

Stellungnahme zur Anhörung
des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags am 23. Januar 2017
zur Neunten GWB-Novelle

1. Vorbemerkung

Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die geplanten Regelungen zur Umsetzung der europäischen Schadenersatz-Richtlinie und zur Erweiterung der Bußgeldhaftung bei Kartellrechtsverstößen sowie die Anpassung des Kartellrechts an die Entwicklung der digitalen Märkte. Im Hinblick auf die geplanten Maßnahmen zum Verbraucherschutz empfiehlt die Monopolkommission vor allem deren Einbindung in ein politisches Gesamtkonzept, das Vorgaben zur Kompetenzabgrenzung bzw. zur engeren Verzahnung unterschiedlicher zuständiger Behörden enthält. Das Instrument der Ministererlaubnis hat sich nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich bewährt. Punktuelle Änderungen der verfahrensrechtlichen Anforderungen können zu einer Erhöhung der Klarheit und Transparenz von Ministererlaubnisentscheidungen beitragen. Kritisch bewertet die Monopolkommission die zunehmende Tendenz zu Bereichsausnahmen im Kartellrecht. Zu nennen sind insoweit die vorgesehenen Ausnahmen vom Kartellverbot im Bereich der Presse- und Rundfunkkooperationen sowie bei Kooperationen von Verbundgruppen in der Kreditwirtschaft. Ebenso soll mit dem reformierten Bundeswaldgesetz eine Ausnahme vom Kartellverbot etabliert werden.

2. Schadenersatzklagen

Die Monopolkommission hat sich in ihrem Hauptgutachten Wettbewerb 2016 intensiv mit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU im Rahmen der Neunten GWB-Novelle beschäftigt.¹ Sie begrüßt die angestrebte Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Besondere Bedeutung misst sie den neuen Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln (§ 33g GWB-E), der Verlängerung der Verjährungsfristen (§ 33h GWB-E) und der Vermutungsregel zur Entstehung eines Schadens (§ 33a Abs. 2 GWB-E) bei. Sie hat Vorschläge unterbreitet, die teilweise über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehen. Ziel war dabei die Sicherstellung eines konsistenten Regelungssystems, bei dem die Interessen der Kartellgeschädigten ausreichend Berücksichtigung finden.

Bei den neuen Regelungen zur Verjährung von Kartellschadenersatzansprüchen übernimmt der Gesetzentwurf der Bundesregierung die subjektive Verjährungsfrist von fünf Jahren aus der Richtlinie. Derzeit verjähren Ansprüche in Deutschland nach drei Jahren. Die fünfjährige Verjährungsfrist in der Richtlinie stellt allerdings eine Untergrenze dar. Es ist den Mitgliedstaaten erlaubt, auch längere Verjährungsfristen vorzusehen, was andere Mitgliedstaaten auch nutzen. Somit bestehen Anreize, Schadenersatzprozesse in anderen Mitgliedstaaten zu führen. Für deutsche Unternehmen, egal ob auf Kläger- oder Beklagtenseite, dürfte dies zu höherer Rechtsunsicherheit und höheren Prozesskosten führen. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wird die Verjährung für zivilrechtliche Ansprüche aus Kartellverstößen ohnehin in gesonderten Vorschriften im GWB geregelt und nicht wie bisher im BGB. Da es sich bei Kartellverstößen häufig um internationale Sachverhalte handelt, spielt der aufgezeigte Gesichtspunkt hier eine wichtige Rolle. Vor diesem Hintergrund wäre eine längere subjektive Verjährungsfrist im GWB erwägenswert.²

Positiv ist hervorzuheben, dass das Bundeskartellamt in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung aufgefordert wird, jede Bußgeldentscheidung spätestens nach Abschluss eines behördlichen Buß-

¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016., Tz. 35 ff.

² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 82.

geldverfahrens auf seiner Internetseite mitzuteilen. Die Regelung dient der Durchsetzung von Kartellschadenersatzansprüchen, da die Mitteilungen den Geschädigten als Informationsquelle dienen. Ob die im Gesetz vorgesehenen Inhalte der Mitteilung (Sachverhalt, Art des Verstoßes, Zeitraum, beteiligte Unternehmen, betroffene Waren und Dienstleistungen) ausreichen oder ob eine Veröffentlichung der gesamten Bußgeldentscheidung vorzugswürdig ist, bleibt abzuwarten. Falls es Defizite gibt, sollte der Umfang der Veröffentlichungspflichten in einer zukünftigen GWB-Novelle erweitert werden. An der jetzt vorgesehenen Regelung ist allerdings zu kritisieren, dass die Vorgabe für das Bundeskartellamt nicht verpflichtend ist (sog. „Soll-Vorschrift“). Es ist nicht ersichtlich, warum das Bundeskartellamt im eigenen Ermessen entscheiden können sollte, ob es über eine Bußgeldentscheidung informiert oder nicht. Im Gesetzgebungsverfahren sollte an dieser Stelle daher noch korrigierend eingegriffen werden und dem Bundeskartellamt eine gesetzliche Mitteilungspflicht auferlegt werden.³

Außerdem sollte der kollektive Rechtsschutz gestärkt werden. Der geplante Gesetzentwurf des Justizministeriums zu einem Musterfeststellungsverfahren ist positiv zu bewerten, da hierdurch Geschädigten der Zugang zur Justiz erleichtert wird, ohne dass dadurch notwendigerweise eine stärkere Arbeitsbelastung deutscher Gerichte resultiert. Es ist zu begrüßen, dass auch der Bundesrat die Bundesregierung zu einer Stärkung kollektiver Rechtsschutzinstrumente auffordert und dabei ausdrücklich auf den ausstehenden Gesetzentwurf verweist.⁴ Die Bundesregierung führt in ihrer Antwort aus, dass es keiner bereichsspezifischen Musterfeststellungsklage für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche bedarf, da Zivilgerichte ohnehin an die Feststellung des Verstoßes durch die Kartellbehörden gebunden sind.⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass ohnehin keine bereichsspezifische Musterfeststellungsklage im Gespräch ist, sondern eine allgemeine Musterfeststellungsklage für Verbraucher, die auch im Kartellrecht Anwendung finden würde. Die Musterfeststellungsklage würde sich zudem weniger auf das Vorliegen eines Verstoßes, sondern vielmehr auf die Entstehung und Berechnung eines Schadens beziehen. Insofern bietet sie einen Nutzen für Geschädigte, der über das derzeitige Regime hinausgeht.

Eine Gruppenklage wäre allerdings das effizientere Instrument, da im Anschluss an ein Musterfeststellungsverfahren jeder Geschädigte seine Ansprüche noch individuell durchsetzen muss. Vorbehalte bzgl. des rechtlichen Gehörs und der Entstehung einer Klageindustrie in Deutschland dürften einer Opt-in-Gruppenklage, wie sie auch von der EU-Kommission empfohlen wird, nicht entgegenstehen. Zur Überwindung des rationalen Desinteresses bei Kleinst- und Streuschäden sollte die Vorteilsabschöpfung durch Verbände aus § 34a GWB gestärkt werden. Die Änderungen sollten über die derzeit diskutierte Fristverlängerung hinausgehen.⁶ Erstens sollte das Vorsatzerfordernis gestrichen werden. Zweitens sollte der Schadensnachweis durch eine widerlegbare Schadensvermutung und eventuell auch durch einen Mindestschätzbetrag erleichtert werden. Drittens könnte vorgesehen werden, dass zumindest ein Teil der abgeschöpften Summe beim Verband verbleibt.⁷ Auch der Bundesrat spricht

³ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 163 ff.

⁴ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Drs. 18/10650, S. 6 f.

⁵ Ebd. S. 12 f.

⁶ Dazu ebd. S. 7 und S. 13.

⁷ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 182 ff.

sich in seiner Stellungnahme dafür aus, das Vorsatzerfordernis zu streichen.⁸ Die Bundesregierung sieht hier allerdings laut ihrer Antwort keinen Handlungsbedarf.⁹ Sie geht dabei jedoch nicht darauf ein, warum bei der Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34a GWB) ein vorsätzliches Verschulden nachzuweisen ist, wohingegen bei der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde (§ 34 GWB) ein fahrlässiges Verschulden ausreicht. Diese Inkonsistenz sollte idealerweise noch im Rahmen der Neunten GWB-Novelle bereinigt werden.

