein klares ökonomisches Konzept zu Grunde liegt.

Die vom Gesetzgeber bezweckte Angleichung des deutschen Untersagungskriteriums an das der EU-Fusionskontrolle bedeutet auch, dass sich die Anwendungspraxis des Bundeskartellamts zumindest auch orientieren muss an den Grundsätzen, die die Kommission bei der Anwendung des identischen materiellen Prüfungsmaßstabes verfolgt. Das Bundeskartellamt hat im Gesetzgebungsverfahren sich zwar für die Übernahme des SIEC-Tests, aber doch gegen die Konsequenz einer möglichst identischen Anwendung ausgesprochen¹⁹. Das Amt wendet sich ausdrücklich gegen die Vorlage von Auslegungsfragen zum EuGH, soweit sie den mit dem EU-Recht identischen deutschen Gesetzestext betreffen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Vorschrift des Art. 267 AEUV über das Vorabentscheidungsverfahren auch anwendbar, wenn das Unionsrecht zwar den fraglichen Sachverhalt nicht unmittelbar regelt, aber der nationale Gesetzgeber beschlossen hat, rein innerstaatliche Sachverhalte und Sachverhalte, die unter das Unionsrecht fallen, gleich zu behandeln, und seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften deshalb an das Unionsrecht angepasst hat²⁰. Deswegen hat es – ohne Erfolg

17 Dazu *Schwarze* in diesem Heft S. 270.

18 BT-Drucks. 17/9852, S. 28.

19 Vgl. Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle vom 30. 11. 2011, S. 2.

20 Vgl. dazu jüngstens Urteil des EuGH vom 14. 3. 2013, NZKart 2013, 241, 242 Rn. 20 *Allianz*; *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 267 Rn. 17 m. w. N.

– angeregt, die Begründung zum Regierungsentwurf solle klar zum Ausdruck bringen, dass die Vorlagefähigkeit verneint wird; die Regierung ist dem nicht gefolgt. Das Problem ist umso relevanter, als Art. 267 AEUV nicht zwischen Vorlagefähigkeit und der in Abs. 3 regelten Vorlagepflicht entscheidet. Bejaht man die Vorlagefähigkeit, muss jedenfalls das letztinstanzliche Gericht unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 267 AEUV wohl vorlegen.

2. Praktische Auswirkungen

Eine der für die Praxis besonders wichtigen Rechtsfragen ist die, ob eine „erhebliche“ Wettbewerbsbehinderung ohne weiteres vorliegt, wenn eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung feststellbar ist, unabhängig von ihrem Ausmaß. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass die Verstärkung ein bestimmtes Ausmaß erreicht; es wird nicht einmal als erforderlich angesehen, dass sie „spürbar“ ist²¹. U.E. gilt das Merkmal der „erheblichen“ Behinderung wirksamen Wettbewerbs entsprechend der Praxis der Kommission auch für die Begründung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Das ergibt sich schon aus der geschilderten Historie des SIEC-Tests in der EU-Fusionskontrolle. Wenn die Kommission in den „großen“ Fällen, die der EU-Fusionskontrolle unterliegen, für eine Untersagung eine „erhebliche“ Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung fordert, kann es nicht sein, dass das Bundeskartellamt in den wesensgemäß „kleineren“ Fällen, für die es zuständig ist, strengere Anforderungen formuliert²². Es ist nach wie vor offen, ob der SIEC-Test auch Fälle erheblicher Behinderungen wirksamen Wettbewerbs erfasst, die nicht schon die Voraussetzungen des Regelbeispiels erfüllen, nämlich Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung²³. Entsprechend der Praxis der Kommission²⁴ wird unterschieden zwischen koordinierten und nicht koordinierten Wirkungen eines Zusammenschlusses. Die koordinierten Wirkungen werden im Rahmen des Marktbeherrschungstests grundsätzlich erfasst durch die Oligopolmarktbeherrschung und deren Verstärkung, die nicht koordinierten Wirkungen durch die Einzelmarktbeherrschung und deren Verstärkung. U.E. können die Fälle, die insoweit erörtert werden, durchweg auch mit dem Marktbeherrschungstest erfasst werden. Das gilt insbesondere auch für Zusammenschlüsse, an denen der Marktführer nicht beteiligt ist, sondern zwischen den nach Marktanteilen nächstfolgenden, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Zusammenschlusses der „closest competitors“.

