

Stellungnahme

**Zum Referentenentwurf des BMWi
zum Zehnten Gesetz zur Änderung
des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen für
ein fokussiertes, proaktives und
digitales Wettbewerbsrecht 4.0
(GWB-Digitalisierungsgesetz)**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

I. Vorbemerkung

Mit der 10. GWB-Novelle verfolgt der Gesetzgeber zwei Ziele: Zum einen erfordert die Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts („ECN+-Richtlinie“) eine Umsetzung in nationales Recht. Zum anderen möchte der Gesetzgeber auf die wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung und entsprechende Vorgaben im Koalitionsvertrag vom 14. März 2018 – vor allem durch eine Novellierung der Missbrauchsaufsicht des GWB sowie durch einen effektiveren einstweiligen Rechtsschutz – reagieren. Darüber hinaus möchte der Gesetzgeber die 10. GWB-Novelle für weitere Anpassungen nutzen: So enthält der Referentenentwurf Änderungen zur Verfahrensbeschleunigung, zum Kartellschadensersatz sowie zur formellen Fusionskontrolle.

Die Zielrichtung des Gesetzentwurfs, einen auf die Anforderungen der Digitalisierung der Wirtschaft abgestimmten Ordnungsrahmen zu schaffen, befürwortet der BDI grundsätzlich. Die Digitalisierung führt auch im Kartellrecht zu neuen Fragestellungen und Herausforderungen.

Der BDI befürwortet nachdrücklich das Ziel des Koalitionsvertrages, die rechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung von international wettbewerbsfähigen Digitalkonzernen in Deutschland und Europa zu verbessern. Für eine Umsetzung dieses Fahrplans bietet der Entwurf jedoch wenig Anhaltspunkte. Einige Regelungen konterkarieren diesen Ansatz sogar, wenn man bedenkt, dass die Adressaten der Zuschärfungen in der Missbrauchskontrolle auch diejenigen Unternehmen in Deutschland treffen, die erst auf dem Weg zu einer „international wettbewerbsfähigen Größe“ sind, mithin derzeit noch unter der bisherigen Eingriffsschwelle der Marktbeherrschung liegen. Einige dieser Unternehmen sollen aber – der Intention des Koalitionsvertrages folgend – gerade zu Wettbewerbern der bereits marktstarken globalen Digitalunternehmen werden. Für die propagierte Entstehung starker deutscher und europäischer Akteure der Plattformökonomie könnte es daher kontraproduktiv sein, die Missbrauchsaufsicht so weit zu verschärfen, dass Unternehmen durch eine weitere Einschränkung des Leistungswettbewerbs am eigenen Wachstum gehindert werden. Wir sehen die Gefahr, dass insbesondere die neue Regulierungsvorschrift des § 19 a GWB-E gerade auch kleinere Unternehmen oder B2B-Industrieplattformen in Deutschland ausbremsen könnte, speziell dann, wenn diese wachsen und neue Märkte erschließen wollen.¹ Die nicht eng umrissenen Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 a GWB-E schließen dies jedenfalls nicht aus. Digitale Geschäftsmodelle und Plattformlösungen sind in Deutschland

¹ Differenzierend Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (BITKOM), dessen Mitglieder insbesondere die Einführung des § 19 a GWB-E unterschiedlich bewerten. Während einige Mitglieder in den Neuerungen Chancen erblicken, da sie negative Marktentwicklungen Rechnung trügen und helfen, Marktmissbrauch zielgenauer früher zu erkennen und vorzubeugen, begegnen diese aus Sicht anderer Mitglieder Bedenken, da empirische Belege für die Notwendigkeit neuer Regelungen in der Missbrauchsaufsicht fehlten und jene Innovationen und inneres Wachstum beschneiden könnten.

aber gerade erst im Entstehen, und ihr Wachstum sollte nicht eingengt werden. Darüber hinaus soll auch der Wettbewerb auf Märkten mit hoher Dynamik und Innovationskraft offengehalten und nicht unnötig beschränkt werden.

Eine Verschärfung der Missbrauchsaufsicht sollte auch nicht im Wege eines nationalen Alleingangs erfolgen, sondern es müsste eine europäische Lösung gefunden werden. Nationale Lösungen widersprechen jedenfalls der Idee der Schaffung eines „Digital Single Market“ innerhalb der EU. Grenzüberschreitend tätige Unternehmen benötigen mehr und nicht weniger Harmonisierung.

Auch die Begründung allgemeiner Datenzugangsrechte im Kartellrecht sieht der BDI kritisch. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist in erster Linie auf die Verhinderung bestimmter, schädlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausgerichtet. Eine Umdeutung in eine „Innovationsförderungs-pflicht“ mit der Verpflichtung gegenüber Unternehmen, ihre eigenen Datenbestände Dritten zugänglich zu machen, könnte sich auf längere Sicht sogar als innovationshemmend auswirken und Trittbrettfahrer begünstigen. Ein Bestand von Daten geht im Allgemeinen auf vorherige Investitionen des den Datenbestand haltenden Unternehmens zurück. Die aus diesen Investitionen resultierende Wettbewerbsposition sollte nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen hinter dem Zugriffsinteresse Dritter zurückzutreten, die auf fremde Datenbestände ihre eigenen Geschäftsmodelle aufbauen wollen.

Der Entwurf enthält aus Unternehmenssicht auch einige Schritte in die richtige Richtung (z. B. die Erhöhung der 2. Inlandsumsatzschwelle, die Anhebung der Wertschwelle der Bagatellmarktklausel, die Ansprüche der Unternehmen auf ein Negativattest bzw. ein Vorsitzendenschreiben zur Ermutigung neuer Kooperationsformen im digitalen Umfeld, bürokratische Erleichterungen durch den Verzicht auf eine Vollzugsanzeige, die Möglichkeit der elektronischen Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben etc.).

Die Erhöhung der Umsatz- und Wertschwellen für die Fusionskontrolle fällt jedoch zu niedrig aus, da die deutsche Fusionskontrolle selbst nach der vorgesehenen Anpassung im internationalen Vergleich immer noch sehr engmaschig ist und damit auch kleine, in einer großen Marktwirtschaft aus Wettbewerbssicht in aller Regel unbedeutende Transaktionen erfasst. Dies gilt vor allem im Zusammenspiel mit der Transaktionswertschwelle und dem neu geplanten Aufgreifattbestand in der Fusionskontrolle nach § 39 a GWB-E, der vor allem Fusionen des Mittelstands erschweren dürfte, die den Anwendungsbereich der deutschen Fusionskontrolle nochmals deutlich ausdehnen.

Der BDI erkennt zudem die Notwendigkeit vereinfachter und schnellerer Verwaltungsverfahren an, um für schnellere Rechtssicherheit zu sorgen und die in Plattformmärkten vorherrschenden Dynamiken und Marktrealitäten besser abzubilden. Schnelligkeit sollte aber nicht ohne Not auf Kosten rechtsstaatlicher Grundsätze erfolgen. Statt einer Absenkung des Rechtsschutzniveaus (bei § 32 a GWB-E) müsste vielmehr ein Ressourcenaufbau erwogen werden.

II. Besondere Anmerkungen

1. Missbrauchsaufsicht

a) Generelle Anmerkungen

Der Wettbewerbsrahmen hat sich in Deutschland – auch mit Blick auf Digitale Märkte – grundsätzlich bewährt. Auch die Studie über die „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ von Schweitzer, Haucap und Kerber hatte festgestellt, dass die bestehenden kartellrechtlichen Regelungen grundsätzlich gegen die neuen Wettbewerbsgefährdungen gewappnet sind. Ein fallgruppenübergreifendes Absenken der Interventionsschwelle hatten die Autoren zum größten Teil abgelehnt und betont, dass bei der Absenkung der Interventionsschwelle die Gefahr steigender „false positive“-Kosten steige.

Grundlegender materiell-rechtlicher Änderungsbedarf im Bereich der Missbrauchskontrolle besteht aus BDI-Sicht nicht. Insbesondere sollten etwaige Änderungen im Wettbewerbsrecht nicht im Wege eines nationalen Alleingangs erfolgen, sondern es sollte eine europäische Lösung gefunden werden. Zunächst widerspricht ein neues deutsches Sonderrecht bei der Missbrauchskontrolle dem Binnenmarktgedanken sowie dem wettbewerbspolitischen Ziel der letzten Jahre, das Wettbewerbsrecht der EU-Mitgliedstaaten weitgehend zu harmonisieren. Kurz vor Beginn der Ratspräsidentschaft Deutschlands in der zweiten Hälfte des Jahres 2020 ist ein solcher wettbewerbsrechtlicher Alleingang das falsche Signal. Dort, wo noch Hindernisse für den digitalen europäischen Binnenmarkt bestehen, werden diese derzeit durch die „Digital Single Market Strategie“ der EU beseitigt. Zu nennen sind etwa die neuen Vorschriften der Geo-Blocking-Verordnung (VO 2018/302), der Cross Border Portability-Verordnung (VO 2017/1128) oder der geplanten Platform-to-Business-Verordnung.

Gegen einen deutschen Alleingang spricht auch die Tatsache, dass die Regelungen im Bereich der Missbrauchstatbestände – entgegen dem wirtschaftspolitischen Ziel wettbewerbsfähiger deutscher und europäischer Konkurrenten im Verhältnis zu großen digitalen Plattformen und marktstarken U.S-amerikanischen und chinesischen Digitalkonzernen – zu einem Standortnachteil für deutsche und europäische Unternehmen werden könnten. In der Praxis wird sich die zivilrechtliche Durchsetzung der Missbrauchstatbestände allein gegen deutsche und mit Abstrichen europäische Unternehmen richten, da die Ansprüche gegen nicht EU-Unternehmen, insb. aus China und den USA, nur schwer durchsetzbar (z. B. Auslandszustellung der Klage etc.) und deutsche Urteile faktisch nicht vollstreckbar sind. Im Ergebnis treffen diese Regelungen daher nur einen Teil der Marktteilnehmer mit Auswirkungen auf deren Wettbewerbsfähigkeit.

Das eigentliche Problem der Missbrauchskontrolle ist derzeit nicht der zu enge Anwendungsbereich der bestehenden Vorschriften, sondern erstens der zeitliche und personelle Aufwand, der mit der Durchführung entsprechender Verfahren verbunden ist und zweitens die fehlende über den Einzelfall hinausgehende Breitenwirkung solcher Verfahren. Letztlich behandeln entsprechende Verfahren im-

mer ganz spezielle Einzelfälle. Die Ergebnisse lassen sich kaum auf andere Sachverhalte übertragen. Aufwand und Breitenwirkung stehen in einem ungünstigen Verhältnis.

Diese strukturellen Defizite werden nicht beseitigt, indem die Schwelle für eine Missbrauchsaufsicht weiter abgesenkt wird. Im Gegenteil, die Konturen werden noch unschärfer und die Verfahren noch aufwendiger. Statt den Herausforderungen der Digitalisierung mit dem Instrument einer verschärften Missbrauchskontrolle zu begegnen, sollte das Wettbewerbsrecht auf die Kraft von *Countervailing Power* setzen und die rechtlichen Rahmenbedingungen – insbesondere in der Fusionskontrolle und bei horizontalen und vertikalen Kooperationen – dafür schaffen, dass die deutschen und europäischen Unternehmen zu den Konkurrenten in Übersee aufschließen und eine Gegenmacht zu diesen bilden können.

Bedenklich ist überdies der neue ex-ante Regulierungsansatz an einigen Stellen in der Missbrauchsaufsicht.² Die nachteilige Wirkung auf Innovationen, wettbewerbsrechtlich zulässiges internes Wachstum sowie Expansion von Unternehmen in neue Märkte, bedarf stärkerer Berücksichtigung. Nachteilige Konsequenzen drohen insbesondere im Hinblick auf B2B-Plattformen, welche in Deutschland noch in der Entstehungsphase sind.

Unverhältnismäßig erscheint indes, dass die neuen nationalen Sonderregelungen zur Missbrauchskontrolle zeitlich nicht befristet sind, denn diese betreten tatsächlich und rechtlich Neuland, sind umstritten und stellen, wie bereits angeführt, einen „deutschen Sonderweg“ dar, der einem einheitlichen digitalen Binnenmarkt mit einheitlichen wettbewerbsrechtlichen Regeln entgegensteht. Eine Befristung würden ein „Phasing Out“ begünstigen und es ermöglichen, die entsprechenden Regelungen im Interesse eines einheitlichen digitalen Binnenmarktes und einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts innerhalb der EU noch einmal auf den Prüfstand zu stellen.

b) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E)

Der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“, der seit der 9. GWB-Novelle bereits bei der Bewertung der Marktstellung für mehrseitige Märkte und Netzwerke Berücksichtigung finden soll, soll nun auf alle Wirtschaftsbereiche ausgedehnt werden.

Die Begrifflichkeit ist nach wie vor äußerst unbestimmt und vom Wortlaut sehr weitreichend. Es fehlt schon an einer Eingrenzung des Begriffs der „Daten“. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass mit der Änderung „*der weiter steigenden Bedeutung von Daten in allen Wirtschaftsbereichen Rechnung getragen werden*“ soll. Hierbei wird allerdings unberücksichtigt gelassen, um welchen Typ von Daten es sich handelt.

² Differenzierend insofern BITKOM, vgl. Fn. 1

So ist unklar, ob hier auch personenbezogene, öffentliche und frei zugängliche Daten oder Maschinendaten erfasst werden sollen und wie – gerade im Hinblick auf die in § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1 a GWB-E normierten Zugangsansprüche – das Verhältnis zu den ihnen innewohnenden Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ausgestaltet ist, die in besonderem Maße schutzwürdig sind. Dies trägt dem derzeitigen Diskurs keine Rechnung, der sich auf bestimmte Verhaltensweisen einiger sehr weniger, sehr marktmächtiger Unternehmen bezieht, die jeweils einen starken Bezug zu Verbrauchern aufweisen.

