

Schmidt, Ingo

**Article — Published Version**

## Hauptprobleme der 7. Kartellnovelle: Die Wende in der Kartellpolitik

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Schmidt, Ingo (2005) : Hauptprobleme der 7. Kartellnovelle: Die Wende in der Kartellpolitik, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Springer, Heidelberg, Vol. 85, Iss. 8, pp. 536-540, <https://doi.org/10.1007/s10273-005-0414-7>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/42410>

### Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

### Terms of use:

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

Ingo Schmidt

# Hauptprobleme der 7. Kartellnovelle: Die Wende in der Kartellpolitik

*Am 1. Juli 2005 ist die 7. Kartellnovelle in Kraft getreten. Im Mittelpunkt steht eine Anpassung des deutschen an das europäische Kartellrecht. Was wurde bei der Harmonisierung des deutschen Kartellrechts im einzelnen beschlossen?*

Im Mittelpunkt der Siebten Novelle zum GWB, die am 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist<sup>1</sup>, steht eine Anpassung an die neue Konzeption des europäischen Wettbewerbsrechts. Im April 1999 hatte die Europäische Kommission ein Weißbuch zur Modernisierung des europäischen Wettbewerbsrechts<sup>2</sup> veröffentlicht und die Notwendigkeit einer Reform mit der Flut von Anmeldungen wettbewerbsbeschränkender Absprachen im Sinne des Art. 81 I EGV begründet, die durch die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission und die steigende Zahl der EU-Mitglieder (von ursprünglich sechs auf mittlerweile 25) hervorgerufen worden sei<sup>3</sup>. Am 16. Dezember 2002 hat die Europäische Kommission daher eine Nachfolgeverordnung Nr. 1/03 zur alten Verordnung Nr. 17/62 erlassen, die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten und durch folgende Schwerpunkte charakterisiert ist:

- Abschaffung der Anmeldepflicht für wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Sinne des Art. 81 I EGV und damit des obligatorischen Verwaltungsverfahrens zur Erlangung einer Freistellung; d.h., die Ex-ante-Kontrolle wird gemäß Art. 1 II Verordnung Nr. 1/03 durch eine Legalausnahme für Freistellungen im Sinne des Art. 81 III EGV und damit eine Ex-post-Kontrolle ersetzt (Problem der Rechtssicherheit bei Selbsteinschätzung der Unternehmen, dem durch Leitlinien begegnet werden soll).
- Abschaffung des Monopols der Europäischen Kommission für Freistellungen nach Art. 81 III EGV und Dezentralisierung gemäß dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Verordnung Nr. 1/03), ohne daß eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten vorgesehen ist (Problem der Kohärenz der Entscheidungen der nationalen Kartellbehörden und Gerichte). Dem soll durch eine Zusammenarbeit der Europäischen Kom-

mission und der nationalen Kartellbehörden im Rahmen des European Competition Network begegnet werden.

- Die Gruppenfreistellungsverordnungen werden beibehalten; sie binden als Verordnungen im Sinne von Art. 249 II EGV nationale Gerichte und Kartellbehörden, was den deutschen Gesetzgeber zu der umstrittenen sogenannten dynamischen Verweisung in § 2 II GWB veranlaßt hat.

Die neue Wettbewerbspolitik soll insbesondere durch sogenannte Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale und vertikale Zusammenarbeit<sup>4</sup> konkretisiert werden.

## Der europarechtliche Hintergrund der 7. GWB-Novelle

Die Bundesregierung hatte – insbesondere unterstützt von der Monopolkommission und dem Wissenschaftlichen Beirat beim BMWi<sup>5</sup>, die sich äußerst kritisch zu dem geplanten wettbewerbspolitischen Systemwechsel geäußert hatten – im Europäischen Ministerrat verhaltenen Widerstand gegen die neue Wettbewerbspolitik geleistet, sah sich jedoch poli-

<sup>1</sup> Vgl. Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Bundestagsdrucksachen 15/3640, 15/5049 und 15/5735.

<sup>2</sup> Vgl. Europäische Kommission: Weißbuch zur Modernisierung des europäischen Wettbewerbsrechts, in: ABI EG 1999 Nr. C 132, S. 1.