3. Änderungen im Anwendungsbereich der Fusionskontrolle

In der 8. GWB-Novelle ist die Bagatellmarktklausel, die bisher in § 35 Abs. 2 Nr. 2 stand, als Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 in § 36 verschoben worden. Ihre – durch die 6. GWB-Novelle 1998 bewirkte – Integration in § 35 hatte zur Folge, dass die Fusionskontrollvorschriften insgesamt nicht gelten sollten, soweit ein Bagatellmarkt (Marktvolumen weniger als EUR 15 Mio.) betroffen war. Das führte dazu, dass ein Zusammenschluss nicht anmeldepflichtig war, wenn er sich ausschließlich auf einem solchen Bagatellmarkt auswirkte. Die Voraussetzungen dafür waren häufig nicht eindeutig und zweifelsfrei feststellbar. Durch die Verlagerung zu § 36 ist sichergestellt, dass das Bundeskartellamt zwar keine Untersagungsbefugnis im Hinblick auf Bagatellmärkte hat, aber die Geltung der Anmeldepflicht bzw. des Vollzugsverbots davon nicht berührt wird. Im Vermittlungsverfahren ist der Forderung des Bundesrats Folge geleistet worden, in einem neuen Satz 2 in § 35 Abs. 2 ausdrücklich „klarzustellen“, dass die Fusionskontrolle keine Anwendung findet auf „Zusammen-

schlüsse durch die Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe, die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehen“²⁵. Früher gab es entsprechende Fusionskontrollverfahren insbesondere im Sparkassenbereich; ob die Regelung in der Zukunft (noch) praktische Bedeutung hat, ist offen. § 38 wurde in Abs. 5 um eine Regelung erweitert, auf Grund derer unter bestimmten Voraussetzungen mehrere Zusammenschlüsse – zwischen denselben Personen oder Unternehmen in einem Zeitraum von zwei Jahren – sowohl in der formellen als auch der materiellen Fusionskontrolle als ein einziger Zusammenschluss zu behandeln sind.

4. Fusionskontrollverfahren

Die 8. GWB-Novelle hat in § 40 Abs. 2 die Fristenregelung im Fusionskontrollverfahren derjenigen des EU-Fusionskontrollverfahrens weiter angepasst. Nach den neuen Sätzen 4 und 5 wird die viermonatige Untersagungsfrist des Hauptprüfverfahrens gehemmt, wenn ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen eine nach § 59 angeforderte Auskunft nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet. Nach dem neuen Satz 7 verlängert sich die Viermonatsfrist um einen Monat, ebenfalls in Anpassung an das europäische Recht, wenn ein anmeldendes Unternehmen Vorschläge für Bedingungen oder Auflagen unterbreitet. Schließlich wurde in § 40 Abs. 3 Satz 1 klargestellt, dass vom Bundeskartellamt festgesetzte Bedingungen und Auflagen einer Freigabe nur den Zweck haben sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie zur Abwendung einer Untersagung eingegangen sind. Der neue § 41 Abs. 1 a enthält in Angleichung an Art. 7 Abs. 2 VO 139/2004 eine vorübergehende Befreiung vom Vollzugsverbot für Zusammenschlüsse, die im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder entsprechender Verfahren erfolgen. Voraussetzung dafür ist die unverzügliche nachträgliche Anmeldung.

Neu ist die Ergänzung des § 41 Abs. 1 durch Satz 3 Nr. 3. Erstmals seit der 6. GWB-Novelle wird wieder der Fall ausdrücklich geregelt, dass ein Zusammenschluss unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot vollzogen worden ist; die neue Bestimmung stellt in Übereinstimmung mit der inzwischen entwickelten Praxis des Bundeskartellamts klar, dass die Legalisierung nur im (erstmalig auch als solches bezeichneten) Entflechtungsverfahren erfolgen kann. Rechtstechnisch knüpft die neue Bestimmung an § 41 Abs. 1 Satz 2 an, der vorsieht, dass Rechtsgeschäfte, die gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot verstoßen, unwirksam sind. Diese Unwirksamkeit kann geheilt werden, wenn der – ohne Anmeldung und damit ohne vorheriges Fusionskontrollverfahren durchgeführte – Zusammenschluss beim Bundeskartellamt angezeigt wird. Die materielle Prüfung erfolgt dann im Entflechtungsverfahren nach § 41 Abs. 3 GWB. Die zivilrechtliche Wirksamkeit wird nachträglich mit Wirkung *ex tunc* herbeigeführt, wenn das Entflechtungsverfahren eingestellt wird. Zu einer förmlichen Entscheidung, die einer Freigabeentscheidung im Hauptprüfverfahren entspricht, ist das Bundeskartellamt nicht verpflichtet, wohl aber befugt. Der