Es ist zudem keine Erheblichkeitsschwelle vorgesehen. Somit kann im Grunde jeder Datenzugang eines Unternehmens als „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ zu sehen sein. In einer Gesellschaft, die generell durch den Zugang zu und den Austausch von Daten geprägt ist, ist eine Konkretisierung der Definition bzw. die Festlegung einer erforderlichen quantitativen und qualitativen Erheblichkeit der Daten, die für die Erfüllung dieses Bewertungskriteriums vorliegen muss, unumgänglich. Nur so kann vermieden werden, dass jeder Datenzugang, egal wie gering dieser auch sein mag, zur Annahme einer marktbeherrschenden Stellung führen kann.

Die Ausweitung betrifft nun auch Unternehmen, deren Tätigkeit im Zusammenhang mit der Digitalisierung in keiner Weise mit der Tätigkeit großer digitaler Plattformen oder marktstarker Digitalkonzerne vergleichbar ist, welche im Fokus des derzeitigen Diskurses liegen und die eigentlichen Adressaten der 10. GWB-Novelle sind. Zu restriktive Regelungen würden in diesem Bereich eher zu einer Beschränkung von Entwicklung und Innovation führen, was aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kontraproduktiv wäre.

c) Intermediationsmacht (§ 18 Abs. 3 b GWB-E)

In § 18 Abs. 3 b GWB-E soll das Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ etabliert werden, um der Vermittler- und Steuerungsfunktion von Plattformen Rechnung tragen zu können.

Die Einführung des § 18 Abs. 3 b GWB-E ist im Verhältnis zu § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB unseres Erachtens redundant und erhöht lediglich die Komplexität der Missbrauchsaufsichtsregelungen. Wie der Entwurf selbst auf S. 71 der Begründung feststellt, ist die Erfassung von Marktmacht bei Vermittlungstätigkeiten bereits nach dem aktuellen GWB möglich. Vermittlungstätigkeiten sind als „gewerbliche Leistungen“ i. S. v. § 18 Abs. 1 GWB und die beispielhafte Nennung in § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB – Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten – bereits erfasst.

Außerdem wäre von dieser neuen Regelung jede, auch noch so kleine Plattform erfasst, da es dem Konzept des Vermittlers und damit auch den entsprechenden Plattformen inhärent ist, dass sie Vermittlerdienstleistungen für den Absatz bzw. die Beschaffung erbringen. Dies erscheint nicht sachgerecht, da insbesondere kleinere Plattformen, die mit anderen vergleichbaren Plattformen konkurrieren, weder die in der Gesetzesbegründung angeführte „vollständige Kontrolle über der

Marktzugang von Anbietern“ ausüben können noch den ergänzend in der Gesetzesbegründung angeführten „relevanten Einfluss auf die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit oder jedenfalls den Markterfolg von Anbietern“ haben können.

d) Änderung des Maßstabs der Kausalität (§ 19 Abs. 1 GWB-E)

In § 19 Abs. 1 GWB-E wird die Formulierung „missbräuchliche Ausnutzung“ in „Missbrauch“ umgewandelt. Mit dieser Änderung soll laut Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass der Maßstab der Kausalität für alle Tatbestände des § 19 GWB eine „normative Kausalität“ bzw. „Ergebniskausalität“ ist und keine „strikte Kausalität“ bzw. „Verhaltenskausalität“, wie von Teilen der Literatur verlangt wird.

Der BDI stimmt der Monopolkommission zu, die dafür plädiert, den Ursachenzusammenhang bei Ausbeutungsmisbräuchen zwischen beherrschender Stellung und missbräulichem Verhalten weiter zu behalten, um zu verhindern, dass die Kartellbehörden „beliebige Rechtsverstöße als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ verfolgen.³

Anders als beim Behinderungsmisbrauch wird beim Ausbeutungsmisbrauch aktuell nach der überwiegenden Meinung in der Literatur und nach der Rechtsprechung eine strikte Kausalität vorausgesetzt, weshalb es sich bei der Regelung nicht um eine „Klarstellung“, sondern eine Änderung handeln würde.

Der BDI plädiert auch im Sinne der Rechtssicherheit dafür, den Gleichklang zum Wortlaut des europäischen Rechts beizubehalten. Art. 102 AEUV spricht von der „missbräuchliche[n] Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“. Inhaltlich handelt es sich bei der Anwendung strikter Kausalität beim Ausbeutungsmisbrauch gerade um ein Korrektiv, Interventionen auf ein gravierendes Fehlverhalten infolge der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu beschränken und nicht auf jedes Fehlverhalten „gelegentlich einer marktbeherrschenden Stellung“ zu erweitern.

e) Zugang zu Daten und Plattformen - Essential facility doctrine (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E)

Durch die Neuregelung des § 19 Abs 2 Nr. 4 GWB-E wird die *Essential Facility Doctrine* auf den Zugang zu Daten erweitert. Dadurch wird ein Datenzugangsanspruch für Unternehmen geschaffen, die für ihr komplementäres Geschäftsmodell auf Daten anderer Unternehmen angewiesen sind.

aa) Die Neuregelung berücksichtigt nicht ausreichend, dass gerade bei großen digitalen Plattformen oder marktstarken Digitalkonzernen, die im Fokus des derzeitigen Diskurses liegen und die eigentlichen Adressaten der 10. GWB-Novelle sind, die relevanten Daten in der Regel und im Gegensatz zu den klassischen Fällen des Zugangs zu kritischer physischer Infrastruktur repli-

³ Monopolkommission, Policy Brief vom Januar 2020

zierbar sind und vom Nutzer kostenfrei und freiwillig zur Verfügung gestellt wurden. Die EU-Kommission sieht ein Zugangsrecht beispielsweise als nicht gegeben an, wenn der Zugangspetent eine alternative Technologie nutzen oder entwickeln kann.

- bb) Weiterhin ist zu beachten, dass Unternehmen nur Daten herausgeben können, deren Eigentümer sie sind. Dies wird aber oftmals nicht der Fall sein, da Eigentümer der Daten häufig der Kunde ist, der dem betreffenden Unternehmen lediglich eine zeitlich beschränkte Nutzungsmöglichkeit an diesen Daten eingeräumt hat.
- cc) Wie die Beispiele in der Gesetzesbegründung zeigen, soll die neue Regelung auch den klassischen Bereich der Aftermarket-Services erfassen. Gerade für diese Servicemärkte muss aber sichergestellt werden, dass es nicht zu unerwünschten Trittbrettfahreffekten kommt, sondern ein fairer Wettbewerb gewährleistet wird, der ausreichend Investitionsanreize und Investitionssicherheit auch für die Primärmärkte bietet. Es ist daher große Zurückhaltung bei Ansprüchen auf Datenzugang geboten. Ein Anspruch auf Datenzugang darf die Bemühungen und Investitionen von Unternehmen beim Sammeln und Auswerten von Daten und das daraus resultierende Geschäftsmodell und seine Position im Wettbewerb nicht konterkarieren und das künftige Investitionsverhalten gefährden. Ein allgemeiner Datenzugangsanspruch könnte infolge der rasanten Entwicklung der Märkte überschießend und innovationshemmend wirken, wohingegen sektorspezifische Regelungen weniger Gefahrepotential aufweisen würden.
- dd) Sofern es dennoch in einzelnen Bereichen zu systematischem und strukturellem Marktversagen kommt, ist eine sektorspezifische Zugangsregulierung, wie sie bspw. für den Finanzsektor im Rahmen der Umsetzung der PSD2 erfolgte⁴, einer grundlegenden Regulierung vorzuziehen. Es laufen auf EU-Ebene derzeit auch weitere sektorspezifische Aktivitäten, z. B. zum Zugang zu Fahrzeugdaten, welche konkret die Bedürfnisse im Kfz-Aftermarket in rechtlichen Regelungen widerspiegeln sollen. Den Regelungen auf EU-Ebene sollte der Vorzug gegeben werden. Es darf nämlich vor allem nicht zu divergierenden Regelungen und nicht zu Standortnachteilen für deutsche Unternehmen im europäischen Wettbewerb kommen.

In ihrer am 19. Februar 2020 veröffentlichten „Europäischen Datenstrategie“ führt die Europäische Kommission selbst aus: *„Nur wenn besondere Umstände dies erfordern, sollte die Gewährung des Zugangs zu Daten verbindlich vorgeschrieben werden, und dann jedenfalls unter fairen, zumutbaren, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen.“* In Fußnote 39 heißt es zu diesen Umständen näher: *„Ein Recht auf Datenzugang sollte stets sektorspezifisch sein und nur dann gewährt werden, wenn in diesem Sektor ein Marktversagen festgestellt wird bzw. vorherzusehen ist und durch das Wett-*

⁴ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG

bewerbsrecht allein nicht behoben werden kann. Der Umfang eines Datenzugangsrecht sollte den berechtigten Interessen des Dateninhabers Rechnung tragen und muss mit dem Rechtsrahmen im Einklang stehen”.

In der Gesetzesbegründung finden sich keine Ausführungen zu einem etwaigen Marktversagen und zu den Gründen, warum von sektorspezifischen Regelungen Abstand genommen werden soll. Darüber hinaus können vertragliche Regelungen im Sinne der empfohlenen Selbstregulierung der Wirtschaft durch Data-Governance-Vereinbarungen und branchen- oder marktspezifische Datennutzungs- und Datenzugangsregeln etabliert werden. Aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsfälle und Stakeholder-Beziehungen in den Wirtschaftsbranchen befürwortet der BDI eine sektorspezifische Selbstregulierung als adäquate Lösung.

- ee) Schließlich hat der Gesetzgeber die Aufgabe, die Verhältnismäßigkeit eines potenziellen staatlichen Eingriffs in die Vermögensrechte der Unternehmen sorgfältig zu prüfen. Hierbei sind auch die verschiedenen legitimen Interessen der beteiligten Akteure, wie etwa Eigentums- und Investitionsschutz, in einen schonenden Ausgleich zu bringen.
- ff) Weiterhin müssten einige praxisrelevante Detailfragen weiter geklärt werden. Zunächst ist fraglich, ob es bereits einen Markt für die entsprechenden Daten geben muss.
- gg) So fragt sich, ob der lediglich beispielhaft genannte Zugang zu Daten auch auf sämtliche andere Immaterialgüterrechte (z. B. auch Lizenzierung von Marken oder anderen Schutzrechten) ausgedehnt werden kann, wenn sie für den Patenten „objektiv notwendig“ sind, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein. Hier sollte ein Gleichklang zur europäischen Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen eines solchen Anspruchs hergestellt werden.
- hh) Soweit in § 19 Abs 2 Nr. 4 (Zugangsrechte) das Wort „angemessenes Entgelt“ eingefügt wurde, handelt es sich aus Sicht des BDI um eine sinnvolle Klarstellung. Der Streit darüber, was „angemessen“ konkret bedeutet, wird zwar dadurch nicht gelöst. Bei dieser Frage stößt der Gesetzgeber allerdings regelmäßig an Grenzen, so dass es voraussichtlich richtig ist, diese Frage nicht gesetzlich näher zu regeln. Allerdings ist die Ausführung in der Gesetzesbegründung kritisch zu bewerten, dass durch die Beibehaltung der Formulierung „gegen angemessenes Entgelt“ „[...] nicht ausgeschlossen [wird], dass es Fälle geben kann, in denen – insbesondere beim Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten – eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt“. Dies widerspricht zum einen dem Wortlaut der Regelung und zum anderen der wirtschaftlichen Bedeutung, die Daten haben und durch diese Novelle weiterhin erhalten. Zudem ist für den geltenden § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB anerkannt, dass in jedem Fall mindestens eine (anteilige) Kostendeckung vom Inhaber der gegenständlichen Infrastruktur im Gegenzug für den Zugang zu der essential facility verlangt werden kann. Es würde nicht über-

zeugen, hiervon – wenn auch nur für den Bereich des Zugangs zu Daten – abzuweichen. Dies widerspräche auch der Ausgestaltung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB als verfassungsgemäßer ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsgrundrechte an Infrastruktureinrichtungen.

- ii) Schließlich ist auch die Rechtsfolge des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E unklar. Es muss „insbesondere Zugang zu Daten“ gewährt werden. Unklar bleibt aber, was „Zugang gewähren“ bedeutet, ob z. B. die Belieferung in Form von Rohdaten ausreicht oder diese in bearbeitbarer Form bereitgestellt werden müssen. Ebenso unklar ist, ob Daten auch laufend weiter erhoben werden müssen und das als marktbeherrschend angesehene Unternehmen laufend in die Erhebung investieren muss (z. B. in eine datenschutzrechtlich erforderliche Anonymisierung). Entsprechende aktive Handlungspflichten sind mit den Mitteln des Kartellrechts nicht zu begründen und deshalb abzulehnen, was zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden sollte.
- jj) Es sollte auch klargestellt werden, dass die Regelungen zum Datenschutz unberührt bleiben und dass die Regelung keine Rechtsgrundlage für eine Übermittlung von personenbezogenen Daten im Sinne des Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist.

f) Neue Kategorie: Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19 a GWB-E)

aa) Allgemeines

Das neue Instrument des § 19 a GWB – ein Novum in der Gesetzessystematik des GWB, verbunden mit einer Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen, ein Verhalten sachlich zu rechtfertigen – sieht sehr weitreichende Verhaltensregeln vor und stützt dies auf die Erfahrungen von sehr wenigen Fällen. Eine Verallgemeinerung dieser Einzelfälle, gekoppelt mit einer Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen erscheint nicht sachgerecht.⁵ Für die betroffenen Unternehmen bedeutet dies einen schwerwiegenden Eingriff in den Leistungswettbewerb. Das Erfordernis einer Anpassung der Regelungen angesichts zunehmender Herausforderungen durch große „Digitalkonzerne“ und mit Blick auf bereits geführte Missbrauchsverfahren auf nationaler und europäischer Ebene ist zwar aus Sicht der Wettbewerbsbehörde grundsätzlich verständlich. Eingriffe in den Leistungswettbewerb müssen jedoch verhältnismäßig sein.