<sup>3</sup> Vgl. dazu die Kritik von Volker Emmerich: Kommentar: Zur Mär von der Arbeitsüberlastung der Kommission, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 51. Jg. (2001), H. 1, S. 3.

<sup>4</sup> Vgl. Europäische Kommission: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über vertikale oder horizontale Zusammenarbeit, in: ABI EG 2000 Nr. C 291, S. 1 ff., und 2001 Nr. C 3, S. 2 ff.

<sup>5</sup> Zur ordnungspolitischen Diskussion über das Pro und Contra dieses Systemwechsels vgl. die diversen Gutachten der Monopolkommission: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?, Sondergutachten 28, Baden-Baden 1999; dies.: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004; dies.: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 42, Baden-Baden 2004. Vgl. auch o.V.: Reform der europäischen Kartellpolitik – Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 50. Jg. (2000), H. 11, S. 1096 ff.

*Prof. Dr. Ingo Schmidt, 73, ist Emeritus für Volkswirtschaftslehre an der Universität Hohenheim und Lehrbeauftragter für Wettbewerbstheorie und -politik an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin.*

tisch allein gelassen und hatte in der entscheidenden Ministerratssitzung von Ende 2002 der neuen Verordnung Nr. 1/2003 zugestimmt, um nicht in eine Außenseiterposition zu geraten<sup>6</sup>. Der aus deutscher Sicht – aufgrund der Erfahrungen in der NS-Diktatur – eine zentrale Rolle zukommenden Frage der Rechtssicherheit wird in den anderen EU-Staaten offensichtlich nicht die gleiche Bedeutung zugemessen. Die Bundesregierung, deren Sinn für Ordnungspolitik unter rot-grüner Leitung allerdings nicht besonders ausgeprägt ist, hatte auch die naheliegende Idee einer Koalition mit Großbritannien nicht aufgegriffen, das sich durch den wettbewerbspolitischen Schwenk in Brüssel in seiner neuen nationalen Wettbewerbspolitik düpiert sah und insofern einen idealen Bündnispartner abgegeben hätte<sup>7</sup>. Zwei große Mitgliedstaaten hätten bei gemeinsamem Vorgehen erfahrungsgemäß den aus deutscher Sicht unerwünschten Schwenk in der europäischen Wettbewerbspolitik verhindern können.

#### **Der Übergang vom Anmelde- und Genehmigungsverfahren zur Legalausnahme**

Das bislang bestehende kasuistisch ausgestaltete Anmelde- und Genehmigungssystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne des § 1 GWB ist im Interesse der Einheit des Wettbewerbsrechts in ein System der generalklauselhaften Legalausnahme überführt worden, wie sie die bereits zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene Verordnung Nr. 1/2003 vorsieht. Danach gelten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen automatisch als freigestellt vom Kartellverbot, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 I GWB – entspricht Art. 81 III EGV – erfüllen. Dies sollen die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen allerdings im Wege der sogenannten Selbstveranlagung feststellen, was Probleme hinsichtlich der Rechtssicherheit im Hinblick auf Ordnungswidrigkeiten und zivilrechtliche Wirksamkeit aufwirft. Die Beweislast für einen Verstoß gegen das Kartellverbot trägt die Kartellbehörde oder im Zivilverfahren die klagende Partei, die Beweislast für das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen obliegt den Unternehmen.

Die Bundesregierung sieht in dem – von ihr in Brüssel mit Bedenken mitgetragenen – Systemwechsel den Vorteil der größeren wirtschaftlichen Flexibilität und einer Internalisierung der Kosten für die präventive Rechtskontrolle wettbewerbsbeschränkender Ver-

einbarungen und Verhaltensweisen. Dem stehen als Nachteil die geringere Rechtssicherheit für die Unternehmen und die Probleme einer wettbewerbspolitisch unzureichenden Ex-post-Mißbrauchsaufsicht gegenüber. Das Problem der Rechtssicherheit wird von den deutschen Unternehmen offensichtlich unterschiedlich gesehen. Großunternehmen mit einer gut ausgebauten Rechtsabteilung und dem nötigen „Kleingeld“ für eventuelle Gutachten zur Untermauerung der eigenen Rechtsposition empfinden die eingeschränkte Rechtssicherheit offenbar als weniger gravierend als kleine und mittlere Unternehmen, die nicht über diese personellen und finanziellen Ressourcen verfügen.

