

### Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht

Die Monopolkommission kommt in ihrem Gutachten zu folgenden Empfehlungen:

- Die Monopolkommission spricht sich für den Übergang vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test in der deutschen Fusionskontrolle aus. Auf diese Weise wird die Integration neuer ökonomischer Erkenntnisse in die fusionskontrollrechtliche Prüfung erleichtert sowie eine zweifelsfreie und flexible Erfassung aller Zusammenschlüsse, die sich potenziell negativ auf den Wettbewerb auswirken, ermöglicht. Mit der Übernahme des SIEC-Tests können außerdem bestehende Schwächen des Marktbeherrschungskonzepts abgemildert werden.
- Die Aufnahme eines ausdrücklichen Effizienzeinwands nach europäischem Vorbild in die deutsche Fusionskontrolle ist abzulehnen. Effizienzgewinne und sonstige positive Auswirkungen von Zusammenschlüssen können bereits nach geltender Rechtslage – jedenfalls teilweise – berücksichtigt werden. Gegen eine weitergehende, einzelfallbezogene Effizienzprüfung sprechen deren relativ hohe Kosten im Vergleich zu dem geringen damit verbundenen Nutzen. Der Gesetzgeber sollte eine entsprechende Klarstellung in die Gesetzesbegründung aufnehmen.
- Die Instrumente der Abwägungsklausel und der Ministererlaubnis sind beizubehalten. Ohne die Abwägungsklausel entfiere die Möglichkeit, im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung Wettbewerbsverbesserungen auf Drittmärkten zu berücksichtigen. Auch die Abschaffung der Ministererlaubnis würde beträchtliche Nachteile mit sich bringen. So sichert das zweistufige Verfahren die Transparenz der Entscheidungen und trägt zur Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes bei. Da die Abwägung zwischen rein wettbewerblichen Aspekten und sonstigen Zielen eine politische Entscheidung ist, muss hierfür eine politisch legitimierte Instanz die Verantwortung tragen.
- Die spezifisch deutschen Zusammenschlusstatbestände in § 37 GWB haben sich bewährt und sollten nicht aufgegeben werden. Die Tatbestände des Vermögens- und Anteilerwerbs gewährleisten regelmäßig ein hohes Maß an Praktikabilität und fördern die Vorhersehbarkeit für die Unternehmensseite. Soweit das nationale Recht Minderheitsbeteiligungen in stärkerem Maß als die europäische Fusionskontrollverordnung erfasst, ist dies zu begrüßen. Zweifellos können auch die vom GWB erfassten Formen von Minderheitsbeteiligungen zu Wettbewerbsbehinderungen führen. Die 25-%-Grenze des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB sorgt insoweit für ein hohes Maß an Rechtssicherheit, der Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB schützt vor Umgehungsstrategien der Unternehmen.
- Die Marktbeherrschungsvermutungen behalten auch unter dem SIEC-Test ihre wettbewerbspolitische Funktion. Im behördlichen Verfahren üben sie eine gewisse Signalwirkung aus und tragen dazu bei, dass die Zusammenschlussparteien alle entscheidungserheblichen Informationen vollständig und rechtzeitig übermitteln; dies ist angesichts der kurzen Prüffristen unerlässlich. Außerdem geht von den Vermutungstatbeständen eine nicht unerhebliche Vorfeldwirkung aus. Im Kartellprozess tragen die Vermutungen dazu bei, dass die Gerichte ihre Prüfung fokussieren und praktikabel halten können.

Die geplante Anhebung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel auf 40 % ist wettbewerbspolitisch vertretbar.

- Die Verlagerung der Bagatellmarktklausel in die materielle Fusionskontrolle hat sowohl Vor- als auch Nachteile. Einerseits wird die Feststellung der Anmeldepflicht erleichtert und von

schwierigen Auslegungsfragen befreit. Andererseits steigen die Kosten der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Bagatellmärkten an. Die Monopolkommission betrachtet die Auswirkungen der vorgeschlagenen Änderungen als ambivalent. Bei einer Verankerung der Bagatellmarktklausel in der materiellen Fusionskontrolle wären die Implikationen über die optimale Höhe des Schwellenwertes zu bedenken.

- Zu begrüßen sind die Vorschläge im Zusammenhang mit den Nebenbestimmungen zu fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen. Die Beibehaltung des Verbots der laufenden Verhaltenskontrolle wirkt sich positiv aus, weil eine solche Kontrolle hohe Kosten aufseiten der Wettbewerbsbehörden und der betroffenen Unternehmen sowie gegebenenfalls auch bei Dritten verursacht, die etwa bei strukturellen Nebenbestimmungen weitgehend vermieden werden können.