An der Verhältnismäßigkeit bestehen Zweifel. Zunächst steht in Frage, welche Lücke mit dieser Regelung geschlossen werden soll. Zum anderen fragt sich, ob es tatsächlich Änderungen materiell-rechtlicher Natur bedarf oder ob nicht bereits vereinfachte und schnellere Verwaltungsverfahren, ggf. verbunden mit einem Ressourcenaufbau ausreichen, um missbräuchliche Verhaltensweisen oder Behinderungsstrategien effektiver aufzugreifen.

⁵ Differenzierend BITKOM, vgl. Fn.1

Die Studie von Haucap/Schweitzer/Kerber warnt davor, die „wichtige Filterfunktion“ der Eingriffsschwelle, die an die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gekoppelt ist, ohne absoluten Stillstand der Wettbewerbskräfte abzusenken. Dort heißt es (S. 30): *„Wird im Ergebnis unternehmerisches Handeln untersagt, obwohl Wettbewerbskräfte noch wirksam sind, so kann die Missbrauchskontrolle selbst zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Die mit solchen „false positives“ verbundenen Wohlfahrtskosten können erheblich sein. Die in Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB verankerte Grundentscheidung, das Missbrauchsverbot nur an marktbeherrschende Unternehmen zu adressieren, hilft, ein zu frühes Eingreifen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu unterbinden und die damit verbundenen Irrtumskosten zu reduzieren.“*

bb) Anwendungsbereich (Abs. 1)

Mit Bezug auf § 18 Abs. 3 a GWB-E soll der Anwendungsbereich auf sog. Intermediäre beschränkt werden und der Gesetzgeber hat damit vor allem die großen US-Digitalkonzerne „GAFA(M)“ im Fokus. Laut Begründung soll die Norm eine effektivere Kontrolle der „großen Digitalkonzerne“ ermöglichen. Die teilweise unbestimmten und vagen Voraussetzungen lassen allerdings befürchten, dass hier auch andere Unternehmen in den Fokus geraten könnten. So ist von vorneherein unklar, welchen Unternehmen künftig eine *„überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“* zukommt.

Denn die Norm soll gerade auch Unternehmen erfassen, die *„in erheblichem Umfang auf einzelnen Plattform- oder Netzwerkmärkten im Sinne von § 18 Abs. 3 a tätig sind, deren überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb sich aber zu wesentlichen Teilen auch aus anderen Aktivitäten auf digitalen Märkten speist.“* Die Norm könnte demnach z. B. auch marktstarke Maschinenanbieter erfassen, die auch auf mehrseitigen Märkten tätig sind (z. B. eine IoT-Plattform für ihre Maschinen betreiben), dort allerdings bei isolierter Betrachtung nicht marktstark sind.

Auch die Umschreibung *„über Ressourcen und eine strategische Positionierung verfügen, die es ihnen ermöglichen, erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter zu nehmen bzw. die eigene Geschäftstätigkeit in immer neue Märkte und Sektoren auszuweiten“* ist zu unbestimmt und birgt das Risiko, erheblich mehr Unternehmen zu erfassen, als hier im Blick zu sein scheinen. Im Zeitalter von Industrie 4.0 dürfte künftig jedes Unternehmen digitale Geschäftsmodelle aufweisen. Auch digitale B2B-Geschäftsmodelle scheinen nach dem Wortlaut des § 19 a GWB nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen zu sein. Es bedarf hier weiterer Konkretisierung und Eingrenzung.

Es ist nach unserer Lesart keine zwingende Voraussetzung, dass das Unternehmen *„auf einem oder mehreren Märkten“* marktbeherrschend sein muss. Marktbeherrschung ist lediglich ein Indiz, aber anscheinend keine zwingende Voraussetzung für die Anwendung von § 19 a GWB. Soll die Ermächtigungsgrundlage hingegen nur auf die Unternehmen anwendbar sein, die ohnehin marktbeherrschend sind, müsste dies noch sehr viel klarer aus dem Wortlaut hervorgehen. Das Regelbei-

spiel in § 19 a Abs. 1 Nr. 1 GWB-E genügt dem jedenfalls nicht; der Wortlaut gibt insgesamt keine Eingrenzung des Anwendungsbereichs her. Wir sehen hier Anpassungsbedarf hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Regelung.

Zudem ist in der Begründung klargestellt, dass die Kriterien des Satz 2 nicht kumulativ erfüllt sein müssen (Seite 77), was sich auch aus der Formulierung „insbesondere“ ergibt. Vom Wortlaut erfasst § 19 Abs. 1 a GWB-E damit auch kleine Plattformanbieter mit geringen Umsätzen, welche in Nischenmärkten eine sog. überragende marktübergreifende Bedeutung haben können. Das ist ordnungspolitisch nicht angezeigt und abzulehnen.

Selbst wenn die Vorschrift nur auf eng einzugrenzende Fälle angewandt werden soll, stellt sich die Frage nach dem ordnungspolitischen Bedarf für eine solche Ermächtigungsgrundlage, nachdem die Befugnisse des Bundeskartellamtes in § 32 GWB umfassend und mit einer Generalklausel geregelt sind.

cc) Untersagungsverfügung (Abs. 2)

Nicht klar ist, für welche Tätigkeiten des Unternehmens auf welchen Märkten die Untersagung nach Abs. 2 geltend gemacht werden kann. Sollen hier Verhaltensweisen auf sämtlichen – also auch auf nicht einmal beherrschten Märkten – verboten werden können?

Eine Bestimmung, die es einem Organ der Exekutive erst ermöglicht, durch Verwaltungsakt ein bußgeldbewehrtes und als Ordnungswidrigkeit zu qualifizierendes Verhalten (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB-E) festzustellen, ohne dass besagtem Verhalten selbst eine gesetzliche Verbotsnorm zugrunde liegt, ist zudem verfassungsrechtlich zweifelhaft.

Die Gesetzesbegründung stellt schließlich klar, dass zur Gewährleistung einer hinreichenden Rechtssicherheit Verfügungen des Bundeskartellamtes nicht für die Vergangenheit erfolgen dürfen (Seite 76). Dieses verfassungsrechtlich verankerte Rückwirkungsverbot versteht sich von selbst. Es ist allerdings zu bedenken, dass das drohende Schwert einer Untersagungsverfügung durch das Bundeskartellamt die Planungssicherheit der Unternehmen empfindlich konterkariert und sich damit hindernd auf Innovationen im Hinblick auf die Entwicklung von neuen Geschäftsmodellen zur Erschließung von neuen Märkten auswirken kann.

Die Feststellung nach Abs. 1 soll nach Abs. 2 S. 5 mit der betreffenden Abhilfemaßnahme nach Abs. 2 S. 1 in einer einheitlichen Entscheidung ergehen können. Hier wäre es vorzuzugswürdig, die Feststellung der Normadressateneigenschaft nach Abs. 1 zeitlich von einer Untersagungsverfügung nach Abs. 2 zu trennen. Denn dann wäre es Unternehmen möglich, im Falle der Feststellung nach Abs. 1 ihre Geschäftspraktiken an das erst dann für sie geltende Verbot des Abs. 2 anzupassen bzw. separat gegen die Feststellung nach Abs. 1 vorzugehen. Gerade auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Zuwiderhandlungen gegen Untersagungen nach Abs. 2 in einem neuen § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB-E bußgeldbewehrt werden sollen, wäre ein zeitliches Zusammenfallen von Feststellung und Untersagung

dagegen mit erheblichen Schwierigkeiten für solche Unternehmen verbunden, für die von einer juristischen Sekunde auf die andere ein völlig neues Verhaltensregime greifen würde.

Nach der Gesetzesbegründung soll die Feststellung nach Abs. 1 zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit regelmäßig zu befristen sein. Eine angemessene Frist läge regelmäßig zwischen 5 und nicht mehr als 10 Jahren (Seite 77). Angesichts der rasanten Entwicklung in den digitalen Märkten, wo bestehende Geschäftsmodelle in relativ kurzer Zeit durch komplett neue Geschäftsmodelle überholt werden können, sehen wir diese Frist angesichts der Reichweite der möglichen Konsequenzen für zu lang an.

§ 19 a Abs. 2 S. 3 GWB-E sieht darüber hinaus vor, dass für das Vorliegen einer möglichen sachlichen Rechtfertigung für die Verhaltensweisen nach Abs. 2 S. 1 die Darlegungs- und Beweislast den Normadressaten obliegt. Dies soll in der Praxis einen erheblichen Effektivitätsgewinn bei der Anwendung der Norm gegenüber

§§ 19 und 20 GWB mit sich bringen. Die Regelung wäre letztendlich jedoch eine Abkehr von dem Grundsatz, dass das Bundeskartellamt etwa bezüglich der §§ 19, 20 GWB die Unbilligkeit einer Verhaltensweise positiv ermitteln und darlegen muss. Laut der Gesetzesbegründung sei dies für die betroffenen Unternehmen auch zumutbar, weil es sich bei den in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründen regelmäßig um Informationen handele, die aus der Sphäre des Unternehmens stammen, dort vorliegen und sich beispielsweise aus internen Strategieunterlagen ergeben. Dies wird jedoch auch vielfach bei der Prüfung der Unbilligkeit von nach §§ 19 und 20 verbotenen Verhaltensweisen vergleichbar sein, zumal das Bundeskartellamt auch über die Befugnis verfügt, entsprechende Unterlagen etwa durch ein Auskunftsverlangen nach § 59 GWB von den betroffenen Unternehmen zu erlangen. Ob vor diesem Hintergrund allein der Verweis auf die besondere Schädlichkeit der in Abs. 2 S. 1 aufgeführten Verhaltensweisen – die ausweislich der Begründung auch zugleich unter die §§ 19 und 20 fallen können – für eine signifikante Abweichung von dem das Kartellverwaltungsverfahren prägenden Amtsermittlungsgrundsatz ausreicht, dürfte zweifelhaft sein. Jedenfalls dort, wo nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB-E die Missachtung der Untersagung nach § 19 a Abs. 2 S. 1 zu einem Kartellordnungswidrigkeitenverfahren führen kann, wird die Beweislastumkehr wegen des strafrechtlichen *in-dubio-pro-reo*-Grundsatzes nicht eingreifen können. Entsprechend ist der Gesetzgeber auch in § 29 S. 1 Nr. 1 GWB vorgegangen. Der BDI regt daher die Streichung von § 19 a Abs. 2 S. 3 GWB-E an.

dd) Weitere Einzelheiten:

§ 19 a GWB-E verwendet eine Vielzahl unbestimmter Begriffe, die für Rechtsunsicherheit sorgen. Das betrifft insbesondere das fragliche Verhältnis zwischen „überragender“ marktübergreifender Bedeutung und „klassischer“ Marktbeherrschung.

Es ist entgegen Abs.1 Nr. 2 und 3 nicht *per se* bedenklich, wenn ein Unternehmen finanzkräftig oder aber vertikal integriert ist. Auch einem marktüberragenden Unternehmen sollte es entgegen Abs. 2 Nr. 1 grundsätzlich weiterhin möglich sein, seine eigenen Dienste anders zu behandeln als Dienste von Dritten.

Die in Abs. 2 Nr. 2 (Verbot der Selbstbevorzugung) genannten Kriterien sind völlig unklar. In welchen Fällen kann ein Unternehmen auch ohne marktbeherrschend zu sein, seine Stellung auf einem Markt „schnell ausbauen“? Was genau soll eine Behinderung sein, die „geeignet wäre, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“? Was soll der Wettbewerbsprozess im Unterschied zum Wettbewerb sein? Gibt es ein zeitliches Ende des Wettbewerbsprozesses?

Gleiches gilt für Abs. 2 Nr. 3 (Nutzung von Daten). Was sind die „auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten“? Geht es um Daten, die von der Marktgegenseite stammen? Oder geht es um Daten, die von der Marktgegenseite gesammelt und dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden?

Der in Nr. 4 eingeführte Tatbestand der Erschwerung der Portabilität von Daten erscheint nicht sachgerecht und vom Umfang her unklar. Zum einen wird auch hier nicht berücksichtigt, dass Daten in der Regel replizierbar sind und vom Nutzer freiwillig und kostenfrei zur Verfügung gestellt wurden. Zudem darf damit nicht die Verpflichtung verbunden sein, dass die Daten in einem nach Belieben aufbereiteten Format zur Verfügung gestellt werden müssen.

