Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie



Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie - 80525 München

Per Email:

Herrn Ministerialrat
Dr. Thorsten Käseberg
Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie
Scharnhorststraße 34-37,
10115 Berlin

Bearbeiter/in Köhnlein, Veronika

> Telefon 089 2162-2223

Telefax 089 2162-3223

E-Mail

veronika.koehnlein@stmwi.bayern.de

Ihr Zeichen Ihre Nachricht vom

IB2 - 20302/004-002, 23.01.2020

GWB10@bmwi.bund.de

Bitte bei Antwort angeben Unser Zeichen, Unsere Nachricht vom

W-5521m/4/4

München,

12.02.2020

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Länderanhörung

Sehr geehrter Herr Dr. Käseberg,

vielen Dank für die Übermittlung des Referentenentenwurfs und die Gelegenheit zu diesem Stellung nehmen zu können.

Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie (im Folgenden *StMWi*) begrüßt es, dass das BMWi mit seinem Referentenentwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz Gesetzgebung am Puls der Zeit praktiziert. Gerade auch das Engagement für die Digitalökonomie ist auch für die bayerische Wirtschaft äußert wichtig, um ihre Position im internationalen Wettbewerb zu behaupten.

Um einen echten Mehrwert zu erzielen, müssen Neuregelungen auch effektiv in der Praxis umgesetzt werden können. Das StMWi wird daher im Folgenden sowohl aus wettbewerbspolitischer Sicht als auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unter Einbindung der bayerischen Justiz zum vorgelegten Referentenentwurf Stellung beziehen:

Allem voran ist anzumerken, dass trotz des nationalen Vorstoßes europäische Lösungen Vorrang haben müssen, um ein Auseinandertreiben des nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts zu vermeiden. Soweit keine grundlegenden länderspezifischen Besonderheiten vorhanden sind, kann der Binnenmarkt nur mit Hilfe eines harmonisierten Wettbewerbsrechts gestärkt werden. Sollte die EU-Kommission entsprechende Anpassungen des Wettbewerbsrechts zeitnah auf den Weg bringen, könnte die Notwendigkeit der vorgeschlagenen Anpassungen zum jetzigen Zeitpunkt überdacht werden.

1. § 19 Abs. 1 GWB-RefE

Das Bundeskartellamt ist in seiner Entscheidung vom 6. Februar 2019 zum Schluss gekommen, dass die Art und Weise der Datenverarbeitung von Facebook den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, und hat dem Konzern weitreichende Beschränkungen bei der Verarbeitung von Nutzerdaten auferlegt. Diese Auffassung ist jedoch vom OLG Düsseldorf im Beschluss vom 26. August 2019 (Az. VI Kart 1/19) zurückgewiesen worden, wobei vor allem die nach Ansicht des Gerichts für die Feststellung des Marktmissbrauchs notwendige Kausalität zwischen den vorgeworfenen Datenschutzverletzungen und der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verneint wurde.

Vor diesem Hintergrund ist die im Gesetzentwurf vorgesehene Neufassung des § 19 Abs. 1 GWB zu begrüßen, durch die klargestellt wird, dass an die Annahme eines Missbrauchstatbestandes – insbesondere auch an den Konditionenmissbrauch – keine qualifizierenden Anforderungen im Sinne einer "strikten Kausalität" gestellt werden können. Mit dieser Neuerung reagiert der

Gesetzgeber ausdrücklich auf die sehr restriktive Entscheidung des OLG Düsseldorf und stärkt damit in zu unterstützender Weise die Stellung des Bundeskartellamtes bei der Bekämpfung unerwünschter Marktentwicklungen bei großen Datenkonzernen.

2. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE

In der Neufassung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB wird der bisherige letzte Satzteil geändert.

Die alte Fassung lautet: "dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist".

In der neuen Fassung heißt es stattdessen: "es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt".

Die Änderung wird in der Begründung zum Gesetzesentwurf nicht erläutert. Die neue Formulierung kann jedoch als eine Ausdehnung der Ausnahmeregelung gesehen werden. Die in der alten Fassung aufgezählten Gründe stellen zwar unzweifelhaft sachliche Gründe dar. Es ist jedoch denkbar, dass über die bisher genannten Aspekte weitere sachliche Gründe bestehen können, die eine Weigerung rechtfertigen können. Es ist unklar, ob eine solche inhaltliche Änderung tatsächlich gewünscht oder ob lediglich eine redaktionelle Änderung beabsichtigt ist.