21 Vgl. dazu BGH WuW/E 1501, 1512 Kfz-Kupplungen; WuW/E 2783, 2793 Warenzeichenerwerb; WuW/E DE-R 2451, 2460 E.ON/Stadtwerke Eschwege; Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 36 Rn. 11.

22 Vgl. dazu Kühnen WuW 2012, 458, 461, 464; a.A. Lettl WRP 2012, 274, 279.

23 Vgl. dazu insbesondere Kühnen WuW 2012, 458.

24 Vgl. dazu insbesondere die „Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse“ von 2004, ABl. 2004 C 31/5 und „Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse“ von 2008, ABl. 2008 C 256/6.

25 Vgl. dazu auch Vermittlungsausschuss BT-Drucks. 17/11636, S. 2 zu 3.

Gesetzgeber geht davon aus, dass das Entflechtungsverfahren nach Eingang der Anzeige nach § 39 Abs. 6 eingeleitet und in angemessener Zeit abgeschlossen wird.²⁶ Im Gesetz ist allerdings weder eine Pflicht zur Durchführung dieses Verfahrens noch eine Frist vorgesehen.

VI. Besonderheiten für Presseunternehmen in der Fusionskontrolle

1. Änderung des Faktors für die Umsatzberechnung

Nach der bisherigen Rechtslage (§ 38 Abs. 3) sind Umsätze mit Verlag, Herstellung und Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften mit dem Faktor 20 zu versehen. Das führte dazu, dass Zusammenschlüsse zwischen Presseunternehmen schon bei einem Gesamtumsatz von EUR 25 Mio. – statt wie sonst EUR 500 Mio. – fusionskontrollpflichtig waren. Dieser Faktor ist ersetzt worden durch den Faktor 8. Künftig liegt die Schwelle für reine Pressezusammenschlüsse also bei EUR 62,5 Mio. Ursprünglich war vorgesehen, den Faktor 20 aber für die Bagatellmarktklausel im Pressebereich aufrecht zu erhalten, so dass Pressezusammenschlüsse schon bei einem Marktvolumen ab EUR 750.000 weiterhin fusionskontrollpflichtig gewesen wären. Diese Absicht ist nicht realisiert worden. Die Grenze der Bagatellmarktklausel bei Pressezusammenschlüssen wird ebenfalls mit dem Faktor 8 berechnet, so dass die Bagatellmarktgrenze im Pressebereich bei EUR 1,875 Mio. liegt. Der Faktor 20 ist aufrecht erhalten geblieben für den Rundfunkbereich.

2. Sonderregelung für Sanierungsfusionen

Auf Initiative des Wirtschaftsausschusses des Bundestags²⁷ wurde eine Ausnahme der materiellen Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 Nr. 3 als „sektorspezifische Regelung für Sanierungsfusionen im Zeitungs- bzw. Zeitschriftenbereich“ eingefügt. Voraussetzung ist, dass ein Verlag einen „kleinen oder mittleren“ Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt und der Nachweis geführt wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren erhebliche Jahresfehlbeträge hatte und ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Außerdem muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte.

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob künftig auf Grund dieser Klausel bestimmte Zusammenschlüsse zwischen Presseunternehmen fusionskontrollrechtlich großzügiger behandelt werden als andere Zusammenschlüsse. Auch wenn der Gesetzgeber möglicherweise die Vorstellung hatte, dass der Erwerb des Not leidenden kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlages dazu führt, dass dessen Zeitungen oder Zeitschriften als selbstständige redaktionelle Einheiten fortgeführt werden, ist das keine Voraussetzung für die Anwendung der Nr. 3. Häufig wird es so sein, dass die Fortführung der Titel als selbstständige redaktionelle Einheiten sich aus den Umständen des Zusammenschlusses ergibt; eine rechtlich verbindliche Festlegung dazu erscheint aber nicht möglich. Für das Merkmal der durch langjährige Verluste definierten Existenzgefährdung stellt sich die Frage, ob sie schon dann ausgeschlossen ist, wenn Eigentümer oder Gesellschafter des zu übernehmenden Verlages ein Unternehmen ist, das wirtschaftlich ohne weiteres in der Lage wäre, den Verlag trotz der nachhaltigen Verlustsituation fortzuführen, indem es die Verluste ausgleicht. U. E. kann die bloße Fähigkeit des Gesellschafters, das verlustreiche Unternehmen fortzuführen, dessen Existenzgefährdung nicht ausschließen. Insoweit besonders strenge Maßstäbe anzuwenden, ist auch deswegen nicht angezeigt, weil das Gesetz ausdrücklich zusätzlich vorsieht,