Ein in Abs. 2 Nr. 5 vorgesehener allgemeiner, außervertraglicher Informations- bzw. Auskunftsanspruch über den Umfang, Qualität und Erfolg der bezogenen Leistungen ist ebensowenig gerechtfertigt. Eine asymmetrische Informationslage ist jeder wirtschaftlichen Beziehung zwischen zwei Unternehmen inhärent. Dass die Verfügung nach Abs. 2 mit der Feststellung nach Abs.1 verbunden werden kann, nimmt Unternehmen die Möglichkeit, sich auf dieses deutlich verschärfte „Screening“ seiner Marktaktivitäten einstellen zu können.

g) Ausweitung des Schutzbereichs auf große Unternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB-E)

aa) Die Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 GWB-E auf große Unternehmen befürwortet der BDI. Als Konsequenz würden alle abhängigen Unternehmen in den Schutzbereich dieser Norm fallen, sofern diese keine „entsprechende Gegenmacht“ haben. Allerdings ist in der Praxis die Prüfung möglicher Abhängigkeiten nur schwer durchzuführen. Wenn allerdings eine Abhängigkeit nachgewiesen werden kann, erscheint ein Schutz auch für größere Unternehmen angemessen. Denn es ist vorstellbar, dass sich die relative Marktmacht eines Unternehmens auch gegenüber großen Unternehmen ergeben kann, die von dem relativ marktmächtigen Unternehmen abhängig sind.

Bedenken bestehen allenfalls in Bezug auf eine mögliche Erfassung von Sachverhalten der wechselseitigen Abhängigkeit, z. B. in komplexen Wert-

schöpfungsketten, in denen dieselben Unternehmen auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette jeweils voneinander abhängig sind.

- bb) Richtig ist, dass hier mit dem Begriff der „entsprechenden Gegenmacht“ ein Korrektiv eingefügt wurde, um einen ausufernden Anwendungsbereich der relativen Marktmacht zu vermeiden. Falls sich die „Gegenmacht“ allerdings nur auf ein und dasselbe Produkt beziehen sollte, erscheint dies nicht angemessen, um die Gesamtbeziehung und damit die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen den Unternehmen adäquat in den Blick zu nehmen. Ein Unternehmen kann von einem Produkt eines anderen Unternehmens abhängig sein, wobei das letztere Unternehmen wiederum von einem anderen Produkt des ersten Unternehmens abhängig sein kann. Hier sollte die Gegenmacht produktübergreifend gewertet werden.
- cc) Nach der Formulierung im Gesetzesentwurf dürfte die Beweislast für das Vorliegen eines deutlichen Ungleichgewichts dem Unternehmen obliegen, welches sich dem Vorwurf eines Missbrauchs einer relativen Marktmacht ausgesetzt sieht. Dies ist angesichts der hohen Bußgeld- und Schadensersatzrisiken nicht sachgerecht. Nach der jetzigen Formulierung kann eine relative Marktmacht bereits dann bestehen, wenn sich zwei in etwa gleichstarke Partner in Abhängigkeit voneinander gegenüberstehen, weil in diesen Fällen kein deutliches Ungleichgewicht besteht wie es der Wortlaut von § 20 Abs. 1 GWB-E für eine Exkulpation fordert. Bei gleichen Machtverhältnissen fehlt jedoch ein Schutzbedürfnis, das diesen weitreichenden Anwendungsbereich der relativen Marktmacht rechtfertigt. Eine Abhängigkeit bei ausgewogenen Machtverhältnissen kann z. B. auch dann entstehen, wenn sich ein Nachfrager aus reinen Kostengründen für ein „Single Sourcing“ entscheidet und damit nicht mehr ohne weiteres auf andere Anbieter ausweichen kann. Eine alternative Formulierung könnte z. B. lauten:

„§ 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen nicht bestehen und die Verhandlungsmacht des Unternehmens im Verhältnis zu diesem Anbieter oder Nachfrager deutlich überwiegt. Dies gilt nicht, wenn der Anbieter oder Nachfrager die Abhängigkeit aufgrund eigener wirtschaftlicher Entscheidung selbst erst begründet hat.“

- dd) Die vorgeschlagene Rückausnahme („Dies gilt nicht...“) hält der BDI auch deshalb für wichtig, da die Fälle selbst herbeigeführter Abhängigkeit, z. B. durch *Single Sourcing*, typischerweise in Konstellationen vorkommen, in denen die Partner gleichstark sind oder aber der nachfragende Kunde sogar über die größere Marktmacht verfügt. Kommt es im Rahmen dieser *Single Source*-Vertragsbeziehungen zu Streitigkeiten oder Lieferengpässen, wäre es Sache der Vertragsparteien, diesen durch entsprechende vertragliche Regelungen *ex ante* Rechnung zu tragen. Ein zusätzlicher kartellrechtlicher Schutz des Nachfragers ist nicht angemessen, weil zum Zeitpunkt der Verhandlungen

kein Ungleichgewicht vorliegt, das Ungleichgewicht wäre allenfalls Folge des Verhandlungsergebnisses. Eine Verlagerung dieser Überlegungen in die Billigkeitserwägungen halten wir in diesem Zusammenhang ebenfalls für nicht sachgerecht.⁶

Es sollte auch in der Gesetzesbegründung (Seite 82) klargestellt werden, dass die Vorschrift gerade nicht die (typischerweise) marktstarken Nachfrager schützen soll, die aus eigenem Entschluss eine – vermeintliche – Abhängigkeit herbeiführen. In der gegenwärtigen Fassung werden aber genau solche Fallkonstellationen angesprochen, die Entwurfsfassung stärkt daher (nur) die Position der – vermeintlich abhängigen – Abnehmer.

h) Kartellrechtlicher Anspruch auf Datenzugang (§ 20 Abs. 1 a GWB-E)

In § 20 Abs. 1 a GWB-E soll ein kartellrechtlicher Anspruch auf Datenzugang gegenüber Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht geschaffen werden.

- aa) Der BDI hat bereits weiter oben im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB-E für größte Zurückhaltung bei kartellrechtlichen Regelungen zum Datenzugang plädiert. Die dafür angeführten Argumente gelten auch in diesem Zusammenhang (vgl. Ausführungen zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB-E). Aus unserer Sicht ist die Komplexität des Themas sehr hoch. Aus heutiger Sicht sind potenzielle Fallkonstellationen in einem sich rasant entwickelnden Marktumfeld schlechterdings nicht prognostizierbar. Gesetzgeberische Eingriffe in Marktprozesse sollten daher nur in Fällen von Marktversagen oder illegitimen Marktzutrittsschranken erfolgen, um keine vorschnellen Erdrosselungswirkungen zu entfalten. Ein allgemeiner Datenzugangsanspruch könnte insoweit überschießend wirken. Vor diesem Hintergrund halten wir enge, sektorspezifische Regelungen für vorzugswürdig.
- bb) Bei lediglich relativ marktstarken Unternehmen wird die Eingriffsschwelle gegenüber § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB-E sogar noch weiter abgesenkt. Gemäß § 20 Abs. 1a GWB-E soll eine Abhängigkeit auch dann bestehen, wenn ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. In der Begründung führt der Gesetzentwurf aus, dass ein Recht auf Zugang zu Daten zumindest in spezifischen Konstellationen sinnvoll sein kann und nimmt Bezug auf die Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, welche *„die oft komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarkt- und IoT-Kontexten [...] in denen oft vielfältige Leistungen von unterschiedlichen Service-Anbietern angeboten werden“* als Beispiele nennt (Seite 85 des Referentenentwurfs und Seite 156 der Studie).
- cc) Konzeptionell zielt die Vorschrift darauf ab, den Zugang zu Daten zu öffnen, um einem Zugangspetenten Wettbewerb auf nachgelagerten oder benachbar-

⁶ Ähnlich dazu z. B. BGH, Urteil vom 06.10.2015 – KZR 87/13 – Porsche Tuning

- ten Märkten zu ermöglichen. Im Hinblick auf Aftermarkt-Konstellationen ist aus unserer Sicht aber eine sektorspezifische Regelung auf europäischer Ebene vorzuzugswürdig. Hieran wird in bestimmten Sektoren auch schon gearbeitet (vgl. Ausführungen oben zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB-E). Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollten auch bei nur relativ marktstarken Unternehmen für einen Anspruch auf Zugang zu dessen Daten mindestens die Voraussetzungen der *Essential Facility Doctrine* gelten. Dass für die Anwendung des § 20 GWB ein bestehendes Vertragsverhältnis erforderlich sein soll, haben wir weder dem Gesetzestext noch der Begründung eindeutig entnehmen können. Insbesondere der letzte Halbsatz des § 20 Abs. 1 a GWB neu spricht gegen ein solches Erfordernis. Insgesamt erscheint die Forderung, Daten auch herausgeben zu müssen, wenn noch gar kein Geschäftsverkehr für sie eröffnet wurde, unverhältnismäßig. Keinesfalls darf es als ausreichend angesehen werden, dass der Zugangspetent nur geltend machen muss, diese Daten zur „Grundlage bedeutender eigener Wertschöpfung“ machen zu wollen.
- dd) Bei dem zweiten in der Studie genannten Beispiel bezüglich Daten im „IoT-Kontext“, sehen wir als ein Anbieter und Nachfrager von IoT-Lösungen in unterschiedlichsten Industriezweigen bislang keinen gesetzlichen Regelungsbedarf. Die vertragsrechtlichen Instrumente sind hier in der Praxis vollkommen ausreichend. Eine allgemeine, sektorübergreifende „Datenteilungspflicht“ könnte darüber hinaus für deutsche Industrieunternehmen zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil werden, wenn beispielsweise ausländische Unternehmen einseitig auf Maschinendaten deutscher Unternehmen zugreifen könnten. Nach Ansicht des BDI muss die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, über die Weitergabe und Nutzung von Daten selbstbestimmt entscheiden zu können (sog. Grundsatz der Datensouveränität), für Privatpersonen und Unternehmen gleichermaßen gelten. Unternehmen sollten nach den geltenden Prinzipien der Vertragsfreiheit eigenständig über die Weitergabe und Nutzung von Daten entscheiden können.
- ee) In § 20 Abs. 1 a GWB neu sollte in jedem Fall im Gesetzeswortlaut klargestellt werden, dass für einen Datenzugang (entspr. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB neu) ein angemessenes Entgelt zu entrichten ist.
- ff) Positiv ist, dass die Gesetzesbegründung zu § 20 Abs. 1 a GWB-E die besondere Bedeutung des Datenschutzes bei der Datenherausgabe betont (vgl. S. 82 GWB-E). So wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass durch § 20 GWB-E „keine neuen Rechtsgrundlagen für eine Rechtmäßigkeit der [Daten-]Verarbeitung geschaffen werden.“ Aufgrund der besonderen Bedeutung des Datenschutzes und um zu vermeiden, dass der Eindruck entsteht, dass durch § 20 Abs. 1 a GWB-E oder § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E eine neue Rechtsgrundlage für die Übermittlung von Daten geschaffen werden soll, regt der BDI an, den Gesetzeswortlaut dieser beiden Vorschriften explizit um folgende Formulierung zu ergänzen:

„Die Regelungen zum Datenschutz bleiben unberührt. Die vorstehende Regelung stellt keine Rechtsgrundlage für eine Übermittlung von personenbezogenen Daten im Sinne des Art. 6 Abs. 1 DSGVO dar.“

i) Neuer Eingriffstatbestand zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das sog. „Tipping“, § 20 Absatz 3 a GWB-E

§ 20 Abs. 3 a GWB-E sieht mit der Vorgabe, dass Unternehmen mit relativer Marktmacht die Bemühungen der Wettbewerber, Netzwerkeffekte in kippgefährdeten Märkten zu erzielen, nicht behindern dürfen, eine stark abgesenkte Eingriffsschwelle vor.

- aa) Der Tatbestand des „Tipping“ kann nach Auffassung des BDI nicht sinnvoll als Missbrauchstatbestand gesetzlich geregelt werden. § 20 Abs. 3 a GWB-E ist eine Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen über deren Bedeutung auch die Gesetzesbegründung den Anwender im Unklaren lässt. Es muss die *„eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet werden, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichen Maße eingeschränkt wird.“* Es ist nicht klar, was die Begrifflichkeiten „eigenständig“, „positive“ Netzwerkeffekte, „ernstliche Gefahr“ und „in nicht unerheblichen Maße“ bedeuten.
- bb) Es ist zudem unklar, wie sich der Begriff „überlegene Marktmacht“ zu den anderen Marktmachtbegriffen in §§ 19-20 GWB-E verhält. Für die Anwendung in der Praxis ist § 20 Abs. 3 a GWB-E schlicht verfehlt. Als Bußgeldtatbestand (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB-E) genügt die Vorschrift nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.
- cc) In anderen Wirtschaftsräumen (z. B. USA) entstehen globale IT- und Internetunternehmen, die erst dann reguliert werden, wenn sie eine kritische Größe erreicht haben. Der Gesetzentwurf lässt auch an dieser Stelle offen, ob der Schutz vor marktmächtigen Plattformen im Vordergrund steht, oder ob sie Plattformen zu einer Relevanz im hiesigen Markt verhelfen will. Die weitere Einschränkung des Leistungswettbewerbs könnte gerade auch die Unternehmen am internen Wachstum hindern, die der Koalitionsvertrag als Gegengewicht zu den bereits marktmächtigen Digitalunternehmen erstarken lassen und ihnen zu einer „international wettbewerbsfähigen Größe“ verhelfen möchte. Ein kartellrechtliches Eingreifen ist volkswirtschaftlich aber nur dann vertretbar, wenn ein Unternehmen – ggf. mit seiner Plattform – über eine kritische Marktmacht verfügt und diese missbraucht.

2. Beschleunigung von Verwaltungsverfahren

- a) Erleichterung der Anordnung von einstweiligen Maßnahmen durch eine Absenkung der Voraussetzungen bezüglich der Gefährdungslage (§ 32 a Absatz 1 GWB-E).**

Die Neufassung des § 32 a GWB-E soll dem Bundeskartellamt den Einsatz von einstweiligen Maßnahmen in laufenden Ermittlungen erleichtern. Dafür soll ausreichend sein, wenn eine Zuwiderhandlung überwiegend wahrscheinlich erscheint

und die einstweilige Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist.