Kritisch zu sehen ist die Zurückhaltung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung in Bezug auf den Haftungsadressaten bei Kartellschadenersatzklagen. Hier stellt sich parallel zur Bußgeldhaftung die Frage, ob die gesamte wirtschaftliche Einheit haftbar zu machen ist oder ob das deutsche Recht ein Verschuldenserfordernis vorsehen kann. Derzeit besteht ein solches Verschuldenserfordernis, so dass nur tatbeteiligte rechtliche Einheiten oder rechtliche Einheiten, die ihre Aufsichtspflicht verletzt haben, haften. Anders als im Bußgeldrecht ist im Zivilrecht die Haftung der gesamten wirtschaftlichen Einheit nicht europarechtlich geboten. Insofern bedarf es auch keiner Gesetzesänderung. Gestützt auf die Diskussionen zum verwaltungsrechtlichen Haftungsadressat und die Änderungen der zivilrechtlichen Haftung durch die Schadenersatzrichtlinie, wird mitunter jedoch fälschlicherweise davon ausgegangen, dass der europäische Unternehmensbegriff auch für das Zivilrecht gelten müsste. Aus Gründen der Rechtsklarheit und zur Vermeidung langwieriger Gerichtsverfahren wäre es daher zu begrüßen, wenn die Neunte GWB-Novelle hier eine explizite Klarstellung enthalten würde. Die Monopolkommission hat dazu einen konkreten Formulierungsvorschlag unterbreitet, der deutlich macht, dass das Verschuldenserfordernis europarechtskonform ist.¹⁰ Es wird empfohlen, diese Formulierung in die Neunte GWB-Novelle aufzunehmen, um Rechtsklarheit zu schaffen.

3. Kartellrechtliche Bußgeldhaftung

Die Monopolkommission hat die Vorschläge des Referentenentwurfs zur Neunten GWB-Novelle für eine Reform der kartellrechtlichen Bußgeldhaftung in ihrem Hauptgutachten Wettbewerb 2016 positiv gewürdigt. Diese positive Würdigung beruht auf den folgenden Gesichtspunkten.

a) Gebot der Fairness

Die Änderungen beseitigen ungerechtfertigte Privilegierungen von Konzernstrukturen gegenüber Einzelgesellschaften und -kaufleuten. Zurzeit können Konzerne sich durch Umstrukturierung effektiv einer Haftung entziehen. Außerdem können sie versuchen, unter Berufung auf Compliancemaßnahmen, obwohl diese den Verstoß nicht verhindert haben, eine Aufsichtshaftung (§ 130 OWiG) von Obergesellschaften oder Leitungsorganen zu verhindern oder zumindest eine Bußgeldminderung zu erreichen. Einzelgesellschaften und -kaufleute haben diese Möglichkeiten so nicht.

⁸ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Drs. 18/10650, S. 7 f.

⁹ Ebd. S. 13.

¹⁰ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 104.

b) Vorgaben des Europäischen Rechts

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass Unternehmen als wirtschaftliche Einheiten für Wettbewerbsverstöße im Sinne der Art. 101 f. AEUV haften. Er hat zusammenfassend die maßgeblichen Grundsätze im Jahr 2014 klargestellt:¹¹

„Um den Urheber einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zu bestimmen, dem gemäß Art. [101 und 102 AEUV] eine Sanktion auferlegt werden kann, haben sich die Verfasser der Verträge dafür entschieden, den Unternehmensbegriff zu verwenden [...] Nach ständiger Rechtsprechung bezeichnet der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. [...] Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, so hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen.“

Das Urteil bestätigt eine langjährige Spruchpraxis, wonach der Begriff des Unternehmens in den EU-Wettbewerbsregeln autonom und nicht unter Rückgriff auf nationale Rechtsordnungen auszulegen ist.¹² Nach den EU-Wettbewerbsregeln ist Bezugsobjekt des Unternehmensbegriffs die am Verstoß beteiligte wirtschaftliche Einheit (Funktionsträger) und nicht etwa im nationalen Recht definierte rechtliche Einheiten (Rechtsträger).¹³ Aus dem Urteil folgt weiterhin ein Gleichlauf zwischen Zuwiderhandlung (Tatbestand) und Haftung (Rechtsfolge). Denn das Unternehmen ist – laut EuGH – nicht nur „Urheber einer Zuwiderhandlung“, sondern hat „für diese Zuwiderhandlung [auch] einzustehen“. Dabei ist die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für die Zuwiderhandlung zugleich Grundlage der Haftung. Das ist durchaus sachgerecht, denn das Unternehmen profitiert von seinem Verstoß als am Markt tätige wirtschaftliche Einheit und nicht als rechtlicher Konzernverband.

Die Haftung des Unternehmens nach dem Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit gilt auch im Fall einer Umstrukturierung. Wenn es hierdurch zum Auseinanderfallen der ursprünglich an der Zuwiderhandlung beteiligten wirtschaftlichen Einheit und der in Anspruch genommenen Rechtsträger kommt, dann haften Letztere nur dann, wenn sich ihre wirtschaftliche Identität mit den Beteiligten der Zuwiderhandlung nachweisen lässt (Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität).¹⁴

Diese Vorgaben der EU-Rechtsprechung werden durch das bestehende deutsche Recht nicht vollständig umgesetzt. Nach den bestehenden §§ 30, 14, 130 Abs. 1 OWiG können Unternehmen für Kartellverstöße nur dann gemäß ihrer persönlichen Verantwortlichkeit in Anspruch genommen werden, wenn die in den Vorschriften genannten zusätzlichen Haftungsvoraussetzungen (neben Art. 101 f. AEUV) erfüllt sind.¹⁵ Dies ermöglicht es Konzernen, sich z. B. durch Umstrukturierung einer Haftung zu entziehen.

c) Vereinbarkeit mit deutschem Recht

¹¹ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 42-44.

¹² EuGH, Urteil vom 13. FEBRUAR 1969, 14/68 – Walt Wilhelm, Slg. 1969, 1, ECLI:EU:C:1969:4, Rz. 5-6; Urteil vom 28. Juni 2005, C-189/02 P u. a. – Dansk Rørindustri, ECLI:EU:C:2005:408, Slg. 2005, I-5425, Rz. 113.

¹³ Eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015, Tz. 64 ff.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 28. März 1984, 29/83 – CRAM und Rheinzink, ECLI:EU:C:1984:130, Slg. 1984, 1679, Rz. 9; siehe näher Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Rz. 45.

¹⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Rz. 133 ff.

Die bestehende deutsche Kartellbußgeldhaftung beruht auf dem Prinzip, dass als Bezugsobjekt für die Bestimmung des persönlichen Haftungsumfangs die an der Zuwiderhandlung beteiligte Rechtsperson und nicht das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit gewählt wird. Das europäische Recht ist jedoch eine autonome Rechtsordnung, deren Vorgaben vom deutschen Gesetzgeber zu beachten sind.¹⁶ Die Auslegung des europäischen Rechts durch die europäischen Gerichte ist für ihn damit ebenfalls verbindlich (vgl. Art. 267 Abs. 3 AEUV). Daher ist eine Reform des bestehenden deutschen Kartellbußgeldrechts nach Maßgabe der einschlägigen EU-Rechtsprechung geboten.

Aus Sicht der Monopolkommission ergeben sich aus dem nationalen Recht auch keine Gesichtspunkte, die einer Übernahme der EU-Grundsätze entgegenstehen, nach denen der Umfang der persönlichen Haftung von Unternehmen für Kartellrechtsverstöße zu bestimmen ist.

Verfassungsrecht

Einer Reform des deutschen Kartellbußgeldrechts dürften insbesondere keine verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte entgegenstehen. Die Auslegung des deutschen Verfassungsrechts erfolgt letztverbindlich durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Nach dieser Rechtsprechung ist der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts aber zu respektieren, „solange“ nicht der Kernbereich des deutschen Grundgesetzes berührt ist.¹⁷

Eine solche Kernbereichsberührung liegt nicht schon dann vor, wenn der Gesetzgeber das deutsche Kartellbußgeldrecht an die Vorgaben des EU-Rechts anpasst. Andernfalls müsste auch schon die EU-Kartellsanktionspraxis der vergangenen Jahrzehnte den Kernbereich des Grundgesetzes tangieren. Das wird kaum vertreten und erscheint auch nicht naheliegend. Die nachfolgenden Gesichtspunkte sind also nur dann relevant, wenn man eine solche Kernbereichsberührung schlicht unterstellt.

Zwar wird eine Übernahme des EU-Unternehmensbegriffs in das deutsche Recht zum Teil als „verfassungswidrig“ bekämpft, da sie mit dem Schuldgrundsatz (Art. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) nicht zu vereinbaren sei. Allerdings gilt der Schuldgrundsatz nach Art. 19 Abs. 3 GG für inländische juristische Personen nur, „soweit [er seinem] Wesen nach“ überhaupt auf diese anwendbar ist. In Bezug auf verfahrensmäßige Aspekte (Selbstbelastungsverbot) hat das BVerfG eine Anwendung des Schuldgrundsatzes auf juristische Personen abgelehnt.¹⁸ Zu materiellen Aspekten im ordnungswidrigkeitenrechtlichen Zusammenhang gibt es nur eine sehr spärliche Rechtsprechung.¹⁹ Diese betraf keine wettbewerbswidrigen Markteingriffe. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Reform der Kartellbußgeldhaftung, die lediglich sicherstellt, dass alle Unternehmensteile, die zuvor von einem Kartellrechtsverstoß profitiert haben, für diesen auch einstehen müssen, mit dem Schuldgrundsatz nicht zu vereinbaren sein sollte. Insofern liegt vielmehr eine Parallele zum EU-Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit nahe, das eine solche Haftung nicht nur zulässt, sondern sogar gebietet.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:34, Slg. 1964, 1251, 1269 f.