3. §§ 18 – 20 GWB-RefE

Am Beispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE wird ganz allgemein auf folgende Problematik hingewiesen:

Klagen, die auf §§ 18 bis 20 GWB gestützt werden, bilden – neben Schadensersatz wegen Kartellverstoßes – einen Schwerpunkt der kartellrechtlichen Verfahren vor den Kartellzivilkammern und den für Kartellverfahren – mit Ausnahme des Schadensersatzes – auch zuständigen Handelskammern. Vergleichsweise häufig sind Belieferungs- oder Leistungszugangsansprüche, die als Beseitigungsansprüch gemäß § 33 Abs. 1 GWB geltend gemacht werden.

Auch über § 134 BGB kann ein Verstoß gegen §§ 18 bis 20 GWB in verschiedenen Anspruchskonstellationen relevant werden.

Die komplizierte Struktur der Vorschriften ist einer effizienten Verfahrensführung dabei hinderlich. Der aktuelle Entwurf und seine Begründung zeigen deutlich, dass die Regelung in erster Linie auf die Anwendung durch die Kartellbehörde ausgerichtet ist, deren Tätigkeit ganz anders strukturiert ist als die eines Zivilgerichts. Ein anschauliches Beispiel hierfür ist § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE:

Festzustellen sind die marktbeherrschende Stellung, die objektive Notwendigkeit der Belieferung, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein, die drohende Gefahr einer Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs durch die Lieferverweigerung, das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung für die Lieferverweigerung und die Bewertung eines Entgelts als angemessen.

Es liegt auf der Hand, dass aufgrund der Vielzahl der Tatbestandsvoraussetzungen und der damit einhergehenden notwendigen, häufig streitigen, Feststellungen sowie der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und notwendiger Wertungen sowohl Parteien als auch Gerichte in einen Zivilprozess hier an ihre Grenzen stoßen.

Diese Problematik sollte der Gesetzgeber bei Änderungen im GWB generell im Auge behalten und versuchen, auf bestimmbare Rechtsbegriffe zu setzen bzw. – soweit sich unbestimmte Rechtsbegriffe nicht vermeiden lassen – diese in der Gesetzesbegründung oder durch Leitfäden zu konkretisieren.

1. § 19a GWB-RefE

Zu § 19a GWB-RefE wird Folgendes angemerkt:

Die Ausgestaltung des § 19a GWB-RefE ausschließlich als Eingriffsnorm, die nicht Grundlage für zivilrechtliche Ansprüche sein kann, ist auch aus Sicht der bayerischen Justiz zu begrüßen. Nach mündlicher Aussage von Vertretern des BMWi (vgl. dazu u. a. Thiede/Klumpe, ÖstZKart 2019, 210, 213) entspricht dies der Intention der Entwurfsverfasser.

Dies kommt jedoch nicht hinreichend im Wortlaut des Gesetzesentwurfs zum Ausdruck. Die Gesetzessystematik und der Wortlaut sprechen eher für eine gegenteilige Auslegung: Gemäß §§ 33 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2, 33a GWB kann der Verstoß gegen eine Verfügung der Kartellbehörde Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz begründen. Es ist daher eine Klarstellung veranlasst; zumindest sollte die Begründung – ggf. zusätzlich zu den untenstehenden Ergänzungsanregungen – eine entsprechend eindeutige Passage enthalten, wonach durch einen Verstoß gegen § 19a GWB-RefE zivilrechtliche Ansprüche nach §§ 33 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2, 33a GWB nicht begründet werden.

Vorschlag:

Nach § 19a Abs. 3 Satz 1 GWB-RefE wird ergänzt: "Auf Verfügungen gemäß Abs. 2 ist § 33 Abs. 1 nicht anwendbar."

Ferner ist zu § 19a GWB-RefE daneben Folgendes anzumerken:

In Absatz 1 des neuen § 19a GWB-RefE wird die Möglichkeit geschaffen, dass das Bundeskartellamt durch Verfügung feststellen kann, dass einem Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Diese Beurteilung ist neben Verfahren vor dem Bundeskartellamt auch von Bedeutung in zivilgerichtlichen Verfahren, bei denen §§ 19, 20 GWB zur Anwendung kommen. Es stellt sich daher die Frage, in-Bundeskartellamts wieweit eine solche Verfügung des nach § 19a Abs. 1 GWB-RefE in zivilgerichtlichen Verfahren eine Bindungswirkung entfaltet. § 19a Abs. 3 GWB-RefE regelt lediglich, dass §§ 19, 20 GWB unberührt bleiben. Dies spricht dafür, dass die neue Regelung des § 19a GWB keine Auswirkungen auf Verfahren nach §§ 19, 20 GWB entfalten und somit eine Bindungswirkung ausgeschlossen sein soll. Eine Klarstellung in der Begründung wäre auch hierzu wünschenswert.