#### **Die neue Ausgestaltung des Kartellverbots**

Das neue Kartellverbot ist durch eine Reihe von Eckpunkten charakterisiert:

(1) Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen werden wie in Art. 81 I EGV gleich behandelt, d.h., vertikale Wettbewerbsbeschränkungen werden in das allgemeine Verbot des § 1 GWB einbezogen. Die Ausnahme von dem vertikalen Preisbindungsverbot für Zeitungen und Zeitschriften (§ 30 GWB) wird allerdings beibehalten; die Preisbindung der zweiten Hand für Bücher ist durch das Buchpreisbindungsgesetz vom 1.10.2002 geregelt. Dementsprechend sind die §§ 14 bis 18 GWB alte Fassung aufgehoben worden.

Der neue § 1 GWB soll insbesondere sogenannte Hard core restrictions (wie die Regelbeispiele in Art. 81 I EGV zur Festsetzung von Preisen, Rabatten oder Marktanteilen sowie zur Beschränkung der Produktion oder Aufteilung von Märkten oder Kunden) erfassen.

(2) An die Stelle der speziellen Freistellungstatbestände im geltenden Recht (§§ 2 bis 6 und 8 GWB alte Fassung) tritt eine dem Art. 81 III EGV entsprechende Generalklausel (§ 2 GWB). Das soll auch für rein nationale Fälle mit nur lokalen oder regionalen Wettbewerbsbeschränkungen gelten, die nicht zwischenstaatlich relevant sind (§ 2 II 2 GWB), um eine Zerteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug zu vermeiden. Dies wäre zwar rechtlich möglich, jedoch unzumutbar gewesen.

Die Legalausnahme des § 2 I GWB läßt sich als eine Art Rule of reason für effizienzsteigernde Absprachen charakterisieren, die an die Stelle der bisher kasuistisch ausgestalteten Freistellungstatbestände der §§ 2 bis 6 und 8 sowie 14 bis 18 GWB alte Fassung tritt; ih-

<sup>6</sup> Vgl. Peter Klockner: Kommentar: Fit machen für den „Kulturwechsel“, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 52. Jg. (2002), H. 12, S. 1151.

<sup>7</sup> Vgl. den Vorschlag von Ingo Schmidt: Kommentar: Ein Weg für mehr Rechtssicherheit und effizienten Wettbewerbsschutz, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 52. Jg. (2002), H. 1, S. 3.

re Konkretisierung wird Aufgabe der Rechtsprechung in der Zukunft sein. Die Nichtanwendung des Verbots des § 1 GWB setzt allerdings voraus, daß die vier Voraussetzungen des § 2 I GWB erfüllt sind:

- Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts
- unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn, ohne daß den beteiligten Unternehmen
- Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder
- Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Diese Legalausnahme hat zwar den Vorteil der größeren wirtschaftlichen Flexibilität (und entspricht insofern dem alten § 7 GWB, der allerdings als Anmelde- und Erlaubnisverfahren ausgestaltet war), jedoch den Nachteil der mangelnden Rechtssicherheit für die Unternehmen und der eingeschränkten kartellbehördlichen Kontrollmöglichkeit über im Einzelfall qua Selbsteinschätzung legalisierte Wettbewerbsbeschränkungen. Die Bundesregierung geht im Hinblick auf die Legalausnahme davon aus, daß sich die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 I GWB bzw. Art. 81 III EGV weitgehend mit den bisherigen §§ 2 ff. GWB alte Fassung decken.

(3) Abweichend vom europäischen Recht werden im GWB im Interesse der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen und des Ausgleichs gewisser Nachteile eine Reihe von Ausnahmen beibehalten, die als Kooperation im weitesten Sinne bezeichnet werden können. Dazu rechnen insbesondere zwei Formen von Wettbewerbsbeschränkungen als beispielhafte Konkretisierung der Legalausnahme in § 2 GWB:

- Mittelstandskartelle kleinerer und mittlerer Unternehmen im Sinne des § 3 GWB, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt und die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen verbessert wird. Eine solche spezielle Legalausnahme ist nach Auffassung der Bundesregierung durch die Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission vom 22.12.2001 gedeckt, wenn der kumulierte Marktanteil der Wettbewerber 10% nicht überschreitet und keine grundsätzlich bedenklichen Kernbeschränkungen wie z.B. Festsetzung von Preisen, Rabatten oder Marktanteilen sowie Beschränkung der Pro-

duktion oder Aufteilung von Märkten oder Kunden vorliegen.