¹⁷ Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 07.06.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, 161, 164 – Bananenmarktordnung; Beschl. v. 13.03.2007, 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79, 95 – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen (zu Grundrechten); BVerfG, Ur. v. 30.06.2009, 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 – Lissabon; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 72 (Fn. 3), Rn. 67, 125.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 1997, 1 BvR 2172/96 – Aufzeichnungspflicht, BVerfGE 95, 220 (241 f.); dazu Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 22.

¹⁹ Im Wesentlichen BVerfG, Beschl. v. 04.02.1959, 1 BvR 197/53, BVerfGE 9, 167, 169 ff. – Wirtschaftsstrafgesetz; BVerfG, Beschl. v. 25.10.1966 (Fn. 36), BVerfGE 20, 323, 332 ff. – nulla poena sine culpa.

Mit Blick auf die erforderliche hinreichende Bestimmtheit des EU-Unternehmensbegriffs dürfte es genügen, dass dieser mittlerweile durch die langjährige und im Wesentlichen konsistente Rechtsprechung der europäischen Gerichte konkretisiert ist.²⁰ Auch die insofern zum Teil erhobenen Bedenken können daher nicht überzeugen.

Gesellschaftsrecht

Einer Reform des deutschen Kartellbußgeldrechts nach den europäischen Vorgaben stehen auch keine Grundsätze des nationalen Konzernrechts entgegen.²¹ Dies folgt an sich schon aus dem Anwendungsvorrang des EU-Rechts vor dem einfachen nationalen Recht. Daneben sprechen aber auch inhaltliche Gesichtspunkte dafür, dass die angestrebte Reform unproblematisch ist. Das wird zum Teil zwar unter Berufung auf das sogenannte konzernrechtliche Trennungsprinzip bestritten. Dieses Trennungsprinzip trägt dem Umstand Rechnung, dass die arbeitsteilige Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks in einer Gesellschaft und die konzernmäßige Arbeitsteilung einer Verteilung wirtschaftlicher Risiken dienen. Das Trennungsprinzip gilt aber nur bei Kapitalgesellschaften und stellt somit keinen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz dar.²² Es sagt auch nur aus, dass eine Kapitalgesellschaft juristisch selbständig ist und selbst für ihre vertraglichen oder deliktischen Verbindlichkeiten haftet. Der Haftung einer Unternehmensgruppe im öffentlichen Interesse (Abschreckung/Schadensvorbeugung) steht es hingegen nicht *per se* entgegen. Sofern in diesen Fällen Einzelgesellschaften haften, dürfte dies nicht aus dem Trennungsprinzip, sondern aus dem Schuldgrundsatz folgen.

d) Anpassung an allgemein gültige Haftungsstandards (Beendigung des deutschen Sonderwegs)

Die mit der Neunten GWB-Novelle geplante Reform des deutschen Kartellbußgeldrechts wird das deutsche Recht mit dem EU-Recht harmonisieren und eine Sonderentwicklung des deutschen Bußgeldrechts beenden, die bisher zu kaum zu rechtfertigenden verfahrensbedingten Ungleichbehandlungen führt.

Zu derartigen Ungleichbehandlungen kommt es namentlich im Verhältnis der Kartellverfolgung auf der nationalen Ebene zu der auf EU-Ebene. So hängt das Haftungsrisiko in grenzüberschreitenden Fällen derzeit davon ab, ob die EU-Kommission oder die nationalen Behörden (BKartA) den Fall aufgreifen.²³ Ungleichbehandlungen drohen aber auch in Fällen, in denen neben deutschen Behörden auch Kartellbehörden in anderen Mitgliedstaaten ermitteln, wo die Rechtslage bereits der europäischen Rechtslage entspricht.²⁴ Dies wiegt um so schwerer, wenn man bedenkt, dass es in grenzüberschreitenden Fällen häufig von verfolgungsstrategischen Erwägungen abhängt, welche Behörde den Fall letztlich verfolgt.

²⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 19, 94 ff.

²¹ Dazu schon Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 75 ff.

²² Anders insbesondere bei der OHG, siehe § 128 HGB.

²³ Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 158.

²⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 127.

e) Zurückhaltende Umsetzung der EU-Vorgaben

Die Monopolkommission hatte sich für eine Neuregelung ausgesprochen, welche eine Übernahme der europäischen Haftungsgrundsätze in das deutsche Kartellbußgeldrecht ermöglichen würde.²⁵ Der Referentenentwurf und ihm folgend der Regierungsentwurf für eine 9. GWB-Novelle streben die von der Monopolkommission für nötig erachtete Angleichung an das europäische Recht an.²⁶

Dabei wird am bisherigen dogmatischen Ansatz insoweit festgehalten, als die bußgeldrechtliche Haftung stets einer natürlichen oder juristischen Person (Rechtsträger) auferlegt wird. Allerdings soll die Verantwortlichkeit für einen Kartellverstoß künftig dann beim „Unternehmen“ im Sinne der europäischen Rechtsprechung liegen, wenn die Buße einem Rechtsträger auferlegt wird, dessen Vertreter nicht selbst am Kartell beteiligt waren und der über die direkt kartellbeteiligte Unternehmenseinheit lediglich einen bestimmenden Einfluss im Sinne der EU-Rechtsprechung ausgeübt hat. Die Haftung aufgrund Unternehmenszugehörigkeit wird nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Identität auch auf Rechtsnachfolgetatbestände erstreckt. Daneben soll eine Ausfallhaftung jene Unternehmensteile treffen, die nach Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens Rechtsnachfolger eines haftenden Unternehmensteils geworden sind oder darüber einen bestimmenden Einfluss im Sinne der europäischen Rechtsprechung ausgeübt haben.

Die Monopolkommission begrüßt diese Novellierung.²⁷ Sie würde es zwar als konsequenteren Schritt bevorzugen, wenn die Haftung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit für Kartellrechtsverstöße immer und nicht nur in den neu geregelten Fällen vorgesehen würde.²⁸ Allerdings erscheint es vertretbar, dass der Referentenentwurf am bestehenden Kartellbußgeldsystem grundsätzlich festhält und dieses nur ergänzt. Entscheidend ist aus wettbewerbspolitischer Perspektive, dass nach den vorgeschlagenen Regelungen kaum praktisch relevante Haftungslücken verbleiben dürften.²⁹

4. Zuständigkeiten im Bereich des Verbraucherschutzes

Im Rahmen der parlamentarischen Arbeiten an der GWB-Novelle ist ein Vorstoß gemacht worden, die Befugnisse des Bundeskartellamts im Interesse eines kollektiven Verbraucherschutzes auszuweiten. Die Regierungsfractionen hatten bereits in ihrem Koalitionsvertrag vom 27. November 2013 vereinbart, dass der Verbraucherschutz für mehrere Bundesbehörden als gleichberechtigtes Ziel ihrer Aufsichtstätigkeit festgelegt werden solle.³⁰ Diese Vereinbarung soll nun dahingehend umgesetzt werden, dass das Bundeskartellamt die Befugnis erhalten soll, gegen Unternehmen auch dann vorzugehen, wenn sie einer Vorschrift des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zuwiderhandeln und der Verstoß erhebliche Auswirkungen auf die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbraucher hat. Dadurch sollen die Verbraucher insbesondere im Internethandel bzw. im digitalen Umfeld besser geschützt werden.

²⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 156.

²⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 185.

²⁷ Siehe schon Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 190.

²⁸ Hierdurch würde die Haftung – entsprechend der EU-Rechtsprechung – unmittelbar auch auf Schwestergesellschaften erstreckt; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 190.

²⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 191.

³⁰ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode, S. 87 f.

Die vorgeschlagene Erweiterung der Zuständigkeiten könnte es ermöglichen, in Fällen, in denen die Rechtsdurchsetzung im Bereich des unlauteren Wettbewerbs den Belangen sowohl des Wettbewerbsschutzes als auch des Verbraucherschutzes dient, Synergien zu generieren. Demgegenüber birgt sie jedoch auch das Risiko von Interessenkonflikten, wenn kartellrechtliche Belange und Verbraucherschutzbelange in der behördlichen Entscheidung mit zu berücksichtigen sind und auseinanderfallen. Zu Letzterem könnte es angesichts der dort vorzufindenden Marktdynamik möglicherweise gerade in der Digitalwirtschaft kommen.