- aa) Der BDI befürwortet generell das Ziel, die Verwaltungsverfahren der Kartellbehörden weiter zu beschleunigen, sofern dabei rechtsstaatliche Garantien nicht in unzumutbarer Weise beschränkt werden. Die vorgeschlagene Neuregelung zu § 32 a sieht aber gerade einen gravierenden Abbau von rechtsstaatlich gebotenen Voraussetzungen für vorläufige Maßnahmen vor, ohne dass dafür ein überzeugender Nachweis für die Notwendigkeit erleichterter vorläufiger Maßnahmen im *inländischen* Kartellverfahren gegeben wird.
- bb) Problematisch ist, dass einstweilige Maßnahmen künftig nicht nur wie bisher zum Schutz des Wettbewerbs angewendet, sondern auch erlassen werden können, wenn dies aufgrund einer Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist. Ein solcher Individualrechtsschutz, der geschützte Grundrechtspositionen eines anderen Unternehmens aushebeln kann, sollte nicht zum Maßstab erhoben werden. Damit würde auch ein genereller Paradigmenwechsel im Kartellrecht eingeläutet. Schutzzweck des GWB war bislang in erster Linie der Wettbewerb und nicht die wettbewerbliche Freiheit der Wettbewerber.
- cc) Der Entwurf führt keinen empirischen Nachweis, dass beim Bundeskartellamt in signifikantem Umfang tatsächlich Entscheidungen im ordentlichen Verfahren nicht binnen angemessener Zeit erfolgen oder nach Verstärkung seiner Ressourcen weiterhin erfolgen könnten. Überlange Verfahrensdauern sind zwar in einigen, teils in der Tat extrem lang andauernden EU-Kartellverfahren zu beobachten gewesen, ähnliche Phänomene mögen auch zu den französischen und angelsächsischen Regelungen Anlass gegeben haben. Auf Kommissionsebene bilden umfangreiche Datenerhebungen seitens der Case-Handler, deren Expertise unterschiedlich ist, eine Hauptursache für die meisten Verzögerungen. Frankreich und Großbritannien konzentrieren die Ressourcen ihrer Wettbewerbsbehörden nicht auf das Kartellrecht, sondern konzentrieren sie zu einem Großteil auf die Verfolgung von Einzelverstößen im unlauteren Wettbewerb und diversen Details des Konsumentenschutzes. Solche strukturellen Defizite oder konzeptionellen Fehlentwicklungen sind beim inländischen Kartellrechtsvollzug durch das Bundeskartellamt nicht gegeben. Seine leistungsstarken und erfahrenen Beschlussabteilungen führen das Amt regelmäßig an die Spitze von Rankings, die die Qualität und auch Schnelligkeit von Wettbewerbsbehörden vergleichen. Sie erlauben es regelmäßig auch, Untersuchungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes von Relevanz in angemessener Zeit im Normalverfahren abzuschließen. Nicht die vorgeblich mangelnde Praxistauglichkeit des an rechtsstaatlichen Minimalia orientierten § 32 a Abs. 1 geltenden Rechts, sondern die Fähigkeit, relevante Verfahren zeitangemessen ordentlich abzuschließen, sind aus Sicht des BDI der wesentliche Grund, der bisher Maßnahmen nach § 32 a entbehrlich machte.

dd) Diese Einschätzung wird nicht dadurch infrage gestellt, dass vereinzelt Beschwerdeführer in weniger aussichtsreichen Fällen die vermeintlich zögerliche Verfolgung ihrer Anliegen beklagen, ihrerseits sich aber scheuen einstweilige Maßnahmen auf dem Zivilrechtsweg anzustreben. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 bezeichnet das Google-Shopping-Verfahren zeitlich als „Ausreißer“, die Verfahrensdauer drei weiterer Missbrauchsverfahren - darunter das EU-Verfahren Google und die inzwischen gerichtlich aufgehobene Entscheidung des Amtes zu Facebook - von drei Jahren als „nicht ungewöhnlich“ (Bericht S. 73 zu Fn. 210). Eine solche bestenfalls anekdotische „Beweis“-führung muss allemal durch fundierte Datenerhebung ersetzt werden, bevor mit einer weitgehend theoretisierenden Begründung rechtsstaatliche Schutzelemente des geltenden Rechts über Bord geworfen werden. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 gibt zu bedenken, dass bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen ein Wettbewerbsverstoß naturgemäß noch nicht feststeht. Weiter heißt es: *„Da sie gleichwohl erheblich in die unternehmerische Freiheit eingreifen, ist die Gewährleistung vollen vorläufigen Rechtsschutzes umso mehr geboten.“*

ee) Ergäben sich hier signifikante Durchsetzungslücken, wären in erster Linie die Ressourcen des Bundeskartellamtes zu verstärken, um Normalverfahren zeitnah abzuschließen, anstatt durch Abbau rechtsstaatlicher Verfahrenselemente weitere Konfliktfelder und damit zusätzliche Gerichtsverfahren zu provozieren, die bei der Behörde wiederum zusätzliche weitere Ressourcen binden müssten. Der weitere Abbau der Eingriffsvoraussetzungen für einstweilige Maßnahmen muss als im höchsten Masse bedenklich gelten. Entsprechende explizite Bedenken der Wettbewerbskommission 4.0 und namhafter Wettbewerbsrechtler (vgl. Bericht S. 75, und zu Fn. 233) vor einer weiteren Schwächung des Rechtsstaats verschweigt die Begründung. In der Tat ist mit der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 eine Schwächung des Rechtsschutzes gegenüber vorläufigen Maßnahmen nicht erstrebenswert, sondern ein (weiterhin) zeitnaher Abschluss der Normalverfahren.

Der Koalitionsvertrag betont nicht nur die Notwendigkeit beschleunigter Verfahren, sondern bekennt sich zu Recht zu einem „Pakt für den Rechtsstaat“.

ff) Es wäre in jedem Fall zu berücksichtigen, dass sich später im Wege des gerichtlichen Rechtsschutzes herausstellen kann, dass sich die entsprechende Maßnahme als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Für diesen Fall bedarf es für das betroffene Unternehmen einer Kompensationsregelung, wie sie § 945 ZPO für einstweilige Verfügungen nach der ZPO vorsieht. Bestehende staatshaftungsrechtliche Regelungen reichen hierfür nicht aus, weil sie u. a. ein Verschulden voraussetzen.

b) Möglichkeit der Durchführung von mündlichen Anhörungen, § 56 Abs. 1, Satz 2 GWB-E

Es sollte sichergestellt werden, dass durch die Möglichkeit mündlicher Anhörungen nicht gegen das Recht des Unternehmens auf rechtliches Gehör verstoßen

wird. Es mag in manchen einfach gelagerten Fällen eine sinnvolle Verfahrenserleichterung darstellen, auf eine aufwändige schriftliche Anhörung zu verzichten, wenn diese im Ergebnis nicht zwingend sachgerechter ist. Dies dürfte jedoch nicht für komplexe Verfahren gelten, für die nach wie vor nur eine schriftliche Anhörung in Betracht kommen wird. Gegebenenfalls wäre es sinnvoll, dem Bundeskartellamt Kriterien für die Ermessensausübung an die Hand zu geben.

3. Verwaltungsverfahren, Befugnisse der Kartellbehörden

a) „Vorsitzendenschreiben“, § 32 c Abs. 2 GWB-E, Verwaltungsgrundsätze, § 32 c Abs. 3 GWB-E, Anspruch der Unternehmen auf ein „Negativattest“, § 32 c Abs. 4 GWB-E

aa) Der BDI begrüßt, dass das Instrument des Vorsitzendenschreibens auf eine klare Grundlage gestellt wird. Es soll v. a. dazu dienen, Unternehmen bei Kooperationen im Digitalbereich mit einer entsprechenden Einschätzung Rechtssicherheit zu geben. Allerdings wurde von dem Instrument des Vorsitzendenschreibens nach BDI-Wahrnehmung auch bisher schon in nur relativ geringem Umfang Gebrauch gemacht. Da sich Kooperationen im Digitalbereich gerade in der Anfangsphase häufig verändern und erst im Lauf der Zeit entwickeln, stellt sich die Frage, ob dieses Instrument praktisch wirklich zu einer signifikanten Erhöhung der Rechtssicherheit führen kann. Nach allgemeiner Erfahrung sind die neueren Kooperationsformen im Kontext der Digitalisierung häufig durch einen „*trial and error*“-Prozess gekennzeichnet. Damit verändert sich bei derartigen Fällen auch der einem Vorsitzendenschreiben zugrundeliegende Sachverhalt, weshalb sich solche Fälle häufig nicht für ein Vorsitzendenschreiben eignen dürften.

bb) Die aus unserer Sicht notwendige Erleichterung von Kooperationsmöglichkeiten vor dem Hintergrund der Digitalisierung kann deshalb nicht allein durch das durchaus begrüßenswerte freiwillige Vorsitzendenschreiben erreicht werden. Vielmehr bedarf es einer Erleichterung für die Selbsteinschätzung, z. B. durch einige generelle Klarstellungen in Guidelines zur Bewertung von horizontalen Kooperationen und Informationsaustausch. Insbesondere die derzeitige Verwaltungspraxis zum Informationsaustausch ist sehr restriktiv und wird den Kooperationsbedürfnissen bei Plattform- und Ökosystemmodellen nicht gerecht. Zumindest jedoch sollte in der Gesetzesbegründung sehr viel deutlicher auf die typischerweise wettbewerbsförderlichen Aspekte derartiger Kooperationen hingewiesen werden.

§ 32 c Abs. 3 GWB-E regelt die Möglichkeit des Bundeskartellamts, allgemeine Verwaltungsgrundsätze festzulegen, die u. a. auch Unsicherheiten über die Ermessensausübung des Amtes beseitigen sollen. Das Bundeskartellamt sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Aufgrund der enormen Praxisbedeutung der genannten Verwaltungsgrundsätze für die Beurteilung von Kooperationen sollten vor deren Erlass die betroffenen Kreise angehört werden.

- cc) Äußerst positiv ist die geplante Umsetzung in § 32 c Abs. 4 GWB, wonach Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber dem Bundeskartellamt einen Anspruch auf Entscheidung haben, ob ein Anlass zum Tätigwerden seitens der Kartellbehörde besteht. Dieser Anspruch ist hilfreich, um zu gewährleisten, dass deutsche Unternehmen künftig in der Lage sein werden, die Zulässigkeit von Kooperationen gerade in neuen Geschäftsfeldern zu klären und dadurch das diesen innewohnenden Innovationspotential auszuschöpfen.
- dd) Offen bleibt allerdings der Anforderungsmaßstab an ein „erhebliches und wirtschaftliches Interesse“ sowie die Definition des Begriffs „erheblich“. Hier sollte der Anspruch näher konturiert werden. Begrüßenswert wäre zudem die Erstreckung des Anwendungsbereichs auch auf vertikale Kooperationen, da in beiden Varianten Rechtsunsicherheiten bei der kartellrechtlichen Zulässigkeit in der Praxis bestehen. Auch erscheinen sechs Monate als ein sehr langer Zeitraum, ferner handelt es sich nur um eine Soll-Vorschrift. Es sollte bedacht werden, dass bei Kooperationen mit neuen Technologien (KI, Blockchain etc.) nach sechs Monaten die Idee der Zusammenarbeit ggf. überholt sein kann.
- ee) Daneben sind auf europäischer Ebene ebenfalls entsprechende Lösungen erforderlich. Diese sollten z. B. im Rahmen der kommenden Ratspräsidentschaft von Deutschland in Angriff genommen werden.

b) Fehlende Kompetenz für die Landeskartellbehörden, §§ 48 Abs. 2, 50 Abs. 1 GWB-E.

Der § 48 Abs. 2 GWB sieht vor, dass die Landeskartellbehörden für die Verfolgung von Kartellverstößen und Verstößen gegen die Missbrauchsaufsicht zuständig sind, wenn die entsprechenden Wirkungen nicht über das Gebiet eines Landes hinausreichen. Diese Regelung ist dem Bundesstaatsprinzip geschuldet. Bislang waren die Landeskartellbehörden daher auch für die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zuständig, wenn die entsprechenden Wirkungen auf ein Bundesland begrenzt blieben. Dies war auch konsequent, da die Anwendungsbereiche des Art. 101 AEUV und 1 GWB sich weitgehend überschneiden. Entsprechendes gilt für §19 GWB und 102 AEUV.