Daneben wird eine Klarstellung im Gesetzestext oder zumindest in der Begründung angeregt, dass Verstöße gegen Verfügungen nach § 19a Abs. 2 GWB-RefE keine zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche begründen können.

2. Anspruch auf Zugang zu Daten

Auf der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 4. Oktober 2018 war deutlich geworden, dass Kartellrecht und Datenschutzrecht parallel weiterentwickelt werden müssen, um der Digitalökonomie im Ganzen gerecht zu werden. Keinesfalls darf das Kartellrecht als Brechstange gegen den Datenschutz missverstanden werden. Neben dem Schutz von Betriebsgeheimnissen kommt dem Schutz der Bürgerrechte im Wettbewerbsgeschehen eine zentrale Rolle zu. Geraten die Datenschutzbelange der Bürger beim Bemühen um möglichst intensiven Innovationswettbewerb in der Datenökonomie in den Hintergrund, so beschwört dies die Gefahr eines Vertrauensverlusts in Unternehmen, Marken, Geschäftsbeziehungen und letztlich in die Märkte selbst herauf. Dies wäre auch im wohlverstandenen Interesse der Wirtschaft absolut kontraproduktiv. Es wird eindringlich darauf hingewiesen, dass es rein technische, nicht personenbezogene Daten in der Praxis nicht gibt, sondern so gut wie jedes Datum zumindest personen- oder unternehmensbeziehbar ist oder durch weitere Verarbeitung wieder werden kann. Die Kernfrage lautet, wann und unter welchen Umständen es einem datenhaltenden Unternehmen zumutbar ist, die ihm für einen bestimmten vertraglichen Zweck von seinen Kunden anvertrauten Daten für Dritte zur Verfügung zu stellen, nachdem die rechtlich notwendigen Grundlagen nach Art. 5 ff. DS-GVO geschaffen sind. Für die Wirtschaft erscheint es wesentlich, im GWB möglichst wenig Kollisionspunkte mit dem zwingenden europäischen Datenschutzrecht zu provozieren.

Erhebliche Tragweite haben neue bzw. erweiterte Ansprüche auf Zugang zu Daten in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE, §19a Abs. 2 Nr. 3 und 4 GWB-RefE und § 20 Abs. 1a und 3a GWB-RefE. Hier ist darauf hinzuweisen, dass sich aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1a GWB-RefE die in der Begründung auf

Seite 83 angeführten einschränkenden Voraussetzungen nicht ergeben. So ist nicht erkennbar, dass sich der Anspruch auf Konstellationen beschränkt. in denen "die Vorteile einer mehrfachen Nutzung der betreffenden Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diese Daten überwiegen". Im Weiteren nimmt die Begründung auf die Studie zur "Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen" von Schweizer/Haucap/Kerber/Welker Bezug, die einen Datenzugang jedoch nur in Konstellationen empfiehlt, in denen in Durchführung eines Vertragsverhältnisses gemeinsame Wertschöpfungsbeiträge erbracht wurden, die Daten aber sodann nur dem marktmächtigen Unternehmen zur Verfügung stehen. Die Verfasser der Studie haben den Datenzugangsanspruch auf automatisiert erzeugte Maschinen- bzw. Dienstnutzungsdaten in einem Wertschöpfungsnetzwerk empfohlen (Studie Seite 156). Solche Einschränkungen finden sich weder im Wortlaut noch in der Begründung des Entwurfs. Der Anspruch aus § 20 Abs. 1a GWB-RefE ist in keiner Weise auf bestehende Vertragsverhältnisse beschränkt (die Anbieter-Nachfrage-Beziehung § 20 Abs. 1 GWB, auf welche die Begründung auf Seite 83 Bezug nimmt, setzt keine Vertragsbeziehung voraus). Zwar heißt es dort weiter, Zurückhaltung sei in Konstellationen geboten, in denen unabhängig von einem geleisteten Wertschöpfungsbeitrag und ohne bestehende Vertragsverhältnisse der Zugang zu Daten begehrt wird. Worauf die Rechtsanwendung diese Zurückhaltung angesichts des weiten Wortlautes des Gesetzes stützen soll, bleibt jedoch unklar. Schließlich erscheint es angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung für die Unternehmen nicht angemessen, die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs "bewusst der Anwendungspraxis und Rechtsprechung zu überlassen" (RefE Seite 83 unten). Unternehmen und Gerichte wären bis zur obergerichtlichen Klärung einer jahrelangen Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Das erklärte Ziel der Stärkung der Innovationskraft der Volkswirtschaft könnte hierdurch gefährdet werden.