Für eine Übergangsfrist von vier Jahren (bis zum 30.6.2009) haben Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen einen Anspruch auf eine Entscheidung gemäß § 32c GWB, daß für die Kartellbehörde kein Anlaß zum Tätigwerden besteht. Damit soll dem Bedürfnis des Mittelstandes nach Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.

- Wettbewerbsregeln im Sinne der §§ 24 ff. GWB, die dem Zweck dienen, einem den Grundsätzen des lauterer oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken. Die Anerkennung von Wettbewerbsregeln durch die Kartellbehörden bindet gemäß § 26 I GWB nur die Behörde, nicht dagegen die Gerichte im Falle zivilrechtlicher Streitigkeiten. Dabei bleibt offen, ob von der Anerkennung durch die Kartellbehörden eine faktische Bindungswirkung auf die Gerichte ausgeht.

Die Bundesregierung geht bei der Schaffung der verschiedenen Formen der Kooperation davon aus, daß die strukturellen Wettbewerbsnachteile kleinerer und mittlerer Unternehmen kompensiert werden sollen und der Wettbewerb gegenüber größeren Mitbewerbern unter Umständen sogar verstärkt werden kann.

#### **Keine Änderungen beim Behinderungsmissbrauch und der Fusionskontrolle**

Die Vorschriften über die Mißbrauchsaufsicht über marktstarke und marktbeherrschende Unternehmen werden beibehalten, da der unbedingte Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts nicht für die Mißbrauchsaufsicht bei einseitigem wettbewerbsbeschränkendem Verhalten gilt. Zudem erfülle die Mißbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen im Sinne des § 20 GWB wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktionen. In § 19 Abs. 2 S. 3 GWB wird lediglich klargestellt, daß der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.

Das Eingreiffkriterium bei der Fusionskontrolle (Dominanztest) wird nicht geändert, solange keine Erfahrungen mit dem neuen EG-Eingreiffkriterium: erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs, vorliegen. Das erscheint im Hinblick auf die Rechtssicherheit sinnvoll.

#### **Die Ausnahmereiche im GWB**

Die bisherigen Ausnahmereiche sind reduziert worden auf den landwirtschaftlichen Sektor (§ 28 GWB gemäß Verordnung Nr. 26/62) und die

vertikale Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften gemäß § 30 GWB. Der Wegfall der Sonderregeln im GWB für bestimmte Wirtschaftsbereiche bedeutet allerdings nicht die automatische Unzulässigkeit bisher freigestellter bzw. freistellungsfähiger Vereinbarungen; vielmehr ist gegebenenfalls zu prüfen, ob eine Legal Ausnahme im Sinne des § 2 GWB bzw. Art. 81 EGV vorliegt.

Der einsame Versuch von Bundesminister Clement, für die Presse einen neuen Ausnahmebereich zu schaffen, „um die ökonomischen Grundlagen der vorhandenen Pressevielfalt zu sichern“ durch:

- Erweiterung der Kooperationsmöglichkeiten im Anzeigenbereich,
- Erweiterung der kontrollfreien Zone in der Fusionskontrolle durch Anhebung der Aufgreifschwelle und Einführung einer Bagatellklausel sowie
- Schaffung der Möglichkeit für Zeitungs- und Zeitschriftenverlage, sich trotz Marktbeherrschung zusammenzuschließen,

ist am gemeinsamen Widerstand von Grünen und linkem SPD-Flügel im Bundestag sowie der Opposition im Bundesrat gescheitert. Die beabsichtigte Schaffung eines Ausnahmebereiches Presse ist ursächlich für die Verzögerung der 7. GWB-Novelle, die eigentlich zum 1. Mai 2004 in Kraft treten sollte. Sie wurde im wesentlichen außer von Minister Clement nur von den drei Großverlagen (Holtzbrinck, WAZ und Springer) unterstützt. Die Monopolkommission hatte sich entschieden dagegen ausgesprochen<sup>8</sup>.