Dem widerspricht nun die neue Regelung in § 50 Abs. 1 GWB, wonach abweichend von § 48 Abs. 2 GWB das Bundeskartellamt ausschließlich für die Anwendung der Art. 101 und 102 zuständig sein soll. Damit verbleibt für die Arbeit der Landeskartellbehörden praktisch kein Raum mehr. Immer wenn diese ein Verfahren nach § 1 GWB oder §§ 19, 20 GWB eröffnen würden, könnten sich die Betroffenen darauf berufen, dass auch die Artikel 101 AEUV und 102 AEUV einschlägig seien, und die fehlende Zuständigkeit der Landeskartellbehörden rügen. Der neue § 50 Abs. 1 GWB führt damit faktisch zu einer Abschaffung der Landeskartellbehörden, was die Anwendung des GWB gegenüber Unternehmen betrifft. Dies mag politisch gewünscht und ggf. auch zweckmäßig sein, sollte in ei-

nem Bundesstaat dann aber auch deutlicher kommuniziert und vom Gesetzgeber eindeutig beschlossen werden.

c) Verfahren vor den Kartellbehörden – Auskunftsverlangen, § 59 GWB-E

- aa) Die Umsetzung der ECN+-Richtlinie zum Auskunftsverlangen der Kartellbehörden bringt aus Unternehmenssicht eine deutliche Verschärfung der bisherigen deutschen Rechtslage mit sich. So sieht § 59 GWB-E vor, dass das Bundeskartellamt künftig Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verpflichten kann, alle Informationen, die dem betreffenden Unternehmen oder der betreffenden Unternehmensvereinigung „zugänglich“ sind, innerhalb einer festgesetzten und angemessenen Frist zu erteilen. Außerdem können Vertreter von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sowie natürliche Personen zu einer Befragung einbestellt werden. Ein uneingeschränktes Auskunftsverweigerungsrecht entsprechend § 55 StPO, wie es im aktuellen § 59 Abs. 5 GWB bisher für die als Vertreter des Unternehmens zur Auskunft verpflichtete Person vorgesehen ist, ist laut Gesetzesbegründung nicht mehr mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar. Im Rahmen unternehmensgerichteter Auskunftsverlangen besteht für die Vertreter des Unternehmens deshalb eine Mitwirkungspflicht, die ihre Grenze im Zwang zum Geständnis findet, selbstbelastende Auskünfte aber nicht generell ausschließt. Auch natürliche Personen kann die Pflicht zur Auskunftserteilung treffen. Hierbei ist der Nemo-Tenetur-Grundsatz zu beachten. Dies gilt allerdings nicht, soweit die Auskunft lediglich die Gefahr eines kartellbehördlichen Bußgeldverfahrens begründet und die Kartellbehörde der natürlichen Person eine Nichtverfolgungszusage erteilt.
- bb) Diese sehr weite Auslegung des Auskunftsrechts führt im deutschen Recht aufgrund der separaten Möglichkeit einer Geldbuße gegen Unternehmensvertreter zu besonderen Schwierigkeiten, denn der Schutz vor Selbstbelastungen auskunftsgebender natürlicher Personen scheint nicht mehr automatisch gewährleistet, auch wenn der Gesetzesentwurf gewisse Schutzmechanismen vorsieht. Es bleibt abzuwarten, ob die ECN+-Regeln von den deutschen Behörden auch künftig im Sinne der bisherigen Rechtstradition ausgelegt werden, um hier keine verfassungsrechtlichen Konfliktpotentiale hervorzurufen.
- cc) Erschwerend kommt hinzu, dass sich die in den §§ 59 ff. GWB-E vorgesehenen umfassenden Auskunfts- und Durchsuchungsrechte dem Wortlaut nach gegen sämtliche Unternehmen im Anwendungsbereich des GWB richten, also nicht nur gegen Beschuldigte in einem Bußgeldverfahren, die betroffenen Parteien in einem Verwaltungsverfahren oder gegen die anmeldenden Parteien in einem Fusionskontrollverfahren, sondern z. B. auch gegen völlig unbeteiligte Unternehmen, wie Lieferanten, Kunden oder Wettbewerber, die im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens befragt werden.

Einzig tatbestandliche Voraussetzung für die Nutzung der Auskunfts- und Durchsuchungsrechte scheint die zu sein, dass ein Auskunftsverlangen, die Prüfung von geschäftlichen Unterlagen oder eine Durchsuchung „zur Erfüllung der im GWB den Kartellbehörden übertragenen Aufgaben erforderlich ist“ (vgl. § 59 Abs. 1, § 59 a Abs. 1 sowie § 59 b Abs. 1 GWB-E). Da das Bundeskartellamt seinen Aufgabenbereich in der Regel sehr weitreichend

definiert, liegt diese Eingriffsschwelle sehr niedrig. Der Grundrechtsschutz nach Artikel 13 GG wird so praktisch ausgehebelt.

- dd) Es gibt in Deutschland auch kein weitreichendes Legal Privilege, auf das sich die Unternehmen – anders als auf EU-Ebene oder in anderen Mitgliedstaaten – berufen könnten. Die Reichweite der deutschen Beschlagnahmeverbote bzw. Auskunftsverweigerungsrechte ist sehr beschränkt. Unabhängig von einer Beteiligung in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren drohen deutschen Unternehmen daher exzessive Auskunftsbeschlüsse oder gar Durchsuchungen. In ihrer jetzigen Form sind die §§ 59 ff. GWB-E vollkommen unverhältnismäßig und schaffen praktisch „gläserne Unternehmen“. Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, bedarf es insoweit nicht nur der Einführung eines weitreichenden Legal Privilege (einschließlich eines Legal Privilege für Syndikusanwälte), sondern weiterer flankierender Maßnahmen, wie z. B. einen effektiven kurzfristigen Rechtsschutz zur gerichtlichen Klärung der Zulässigkeit entsprechender Auskunfts- und Durchsuchungsmaßnahmen. Mit diesen Maßnahmen müsste abgesichert werden können, dass die in den §§ 59 ff. GWB-E vorgesehenen weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten in den Kernbereich von Grundrechten (wie Artikel 13 GG) nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgenommen werden können.
- ee) Die Änderung, dass künftig alle Informationen, die dem betreffenden Unternehmen oder der betreffenden Unternehmensvereinigung „zugänglich“ sind, verlangt werden können, sollte nicht dazu führen, dass das Bundeskartellamt der Tendenz anderer europäischer Wettbewerbsbehörden folgt, teils sehr umfangreiche Ersuchen zu erlassen. Die ECN+-Richtlinie verfolgt das Ziel der Vereinheitlichung der europäischen Rechtslage im Hinblick auf eine Rechtsgrundlage für Auskunftersuchen. Dies sollte aber nicht dazu führen, dass auch hinsichtlich des Umfangs der konkreten Auskunftersuchen eine europaweite Angleichung der Praxis stattfindet.

4. Kartellschadenersatz

- a) **Einführung einer widerleglichen Vermutungsregelung zur Kartellbetroffenheit bei Abnehmern/Lieferanten, § 33 a Abs. 5 GWB-E, § 33 c Abs. 3, Satz 2 GWB-E**

Der neue § 33 a Abs. 5 GWB-E sieht eine widerlegliche Vermutung vor, dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren („Kartellbetroffenheit“). Dies gilt gemäß § 33 c Abs. 3 S. 2 GWB-E auch für mittelbare Abnehmer entsprechend. Der Gesetzgeber verfolgt hiermit die Absicht, die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zu stärken. Anlass dafür bietet insbesondere das Urteil des BGH zum Schienenkartell, mit dem der BGH, die von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte etablierten Anscheinsbeweise zur Schadensverursachung und zur Kartellbetroffenheit für

nicht anwendbar erklärt habe.⁷ Dies erschwere die Rechtsdurchsetzung, was im Widerspruch zu dem europarechtlich vorgegebenen Effektivitätsgrundsatz problematisch sei. Durch die Vermutungsregelung falle es nun in den Verantwortungsbereich der Beklagten, eine fehlende Kartellbefangenheit konkreter Geschäfte nachzuweisen.

aa) Die angedachten Neuregelungen würden es Klägern per Gesetz weiter erleichtern, künftig für ihren Anspruch auf Schadensersatz die Kartellbefangenheit der von ihnen bezogenen Waren oder Dienstleistungen darzulegen. Die Rechtsprechung hatte den Geschädigten bereits Beweiserleichterungen eingeräumt, da der Nachweis, dass alle von den Geschädigten bezogenen Produkten von den jeweiligen Kartellabsprachen umfasst waren und dass die konkreten Absprachen, die diese Produkte betrafen, auch in jedem einzelnen Fall von den Kartellbeteiligten beachtet und umgesetzt wurden, schwer zu erbringen ist.

Bevor daher per „Schnellschuss“ jedoch neue Vermutungstatbestände geschaffen werden, die bei Schadensersatzklagen zu Lasten nur einer Partei wirken, sollte zunächst ermittelt werden, ob es im bestehenden System tatsächlich eine Rechtsschutzlücke gibt⁸. Falls eine solche Analyse zu dem Ergebnis kommt, dass eine Lücke besteht, sollte mit ausreichendem Vorlauf und wissenschaftlicher Unterstützung untersucht werden, wie diese effektiv und interessengerecht geschlossen werden kann. Es sollte dabei auch berücksichtigt werden, dass ein Anscheinsbeweis für die Annahme einer Kartellbefangenheit gerade nicht besteht.

bb) Der BDI regt an, von einer Erweiterung der bereits mit der 9. GWB-Novelle eingeführten Vermutungsregelung zur Entstehung des Schadens dem Grunde nach auf die Kartellbetroffenheit von Abnehmern/Lieferanten abzusehen. Die Gründe, mit denen der Gesetzgeber von einer solchen Regelung im Zuge der 9. GWB-Novelle bei der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (RL 2014/194/EU) bewusst abgesehen hatte (vgl. BT-Drucksache 18/10207, S. 56) haben aus unserer Sicht weiterhin Bestand.

cc) Auch angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung wird derzeit kein Handlungsbedarf gesehen, da sowohl die Instanzgerichte als auch der BGH Schadensersatzklägern Beweiserleichterungen sowohl für den Eintritt des Schadens als auch für den Nachweis der Kartellbefangenheit eingeräumt haben. Die ersten Entscheidungen nach dem oben genannten BGH-Urteil lassen vermuten, dass die Instanzgerichte auch auf der Grundlage tatsächlicher Vermutungen für Kartellbefangenheit und Schadenseintritt und der damit einhergehenden umfassenderen Würdigung des Sachverhalts nicht zu wesent-

⁷ BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, KZR 26/17, WuW 2019, 91

⁸ a.A. Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister e.V. (AGV MOVE), der für diese Regelung vorbehaltlos mit rückwirkender Anwendung eintritt. Nach seiner Auffassung kann es den Geschädigten nicht zugemutet werden, den Nachweis erbringen zu müssen, dass alle von ihnen bezogenen Produkte von den Kartellabsprachen umfasst waren und dass die konkreten Absprachen, die diese Produkte betrafen, auch in jedem einzelnen Fall beachtet und umgesetzt wurden, da dieser Nachweis in der Praxis oft nicht möglich sei.

lich anderen Ergebnissen kommen dürften. Den Instanzgerichten dürfte daher auch im Rahmen der vom BGH geforderten „Gesamtwürdigung“ ein erheblicher Spielraum bei der Einordnung verbleiben, welchen Beweiswert die tatsächlichen Vermutungen im Einzelfall haben. Außerdem hatte der BGH im Schienenkartell noch auf Basis der alten Rechtslage noch vor Einführung der 9. GWB-Novelle in Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises zu entscheiden. Für Neufälle können die Gerichte hingegen nunmehr auf die zusätzlich geschaffenen materiellen Vermutungsregelungen gemäß § 33 a, c GWB zurückgreifen und damit für einen effektiven Rechtsschutz aus Klägersicht sorgen. Nachdem es bislang noch zu keiner Entscheidung nach neuem Recht gekommen ist, wäre es vorzugswürdig, zunächst das neu geschaffene gesetzliche Instrumentarium in der gerichtlichen Entscheidungspraxis zur Anwendung kommen zu lassen und dann anhand konkreter Fälle zu prüfen, ob überhaupt ein ergänzender Korrekturbedarf besteht.

- dd) Die angedachte Vermutungsregelung will den Nachweis des Nichtvorliegens einer Befangenheit jetzt allein in die Sphäre der kartellbeteiligten Unternehmen verlagern. Dies dürfte umgekehrt auf der Seite der Beklagten zu Nachweisschwierigkeiten führen. Es müsste auf der Rechtsfolgenseite geprüft werden, ob die auf den Einzelfall bezogene richterliche Beweiswürdigung letztlich nicht zu ausgewogeneren Ergebnissen führt⁹. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass eine solche Vermutungsregelung tatsächlich die Justiz entlastet und dazu führt, dass kartellrechtliche Schadensersatzprozesse an Komplexität verlören. Das Gegenteil dürfte der Fall sein. Das Problem der Schere zwischen den sehr hohen Erwartungen von Schadensersatzklägern einerseits und der tatsächlich darstellbaren Sachverhaltslage andererseits wird durch das Hinzufügen von weiteren Vermutungsregeln nicht gelöst. Schon jetzt finden sich im § 33 a Abs. 2 GWB weitreichende gesetzliche Vermutungen. Wir sehen die Gefahr, dass auf Kosten der materiellen Wahrheit Schadensersatzansprüche weitgehend nur noch auf Vermutungstatbeständen begründet werden könnten. Ein solches System wird Kartellschadensersatzprozesse nicht einfacher, sondern noch komplexer und länger machen. Denn zum einen werden die Erwartungen der Klägerseite an die Höhe der Schadensersatzansprüche steigen, weil die Substantiierungsanforderungen sinken und sich ein Kläger nicht *ex ante* vertieft mit der Frage der Begründetheit seiner Forderung auseinandersetzen muss, zum anderen vereinfacht sich der Prozess durch ein widerlegbare Vermutung nicht, sondern verschiebt die streitigen Fragen nur von der Stufe der substantiierten Darlegung auf die Stufe der Widerlegung.
- ee) Vor diesem Hintergrund ist zudem zu befürchten, dass diese Ausweitung des Beklagtenrisikos dazu beitragen wird, die Attraktivität von Kronzeugenanträgen deutlich zu mindern. Der Antragsteller müsste jeweils bereits bei seinem

⁹ a.A. AGV Move, der für eine Kodifizierung der von der Rechtsprechung angewandten Erfahrungssätze eintritt. Nach dessen Auffassung lehne der BGH zumindest für Quoten- und Kundenschutzabsprachen einen Anscheinsbeweis der Kartellbetroffenheit ab und gehe lediglich von einer tatsächlichen Vermutung aus, weshalb – selbst nach der „Schienenkartell II“-Entscheidung des BGH – nach wie vor ein Klarstellungsbedürfnis mit Blick auf die Instanzgerichte vorherrsche.