Im Gesetzgebungsverfahren sollte daher auf eine stärkere Konkretisierung der Anspruchsvoraussetzungen hingewirkt werden.

Die in den §§ 19 Abs. 2 Nr. 4 und 20 Abs. 1a GWB-RefE vorgeschlagenen Regelungen nehmen ganz überwiegend nur das Rechtsverhältnis zwischen dateninnehabenden und datenbegehrenden Unternehmen in Blick. Vernachlässigt wird hierdurch, dass Daten in der Regel durch Beteiligung Dritter generiert werden; sei es durch die Erhebung personenbezogener Daten oder durch das Auslesen von Maschinendaten, welche durch den Betrieb von Maschinen bei einem Dritten anfallen.

Anknüpfungspunkte für mögliche betroffene Interessen Dritter bilden lediglich die allgemeine Interessenabwägung bzw. Billigkeitsprüfung sowie das Tatbestandsmerkmal der sachlichen Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE, welches den Vortrag etwaiger entgegenstehender Drittinteressen jedoch dem Dateninhaber überlässt.

Weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung ergibt sich aktuell, ob etwaige entgegenstehende datenschutzrechtliche Belange lediglich im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden müssen oder absolute Zugangsverweigerungsgründe darstellen.

Da nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG grundrechtsrelevante Interessenkonflikte vom Gesetzgeber selbst zu regeln sind, erscheint es dringend geboten, die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs gerade nicht komplett der Anwendungspraxis und Rechtsprechung selbst zu überlassen (wie es aktuell auf S. 83 in der Begründung des RefE postuliert wird). Vielmehr sollte im Gesetzestext selbst in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE und in § 20 Abs. 1a GWB-RefE klargestellt werden, dass der kartellrechtliche Datenzugangsanspruch nur "...im Rahmen der DS-GVO", hilfsweise "...im Rahmen des geltenden Datenschutzrechts" geltend gemacht werden kann.

Diese Klarstellung ist aufgrund der berührten Drittinteressen keine verzichtbare Selbstverständlichkeit oder ein exotischer Sonderfall wie die Betroffenheit sonstiger möglicherweise entgegenstehender Rechtspositionen außerhalb der Datenthematik. Um das GWB als Grundgesetz des Wettbewerbs nicht zu überfrachten, kann eine explizite Nennung der DS-GVO sowie der Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses hiesigen Erachtens auch in der Begründung erfolgen.

Aus Sicht des StMWi sollte der breite Konsens über die DS-GVO als treibender Faktor für die Digitalwirtschaft positiv genutzt werden.

Auch im Hinblick auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen muss in der Gesetzesbegründung auf deren besonderes Schutzbedürfnis hingewiesen werden; nahe liegt eine Erwähnung des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG). Gerade vermeintlich bedeutungslose technische Daten, wie die Auslastung einer Maschine, können für Investoren, welche aus diesen Daten Rückschlüsse auf die Auftragslage des Unternehmens ziehen, von hoher Relevanz sein. Eine Sensibilisierung der Exekutive und Judikative für derartige Szenarien ist unerlässlich.

Daneben sollten in der Gesetzesbegründung weitere Grundstandards für den Ausgleich betroffener Drittinteressen definiert werden. So sollte beispielsweise die Frage geklärt werden, inwiefern in der Vergangenheit begangene Datenschutzverstöße des datenbegehrenden Unternehmens beim Verlangen nach Datenherausgabe berücksichtigt werden können. Desweitern sollten Verbrauchervorteile positiv in die Interessenabwägung einfließen können, um die gesellschaftliche Akzeptanz des Datenbedarfs der Wirtschaft zu fördern.

Wie in der Gesetzesbegründung bereits erwähnt wird, werden sektorspezifische Regelungen nötig sein. Um derartige Regelungen zeit- und praxisnah zu etablieren, sollte nach Ansicht des StMWi auf sich selbst regulierende Organisationen der Privatwirtschaft zurückgegriffen werden, welche sich z. B. entsprechend der Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr (SÖP) selbst finanzieren und zugleich sektorspezifisches Fachwissen einbringen können. Auch die Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft fordert zu Recht, bei der Datenthematik auf privatwirtschaftliche Selbstregulierung zu setzen.