dass der Inhaber oder Gesellschafter des zu übernehmenden Verlages vergeblich den Versuch unternommen hat, einen anderen Erwerber zu finden, der eine „wettbewerbskonformere“ Lösung sichergestellt hätte. Der Intention des Gesetzgebers, Zusammenschlüsse im Pressebereich zu erleichtern, würde zuwider gehandelt, wenn das Bundeskartellamt künftig mit dem Gegenschluss arbeitete, dass Zusammenschlüsse, die nicht exakt die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 Nr. 3 erfüllen, zu untersagen seien. Die Hinnahme der Fusion von FAZ und Frankfurter Rundschau spricht dafür, dass das Bundeskartellamt diesem Gegenschluss nicht zuneigt.

VII. Änderungen im Sanktions- und Verfahrensrecht

1. Verwaltungsverfahren

Nach § 32 Abs. 1 kann die Kartellbehörde Unternehmen, die gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen, verpflichten, den Kartellverstoß „abzustellen“. Dazu kann sie nach § 32 Abs. 2 den Unternehmen alle erforderlichen Maßnahmen aufgeben. Der Gesetzgeber stellt in dem neuen § 32 Abs. 2 klar, dass diese Abhilfemaßnahmen sowohl verhaltensorientierter als auch struktureller Art sein können. Abhilfemaßnahmen struktureller Art sollen aber nur zulässig sein, wenn verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen nicht möglich sind. Außerdem müssen sie verhältnismäßig sein. Die Kartellbehörde wird diesen Anforderungen nur in Kooperation mit dem betroffenen Unternehmen genügen können. Sie wird, wenn sie die Anordnung struktureller Abhilfemaßnahmen erwägt, den betroffenen Unternehmen Gelegenheit geben müssen, ggf. aus seiner Sicht „mildere“ verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen, die den Anforderungen des Abs. 2 Satz 1 und 2 genügen.

Ein neuer Abs. 2a in § 32 bestätigt die zum alten Recht ergangene Rechtsprechung, wonach die Kartellbehörde schon im Rahmen des früheren § 32 Abs. 1 und 2 die Verpflichtung begründen konnte, die „durch den Kartellverstoß erwirtschafteten Vorteile an die Kunden zurückzuerstatten“²⁸. Vorteile kommen in Betracht bei Preismisbräuchen oder horizontalen Preiskartellen, im Regelfall aber nicht bei vertikalen Kartellverstößen. Nach Abs. 2a Satz 3 sind die nach Ablauf der in der Abstellungsverfügung bestimmten Frist für die Rückerstattung bis dahin erwirtschafteten Vorteile entsprechend §§ 288 Abs. 1 Satz 2, 289 Satz 1 BGB zu verzinsen.

2. Keine Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen für kartellrechtliche Schadensersatzklagen

Nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 GWB waren bisher Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Zuständigkeit des Landgerichts nach § 87 GWB richtet, „Handelssachen“ mit der Folge, dass in den Landgerichten die Kammern für Handelssachen zuständig sind. Dieser Gesetzeswortlaut wurde durch die Worte „es sei denn, es handelt sich um kartellrechtliche Schadensersatzansprüche“ eingeschränkt. Damit soll erreicht werden, dass die im Allgemeinen sowohl rechtlich als auch tatsächlich außerordentlich komplexen kartellrechtlichen Schadensersatzklagen in die Zuständigkeit der „normalen“ Zivilkammern fallen, die mit (mindestens) drei Berufsrichtern besetzt sind, und nicht wie die Kammern für Handelssachen nur mit einem Berufsrichter. Diese neue Bestimmung ist wohl so zu

²⁶ Vgl. dazu BT-Drucks. 17/9852, S. 30 f.