Deshalb erscheint es erforderlich, dass die nun vorgeschlagene Maßnahme in ein politisches Gesamtkonzept eingebunden wird. Dazu müsste die vorgeschlagene Neuregelung insbesondere um Vorgaben zur Zuständigkeitsabgrenzung bzw. zur engeren Verzahnung der kartellbehördlichen Verfahren mit den Verfahren der anderen im Koalitionsvertrag genannten Behörden (Bundesnetzagentur, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Verbraucherschutz) und den Klagen der Verbraucherschutzverbände ergänzt werden. Außerdem müsste dem Risiko vorgebeugt werden, dass Rechtsbehelfe gegen behördliche Entscheidungen bei unterschiedlichen Gerichten (ordentliche Gerichte, Verwaltungsgerichte) eingelegt werden, abhängig davon, welche Behörde zunächst tätig geworden ist.

Als allgemeiner Gesichtspunkt sollte zuletzt das Risiko möglicher negativer Auswirkungen durch übermäßige behördliche Markteingriffe im Auge behalten werden. Wenn der Gesetzgeber die vorgeschlagene Änderung vornehmen sollte, wird die Monopolkommission die dann folgende Praxis des Bundeskartellamts im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags auch selbst mitbegleiten und würdigen. Dies könnte allerdings zusätzliche Ressourcen erforderlich machen.

5. Ministererlaubnisverfahren

Das Instrument der Ministererlaubnis hat sich grundsätzlich bewährt. Es ermöglicht die Berücksichtigung von wichtigen Gemeinwohlbelangen im Ausnahmefall, erhöht die Transparenz und nimmt politischen Druck vom Bundeskartellamt. Sinnvoll erscheinen daher allenfalls verfahrensrechtliche Änderungen. Jedoch sollte auch hier eher eine Feinjustierung anstelle von grundlegenden Anpassungen angestrebt werden. Die Kritik am jüngsten Ministererlaubnisfall darf nicht den Blick darauf verstellen, dass frühere Fälle in der überwiegenden Mehrzahl keine verfahrensrechtlichen Probleme aufgeworfen haben.

Von einer Übertragung der Entscheidungskompetenz vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie auf den Deutschen Bundestag rät die Monopolkommission ab. Bei der Ministerentscheidung handelt es sich um eine klassische Verwaltungsentscheidung, die typischer Weise der Exekutive vorbehalten ist. Das Prinzip der Gewaltenteilung wird lediglich in außerordentlich weitreichenden Fällen wie bei Entscheidungen über Auslandseinsätze der Bundeswehr durchbrochen. Daneben droht bei einer zusätzlichen Befassung des Deutschen Bundestags im Anschluss an einen Entscheidungsentwurf des Bundeswirtschaftsministers eine Verlängerung des Ministererlaubnisverfahrens.

Nichtsdestoweniger sind gerade angesichts des weiten Beurteilungsspielraums des Bundeswirtschaftsministers Überlegungen zu begrüßen, die darauf gerichtet sind, die Entscheidungsfindung

klarer und transparenter zu gestalten und die Orientierung am Gemeinwohl zu gewährleisten. Mit Blick auf dieses Ziel sollte möglichst wenig Raum für die Durchsetzung von Einzelinteressen, etwa der am Zusammenschluss beteiligten oder sonstiger Unternehmen, oder von polittaktischen Erwägungen verbleiben. Als qualitätssichernde Verfahrensanforderung erscheinen einerseits strenge Dokumentationspflichten des Bundeswirtschaftsministers sinnvoll. Zu begrüßen wäre es andererseits, wenn – wie von der Politik vorgeschlagen – der Vorsitzende der Monopolkommission im Rahmen der nach § 56 Abs. 3 Satz 3 GWB durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung die Stellungnahme der Monopolkommission vorstellen würde.

Einer abschließenden gesetzlichen Aufzählung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen und überragenden Interessen der Allgemeinheit steht die Vielzahl und Heterogenität möglicher Gemeinwohlvorteile entgegen. Sie würde darüber hinaus eine Berücksichtigung solcher Gemeinwohlvorteile verhindern oder zumindest verzögern, die sich aufgrund künftiger Entwicklungen erst noch ergeben.

Die gesetzliche Verankerung lediglich einiger ausgewählter Gemeinwohlgründe erscheint ebenfalls nicht empfehlenswert. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich diese Auswahl nur an der jüngsten Ministererlaubnisentscheidung orientiert. Die Erfahrung mit Ministererlaubnisverfahren der Vergangenheit zeigt, dass je nach den Umständen des Einzelfalls vielfältige Gemeinwohlvorteile angeführt werden und zu diskutieren sind. Zu nennen sind neben sozial- und arbeitspolitischen etwa umwelt-, bildungs-, regional- und verteidigungspolitische Gemeinwohlvorteile.

Es wurde beispielsweise vorgeschlagen, den Erhalt von Arbeitsplätzen gesetzlich als Gemeinwohlgrund zu verankern. Das erscheint schon deshalb nicht notwendig, weil dieser Gemeinwohlgrund bereits allgemein anerkannt ist. Eine ausdrückliche Regelung würde auch nicht dazu führen, dass der Gemeinwohlgrund stets einheitlich im Sinne einer Betrachtung des gesamten Arbeitsmarkts angewendet würde.

Die Nennung einiger ausgewählter Gemeinwohlvorteile im Gesetz würde Rechtsunsicherheit eher vergrößern als verringern. Unklar ist insbesondere, ob mit einer solchen Nennung auch eine besonders hohe Gewichtung der ausgewählten Gemeinwohlvorteile im Rahmen der erforderlichen Abwägung mit den wettbewerblichen Nachteilen eines Zusammenschlussvorhabens verbunden sein soll. Wäre eine solche besondere Gewichtung das Ziel der gesetzlichen Verankerung, würden Wertungswidersprüche entstehen, weil anderen, aus den europäischen Verträgen (z. B. Gesundheitsschutz gemäß Art. 168 AEUV) oder aus dem Grundgesetz (z. B. die Freiheit der Forschung und Lehre gemäß Art. 5 Abs. 3 GG) folgenden Gemeinwohlgründen ein zu geringes Gewicht beigemessen würde.

Durch die gesetzliche Betonung einzelner Gemeinwohlgründe würde zudem das Prinzip unterlaufen, wonach die Entscheidung des Ministers stets den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls Rechnung tragen muss. Bei einer „Vorentscheidung“ des Gesetzgebers zugunsten ausgewählter Gemeinwohlvorteile ließe sich schließlich das Prinzip, dass der Minister zur Entscheidung berufen ist, für diese aber auch die volle politische Verantwortung trägt, nicht mehr aufrechterhalten.

6. Missbrauch von Marktmacht

Der Regierungsentwurf für die Neunte GWB-Novelle enthält zwei Neuregelungen im Missbrauchsrecht. Die erste verschärft die Vorschriften zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht

(sog. Anzapfverbot). Die andere dient der Entfristung und praxisgerechteren Ausgestaltung des kartellrechtlichen Verbots eines Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis. Der von der Monopolkommission im XXI. Hauptgutachten gewürdigte Referentenentwurf enthielt nur Platzhalter für diese Regelungen, zu denen die Monopolkommission in ihrem XXI. Hauptgutachten gleichwohl Stellung genommen und eigene Vorschläge gemacht hatte. Die Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf (BR-Drs. 606/16) enthält den Vorschlag, die Missbrauchsaufsicht im Fernwärmesektor zu stärken. Die Monopolkommission empfiehlt hingegen eine Regulierung der Fernwärmeversorger.

Anzapfverbot

Nach dem bestehenden § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere dann missbräuchlich, wenn es

„seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren“.

Dieses Anzapfverbot ist bereits in der Vergangenheit verschärft worden.³¹ Diese Verschärfungen betrafen allerdings den Kreis der Normadressaten und nicht die sachlichen Voraussetzungen eines missbräuchlichen Verhaltens, unter denen das Verbot eingreift.

Die aktuelle Diskussion um das Anzapfverbot ist durch einen Beschluss des OLG Düsseldorf ausgelöst worden.³² Im konkreten Fall hat das OLG Düsseldorf eine Entscheidung des Bundeskartellamtes zu sogenannten „Hochzeitsrabatten“ in der Folge der Übernahme von 2.300 Plus-Filialen durch Edeka aufgehoben.³³ Neben verschiedenen sachverhaltsbezogenen Erwägungen hielt es das OLG Düsseldorf, anders als das Bundeskartellamt, nicht für erwiesen, dass die Forderung von Vorteilen durch Edeka auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe. Jedenfalls sei die Konditionenforderung durch Edeka sachlich gerechtfertigt, da sich kein kausaler Zusammenhang zwischen der Marktmacht von Edeka und deren Ausnutzung feststellen lasse.³⁴

Im XXI. Hauptgutachten hat die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und einer missbräuchlichen Verhaltensweise im europäischen Recht (Art. 102 AEUV) – anders als im deutschen Recht – nicht erforderlich ist.³⁵ Der Europäische Gerichtshof begründet das wie folgt:³⁶

„Ein missbräuchliches Verhalten kann vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen. Bei diesem Sinn und dieser Tragweite des Artikels 86 EWG-Vertrag (= Art. 102 AEUV)

³¹ Insbesondere in der sogenannten Preismissbrauchsnovelle 2007, BGBl. I, Nr. 66 vom 21. Dezember 2007, S. 2966.

³² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

³³ BKartA, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2-58/09.

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V), Rz. 99 f.

³⁵ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 526 f. sowie Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV, Rz. 136. Beide mit Verweisen zur einschlägigen Rechtsprechung.

³⁶ EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 7/72 – Europemballage u. Continental Can, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 f.

kommt es auf die [...] Frage des ursächlichen Zusammenhangs [...] zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung [...] nicht an[.]“

Diese Auslegung dürfte nicht nur bei angebotsseitiger, sondern auch bei nachfrageseitiger Marktbeherrschung gelten. Zwar ist die EU-Rechtsprechung zu nachfrageseitiger Marktbeherrschung bisher spärlich geblieben, doch kann ein Missbrauch bereits nach dem Wortlaut von Art. 102 lit. a AEUV in der Erzwingung sowohl von unangemessenen Einkaufs- als auch Verkaufspreisen liegen.³⁷

Das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs im deutschen Recht kann als Hindernis für ein wirkungsvolles nationales Missbrauchsrecht angesehen werden. In jedem Fall stellt es eine Abweichung von den Grundsätzen des europäischen Rechts dar. Es erscheint bedenklich, wenn bundesweit tätige Unternehmen etwa im Lebensmitteleinzelhandel als Nachfrager davon profitieren, dass bei einer lokalen Anbieterstruktur nur deutsches und nicht auch das strengere europäische Missbrauchsrecht Anwendung findet. Der Regierungsentwurf enthält einen Vorschlag, der das Kausalitätserfordernis für die erfassten Fälle im Ergebnis beseitigt. Ein Missbrauch soll künftig nämlich bereits in der Aufforderung des marktbeherrschenden Unternehmens liegen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Der im Entwurf verfolgte Ansatz entspricht insoweit im Wesentlichen den Empfehlungen der Monopolkommission. Ob die Formulierung des Entwurfs für die damit verfolgten Ziele ausreicht, wird sich in der Praxis erweisen müssen.

Untereinstandspreisverbot für Lebensmittel

Dem Untereinstandspreisverbot für Lebensmittel in § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB steht die Monopolkommission weiterhin kritisch gegenüber. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Untereinstandspreisverbot nicht dazu geeignet ist, Herstellerunternehmen vor ungerechtfertigten Forderungen der Händler zu schützen. Die Regelung lässt die Höhe der Einstandspreise völlig unberührt und betrifft nur den Preiswettbewerb auf der Händlerebene. Gerade im Lebensmitteleinzelhandel gibt es aber eine ganze Reihe von guten Gründen für kurzzeitige Verkäufe unter Einstandspreisen, die nicht auf einer Verdrängungsstrategie beruhen.³⁸ Unklar ist zudem, auf welche Weise ein striktes Verbot von Untereinstandspreisverkäufen Herstellerunternehmen vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen schützen sollte. Die Erwartung, dass ein solches Verbot nachfragemächtige Handelsunternehmen daran hindert, Druck auf die Hersteller auszuüben, ist wenig plausibel. Zu erwarten ist vielmehr, dass Handelsunternehmen bei einem strikten Verbot des Verkaufs von Untereinstandspreisen ihre Verhandlungsmacht nutzen werden, um die Einstandspreise gegebenenfalls weiter zu drücken, wenn sie ihre Endkundenpreise senken möchten. Gegen das Untereinstandspreisverbot spricht auch, dass sich eine solche Regelung im europäischen Recht nicht findet.

Seit dem Urteil des OLG Düsseldorf zur Aufschlüsselung von Werbekostenzuschüssen im Fall Rossmann gilt das Untereinstandspreisverbot zudem als kaum durchsetzbar.³⁹ Aufgrund der Vielzahl von Einzelvereinbarungen, Rabatten, Zuschüssen und Rückvergütungen im Lebensmitteleinzelhandel sind

³⁷ Für Nachweise aus der Rechtsprechung siehe z. B. Eilmansberger/Bien in: Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rz. 76 ff. m. Nachw.

³⁸ Siehe Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 209.

³⁹ Siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 OWi; bestätigt durch BGH, Urteil vom 9. November 2010, KRB 57/10.

die Einstandspreise im Einzelfall schwer zu ermitteln. Auch durch die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamts konnten diese Schwierigkeiten nicht behoben werden.⁴⁰

Der Regierungsentwurf enthält zusätzlich eine Legaldefinition von Einstandspreisen, die kritisch zu sehen ist. Einstandspreise sind bereits im Einzelfall schwer zu ermitteln. Das gilt besonders im Lebensmitteleinzelhandel, da hier eine Vielzahl von Einzelvereinbarungen, Rabatten, Zuschüssen und Rückvergütungen existiert, deren zweifelsfreie Zuordnung nicht immer möglich ist. Die mangelnde Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit der Norm liegt auch nicht darin begründet, dass der Begriff des Einstandspreises rechtlich unbestimmt ist. Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen Auslegungsfragen der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung überlassen. Das Bundeskartellamt hat daher Auslegungsgrundsätze entwickelt und dabei konkret definiert, wie es den Einstandspreis bestimmt. Die Anwendungsprobleme sind dadurch allerdings nicht gelöst worden. Es ist nicht zu erwarten, dass dies der Fall wäre, wenn Einstandspreise im GWB definiert wären.

Es war vorgesehen, dass das generelle Untereinstandsverbot zum Ende des Jahres 2017 auslaufen. Durch den Regierungsentwurf wird diese Befristung aufgehoben. Die Monopolkommission spricht sich aufgrund der fehlenden Notwendigkeit der Vorschrift und den beschriebenen Anwendungsproblemen gegen diese Entfristung aus.

Fernwärmesektor

Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Initiative des Bundesrats, die Preisaufsicht bei Fernwärmeversorgern zu stärken (BR-Drs. 606/16). Bei der Versorgung mit Fernwärme besteht für die Kunden typischerweise keine Wahlmöglichkeit, die mit den Wahlmöglichkeiten bei Strom- oder Gaslieferanten vergleichbar wäre. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes verfügen Fernwärmeversorger deshalb über eine nachhaltige marktbeherrschende Stellung, sodass das Entgeltniveau bei der Fernwärmeversorgung weder heute noch in absehbarer Zukunft ausreichend vom Wettbewerb kontrolliert wird. Zu befürchten ist daher, dass im Fernwärmesektor überhöhte Entgelte verlangt werden.

Allerdings hat die Monopolkommission erhebliche Zweifel daran, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht das richtige Instrument darstellt, um diesem spezifischen Problem zu begegnen. Vielmehr sollte die Einführung einer Regulierung geprüft werden. Für diese Ansicht sprechen zwei Gründe:

Da es sich bei den beschriebenen Monopolstellungen in der Regel um Marktpositionen handelt, die nicht erfolgreich von Wettbewerbern angegriffen werden können, ist eine systematische, auf Dauer angelegte und deutschlandweit einheitliche Preisaufsicht erforderlich. Dies spricht gegen eine auf punktuelle Eingriffe ausgerichtete kartellrechtliche Kontrolle von Fernwärmemärkten im Rahmen der §§ 18, 19 und 29 GWB. Eine kartellrechtliche Kontrolle liegt außerdem im Aufgreifermassen der jeweiligen Kartellbehörden und kann allenfalls partiell einen Schutz vor überhöhten Preisen gewährleisten.

40 BKartA, Bekanntmachung Nr. 124/2003 vom 4. August 2003 zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB (Angebot unter Einstandspreis). Die Bekanntmachung wird derzeit aktualisiert.

Ein weiterer wichtiger Grund, der gegen eine kartellrechtliche Kontrolle der Marktmacht von Fernwärmeversorgern spricht, betrifft die Probleme mit der praktischen Durchführung einer kartellrechtlichen Preisaufsicht. Diese Schwierigkeiten hat die Monopolkommission bereits im Hinblick auf die Kontrolle der Strom- und Gasmärkte ausführlich dargestellt; sie treten im Fernwärmesektor sogar verstärkt auf. Zentrale Probleme bestehen z. B. bei der Vergleichbarkeit von Fernwärmemärkten, strukturellen Kostenunterschieden und der Zuordnung von Gemeinkosten. Diese sind durch die Instrumente des Kartellrechts weder adäquat noch rechtssicher lösbar. Für derartige Probleme hält stattdessen das Regulierungsrecht geeignete Methoden und Verfahren bereit, die jedenfalls zum Teil nur einen geringen Regulierungsaufwand erfordern.