Kronzeugenantrag die sachliche, räumliche und zeitliche Reichweite des Kartells präzise (einschränkend) umgrenzen, um mit Blick auf spätere Zivilklagen die Auswirkungen der Vermutungsregelung zur Kartellbetroffenheit entsprechend zu begrenzen. Hieraus ergibt sich eine deutlich erhöhte Komplexität aus Antragstellersicht, die am Ende dazu führen kann, dass schon kein Antrag gestellt wird. Dieser mögliche Effekt wird durch die Erstreckung der Vermutungsregelung nach 33 c Abs. 3 GWB (neu) zugunsten des mittelbaren Abnehmers noch zusätzlich verschärft.

ff) Die Vermutung erfasst laut Gesetzesbegründung explizit nicht sogenannte Preisschirmeffekte, was angesichts einer ansonsten schier uferlosen Haftung richtig ist. Laut Gesetzesbegründung soll damit allerdings keine Aussage dazu verbunden sein, ob und inwieweit auch in solchen Konstellationen eine Betroffenheit vorliegen kann. Es scheint ebenfalls richtig, dies der Fallpraxis zu überlassen.

b) Klarstellungen bei Offenlegungsansprüchen und zur zeitlichen Anwendung von Schadensersatzansprüchen

aa) Aufwendungsersatzanspruch, § 33 g Abs. 7 GWB

§ 33 g Abs. 7 GWB enthält einen Aufwendungsersatzanspruch bei der Herausgabe von Beweismitteln in Erfüllung eines Offenlegungsanspruchs. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann der Offenlegungsschuldner von dem Offenlegungsgläubiger den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Bis heute ist nicht geklärt, ob es sich damit um eine endgültige Kostenzuweisung, unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits handelt. Hier wäre eine Klarstellung hilfreich.

Die Monopolkommission hatte in ihrem 22. Hauptgutachten von 2018 den mit der 9. GWB-Novelle eingefügten § 33 g Abs. 7 GWB als „problematisch“ bezeichnet und gefragt, ob sich der Aufwendungsersatzanspruch in der Praxis womöglich als Hindernis für die Geltendmachung der Offenlegung von Beweismitteln erweisen könnte. Unklar ist zudem, ob der Aufwendungsersatzanspruch dem Offenlegungsverpflichteten das Recht gibt, einen Vorschuss zu fordern, oder ob ihm zumindest ein Zurückbehaltungsrecht (Offenlegung Zug-um-Zug gegen Ersatz der Aufwendungen) zusteht. Solche Erwägungen sind bereits mit Blick auf die seinerzeitige Gesetzesbegründung („Dieser Ersatzanspruch besteht jedoch nicht vor der Erfüllung der Verpflichtung zur Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln“) eher abzulehnen. Andernfalls könnte in der Praxis die Offenlegung weiter verzögert oder blockiert werden.

Allerdings wäre zu überlegen, ob man angesichts der kostspieligen *Pre-Trial-Discovery*-Verfahren in den USA dem Anspruchsteller zumindest aufgeben könnte, eine entsprechende Sicherheitsleistung in Höhe der Aufwendungen leisten zu müssen. Dann würde das Verfahren nicht unnötig verzögert, der Aufwendungsberechtigte hätte jedoch eine „Sicherheit“, nicht auf seinen Kosten sitzen zu bleiben. Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert. Ansonsten müsste man abwarten, ob die Gerichte pragmatische Lösungen im Umgang mit den Offenlegungsansprü-

chen entwickeln, die einerseits dem Informationsbedürfnis der jeweiligen Prozessbeteiligten Rechnung tragen, andererseits aber auch dafür Sorge tragen, dass keine übermäßigen Kosten für die Zusammenstellung offenzulegender Beweismittel oder zu erteilender Auskünfte entstehen und deren Erstattung sichergestellt ist. So könnten Gerichte z. B. darauf hinwirken, dass vor Durchführung etwa einer aufwändigen und kostenintensiven e-Search zunächst Auszüge aus Datenbanken oder Stichproben aus Dokumentensätzen vorgelegt werden. Auf dieser Grundlage kann dann möglicherweise entschieden werden, ob weitere aufwändige Maßnahmen erfolgversprechend, erforderlich und verhältnismäßig erscheinen. Auch der Offenlegungsgläubiger dürfte kein Interesse haben, die umfangreiche Offenlegung von Daten zu fordern und entsprechend hohen Aufwendungsersatz zu leisten, wenn auch zunächst kleinere Datensätze herangezogen werden können. Dieselben Überlegungen dürften auch für rein außergerichtliche Sachverhalte gelten und dementsprechend zweckmäßig sein.

bb) Änderungen beim Dringlichkeitserfordernis

§ 89 b Abs. 5 GWB-E wird um einen Satz 2 ergänzt (Änderungen markiert):

Gegen denjenigen, dessen Verstoß gegen eine Vorschrift des Teils 1 oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV durch eine gemäß § 33 b bindende Entscheidung der Wettbewerbsbehörde festgestellt wurde, kann die Herausgabe dieser Entscheidung der Wettbewerbsbehörde bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 g im Wege der einstweiligen Verfügung auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen angeordnet werden. Eine Anordnung nach Satz 1 setzt keine Eilbedürftigkeit voraus.

Dieser Vorschlag wird vom BDI befürwortet, weil er Unklarheiten der Gesetzesauslegung nach der bisherigen Rechtslage dazu beseitigt, ob ein Antrag gem. § 89b Abs. 5 GWB Eilbedürftigkeit voraussetzt. Durch die bisher u. a. vom OLG Düsseldorf vorgenommene Auslegung von § 89 b Abs. 5 GWB könnten potentiell Kartellgeschädigte faktisch zur Geltendmachung eines Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruchs innerhalb von vier Wochen und damit zu einem Zeitpunkt gezwungen werden, zu dem sie noch überhaupt nicht abschließend entschieden haben, ob die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen näher geprüft werden soll. Damit besteht die Gefahr, dass potentielle Kartellgeschädigte rein vorsorglich Gerichtsverfahren anstrengen, nur um den Verfall der Dringlichkeit zu vermeiden. Durch die Klarstellung des Gesetzgebers, dass eine Anordnung der Herausgabe keine Eilbedürftigkeit voraussetzt, wird diese Gefahr beseitigt.

cc) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Im Rahmen des Geheimnisschutzes wird § 89 b Abs. 7 GWB-E um folgenden Satz 2 ergänzt (Änderung markiert):

Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertrau-

lichen Informationen zu gewährleisten. Insbesondere kann das Gericht einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden ist.

Die vorgeschlagene Ergänzung wird vom BDI befürwortet. Die vorgesehenen Maßnahmen können dazu beitragen, Schwierigkeiten bei der Anwendung der Regelungen zum Geheimnisschutz zu beheben und deren Anwendung zu fördern. Dadurch, dass sich Gerichte zur Bestimmung des erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen eines Sachverständigen bedienen können, kann der gerichtliche Aufwand, der üblicherweise mit der Klärung von Fragen im Zusammenhang mit der Bereinigung von Unterlagen um Geschäftsgeheimnisse verbunden ist, verringert werden. In der Folge werden Verzögerungen infolge einer Überlastung der Gerichte mit der Durchsicht umfangreicher Materialien vermieden oder jedenfalls minimiert.

dd) Zeitlicher Anwendungsbereich der Kartellschadensersatzvorschriften

Der zeitliche Anwendungsbereich der Kartellschadensersatzvorschriften wird durch folgende Ergänzung des § 186 Abs. 4 GWB-E klargestellt (Änderungen markiert):

§ 33 c Abs. 5 und die §§ 33 g sowie 89 b bis 89 e sind unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung der Schadensersatzansprüche nur in Rechtsstreiten anzuwenden, in denen nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben worden ist.

Die Klarstellung des zeitlichen Anwendungsbereichs wird befürwortet. Die durch die Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 3. April 2018 und vom 7. Mai 2018 aufgeworfenen Zweifel hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs der §§ 33 g sowie 89 b bis 89 e GWB auf Fälle, in denen Klage erst nach dem 26. Dezember 2016 erhoben wurde, die Schadensersatzansprüche aber bereits vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, dürften damit beseitigt sein.

5. Fusionskontrolle

a) **Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle wird von 5 Millionen auf 10 Millionen, § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E**

aa) Prinzipiell befürwortet der BDI die Erhöhung der 2. Inlandsumsatzschwelle und erachtet die Anhebung auf 10 Mio. Euro als Schritt in die richtige Richtung, da dadurch der Erwerb kleinerer Unternehmen im Ausland durch deutsche Unternehmen weiter erleichtert werden dürfte. Die damit verfolgte Intention zur Entlastung der Wirtschaft und Erleichterung von Zusammen-

schließen mit kleineren Unternehmen im Ausland durch deutsche Unternehmen ist richtig.

- bb) Allerdings ist die Anhebung auf 10 Mio. Euro eher eine schon länger fällige Anpassung an die seit der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle gestiegenen Unternehmensumsätze. Die Anpassung in dieser Größenordnung ist allerdings viel zu niedrig, um in einer großen Marktwirtschaft wie Deutschland tatsächlich sämtliche relevanten Zusammenschlüsse ohne nennenswerte Auswirkungen auf die inländischen Märkte von Anwendungsbereich der Fusionskontrolle auszuschließen und tatsächlich eine praktische Entlastung der Wirtschaft und der Wettbewerbsbehörden zu bewirken; hierzu wäre eine Anhebung auf mindestens 25 Mio. Euro erforderlich. Eine durch die Anhebung auf 10 Mio. Euro prognostizierte Entlastung i. H. v. 2,4 Mio. Euro kann schwerlich als „nachhaltig“ bezeichnet werden.

Bereits 2008 hatte der BDI im Rahmen der Einführung einer zweiten Umsatzschwelle angeregt, diese direkt auf 15 Mio. Euro festzusetzen. Im Vergleich zu vergleichbar großen Volkswirtschaften wie Japan, Großbritannien, Frankreich oder Italien sollte jetzt im Jahr 2020 erwogen werden, diese auf mindestens 25 Mio. Euro anzuheben.

Wertungswidersprüche kommen hinzu: Bei reiner Inlandsakquisition kann anmeldefrei bis 25 Mio. Euro Inlandsumsatz hinzugeworben werden, ein Erwerb im Ausland würde schon bei 10 Mio. Euro miterworbenem Inlandsumsatz zur Anmeldepflicht führen. Das ist kaum zu rechtfertigen. Viele Volkswirtschaften im europäischen Raum haben keine verschiedenen Inlandsumsatzschwellen. In einer noch größeren Volkswirtschaft wie Deutschland sollten daher mindestens 25 Mio. Euro als zweite Inlandschwelle keine Konzentrationsängste auslösen.

- cc) Es sollte zudem die Angemessenheit der Schwellenwerte der ersten Inlandsumsatzschwelle in Höhe von 25 Mio. Euro anhand der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung und der zunehmenden Geldentwertung überprüft werden. Die Volkswirtschaft ist weiter gewachsen, und die Inflation erhöht die nominellen Unternehmensgrößen zusätzlich. Die Angemessenheit der Aufgreifschwelle sollte zudem jährlich evaluiert und angepasst werden (z. B. auf Basis der durchschnittlichen Umsatzsteigerungen der Unternehmen), wie es z. B. auch in den USA der Fall ist.

b) Streichung der Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 Satz 1 GWB)

Durch die in § 35 Abs. 2 Satz 1 aF GWB enthaltene sogenannte Anschlussklausel sollen Eigentümer kleinerer Unternehmen (Umsatz < 10 Mio. Euro) ihr Unternehmen ohne das Erfordernis eines Fusionskontrollverfahrens und den damit verbundenen bürokratischen Aufwand verkaufen können. Während die Streichung der sog. Anschlussklausel in Bezug auf die Anhebung der 2. Inlandsumsatzschwelle zunächst folgerichtig erscheint, wenn mit der Erhöhung der 2. Inlandsumsatzschwelle der Anwendungsbereich des § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB inso-

fern auf Null reduziert wäre, kann dies nicht in Bezug auf die in § 39 a Abs. 1 GWB-E neu geschaffene Möglichkeit der umsatzschwellenwertunabhängigen Fusionskontrolle gelten. Mit der Streichung der Anschlussklausel soll lediglich eine redaktionelle Folgeänderung in Bezug auf die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle erfolgen, nicht jedoch die Begrenzung der aktuellen durch die Anschlussklausel gewährte Ausnahme. Insofern ist es erforderlich und auch folgerichtig die Ausnahme des § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB nunmehr als Ausnahme zu der in § 39 a Abs. 1 GWB-E neu geschaffenen Befugnis zu etablieren; redaktionell sinnvoll wäre die Überführung der Ausnahme in § 39 a GWB-E.

c) Neufassung der Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs.1, Satz 2, Nr. 2 GWB)

Die Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nummer 2 soll von 15 Mio. Euro auf 20 Mio. Euro angehoben werden und mehrere (Bagatell-)Märkte sollen gebündelt betrachtet werden können.

Zunächst erscheint die Anhebung der Bagatellmarktgrenze auf 20 Mio. Euro grundsätzlich zeitgemäß und geboten, da diese Schwelle seit über 20 Jahren nicht angepasst worden ist und die Fusionskontrolle derzeit auch bei relativ kleinen Märkten eingreift. Allerdings stellt sich die Frage, ob die damit beabsichtigte Eingrenzung der materiellen Fusionskontrolle nicht durch die neu ins Gesetz eingeführte Bündelungsmöglichkeiten von Bagatellmärkten künftig ins Leere laufen könnte. In der Gesetzesbegründung wird zumindest angesprochen, dass die Anhebung der Bagatellmarktklausel durch die Bündelungswirkung kompensiert werden könnte.