Die geplante Regelung zur Fristverlängerung bei erstmaligem Zusagenangebot ist aufgrund des erheblichen zusätzlichen Ermittlungs- und Verhandlungsaufwands sachgerecht. Sie entspricht in etwa der europäischen Rechtslage in Phase-II-Verfahren.

- Die Vorschläge zur Pressefusionskontrolle sind in ihrer Gesamtheit wettbewerbspolitisch vertretbar. Mit der Absenkung der Presserechenklausel von 20 auf 8 verringert sich zwar die Zahl der Zusammenschlussvorhaben, die der Kontrolle seitens des Bundeskartellamtes unterliegen, deutlich. Positiv ist in diesem Zusammenhang indes zu werten, dass im Hinblick auf die Bagatellmarktklausel weiterhin der Multiplikationsfaktor 20 relevant ist. Wichtig ist zudem, dass die Anwendung der Anschlussklausel auch künftig ausgeschlossen bleibt.
- Die Monopolkommission begrüßt die Neufassung der Regelungen zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht. Systematik und Verständlichkeit der Vorschriften werden dadurch erheblich verbessert.
- Die Monopolkommission hegt grundsätzliche Bedenken gegen die Vorschrift des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB. Einerseits kann das gesetzgeberische Ziel – der Schutz von kleineren Konkurrenten des marktmächtigen Unternehmens – kaum erreicht werden. Andererseits reduzieren behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung den Wettbewerb zwischen den Handelsunternehmen, begünstigen bestehende Vertriebsstrukturen und führen häufig zu höheren Preisen für die Endverbraucher.

Der Ausschluss großer Hersteller aus dem Schutzbereich der Vorschrift ist schon deshalb richtig, weil diese regelmäßig besser in der Lage sind als kleine und mittlere Produzenten, sich gegen sachlich ungerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Große Hersteller können meist günstiger produzieren als ihre kleineren Wettbewerber und besitzen häufig auch bessere Möglichkeiten, ihre Nachfrager zu wechseln.

- Das Auslaufen des Verbots von gelegentlichen Untereinstandspreisverkäufen von Lebensmitteln ist zu befürworten. Die Vorschrift ist ungeeignet, das gesetzgeberische Ziel hoher Lebensmittelqualität zu erreichen. Erstens führen höhere Preise im Einzelhandel nicht zwangsläufig zu Qualitätsverbesserungen im Handel selbst. Und zweitens kann sich der Druck auf die Erzeugerpreise sogar erhöhen, wenn Verkäufe zu Untereinstandspreisen nicht möglich sind.

Gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen bestehen daneben grundsätzliche ordnungspolitische Vorbehalte, weil Untereinstandsangebote vor allem ein Marketinginstrument darstellen, das dem Endverbraucher in Form günstiger Preise zugute kommt. Verdrängungsstrategien sind in aller Regel nicht damit verbunden. Der Schutz kleiner und mittlerer Handelsunternehmen ist kaum erreichbar, da die filialisierten Großunternehmen des Handels allein aufgrund ihres Einkaufsvolumens häufig günstigere Einkaufskonditionen als ihre klei-

neren Konkurrenten erhalten und im Preiswettbewerb somit ohnehin Vorteile besitzen. Die Vorschrift hat sich in der zurückliegenden Behördenpraxis schließlich als wenig praktikabel erwiesen.

- Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass aus ökonomisch-theoretischer Perspektive die Nettowohlfahrtswirkungen eines Verbots von Preis-Kosten-Scheren keinesfalls eindeutig sind. Faktisch kommt es bei den zu erwartenden Wirkungen maßgeblich auf die Art der Umsetzung des Verbots und die Eigenschaften des jeweils betrachteten Marktes an. Hinzu kommen ungeklärte Auslegungsfragen und beträchtliche faktische Probleme bei der Anwendung der Norm. Die Vorschrift sollte daher nur befristet – etwa für fünf weitere Jahre – verlängert werden, um weitere Erfahrungen mit ihrer Praktikabilität und ihren praktischen Wirkungen zu gewinnen.

Nach Auffassung der Monopolkommission können etwaige Wettbewerbsprobleme auf den Tankstellenmärkten nur unter Einbeziehung der Raffinerieebene gelöst werden. Die Monopolkommission regt daher eine Sektoruntersuchung dieses hochkonzentrierten Marktes an.