7. Digitale Aspekte

Die Monopolkommission hat sich mit digitalen Märkten intensiv in ihrem Sondergutachten 68 beschäftigt.⁴¹ Darüber hinaus hat sie im XXI. Hauptgutachten die im Referentenentwurf zur GWB-Novelle vorgesehenen Anpassungen zur besseren Erfassung digitaler Geschäftsmodelle gewürdigt und sich zur sogenannten „Sharing Economy“ sowie zu digitalen Finanzdienstleistungen (FinTechs) geäußert.⁴²

Um eine effektive Anwendung des Wettbewerbsrechts auch für digitale Märkte zu gewährleisten, sieht der Regierungsentwurf der Neunten GWB-Novelle mehrere Änderungen vor, durch welche den Besonderheiten digitaler Märkte, insbesondere der Entwicklung internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle mit erkennbaren Konzentrationstendenzen, Rechnung getragen werden soll. Geplant ist eine gesetzliche Konkretisierung, wonach ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann (§ 18 Abs. 2a GWB-E). Außerdem sollen zusätzliche Kriterien (direkte und indirekte Netzwerkeffekte; die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer; Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten; Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten; innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck) zur Bewertung der Marktstellung von Unternehmen ins GWB aufgenommen werden, welche bei Vorliegen mehrseitiger Märkte und Netzwerke besonders zu berücksichtigen sind (§ 18 Abs. 3a GWB-E). Durch die Einführung eines zusätzlichen Aufgreifkriteriums, dem „Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss“, soll zudem eine effektive Fusionskontrolle auf digitalen Märkten sichergestellt werden (§ 35 Abs. 1a GWB-E). Schließlich soll die behördliche Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden einerseits und den Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern sowie den Landesmedienanstalten und der KEK andererseits verbessert werden (§ 50c GWB-E).

Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die vorgesehene Anpassung des GWB an die Belange der digitalen Ökonomie. Die gesetzliche Konkretisierung, dass ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann, ist aus Sicht der Monopolkommission sachgerecht, da insbesondere die Rechtsprechung die Annahme eines Marktes in derartigen Fällen in der Vergangenheit verneint hatte.⁴³ Relevant ist diese Anpassung insbesondere im Hinblick auf (mehrseitige) Plattformen, wo häufig eine Nutzergruppe kein monetäres Entgelt zu entrichten hat, weil die Finanzierung

⁴¹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O.

⁴² Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O.

⁴³ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 6.

des Dienstes z. B. über Online-Werbung erfolgt. Positiv ist hervorzuheben, dass die Kartellbehörden in ihrer jüngeren Fallpraxis das Vorliegen eines Marktes auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen bereits bejaht haben.

Die vorgesehenen zusätzlichen Marktmachtkriterien sind auch nach Auffassung der Monopolkommission relevante Faktoren, welche im Rahmen einer Gesamtbetrachtung von den Kartellbehörden beachtet werden sollten, sofern die zu prüfenden Sachverhalte dazu Anlass geben.⁴⁴ Eine ausdrückliche Festlegung im Gesetz ist zwar vertretbar, allerdings nicht zwingend, da eine Berücksichtigung wesentlicher Merkmale mehrseitiger Plattformen auch bereits über § 18 Abs. 3 GWB möglich wäre und der Kriterienkatalog des § 18 Abs. 3 GWB nicht abschließend ist. Wichtig ist, dass durch die ausdrückliche Aufzählung einzelner Kriterien die Berücksichtigung weiterer wichtiger Kriterien nicht ausgeschlossen wird.

Nicht gänzlich überzeugend ist hingegen die vorgeschlagene Aufzählung.⁴⁵ Zwar geben die ersten drei genannten Kriterien (direkte und indirekte Netzwerkeffekte; die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer; Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerk) wesentliche der nach Evans/Schmalensee (2007) für Plattformmärkte relevanten Kriterien für eine Marktkonzentration wieder.⁴⁶ Ebenfalls bedeutende Kriterien wie Nutzungsbeschränkungen, z. B. in Form der Heterogenität der Nutzer, sowie der Grad der Differenzierung von Plattformen werden jedoch nicht ausdrücklich, sondern lediglich in der Entwurfsbegründung genannt. Ferner sind der Zugang zu Daten sowie der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck nicht ausschließlich in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke bedeutsam, sodass es sich im Hinblick auf die künftige Entscheidungspraxis als problematisch erweisen könnte, dass sie nur in diesem Zusammenhang und nicht in § 18 Abs. 3 GWB ausdrücklich genannt werden.

Positiv bewertet die Monopolkommission die Einführung eines auf das Transaktionsvolumen abstellenden Aufgreifkriteriums, um auch wettbewerblich relevante Übernahmen von Unternehmen ohne oder mit nur geringen eigenen Umsätzen zu erfassen.⁴⁷ Die Monopolkommission hatte die Einführung eines solchen zusätzlichen Aufgreifkriteriums in ähnlicher Weise bereits in ihrem Sondergutachten 68 vorgeschlagen, da an vergangenen Umsätzen anknüpfende Anmeldekriterien in der digitalen Wirtschaft häufig nur begrenzt aussagekräftig sind.⁴⁸ Durch das neue Aufgreifkriterium können Schutzlücken in Fällen geschlossen werden, in denen das wettbewerbliche Potenzial eines Unternehmens in den bisher erzielten Umsätzen nicht zuverlässig reflektiert wird. So kann zukünftig z. B. der Erwerb von jüngeren Unternehmen mit einem erheblichen Marktpotenzial oder von Unternehmen mit kommerziell wertvollen Datenbeständen geprüft werden, obwohl diese unter Umständen nur geringe Umsätze erzielen.⁴⁹ Teilweise vorgebrachte Bedenken, dass durch das geplante Aufgreifkriterium die Entwicklung von Start-ups in Deutschland behindert und ein Anti-Exit-Gesetz ge-

44 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 8.

45 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 9.

46 Vgl. Evans, D. S./Schmalensee, R., The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151-179. Konzentrationssteigernd wirken positive indirekte Netzwerkeffekte und zunehmende Skalenerträge, konzentrationsmindernd Kapazitäts- bzw. Nutzungsbeschränkungen, Möglichkeiten zur Plattformdifferenzierung sowie die Möglichkeit zur parallelen Nutzung mehrerer Angebote (Multihoming).

47 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 11 ff.

48 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 451 ff.

49 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 951.

schaffen werde, welches Investoren abschrecke, sind nach Einschätzung der Monopolkommission unbegründet.⁵⁰ So ist zu betonen, dass das zusätzliche Aufgreifkriterium branchenübergreifend und für alle Unternehmen mit Inlandswirkung gilt. Zudem sind die Schwellenwerte vergleichsweise hoch angesetzt und liegen über denen in anderen Rechtsordnungen, z. B. in den USA, sodass zu erwarten ist, dass nur wenige zusätzliche Transaktionen durch das neue Aufgreifkriterium erfasst werden. Deswegen ungeachtet empfiehlt die Monopolkommission eine entsprechende Erweiterung der Aufgreifkriterien auch für die europäische Fusionskontrolle. Die Bundesregierung sollte auf eine entsprechende Änderung der Verordnung 139/2004 hinwirken.⁵¹

Ebenfalls positiv beurteilt die Monopolkommission die Ergänzung des § 50c Abs. 1 GWB.⁵² Hierdurch wird ein rechtlicher Rahmen für die Kooperation zwischen den Kartell- und den Datenschutzbehörden hergestellt, wie ihn die Monopolkommission im XX. Hauptgutachten und im Sondergutachten 68 empfohlen hatte.⁵³ In letzterem hatte die Monopolkommission ferner herausgearbeitet, dass in der digitalen Ökonomie auch Datenschutzverstöße marktmächtiger Unternehmen durch die Wettbewerbsregeln erfasst werden dürften.⁵⁴ Durch die neu eingeführte Vorschrift dürften Verfahren, wie jenes des Bundeskartellamts gegen Facebook, in dem ein Missbrauch durch die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen untersucht wird, erheblich vereinfacht werden.⁵⁵ Die Ergänzung des § 50c Abs. 2 GWB trägt schließlich dem Umstand Rechnung, dass unternehmerische Maßnahmen im Medienbereich Auswirkungen sowohl auf den Wettbewerb wie auch auf die Verbreitung von Meinungen und damit die Meinungsvielfalt haben können und kann zu einer Effektivierung der Medienkonzentrationskontrolle beitragen.⁵⁶

Zu begrüßen wäre es, wenn der deutsche Gesetzgeber die 9. GWB-Novelle im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten nutzen würde, das deutsche Missbrauchsverfahrensrecht zu überprüfen: Auch im deutschen Recht ist zu beobachten, dass das BKartA auf einstweilige Maßnahmen verzichtet und stattdessen (wie die EU-Kommission) auf Zusagenverfahren zurückgreift. Das gilt auch in eildürftigen Fällen. Der Rechtsschutz für nicht verfahrensbeteiligte Dritte ist dann allerdings stark eingeschränkt.⁵⁷ Das Google-Verfahren auf EU-Ebene deutet zudem darauf hin, dass mit Zusagenverfahren auch nicht immer ein Zeitgewinn gegenüber einem herkömmlichen Untersagungsverfahren verbunden ist. Die Monopolkommission hatte zum Schutz nicht verfahrensbeteiligter Dritter empfohlen, die Vorschriften über Zusagenverfahren auf der EU-Ebene um eine Regelung zu ergänzen, wonach das Verfahren nach Ablauf angemessener Fristen automatisch oder auf begründeten Antrag Dritter in ein Abstellungs- und Bußgeldverfahren übergeleitet wird.⁵⁸ Inzwischen gibt es auch auf nationaler Ebene Verfahren, bei denen sich vergleichbare Probleme wie im Google-Verfahren stellen können. Die Empfehlung ist daher auf die nationale Ebene übertragbar.