²⁷ Vgl. BT-Drucks. 17/11053, S. 25 zu Nr. 22.

²⁸ So BGH in einem obiter dictum WuW/E DE-R 2538, 2540 Stadtwerke Uelzen im Anschluss an *Bornkamm* in Langen/Bunte, 10. Aufl. 2006, § 32 Rn. 26.

interpretieren, dass von ihr nur deliktische kartellrechtliche Schadensersatzansprüche erfasst werden, die auf § 33 Abs. 3 oder – insbesondere für Zeiträume vor dessen Inkrafttreten – auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. der kartellrechtlichen Schutznorm gegründet sind. Eine zusätzliche Einbeziehung von Schadensersatzansprüchen etwa aus „Kartellverträgen“ würde zusätzliche Abgrenzungsprobleme gerade im Hinblick auf den Begriff des „Kartellvertrages“ auslösen; sie sind nur dann auf Grund der neuen Vorschrift keine Handelssachen, wenn sie zugleich in dem umschriebenen Sinne auch deliktischer Natur sind.

3. Bußgeldhaftung bei Gesamtrechtsnachfolge

Die GWB-Novelle hat in § 30 OWiG – und damit mit Geltung auch für Bußgeldverfahren außerhalb des Kartellrechts – eine Regelung über die Bußgeldhaftung für den Fall eingefügt, dass das für die Ordnungswidrigkeit verantwortliche Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in ein neues Unternehmen eingegangen ist. Bis zu zwei Beschlüssen des BGH zur Bußgeldhaftung eines Gesamtrechtsnachfolgers vom 10. 8. 2011²⁹ war im Einzelnen unklar, unter welchen Voraussetzungen ein Gesamtrechtsnachfolger für Kartellordnungswidrigkeiten seines Rechtsvorgängers haftet. Einigkeit bestand darüber, dass der Gesichtspunkt der Gesamtrechtsnachfolge allein nicht ausreicht, um den „Nachfolger“ haftbar zu machen. Erforderlich war zusätzlich, dass zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität besteht. Eine solche wirtschaftliche Identität wurde angenommen, wenn das „haftende Vermögen“ weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder in ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen „wesentlichen Teil des Gesamtvermögens“ ausmacht; das (alte) „Unternehmen musste unverändert oder doch nahezu unverändert von einem neuen Rechtsträger fortgeführt werden, dessen sonstige Vermögenswerte demgegenüber weitgehend in den Hintergrund treten“³⁰. Der BGH hielt diese Auslegung des § 30 OWiG nach Art. 103 Abs. 2 GG für zwingend. Er sah die Möglichkeit, dass sie „zu misslichen Konsequenzen führen“ könne, weil Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werde, „eine drohende bußgeldrechtliche Sanktion durch die gezielte Wahl gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen zu umgehen“³¹. Der Gesetzgeber hat diese „missliche Konsequenz“ jedenfalls für den Großteil der Fälle dadurch beseitigt, dass er § 30 OWiG um einen Abs. 2a ergänzt hat. Hiernach kann im Fall der Gesamtrechtsnachfolge, zu der es insbesondere durch Verschmelzung im Rahmen des Umwandlungsgesetzes kommt, die Geldbuße gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Erfasst wird daneben auch der Fall der partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung. Nach Abs. 2a Satz 2 darf die Geldbuße in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen. Wenn bei einer Aufspaltung mehrere Rechtsvorgänger haften, sollen diese nach der Begründung der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses, auf den diese Änderung auf der Grundlage eines entsprechenden Vorschlages des Justizministeriums zurückzuführen ist, als Gesamtschuldner haften³². Eine derartige gesamtschuldnerische Haftung ist im System des OWiG ein Novum.