#### **Ausweitung der zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen**

Zum Ausgleich der durch das System der Legal Ausnahme tendenziell verminderten behördlichen Kontrollen gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen sind die zivilrechtlichen Sanktionen bei Verstößen ausgeweitet und verstärkt worden, um einen wirksamen Ausgleich für die Geschädigten sicherzustellen und zugleich den abschreckenden Effekt zu verstärken<sup>9</sup>:

- Nach § 33 I GWB können Mitbewerber oder sonstige Marktbeteiligte (Abnehmer und Lieferanten) bei Kartellverstößen Ansprüche auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung geltend machen.

<sup>8</sup> Vgl. Monopolkommission: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, a.a.O.

- Nach § 33 II GWB können diese Ansprüche auch von gewerblichen Verbänden geltend gemacht werden. § 33 II Entwurf hatte zudem vorgesehen, daß Verbraucherverbände Kartellverstöße einklagen und eine Herausgabe der erlangten Kartellrendite verlangen können. Dieser Vorschlag ist auf Drängen der Opposition im Vermittlungsausschuß gestrichen worden.

- Nach § 33 III GWB können die Geschädigten Schadensersatz verlangen. Die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises soll dadurch erleichtert werden, daß bei der Schadensermittlung die Beweiserleichterung des § 287 ZPO Anwendung findet.

- § 34 GWB soll die Möglichkeiten der Kartellbehörde zur Vorteilsabschöpfung erleichtern.

- Der neue § 34 a GWB sieht subsidiär einen Anspruch der Verbände auf Vorteilsabschöpfung für den Fall der Massen- und Streuschäden bei einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern vor, die allerdings dem Bundeshaushalt zufließen sollen, so daß kein wirtschaftlicher Anreiz für die Verbände gegeben ist, derartige Klagen anzustrengen.

#### **Die neuen verfahrensrechtlichen Regelungen im GWB**

Die Verfahrensregelungen im GWB sind an die neuen Regelungen der Verordnung Nr. 1/2003 angepaßt worden; die bisherigen §§ 9 bis 13 GWB alte Fassung sind aufgehoben worden. Während bisher – je nach dem Grad der Wettbewerbsgefährdung – Kartelle in einem dreimonatigen Anmelde- und Widerspruchsverfahren (z.B. Konditionenkartelle) oder einem zeitlich nicht begrenzten Anmelde- und Erlaubnisverfahren (z.B. Syndikate) administrativ freigestellt werden konnten, entfällt mit der 7. GWB-Novelle diese zugleich der Rechtssicherheit der Unternehmen und dem Wettbewerbsschutz dienende Möglichkeit. Zur Durchsetzung des Kartellgesetzes bestehen nur noch die folgenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten.

#### **Bußgeldverfahren**

Das Bußgeldverfahren sieht in § 81 IV GWB Geldbußen bis zu maximal 1 Mio. Euro vor und über diesen Betrag hinaus Geldbußen gegen ein Unternehmen

<sup>9</sup> Die Monopolkommission hatte in ihrem Sondergutachten 28 zur Kartellpolitischen Wende in der Europäischen Union unter Ziffer 78 dazu folgendes ausgeführt: „Aus dem Übergang von einer präventiven, behördlichen Kontrolle hin zu einem System, bei dem sich kartellierende Unternehmen weitgehend selbst einschätzen, ergibt sich eine Verschärfung der Sanktionen fast zwingend. ....In Betracht kommen eine drastische Ausschöpfung des ohnehin weitreichenden finanziellen Sanktionsrahmens, eine Kronzeugenregelung, zivilrechtliche ‚punitive damages‘ und ‚class actions‘, ein Übergang von Bußgeldern zu Kriminal- bzw. Haftstrafen.“ (Monopolkommission: Kartellpolitische Wende..., a.a.O., Ziffer 78.).

oder eine Unternehmensvereinigung bis zu 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes. Anders als der Sherman Act oder der Britische Enterprise Act kennt das GWB kein Strafverfahren mit Geld- und/oder Freiheitsstrafe, sondern lediglich ein Ordnungswidrigkeitsverfahren mit Geldbußen. Ordnungswidrigkeiten stellen kein kriminelles Vergehen dar.