50 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 20 f.

51 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 458 ff; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 953.

52 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 34 ff.

53 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 66; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 533.

54 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. Tz. 515 ff.

55 BKartA, Pressemitteilung vom 2. März 2016, Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße.

56 Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 37.

57 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Tz. 506 ff.

58 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Tz. 513, 584.

8. Ausnahmen vom deutschen Kartellrecht

Im (weiteren) Zusammenhang der Neunten GWB-Novelle werden für das deutsche Kartellverbot (§ 1 GWB) neue Ausnahmereiche definiert bzw. gefordert. Die bislang geplanten Ausnahmen betreffen im Medienbereich Vereinbarungen über eine Zusammenarbeit im Bereich des jeweiligen Funktionsauftrags von Presse und Rundfunk. Sie sollen jedoch nicht für die Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich gelten, ebenso wenig für Kooperationen von Unternehmen, die Presse- oder Rundfunkprodukte nur vertreiben (§ 30 GWB n. F.). Davon abgesehen fordern einzelne Vertreter der Kreditwirtschaft Ausnahmen für die Verbundgruppen. In einer Reform des Bundeswaldgesetzes hat der deutsche Gesetzgeber zudem Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen von nicht-staatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen vom deutschen Kartellverbot ausgenommen (§ 46 BWaldG n. F.).⁵⁹

Ausnahmen im Medienbereich

Die Kartellvorschriften schützen die Marktentwicklung gegen Verfälschungen. Kooperationen zwischen Medienunternehmen, die letztlich zu besseren Produkten für die Verbraucher führen, sind marktkonform und normalerweise bereits mit dem geltenden Kartellrecht vereinbar. Ein Schutz gegen Marktveränderungen, mit dem keine wirtschaftlichen Verbrauchervorteile verbunden sind, ist mit geltendem Kartellrecht hingegen nur schwer vereinbar.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind Ausnahmen von den Kartellvorschriften zwar auch aufgrund von außerwettbewerblichen Gesichtspunkten möglich (z. B. aus Gründen der Kulturpolitik), müssen dann aber daraufhin überprüft werden, ob sie mit Blick auf die mit den jeweiligen Ausnahmen verfolgten Schutzziele angemessen sind. Die Medien gewährleisten die politische Meinungsvielfalt. Dies bedeutet aber nicht, dass Kooperationen in diesem Bereich von vornherein den Wettbewerbsregeln entzogen sind. Soweit sie mit Markteingriffen einhergehen, ist vielmehr in einer Abwägungsentcheidung zu beurteilen, ob bzw. inwieweit die Markteingriffe angesichts der mit der Kooperation verbundenen außerwettbewerblichen Vorteile hinzunehmen sind. Die für diese Abwägung maßgeblichen Kriterien können im europäischen Recht und im deutschen Recht divergieren. So ist der Wettbewerbsschutz einerseits in den EU-Verträgen verankert, während er andererseits im nationalen Recht nur einfachgesetzlich geregelt ist.

Diese Divergenzen wirken sich in einem geringeren Umfang aus, wenn zumindest der wettbewerbsrechtliche Maßstab auf EU-Ebene und auf nationaler Ebene gleich ausgestaltet ist, so wie dies bisher der Fall war. Die geplante Neuregelung wird nun aber zur Folge haben, dass künftig europäisches und deutsches Kartellrecht auseinanderfallen.

Die geplanten Ausnahmenvorschriften für Presse- und Rundfunkunternehmen sollen Gefahren für die Pressevielfalt im Zuge des digitalen Wandels und angesichts des (davon beeinflussten) Umbruchs der Medienlandschaft begegnen.⁶⁰ Die Ausnahmenvorschriften für die Presse wurden von der Monopol-

⁵⁹ Siehe Bundesrat, Gesetzesbeschluss vom 16. Dezember 2016, BR-Drs. 763/16 unter Verweis auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/10456.

⁶⁰ Siehe Bundesregierung, BR-Drs. 606/2016, S. 36 f., 40, 55 f.

kommission im XXI. Hauptgutachten kritisch gewürdigt.⁶¹ Die Monopolkommission hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass in der digitalen Wirtschaft häufig das europäische Kartellverbot eingreifen dürfte, das keine Ausnahmetatbestände speziell zugunsten von Presseunternehmen enthält. Die praktischen Auswirkungen der geplanten Ausnahmevorschriften werden im Pressebereich daher voraussichtlich begrenzt sein.

Etwas anders ist die Ausgangslage für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten. Diese unterliegen umfassenden rundfunkrechtlichen Sonderregeln. So werden die Rundfunkbeiträge der Nutzer nicht einer kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle unterzogen, sondern aufgrund umfassender verfassungsrechtlicher Vorgaben einer Überprüfung durch die Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs (KEF). Entsprechende Vorgaben finden sich im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) und im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV). Die KEF führt gem. § 14 Abs. 1 RStV und § 3 Abs. 1 S. 2 RFinStV eine Prüfung der Finanzbedarfsanmeldung der öffentlichen-rechtlichen Anstalten daraufhin durch, ob diese die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einhalten. Gem. § 3 Abs. 3 S. 1 RFinStV beinhaltet diese Prüfung auch die Frage, „in welchem Umfang Rationalisierungs- einschließlich Kooperationsmöglichkeiten genutzt werden“. Dies hat zuletzt im 20. Bericht der KEF zu der Konsequenz geführt, dass diese im Rahmen einer „Sonderuntersuchung IT-Strukturen“ auf der Basis eines Gutachtens einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Einsparpotenziale durch Kooperationen im Umfang von 42,2 Millionen € pro Jahr identifiziert und daraufhin für die Jahre 2019 und 2020 Mittel von jährlich 20 Millionen € gesperrt hat. In der Sache hat die KEF konkrete, auch organisatorische Konsequenzen entsprechend den Vorschlägen des Gutachtens hin zu einer „konzernähnlichen Struktur“ des IT-Bereichs verlangt⁶².

Mit dem Ziel umfassender Kosteneinsparungen sollen daher die ohnehin bereits vielfältigen Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausgebaut werden. Ein Großteil dieser Kooperationen dürfte nach geltender Rechtslage bereits gemäß § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähig sein, da sie die Voraussetzungen jener Normen erfüllen. So sollte die Kontrolle der Bedarfsanmeldungen durch die KEF dazu führen, dass die Verbesserungen in der Produktion und entsprechende Einsparungen an die Verbraucher im Rahmen der Beitragsbemessung weiter gereicht werden. Sofern die Kooperationen keine unnötigen Wettbewerbsbeeinträchtigungen enthalten und auch nicht den Wettbewerb wesentlich ausschalten, sind sie demnach zulässig. Es entstehen keine Widersprüche aus den rundfunkfinanzrechtlichen und kartellrechtlichen Anforderungen. Wie weit entsprechende Kooperationen jedoch im Einzelfall gehen dürfen, ist kartellrechtlich unsicher. Für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten besteht daher ein berechtigtes Interesse daran zu wissen, welche Kooperationen zulässig sind und erfolgen können, um diese durchzuführen und Kosteneinsparungen zu generieren. Unzulässige Kooperationen haben hingegen – gegebenenfalls mit kosten- und folglich auch beitragsrelevanten Konsequenzen – zu unterbleiben.

Die jetzt vorgeschlagene Regelung kann diese Sicherheit jedoch nicht schaffen. Denn sofern die Voraussetzungen einer Freistellung gegeben sind, besteht schon jetzt eine Rechtmäßigkeit der Koopera-

⁶¹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 29 ff.