4. Auskunftspflichten über Umsätze im Bußgeldverfahren

Der neue § 81a räumt der Kartellbehörde und dem Gericht, das nach Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid mit dem

Kartellverstoß befasst ist, weitgehende Auskunftsbefugnisse über die Umsätze der betroffenen Unternehmen ein. Diese Umsätze können unter verschiedenen Gesichtspunkten für die Höhe der Geldbuße relevant sein. Das gilt einmal im Hinblick darauf, dass die Geldbuße nach der Praxis des Bundeskartellamts, die in den Bußgeldleitlinien niedergelegt ist, nach dem tatbefangenen Umsatz bemessen wird. Der Gesamtumsatz des Unternehmens ist auch relevant für die Bemessung der 10 %-Umsatzgrenze nach § 81 Abs. 4 Satz 2, die nach der neuesten Rechtsprechung des BGH³³ als obere Grenze des im Einzelfall zur Verfügung stehenden Bußgeldrahmens, nicht als Kappungsgrenze zu verstehen ist. Vor Einführung des § 81a waren die Unternehmen zu entsprechenden Angaben nicht verpflichtet. Diese fehlende Verpflichtung wurde abgeleitet aus dem Grundsatz, dass sich niemand in einem Straf- oder Bußgeldverfahren selbst belasten muss. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, dass die Selbstbelastungsfreiheit als Ausfluss der Garantie der Menschenwürde jedenfalls in dem Umfang, in dem er durch § 81a eingeschränkt wird, verfassungsrechtlich unbedenklich ist.³⁴ Auskunftsberechtigt ist im Verfahren bis zum Bußgeldbescheid die Kartellbehörde, danach das Gericht. Verstöße gegen die Auskunftspflicht gegenüber der Behörde sind bußgeldbeehrt. Das gilt aber nicht im Gerichtsverfahren; die nicht ordnungsgemäße Beantwortung der Fragen des Gerichtes ist von dem neuen Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 7 nicht erfasst.

VIII. Anwendung des Kartellrechts auf Krankenkassen

Für die gesetzlichen Krankenkassen galt auf Grund des § 69 SGB V in der bis 2007 geltenden Fassung eine Bereichsausnahme, deren Umfang und Reichweite unklar war.³⁵ Sie rechtfertigte sich daraus, dass die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten und den Leistungserbringern durch das SGB V abschließend sozialrechtlich geregelt und öffentlich-rechtlicher Natur sind. Diese Bereichsausnahme ist seit 2007 schrittweise dadurch beseitigt worden, dass im SGB V die entsprechende Anwendung der Kartellvorschriften vorgesehen wurde. Zunächst hat das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz von 2007³⁶ § 69 SGB V durch einen neuen Satz 2 ergänzt. Danach gelten die §§ 19-21 GWB entsprechend für die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern und ihren jeweiligen Verbänden. Das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG)³⁷ von 2010 hat diese Änderung erweitert, indem auf alle in § 69 Abs. 1 SGB V geregelten Rechtsbeziehungen nicht nur die §§ 19-21, sondern praktisch alle materiellen und Verfahrensvorschriften des GWB auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und den Leistungserbringern anwendbar sind. Zugleich wurde durch die Streichung des § 87 Satz 3 angeordnet, dass dafür die Kartellzivilgerichte und nicht mehr wie früher die Sozialgerichte zuständig sind. Entsprechend dem Vorschlag der Bundesregierung nach dem Regierungsentwurf zur 8.

29 KRB 55/10 WuW/E DE-R 3455 Versicherungsfusion = NJW 2012, 164 und KRB 2/10 Transportbeton.

30 BGH WuW/E DE-R 3458 f., Rn. 17.

31 A.a. O. 3460, Rn. 25.

32 BT-Drucks. 17/11053, S. 28 f.

33 Vgl. BGH NZKart 2013, 195, 198 f. Rn. 55 ff.

34 Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 17/9852, S. 34 f.

35 Vgl. dazu Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 87 Rn. 34; Bornkamm in Langen/Bunte, 11. Aufl. 2011, § 87 Rn. 1; Roth GRUR 2007, 645 ff.