Zusätzlich zur Berücksichtigung der Belange des Daten- und des Geschäftsgeheimnisschutzes sieht das StMWi es als sinnvoll an, die Gesetzesbegründung dahingehend zu schärfen, dass auch die Investitionen (materieller wie immaterieller Art) der dateninnehabenden Unternehmen in den Aufbau des Datenpools bei der Entscheidung, ob Datenzugang gewährt werden muss, gewürdigt werden müssen. Die bayerische Wirtschaft, welche nicht unerhebliche Anstrengungen in den Aufbau von sicheren Datenarchitekturen steckt, befürchtet, durch die vorgeschlagenen Regelungen einer unausgewogenen Innovationsförderungspflicht ausgesetzt zu sein. Auch der BDI sieht zutreffender Weise den dringend erforderlichen Eigentums- und Investitionsschutz als nicht ausreichend berücksichtigt an. Dies gilt es zur Verhinderung von Investitionsrückgängen zu vermeiden.

Daneben darf der Anspruch auf Datenzugang nicht zu einem Abwälzen des Prognoserisikos für späteren Markterfolg auf die dateninnehabenden Unternehmen führen. Schließlich widerspricht eine zu starke Ausweitung des Anspruchs auf verpflichtenden Datenzugang der marktwirtschaftlichen Vertragsfreiheit. Primäres Ziel von Politik und Gesetzgebung sollte daher sein, Anreize für die Bildung von freiwilligen Kooperationen zu schaffen (siehe z. B. die Modelle des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. oder BMW CarData).

3. § 29 GWB – Aufnahme der Fernwärme

Aus Sicht der Bayerischen Landeskartellbehörde sollte die Preisaufsicht im Fernwärmesektor gestärkt werden. Solange es kein gesondertes Regulierungsrecht für Fernwärme gibt, sollte die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in diesem Bereich erleichtert werden. Hier kommt etwa die Aufnahme der Fernwärme in den § 29 GWB infrage, der insoweit unbefristet gelten müsste. Beim Fernwärmemarkt handelt es sich um einen eigenen sachlichen Markt mit Monopolcharakter, so dass das Entgeltniveau nicht vom Wettbewerb kontrolliert wird. Die Anzahl der Beschwerden von Bürgerinnen und

Bürgern über hohe Fernwärmepreise hat auch bei der Bayerischen Landeskartellbehörde in den letzten Jahren zugenommen. Die Situation dürfte sich angesichts der zunehmenden Bedeutung der Fernwärme für die Wärmeversorgung in Deutschland im Rahmen der Energiewende künftig weiter verschärfen. Die derzeitige Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden nach den allgemeinen Vorschriften des GWB wird durch die Heterogenität des Fernwärmemarktes erschwert. Die strukturellen Besonderheiten der einzelnen Fernwärmeanbieter macht die Prüfung einer Vielzahl von kostenrelevanten Aspekten erforderlich, die oft nur die betroffenen Unternehmen erläutern können und dadurch einen Informationsvorsprung gegenüber den Kartellbehörden haben. Beweiserleichterungen im behördlichen Kartellverwaltungsverfahren wären deshalb zielführend. Da zu erwarten ist, dass die bestehenden Monopolstrukturen im Fernwärmesektor bestehen bleiben, müsste eine besondere Missbrauchsaufsicht unbefristet gelten.

4. § 33a Abs. 5, § 33c Abs. 3 Satz 2 GWB-RefE

Zusammen mit der bayerischen Justiz wird der vorgeschlagene § 33a Abs. GWB-RefE ausdrücklich begrüßt und hinsichtlich der zeitlichen Reichweite der Vorschrift sowie der ausgenommenen Fälle sog. Preisschirmeffekte die Prüfung einer Ausdehnung der Vorschrift angeregt:

Zutreffend wird in der Entwurfsbegründung ausgeführt, dass die von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (vgl. u.a. OLG München, Urteil vom 28.6.2018, Az. 29 U 2644/17 Kart; Urteil vom 8.3.2018, Az. U 3697/16 Kart, NZKart 2018, 230) etablierten Anscheinsbeweise zur Schadensverursachung und zur Kartellbetroffenheit durch das Urteil des BGH zum Schienenkartell (Az. KZR 26/17) für nicht anwendbar erklärt worden sind. Der damit einhergehenden Befürchtung, dass diese Rechtsprechung den von Kartellabsprachen Betroffenen die Geltendmachung von Schadensersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren könnte, trägt die begrüßenswerte Neuregelung mit der von ihr aufgestellten widerleglichen Vermutung Rechnung. Die sachgerechte Führung von kartellrechtlichen Schadenser-

satzprozessen wird deutlich erleichtert, sofern sie in den zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelung fallen. Es sollte erwogen werden, die Vermutung auch auf Erwerbsvorgänge zu erstrecken, die dem Kartell zeitlich nachgelagert sind, da erfahrungsgemäß die Wirkungen des Kartells auf die Preisbildung nicht unmittelbar mit dessen Aufdeckung enden (vgl. BGH GRUR 2012,291 Tz. 84 – ORWI), denn diese Problematik stellt sich regelmäßig in den zur Entscheidung stehenden Schadensersatzprozessen.