### Verwaltungsverfahren

Infolge des Überganges zum Prinzip der Legalausnahme in § 2 GWB ist die alte Administrativfreistellung gemäß den §§ 9 bis 14 GWB alte Fassung entfallen. Nach Inkrafttreten des neuen Rechts können folgende Formen des Verwaltungsverfahrens unterschieden werden:

- Im Rahmen von Untersagungsverfahren im Sinne des § 32 GWB kann die Kartellbehörde Entscheidungen über die Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des GWB und die Art. 81 und 82 EGV treffen. Das schließt auch die Möglichkeit ein, ein bestimmtes Verhalten (positive Tenorierung) oder – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – strukturelle Maßnahmen (Entflechtung) anzuordnen, wenn es keine verhaltensorientierte Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit gibt. Sie kann ferner Fusionen im Sinne des § 36 I GWB oder mißbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne der §§ 19/20 GWB verbieten. Im Rahmen eines solchen Mißbrauchsverfahrens kann die Kartellbehörde Verträge für unwirksam erklären oder den Beteiligten aufgeben, die Verträge zu ändern oder einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen.
- Gemäß § 32 a GWB kann die Kartellbehörde in dringenden Fällen von Amts wegen einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung des Kartell- und Mißbrauchsverbotes anordnen.
- Gemäß § 32 b GWB kann die Kartellbehörde im Rahmen eines Untersagungsverfahrens im Sinne von § 32 GWB Verpflichtungszusagen, die geeignet sind, wettbewerbsrechtliche Bedenken auszuräumen, für die Unternehmen für bindend erklären.
- Da die mittelständische Wirtschaft ein erhebliches Bedürfnis nach Rechtssicherheit hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Kooperationen hat und es in einem System der Legalausnahme keine konstitutiven Freistellungsentscheidungen mehr geben kann, kann die Kartellbehörde gemäß § 32 c GWB entscheiden, daß für sie kein Anlaß zum Tätigwerden besteht. Eine solche Entscheidung, die dem früheren Brüsseler Negativattest entspricht, be-

inhaltet zwar keine konstitutiv wirkende Freistellung im Sinne des alten Administrativverfahrens, sondern hat nur deklaratorischen Charakter, beinhaltet jedoch eine Selbstbindung der Kartellbehörde. Von dieser Selbstbindung der Kartellbehörden dürfte im Hinblick auf die Zivilgerichte allerdings langfristig eine faktische Bindungswirkung ausgehen.

- Gemäß § 32 e GWB kann das Bundeskartellamt bestimmte Wirtschaftszweige oder bestimmte Arten von Vereinbarungen untersuchen (Enquête-Recht).
- Die Kartellbehörde kann auch einstweilige Anordnungen im Sinne des § 60 GWB zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes treffen oder die sofortige Vollziehung einer Verfügung anordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist (§ 65 GWB).
- Um unnötige Blockaden von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamtes zu verhindern, soll in Verfahren über die Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz auf die Verletzung der Rechte des Beschwerdeführers als maßgeblichem Kriterium abgestellt werden (§ 65 III 4 GWB), um Investitionshemmnisse mit nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland zu vermeiden. Diese Novellierung ist durch die Erfahrungen im Falle der Ministerfusion E.ON/Ruhrgas ausgelöst worden.

### Private Schadensersatz- und Unterlassungsklagen

Im Zivilverfahren kann gemäß § 33 GWB bei Verletzung einer Vorschrift oder einer rechtskräftigen Verfügung, die den Schutz eines anderen bezweckt (Schutznorm – z.B. die Vorschriften der §§ 1 oder 19/20 GWB), auf Beseitigung bzw. Unterlassung und bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens geklagt werden. Die rechtswidrig erlangten Vorteile können durch die Kartellbehörden (§ 34 GWB) oder Verbände (§ 34 a GWB) abgeschöpft werden.

Es bleibt abzuwarten, wie Kartellbehörden, Gerichte und Unternehmen mit der Legalausnahme anstelle der Administrativfreistellung zu Rande kommen werden. Eine vergleichbare Regelung kannten wir in Deutschland bisher nur im Rahmen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), wo die Unternehmen im Rahmen einer Selbsteinschätzung zu befinden haben, ob ihr Verhalten gegen das Gesetz verstößt oder nicht. Diese Frage kann dann letztlich nur ex post durch eine Gerichtsentscheidung geklärt werden.