⁶² KEF, 20. Bericht 2016, S. 21 (Zusammenfassung) und ausführlich Tz. 512 ff.; der Bericht ist abrufbar im WWW auf der Homepage der KEF. Wörtlich heißt es in Tz. 514: „Der Gutachter geht davon aus, dass ein solches Einsparpotenzial nur realisierbar wäre, wenn die ARD-Anstalten im IT-Bereich in einer konzernähnlichen Struktur und darüber hinaus in einem umfassenden Kooperationssystem mit ZDF und Deutschlandradio aufgestellt wären.“

tion und die neue Vorschrift generiert keine zusätzliche Sicherheit. Sofern hingegen die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht vorliegen, kann im deutschen Kartellrecht keine weitere reichende Freistellung gewährt werden, sofern die unionsrechtlichen Anforderungen an die Zwischenstaatlichkeit erfüllt sind. Das wird aber bei den meisten Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Fall sein, da die Anforderungen hier sehr niedrig anzusetzen sind. Eine Abweichung vom Unionsrecht wäre dann allenfalls im Rahmen einer näher spezifizierten Betrauung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich. Dazu müsste aber dargelegt werden, inwiefern die Anwendung des Kartellrechts die Aufgabenerfüllung verhindert. Sollte hingegen ausnahmsweise keine Handelsbeeinträchtigung vorliegt, ist rechtspolitisch nicht ersichtlich, warum Kooperationen erlaubt werden sollen, die nicht die Anforderungen des § 2 GWB erfüllen.

Damit ist die vorgeschlagene Regelung nicht zweckdienlich und abzulehnen. Es sollten andere Lösungen erwogen werden, um den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die nötige Rechtssicherheit zu verschaffen. In erster Linie ist hier das Bundeskartellamt aufgefordert, zur entsprechenden Klarheit zu verhelfen. Erst wenn auf diesem Weg keine hinreichende Sicherheit gewährleistet werden kann, sind weitere Schritte zu erwägen.

Ausnahmen für die Verbundgruppen in der Kreditwirtschaft

Interessenvertreter aus der Kreditwirtschaft haben im Zusammenhang mit den Arbeiten an der Neunten GWB-Novelle die Forderung erhoben, die Verbundgruppen von den Vorschriften der deutschen Fusionskontrolle und für verbundinterne Kooperationen (einschl. Informationsaustausch) vom deutschen Kartellverbot (§ 1 GWB) auszunehmen.

Ausnahmen von den deutschen Wettbewerbsvorschriften sollten jedoch auch im Bereich der Kreditwirtschaft nur im Falle einer sachlichen Rechtfertigung erwogen werden. Die Kreditwirtschaft sieht sich zurzeit erheblichen Belastungen durch die Regulierung infolge der Finanzkrise, die Niedrigzinspolitik der Notenbanken und das Auftreten neuer Wettbewerber aus dem Bereich der Finanztechnologie (FinTech) ausgesetzt.⁶³ Diese Belastungen treffen aber nicht nur die Verbundgruppen, sondern gleichermaßen alle Teile der Kreditwirtschaft. Sie bieten damit keine sachliche Rechtfertigung für Ausnahmen von den Wettbewerbsvorschriften, die ausschließlich den Verbundgruppen zugute kommen sollen. Es ist bislang im Übrigen jedoch nicht dargelegt worden, woraus eine sachliche Rechtfertigung für die geforderten Ausnahmen folgen sollte.

Dies gilt zunächst, soweit eine Ausnahme von den Vorschriften der deutschen Fusionskontrolle gefordert wird. In den bisher entschiedenen Zusammenschlussfällen unter Beteiligung von Sparkassen oder Genossenschaftsbanken hat das Bundeskartellamt anmeldepflichtige Vorhaben, bei denen keine Schädigung der Marktstruktur im Sinne von § 36 GWB zu erwarten war, stets freigegeben. Wenn das Amt gegen einzelne Vorhaben vorgegangen ist, dann deshalb, weil eine Vermachtung relevanter Märkte zum Schaden letztlich der Kunden drohte, so z. B. bei Girokonten für Privatkunden und der Kreditvergabe für den Mittelstand.⁶⁴ Dabei waren die bisherigen Fälle auf regionale Märkte beschränkt. Wenn jedoch die Verbundgruppen insgesamt von der Fusionskontrolle ausgenommen wür-

⁶³ Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Tz. 1380 ff. (zur Regulierung); XXI. Hauptgutachten, Tz. 1339 ff. (zu FinTechs).

⁶⁴ Siehe z. B. BKartA, Beschluss vom 28. Februar 2012, B4-51/11.

den, so wäre auch keine Überprüfung von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt mehr möglich, an denen die Spitzeninstitute der Verbände bzw. Landesbanken beteiligt sind.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin zu bedenken, dass die Verbundgruppen bislang zwar keine Konzernstruktur bilden, sondern sich aus eigenständigen Unternehmen zusammensetzen. Die Monopolkommission hat aber darauf hingewiesen, dass eine weitere Verfestigung der Verbundstrukturen in der Sparkassengruppe dazu führen könnte, dass die Gruppe oder zumindest Teile davon nicht mehr als Verbund, sondern als einheitliches Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln anzusehen wären.⁶⁵ Es ist nicht auszuschließen, dass es zu einer solchen Verfestigung mittelbar z. B. schon dadurch kommen könnte, dass der Wettbewerb im Back-Office-Bereich zum Erliegen kommt, sodass die Sparkassen in Bezug auf wesentliche Back-Office-Leistungen von einzelnen Anbietern, die im Wesentlichen nur für die Sparkassengruppe tätig sind, abhängig werden.⁶⁶ Eine strukturelle Verfestigung der Sparkassengruppe könnte den Wettbewerb dort, wo die Gruppe in einzelnen Marktsegmenten ohnehin schon über eine starke Stellung verfügt, zum Nachteil der Bankkunden weiter beeinträchtigen. Anzumerken ist, dass eine solche Verfestigung auch dem Selbstverständnis der einzelnen Sparkassen widersprechen dürfte, weil diese auf ihre Selbständigkeit normalerweise viel Wert legen.

In Bezug auf die von § 1 GWB erfassten Kooperationen hat das Bundeskartellamt in seiner jüngsten Entscheidungspraxis Wege aufgezeigt, wie die Mitglieder der Verbände zusammenarbeiten können, um den zunehmenden Wettbewerbsvorstößen von FinTechs zu begegnen, ohne dass ihre Zusammenarbeit mit dem Kartellverbot in Konflikt gerät.⁶⁷ Auch in diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine mit Verbrauchereffizienzen einhergehende Zusammenarbeit schon nach den geltenden Wettbewerbsregeln grundsätzlich zulässig sein dürfte.

Zuletzt ist zu bemerken, dass eine etwaige gesetzliche Ausnahme der Verbundgruppen von den Vorschriften der deutschen Fusionskontrolle und vom deutschen Kartellverbot nichts an der Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln ändern würde. Sie würde lediglich die Rechtsunsicherheit für die Verbundgruppen erhöhen, da die Kartellbehörden im Einzelfall entscheiden müssten, ob ein Vorhaben den europäischen Wettbewerbsregeln unterliegt oder nicht.

Ausnahmen im Forstbereich

Die Ausnahme für forstwirtschaftliche Maßnahmen, welche der Holzvermarktung nicht zuzurechnen sind, beruht auf einer Gesetzesinitiative, die infolge eines Kartellverwaltungsverfahrens des Bundeskartellamts aus dem Bundesrat heraus gestartet wurde.⁶⁸ Die Monopolkommission sieht auch diese Regelung kritisch. Die genannten vorgelagerten forstwirtschaftliche Dienstleistungen sind sehr eng mit dem Holzverkauf im engeren Sinne verbunden. Wettbewerbliche Strukturen beim Holzverkauf im engeren Sinne können nur sichergestellt werden, wenn die Regelungen des Wettbewerbsrechts auch

⁶⁵ Monopolkommission, XX: Hauptgutachten, Tz. 1836 ff., insb. Tz. 1850.

⁶⁶ Die Sparkassengruppe legt bereits seit längerem Leistungen im Back-Office-Bereich zusammen; siehe den Fallbericht vom 28. August 2015 zu BKartA, Beschluss vom 24. Juli 2015, B4-60/15.

⁶⁷ Siehe BKartA. Pressemitteilungen vom 14. September 2016 zu einem App-basierten Girokonto („Yomo“) und vom 25. November 2016 zu einer gemeinsamen Zahlungsfunktion der Sparkassen („Kwitt“).

⁶⁸ Siehe den Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BR-Drs. 92/16; siehe nun Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BT-Drs. 18/10456.

für die vorgelagerten Tätigkeiten gelten.⁶⁹ Problematisch ist an der jetzigen Regelung auch, dass bei der Holzvermarktung vorgelagerten Maßnahmen gesetzlich vermutet wird, dass sie die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Eine Vermutung hinsichtlich der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erscheint mit Art. 2 S. 2 VO 1/2003 unvereinbar, wonach die Beweislast für die Voraussetzungen einer solchen Freistellung vorliegen den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen obliegt, die sich auf diese Bestimmung berufen.

⁶⁹ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1007 ff., insb. Tz. 1012.