Durch die Bezugnahme auf Rechtsgeschäfte mit kartell*beteiligten* Unternehmen erstreckt sich die Vermutung der Betroffenheit nicht auf sog. Preisschirmeffekte, die vielfach geltend gemacht werden (S. 93 des RefE), sodass die Schwierigkeiten, in einer solchen Konstellation über Schadensersatzansprüche zu entscheiden (vgl. OLG München NZKart 2018, 230, 235), aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers fortbestehen.

Daneben wird in Bezug auf die Begründung Folgendes angemerkt:

Die Begründung des Entwurfes geht hinsichtlich der Situation bei Schadensersatzklagen und zum Stand der Rechtsprechung allerdings von Annahmen aus, die nicht allgemein anerkannt sind. Es besteht die Befürchtung, dass dies zu Missverständnissen und neuen Unklarheiten führen kann und daher einer Fortentwicklung des Rechts eher hinderlich sein kann. Hinzu kommt, dass es noch keine obergerichtliche Rechtsprechung auf der Grundlage der 9. GWB-Novelle, insbesondere unter Anwendung der Vermutungsregel des § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB gibt. Es wird also ein Gesetz unter Bezugnahme auf eine vermeintlich unzureichende Rechtslage in der Vergangenheit geändert, bevor es in der Praxis überhaupt Wirkung entfalten konnte. Vor diesem Hintergrund sollte die Vorschrift überdacht, jedenfalls aber die Begründung überarbeitet werden.

Die Entwurfsverfasser gehen ausweislich der Begründung davon aus, es gebe ein spezifisches, nur dem deutschen Kartellrecht bekanntes Merkmal der Kartellbetroffenheit. Die sog. Kartellbetroffenheit oder auch Kartellbefangenheit umschreibt jedoch lediglich das einem Schadensersatzanspruch we-

gen Pflichtverletzung immanente Erfordernis eines inneren Zusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden, also die haftungsbegründende Kausalität. Dies hat die Rechtsprechung in jüngerer Zeit auch deutlich herausgearbeitet (vgl. BGH NJW 2019, 661, 665 - Schienenkartell, Rn. 59 m.w.N; LG Mannheim, Urteil vom 27.02.2019, 14 O 117/18 Kart, Tz. 28 – beck-online).

Vor diesem Hintergrund ist positiv zu bewerten, dass der Entwurf in der Formulierung des Gesetzes die missverständlichen Begriffe Kartellbetroffenheit oder Kartellbefangenheit nicht enthält. Dies sollte in der Begründung eine Entsprechung finden.

Es sei außerdem angemerkt, dass der Befund zu den Schwierigkeiten bei der Führung von Kartellschadensersatzansprüchen zum jetzigen Zeitpunkt und bezogen auf die Kausalität in Frage zu stellen ist. Die Rechtspraxis nach der 7. GWB-Novelle befindet sich intensiv in der Entwicklung (Übersicht zu Verfahren der letzten 15 Jahre bei Rengier, WuW 2019, 613-619). Auf Ebene der Landgerichte ist seit ca. 3 Jahren deutschlandweit ein erheblicher Anstieg von Klageverfahren aus dem Bereich Kartellschadenersatz zu beobachten. Wie meistens bei neuen Gesetzen bedürfen zahlreiche Rechtsanwendungsfragen der gerichtlichen Klärung durch die Instanzen. Diese Entwicklung ist nicht abgeschlossen. Zu beobachten war zuletzt, dass viele Gerichte 1. Instanz Feststellungs- oder Grundurteile erlassen haben. Diese Urteile ergingen auf der Grundlage eines doppelten Anscheinsbeweises für die haftungsbegründende und die haftungsausfüllende Kausalität. Das Landgericht München I geht diesen Weg nicht. Sowohl im Urteil des BGH zum Schienenkartell vom 11.12.2018 KZR 26/17 also auch in der Entscheidung Grauzementkartell II vom 12.6.2018 KZR 56/16 können Signale erkannt werden, von dieser Praxis abzusehen.