36 BGBl. 2007 I S. 378; dazu Stumpf WRP 2008, 286.

37 BGBl. 2007 I S. 2262.

GWB-Novelle, der durch den Wirtschaftsausschuss des Bundestages modifiziert wurde, sollte in § 4 Abs. 3 SGB V durch neue Sätze 2-4 angeordnet, dass das Kartellrecht auch für das Verhältnis zwischen Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten „entsprechend“ gilt. Diese Änderung ist im Vermittlungsverfahren gescheitert. Der Bundesrat hat durchgesetzt, dass in § 4 Abs. 3 SGB V nur der nicht kartellrechtsrelevante Satz eingefügt wird, dass Krankenkassen die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen entsprechend § 12 Abs. 1-3 UWG verlangen können. Modifiziert wurde auch die von der Bundesregierung nachhaltig angestrebte Einbeziehung der „freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen“ in die Fusionskontrolle. In dem neuen § 172 a SGB V wird mit dem Begriff der „freiwilligen Vereinigung“ Bezug genommen auf die entsprechenden Regelungen des SGB V für Orts-, Betriebs-, Innungs- und Ersatzkrankenkassen. Damit ist klargestellt, dass die Vereinigung von Krankenkassen durch Hoheitsakt nicht der Fusionskontrolle unterliegt. Im Fusionskontrollverfahren ist vor einer Untersagung das „Benehmen“ mit den zuständigen SGB-Aufsichtsbehörden herzustellen. „Benehmen“ bedeutet nicht „Einvernehmen“, so dass sich das Bundeskartellamt ggf. durchsetzen kann. Absonderlich mutet die – auf dem politischen Kompromiss beruhende, die das Zustandekommen der 8. GWB-Novelle letztlich ermöglicht hat – Regelung in § 63 Abs. 4 Satz 3 i. V. m. §§ 29 Abs. 3 und 202 SGG an, wonach Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts in derartigen Fusionskontrollverfahren nicht zum OLG Düsseldorf gehen, sondern zum Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen; Rechtsbeschwerdeinstanz ist dann anstelle des Bundesgerichtshofs das Bundessozialgericht. Die Verfahrensvorschriften des GWB gelten aber auch für diese sozialgerichtlichen Verfahren.

IX. Markttransparenzstellengesetz

Parallel zur 8. GWB-Novelle gab es ein besonderes Gesetzgebungsverfahren, das zum „Gesetz zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas“ führte. Es wurde vom Bundestag am 8. 11. 2012, vom Bundesrat am 23. 11. 2012 verabschiedet. Es trat damit vor der 8. GWB-Novelle in Kraft³⁸. Das Gesetz ordnet die Einrichtung von zwei Markttransparenzstellen an. Die eine – die

Markttransparenzstelle für den Großhandel im Bereich Strom und Gas – wird bei der Bundesnetzagentur eingerichtet, die andere – die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe – beim Bundeskartellamt. Die §§ 47a-47l enthalten umfangreiche Detailregelungen über die Tätigkeit der Markttransparenzstellen, ihre Zusammenarbeit mit anderen Behörden und die Auskunftsbefugnisse. Entscheidungen treffen sie nur im Zusammenhang mit den Auskunftsbefugnissen; daran können sich Sachentscheidungen der Bundesnetzagentur bzw. des Bundeskartellamts anschließen.

Soweit sich das Gesetz auf die Markttransparenzstelle für Strom und Gas bezieht, ist es veranlasst durch die sog. REMIT-Verordnung (VO 1227/2011 vom 25. 10. 2011 „über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts“, Regulation on Wholesale Energy Market Integrity and Transparency³⁹). Zweck der Tätigkeit der Markttransparenzstelle ist die laufende Beobachtung der Großhandelsmärkte mit dem Ziel, „das Vertrauen der Unternehmen, Bürger und nationalen Behörden in die Integrität der Energiegroßhandelsmärkte zu stärken und wettbewerbskonforme Großhandelspreise sicherzustellen“⁴⁰. Es sollen die in der REMIT-Verordnung enthaltenen Verbote des Insiderhandels und der Marktmanipulation unabhängig davon, ob darin Verstöße gegen das Kartellrecht vorliegen, aufgedeckt und durch die Bundesnetzagentur sanktioniert werden. Zugleich sollen die Feststellungen der Markttransparenzstelle aber auch mögliche Verstöße gegen das deutsche und europäische Kartellrecht offen legen und Grundlage für entsprechende Verfahren des Bundeskartellamts sein, die dann aber durch die zuständigen Beschlussabteilungen durchgeführt werden.

Entsprechendes, ohne Zuständigkeit der Bundesnetzagentur und ohne EU-rechtliche Vorgaben, gilt für die Marktbeobachtung im Bereich der Kraftstoffe. Die Ergebnisse der Marktbeobachtung können nicht nur Anlass für sanktionierende Kartellverfahren sein, sondern auch in Fusionskontrollverfahren und Sektoruntersuchungen berücksichtigt werden. ■

38 Gesetz vom 5. 12. 2012, BGBl. I, S. 2043.

39 ABl. 2011 L-326/1.

40 Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 17/10060, S. 20.