- Die Vorschrift des § 29 GWB betreffend eine spezielle Missbrauchsaufsicht für Energiemärkte sollte in ihrer Geltung nicht verlängert werden, da sie die Entwicklung echten und wirksamen Wettbewerbs behindert. Nach den bisherigen Erfahrungen richtet sich die Fallpraxis insbesondere auf das einfacher zu kontrollierende Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette im Strom- bzw. Gassektor. Bei dieser Stufe handelt es sich jedoch häufig um die Märkte des Energiesektors, auf denen sich der Wettbewerb am besten entwickelt. Durch die Vorschrift des § 29 GWB wird auf diesen Märkten die Chance auf Markteintritte reduziert und das Wechselverhalten der Kunden von etablierten Versorgern zu neuen Anbietern gebremst. Potenzielle wettbewerbliche Probleme auf vorgelagerten Ebenen lassen sich durch die Kontrolle der Endkundenmärkte für Strom und Gas ebenfalls nicht lösen. Schließlich macht die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes auch methodische Probleme bei der effizienten Kontrolle dieser Märkte deutlich.
- Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB sollte auch nicht auf die Märkte für Fernwärme und Trinkwasser ausgeweitet werden. Zwar ist eine Aufsicht über die Entgelte in diesen Sektoren dringend erforderlich, da es sich im Gegensatz zu den Märkten für Strom und Gas bei der Fernwärme- und Wasserversorgung in der Regel um langfristig resistente Monopole handelt. Andererseits legen methodische Probleme bei der effektiven Anwendung allgemeiner Missbrauchsvorschriften und systematische Überlegungen nahe, eine dauerhafte Kontrolle dieser Sektoren im Rahmen von Regulierung umzusetzen. Die Aufsicht über Entgelte auf den Märkten für Fernwärme und Trinkwasser ist deshalb jeweils einer eigenen sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.
- Für die sektorspezifische Regulierung in der Trinkwasserversorgung hat die Monopolkommission detaillierte Vorschläge unterbreitet. Sie sollte im Wege einer Anreizregulierung erfolgen und – jedenfalls zunächst – bei der Bundesnetzagentur angesiedelt sein.

Bis zur Umsetzung dieser Forderung üben die Kartellbehörden die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 31 RefE aus. In das GWB ist die Befugnis der Kartellbehörden aufzunehmen, im Rahmen des § 31 RefE Feststellungen für die Vergangenheit zu treffen und gegebenenfalls Rückzahlungen an die Verbraucher anzuordnen. Außerdem ist auch für Missbrauchsverfügungen nach § 31 Abs. 6 RefE die sofortige Vollziehbarkeit zu gewährleisten.

Unabhängig vom Eingreifen der sektorspezifischen Regulierung oder der spezifischen Missbrauchsaufsicht im Rahmen des GWB ist gesetzlich zu verankern, dass Wasserentgelte sowohl in Form von Preisen als auch von Gebühren vom Wettbewerbsrecht erfasst sind.

- Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht weist schwerwiegende Lücken bei der Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung auf. Daher erachtet die Monopolkommission eine entsprechende gesetzliche Regelung zur Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge für erforderlich.
- Die gesetzlichen Krankenkassen sind prinzipiell dem allgemeinen Kartellrecht zu unterstellen. Dies gilt sowohl im Verhältnis der Kassen zu den Leistungserbringern als auch zu ihren Mitgliedern; zudem sind im Verhältnis der Kassen untereinander die fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Ausnahmen von der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind ausdrücklich zu benennen und auf Bereiche zu begrenzen, in denen die Kassen aufgrund ihres hoheitlichen Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Die Monopolkommission hat einen entsprechenden Gesetzesvorschlag vorgelegt.
- Die Einrichtung einer – vorerst zeitlich begrenzten – deutschen Markttransparenzstelle neben einer entsprechenden europäischen Institution (ACER, Agency for the Cooperation of Energy Regulators) erscheint der Monopolkommission erwägenswert. Sie empfiehlt, eine nationale Markttransparenzstelle von den rechtsanwendenden Behörden unabhängig einzurichten und lediglich organisatorisch dem Bundeskartellamt oder der Bundesnetzagentur anzugliedern. Hierdurch könnten Flexibilität und Dynamik, insbesondere bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und -analyse, weitestmöglich gefördert werden.
- Die Monopolkommission befürwortet die Einführung eines allgemeinen Stellungnahme-rechts des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren mit wettbewerblichem Bezug. Die Ausübung eines solchen Rechts durch das fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Bundeskartellamt würde die Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers deutlich verbessern. Die gesetzliche Verankerung einer entsprechenden Befugnis hätte außerdem insgesamt positive Auswirkungen auf die Verbreitung des Wettbewerbsgedankens.