Ein Leistungsurteil setzt die Feststellung eines Schadens voraus. Eine Schätzung gemäß § 287 ZPO kann ohne tatsächliche Anhaltspunkte, die jedenfalls in komplexeren Kartellfällen eine wettbewerbsökonomische Unter-

suchung bedingen, nicht erfolgen. Die Haupthürde für einen Kartellschadensersatz liegt zurzeit folglich im Bereich der Schadensfeststellung. Sobald hier mehr Erfahrungen gesammelten werden konnten, sollte eine Evaluierung der Gesetzeslage hierzu erfolgen.

Zur neuen Regelung der gesetzlichen Vermutung einer Kartellbetroffenheit wurden daneben auch folgende, h. E. durchgreifende Bedenken von der bayerischen Richterschaft geäußert:

- a) Im Hinblick auf die Gesetzessystematik wird angeregt, den neuen § 33a Abs. 5 GWB-RefE vor § 33a Abs. 2 GWB einzufügen. Im Rahmen der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs ist die Kartellbetroffenheit als haftungsbegründende Kausalität (§ 33a Abs. 5 GWB-RefE) vor der Frage eines Schadens (haftungsausfüllende Kausalität, § 33a Abs. 2 GWB) zu prüfen.
- b) Die Vermutung der Kartellbetroffenheit stellt auf das Vorliegen eines Kartells ab. Der Begriff des Kartells ist in § 33a Abs. 2 Satz 2, 3 GWB definiert. In der hiesigen Praxis hat sich gezeigt, dass die Frage der Kartellbetroffenheit jedoch insbesondere in den Fällen problematisch ist, in denen ein unerlaubter Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern stattfand (z.B. LKW-Kartell, Drogerie-Kartell, HEMA-Kreis). Diese sind in den in § 33a Abs. 2 Satz 3 GWB aufgezählten Verhaltensweisen nicht enthalten. Somit wäre auf die Generalklausel des § 33a Abs. 2 Satz 2 GWB zurückzugreifen und festzustellen, ob der jeweilige Informationsaustausch die hier genannten Kriterien erfüllt. Auch hierfür hat der Abnehmer, der Schadensersatzansprüche einklagt, die Beweislast. Es ist daher anzunehmen, dass sich die Frage der Kartellbetroffenheit lediglich auf die Vorfrage der Qualifikation der mit Bußgeld versehenen Verhaltensweise als Kartell im Sinne von 33a Abs. 2 Satz 2 GWB verlagert.
- c) Die Gesetzesbegründung führt aus, dass die Kartellbeteiligten besser in der Lage seien, eine fehlende Befangenheit konkreter Geschäfte nachzuweisen, da sie ohne weiteres auf entsprechende Informationen zugreifen könnten. Da die Kartellbeteiligten jedoch als Gesamtschuldner haften, ist es

möglich, dass der verklagte Kartellbeteiligte nicht das konkrete Geschäft abgeschlossen hat. Solche Konstellationen sind aus den hier eingegangenen Verfahren bekannt. Prozesstaktischer Hintergrund kann sein, dass eine Durchsetzung von Ansprüchen gegen im Inland ansässige Kartellteilnehmer weniger problematisch erscheint, insbesondere im Hinblick auf Zustellung und Vollstreckung. Mit der nun beabsichtigten Regelung der Verlagerung der Beweislast werden die dargestellten Beweisprobleme in diesen Konstellationen auf den am Geschäft nicht beteiligten Gesamtschuldner verlagert. Soweit dieser durch das Institut der Streitverkündung versucht, den am Geschäft beteiligten Gesamtschuldner in das Verfahren einzubeziehen, stellen sich dem Kartellteilnehmer im Hinblick auf im Ausland ansässige Kartellteilnehmer die gleichen Probleme.

d) Die Gesetzesbegründung führt weiterhin aus, dass die widerlegliche Vermutung beklagte kartellbeteiligte Unternehmen auch deswegen nicht über Gebühr belaste, da in einem Gerichtsverfahren immer noch die konkrete Schadenshöhe ermittelt werden müsse. Über die Schadenshöhe, die nach § 287 ZPO geschätzt werden kann, wird in der Praxis ein Sachverständigengutachten darüber erholt, welcher Preis bei einem ungestörten Wettbewerb zu zahlen gewesen wäre. Die Ermittlung eines hypothetischen Preises wird jedoch durch die in § 33a Abs. 2 GWB enthaltene Vermutung bereits dahingehend beeinflusst, dass die Annahme, dass ein Schaden entstanden ist, bei der Ermittlung der Schadenshöhe zu Grunde zu legen ist.

Zu Nummer 10 (§ 33c Abs. 3 Satz 2 GWB-RefE):

Durch die Ausweitung der Vermutung der Kartellbetroffenheit auf mittelbare Abnehmer wird – im Zusammenwirken mit der Vermutung des § 33c Abs. 2, 3 GWB und § 33a GWB – die Gefahr erhöht, dass ein kartellbeteiligtes Unternehmen sowohl von unmittelbaren als auch mittelbaren Abnehmern in Anspruch genommen wird, obwohl der Schaden nur bei einer Vertriebsstufe entstanden ist.

Die Vermutungsregelung wird von der Praxis überwiegend grundsätzlich begrüßt. Die Anregungen aus der gerichtlichen Praxis sollten in die weitere Prüfung einbezogen und ggf. berücksichtigt werden.

5. § 89b Abs. 7 Satz 2 GWB-RefE

In Bezug auf § 89b Abs. 7 Satz 2 GWB-RefE wird gemeinsam mit der bayerischen Justiz Folgendes vorgetragen:

Die Intention einer Entlastung der Gerichte durch Beauftragung eines Sachverständigen ist zu begrüßen. Es ist begleitend jedoch eine Regelung zum Kostenvorschuss erforderlich, da ein solcher nach geltendem Recht bei Beauftragung eines Sachverständigen von Amts wegen nicht erhoben werden kann. Dies hindert nach der Systematik des JVEG eine Erhöhung des Stundensatzes für den Sachverständigen, die regelmäßig erforderlich ist, um einen kompetenten ökonomischen Sachverständigen zu beauftragen. Mit dieser Zielrichtung wurde durch den Rechtsausschuss des Bundesrates zum Gesetz zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen eine Prüfbitte an die Bundesregierung formuliert, die [...] jedoch nicht weiterverfolgt wurde (BR-Drs. 366/1/19 Nr. 3). Hierauf wird Bezug genommen und es wird erneut eine Regelung angeregt, die das Gericht zur Anordnung eines Kostenvorschusses für die Beauftragung des Sachverständigen ermächtigt. Der Vertraulichkeitsschutz ist nicht nur im Rahmen von § 89b GWB relevant, sondern insbesondere auch hinsichtlich der Datengrundlage für die Erstellung ökonomischer Sachverständigengutachten. Aus Sicht der Praxis kann hier ein Vertraulichkeitsschutz vorzugsweise im Wege von Vertraulichkeitsvereinbarungen unter den Parteien garantiert werden. Auch dieser Weg erweist sich allerdings als mühsam und setzt eine Mitwirkungsbereitschaft der Parteien voraus.

Daher wird eine Erstreckung der §§ 16 bis 20 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen angeregt, wie dies auch im Diskussionsentwurf des BMJV zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts, § 145a PatG-DiskE, vorgesehen ist.

6. § 186 Abs. 4 GWB-RefE

Aus der richterlichen Praxis möchten wir schließlich zu § 186 Abs. 4 GWB-RefE Folgendes anmerken:

Mit der Änderung zu § 186 Abs. 4 GWB soll klargestellt werden, dass die mit der 9. GWB-Novelle eingeführten Auskunfts- und Offenlegungsansprüche unabhängig von dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs anwendbar sind. In Verbindung mit der Begründung, Seite 151, erscheint diese Vorschrift hinreichend klar. Die Zurückhaltung der Gerichte bei der Anwendung der §§ 33g, 89b GWB erklärt sich vor dem Hintergrund, dass aus Sicht der gerichtlichen Praxis erhebliche Zweifel an der Praktikabilität insbesondere des § 33g GWB bestehen. Da die Ausgestaltung als materiell-rechtlicher Anspruch über die Anforderungen der Schadensersatzrichtlinie hinausgeht, sollte über eine Streichung nachgedacht werden. Die prozessualen Rechte des § 89b GWB erscheinen ausreichend zur Erreichung des gesetzgeberischen Zieles. Zwar sind auch diese Vorschriften äußerst komplex gestaltet (§ 89b Abs. 7 Satz 2 GWB-RefE fügt eine weitere Facette hinzu) und geeignet, eine effektive Verfahrensführung zu behindern. Die Ausgestaltung als prozessuales Recht ermöglicht den Beteiligten jedoch eine flexiblere Handhabung und reduziert den Aufwand des Gerichts. Etwaige Vorteile eines materiell-rechtlichen Anspruchs in Einzelkonstellationen vermögen die damit verbundenen strukturellen Nachteile nicht zu kompensieren.

Ich darf Sie im Rahmen der weiteren Bearbeitung des Gesetzentwurfs um Berücksichtigung dieser Anliegen bitten. Gerne stehe ich für Rückfragen zur Verfügung und verbleibe

mit freundlichen Grüßen

Dr. Otto Ziegler

Leiter des Referats für Wettbewerbspolitik