Sollte dies der Fall sein oder die Bagatellmarktklausel gänzlich ins Leere laufen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Mittelstand durch die Bagatellmarktklausel weiterhin entlastet würde. Der BDI spricht sich daher dafür aus, die Möglichkeit der Bündelung von Bagatellmärkten nicht in das Gesetz aufzunehmen. Die im Rahmen von Gerichtsverfahren aufgetretenen ungeklärten Streitfragen zur Zulässigkeit einer Bündelung werden im Entwurf nicht adressiert. Hier wäre weitere Klarheit durch den Gesetzgeber wünschenswert.

Auch gibt die Gesetzesbegründung keinen Aufschluss darüber, wie viele Fälle zukünftig noch unter die Bagatellmarktklausel fallen werden. Im Moment ist zu befürchten, dass mit dieser Neuregelung in der Praxis sogar eine Erhöhung anstelle einer Reduzierung der fusionskontrollrechtlichen Prüfungsdichte zu befürchten ist.

d) Verwendung eines international anerkannten Rechnungslegungsstandards, § 38 Absatz 1, GWB-E

Die Möglichkeit der Angabe von IFRS-Umsatzzahlen (International Financial Reporting Standard) wertet der BDI als eine willkommene Erleichterung für die Anmeldeparteien von Zusammenschlüssen.

e) Entfallen der Vollzugsanzeige, § 39 Absatz 6 GWB-E

Es ist positiv, dass die Pflicht zur nachträglichen Vollzugsanzeige in den Fällen entfällt, in denen ein Zusammenschluss vorab beim Bundeskartellamt angemeldet und freigegeben wurde. Die Gesetzesbegründung konstatiert zutreffend, dass dem mit der Anzeige verbundenen bürokratischen Aufwand für Unternehmen und das Bundeskartellamt „kein entsprechender Nutzen“ gegenübersteht.

Höchst bedenklich (auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten) erscheint hingegen die Einführung einer Selbstanzeigepflicht (§ 39 Abs. 6 GWB-E), die im Ergebnis einer Selbstbelastung gleichkommt und zudem bußgeldbewehrt wird.

Unternehmen haben ohnehin ein erhöhtes Eigeninteresse an der Beseitigung von der mit Entflechtungsverfahren verbundenen schwebenden Unwirksamkeit von Vollzugsakten und hieraus resultierenden Haftungsrisiken. Die bestehenden Befugnisse der Wettbewerbsbehörden, z. B. bei Verstoß gegen die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot, genügen, es bedarf keiner weiteren Verpflichtung zur Sicherung einer präventiven Fusionskontrolle.

f) Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse, § 39 a Abs. 1 GWB

- aa) Die Einführung der in § 39 a GWB-E vorgesehenen Ermächtigungsgrundlage für das Bundeskartellamt hält der BDI für außerordentlich bedenklich. Es stehen nicht die großen Unternehmen im Visier des § 39 a GWB-E, sondern vielmehr wird die bisherige Umsatzgrenze von 500 Mio. Euro aller beteiligten Unternehmen deutlich herabgesetzt auf einen Schwellenwert von weltweit 250 Mio. Euro für das erwerbende Unternehmen. Eine Umsatzschwelle von 250 Mio. Euro auf Seiten des Erwerbers trifft aber insbesondere den Mittelstand, der dadurch besonders belastet wird.
- bb) Erheblich fällt auch die Absenkung des Schwellenwerts für das erworbene Unternehmen aus, für das die Fusionskontrolle bereits eingreift, wenn es weltweit einen Umsatz von 2 Mio. Euro erzielt und davon mehr als zwei Drittel im Inland. Mit Blick auf die Aufgreifschwelen in anderen Jurisdiktionen (sowohl im europäischen als auch weltweiten Vergleich) geht die Einführung dieser zusätzlichen (sehr niedrigen) Umsatzschwelle von 2 Mio. Euro in die falsche Richtung. Die Regelung ist insgesamt unverhältnismäßig, da angesichts der jeweils relevanten Gesamtmarktgröße in Deutschland Transaktionen erfasst würden, die aufgrund der geringen Umsatzgröße typischerweise wettbewerbslich keine problematische Wirkung entfalten.
- cc) Das Aufgreifermessen für die Anmeldepflicht ist zudem sehr weit gefasst, und die Begrifflichkeiten sind unbestimmt. Gemäß § 39 a Abs. I Ziff. 2 genügen für die Verpflichtungsverfügung Anhaltspunkte, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig eingeschränkt werden kann. Der Begriff der Einschränkung von Wettbewerb stellt im Bereich der Fusionskontrolle eine völlig neuartige Kategorie dar. Damit zielt diese Norm weiter als nur auf die Erfassung der sog. „Killerakquisitionen“, mit denen marktbeherrschende Unternehmen des Digitalbereichs neue Startups aufkaufen. In der Gesetzesbegründung steht, dass bereits Beschwerden von Wettbewerbern, Kunden oder Verbraucher Anhaltspunkte sein können, auf deren Grundlage das Bundeskartellamt vom § 39 a Abs. 1 GWB-E Gebrauch machen kann. Eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt soll gerade keine Anwendungsvoraussetzung sein. Im Ergebnis erhält das Bundeskartellamt damit einen Beurteilungsspielraum, der für die betroffenen Unternehmen juristisch kaum nachprüfbar ist.
- dd) Mit Einführung des § 39 a GBW-E wäre für den Anwender zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden: insbesondere in Situationen, in denen

die Vertragsparteien erst nach Unterzeichnung des M&A-Vertrages per Verwaltungsakt eine Aufforderung im Sinne des § 39 a GWB-E erhalten, hätten die Parteien keine Möglichkeit, etwaige damit verbundene Risiken im M&A-Vertrag zuvor entsprechend abzubilden.

- ee) Insgesamt sprechen wir uns angesichts der vorgenannten Punkte gegen die angestrebte Einführung des § 39 a GWB-E aus. Bevor eine neue Regelung in Form des § 39 a Abs. 1 GWB geschaffen wird, sollte die Notwendigkeit einer solchen Regelung wissenschaftlich näher attestiert werden. Die Wettbewerbskommission 4.0 hat bislang lediglich den Aufkauf von Start-ups in einer frühen Entwicklungsphase durch marktbeherrschende Digitalunternehmen als eventuell problematisch eingestuft. Sie hat jedoch noch keinen konkreten Handlungsbedarf konstatiert. Es ist nämlich für Kartellbehörden äußerst schwierig zu prognostizieren, ob ein Zukauf eines kleineren Wettbewerbs tatsächlich zu einem „weniger“ (infolge Geschäftseinstellung) oder doch „mehr“ (kommerzieller Durchbruch einer neuen Produktidee durch neue Kapitalzuführung) an Innovation führen wird.
- ff) Hilfsweise sollte in der Gesetzesbegründung mindestens klargestellt werden, dass M&A-Verträgen, die vor Bestandskraft des Verwaltungsaktes rechtsverbindlich vereinbart worden sind, Bestandsschutz zukommt und der Verwaltungsakt insoweit keine Rückwirkung entfaltet. Auch sollte zumindest im Sinne einer ermessensbegrenzenden Konkretisierung die Befugnis dahingehend ergänzt werden, dass „konkrete Anhaltspunkte“ für „erhebliche Einschränkungen“ des Wettbewerbs vorliegen müssen und das erwerbende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehaben sein muss.
- g) Verlängerung der Frist für die Prüfung von Zusammenschlüssen im Hauptprüfverfahren auf fünf Monate (§ 40 Absatz 2 Satz 2 GWB-E) und Begrenzung der Gesamtdauer aller Fristverlängerungen auf einen Monat (§ 40 Abs. 2 Satz 5 GWB-E)**
- aa) Die Dauer des Phase-II-Verfahrens soll um einen Monat verlängert, aber die Gesamtdauer aller Fristverlängerungen (freiwillige Verlängerung der Untersuchungszeiträume durch die Parteien) auf insgesamt einen Monat beschränkt werden. Aus BDI-Sicht haben sich die bestehenden Fristenregelungen bewährt. Die vorgeschlagenen Änderungen sind für die deutsche Wirtschaft mit erheblich höheren Nachteilen als Vorteilen behaftet. Auf diese sollte daher verzichtet werden.
- bb) Der BDI hält insbesondere die Limitierung der Fristverlängerung für äußerst problematisch. So sollte weiterhin die Möglichkeit bestehen, dass das Bundeskartellamt im Einverständnis aller Parteien das Phase II-Verfahren weiter verlängern kann.

Auch dem BDI ist nicht bekannt, dass aus der Wirtschaft, der Anwaltschaft oder von Seiten des Bundeskartellamtes Forderungen nach einer Änderung der Fristen für die einvernehmliche Verlängerung der Phase II erhoben wur-

den. Es kommt hinzu, dass die Anzahl an Phase II-Prüfungen zudem relativ gering ist. Die Gesetzesbegründung listet auch keine Negativ-Beispiele auf. Deshalb befürwortet der BDI in jedem Fall Planungssicherheit für die Unternehmen hinsichtlich der Dauer und Vorhersehbarkeit des Hauptverfahrens. Man könnte vordergründig der Ansicht sein, dass die Verlängerung der Prüffrist des Hauptverfahrens auf fünf Monate durch die Limitierung von Fristverlängerungen auf insgesamt einen Monat (§ 41 Abs. 2 S. 3 GWB-E) angemessen kompensiert wird. Dies ist jedoch eine praxisferne Betrachtung, wenn man sich die Verfahren bei der Europäischen Kommission ansieht.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es unterschiedlich komplexe Fusionskontrollverfahren gibt. Bei einigen Transaktionen ist der zeitliche Prüfungsaufwand geringer (z. B. weil nur wenige Märkte vom Zusammenschluss betroffen sind, oder weil Auskünfte von betroffenen Kunden, Lieferanten und Wettbewerber einfach einzuholen sind). Bei anderen zu prüfenden Transaktionen kann der zeitliche Prüfaufwand deutlich höher sein (z. B. weil eine Vielzahl von regionalen oder sachlich unterschiedlichen Märkten zu prüfen sind oder weil potentielle Kunden, Lieferanten und Wettbewerber schwer erreichbar sind). Die zukünftig vorgesehene Beschränkung der Verlängerungsmöglichkeit auf maximal einen Monat wird dieser Komplexität nicht gerecht.

Es ist daher anzunehmen, dass die Beteiligten in diesem Fall auf andere Instrumente ausweichen werden, um das gleiche Ziel (Verlängerung der Prüfung) zu erreichen, wie z. B. die Rücknahme einer Anmeldung verbunden mit einer Neuanschuldung oder das umfangreiche Zurückgreifen auf Rügen nach § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 GWB (Rüge der Unvollständigkeit/Unrichtigkeit einer Anmeldung durch das Bundeskartellamt – „Stop the Clock“). Diese Instrumente würden aber im Ergebnis zu einer längeren Verfahrensdauer führen.

- cc) Die Änderung des § 40 Abs. 2 GWB ist nun mit der sehr hohen Gefahr verbunden, bei der Verfahrensdauer Verhältnisse wie auf der EU-Ebene herzustellen, die seit Jahren kritisiert werden, während das deutsche Verfahren bislang ohne Vorabstimmung und ausufernd lange Fragebögen auskommt.

Eine entsprechende Regelung wie § 40 Abs. 2 Satz 5 GWB-E findet sich nämlich bereits in § 10 Abs. 3 UA 2 Satz 4 FKVO. Danach darf die Gesamtdauer aller etwaigen Fristverlängerungen 20 Arbeitstage nicht überschreiten. Mit dieser Begrenzung der Verlängerungsmöglichkeit der Phase II dürfte der EU-Gesetzgeber ebenfalls das Ziel verfolgt haben, die Phase II Prüfung zeitlich nicht ausufern zu lassen. Die praktische Erfahrung mit der EU-Fusionskontrolle bezeugt jedoch, dass genau das Gegenteil eingetreten ist. Obgleich von der FKVO offiziell gar nicht vorgesehen, ist heute für jede EU-Anmeldung (egal ob wettbewerbsrechtlich kritisch oder nicht) eine Vorabstimmung mit dem Case-Team der EU-Kommission erforderlich. Dieses informelle Verfahren führt dazu, dass jedes EU-Fusionskontrollverfahren deutlich länger dauert als von der FKVO offiziell vorgesehen. Ein wesentlicher Grund für die Vorabstimmung dürfte sein, dass der Prüfungszeitraum für die EU-Kommission am hinteren Ende begrenzt ist. Das zuständige Case-Team

muss also bereits zu einem möglichst frühen Zeitpunkt erkennen, ob eine Transaktion wettbewerbsrechtlich kritisch ist oder nicht, um innerhalb des offiziellen Zeitraums ausreichend Zeit für eine Prüfung zu haben. Dieses Zeitproblem wird dann in der Praxis durch die informelle Vorabstimmung „gelöst“. Das Bundeskartellamt hat dieses Zeitproblem nicht, so dass es keine umfangreiche Vorabstimmung geben muss. Hiervon profitiert die ganz große Mehrheit an Anmeldungen beim Bundeskartellamt, die ohne Vorabstimmung innerhalb der offiziellen Monatsfrist freigegeben werden. Das deutsche Verfahren kann nicht nur schneller abgeschlossen werden als auf EU-Ebene, der zeitliche Aufwand und die Kosten für die anmeldenden Parteien sind auch viel geringer.

- dd) Für den Fall, dass der neue § 40 Abs. 2 Satz GWB-E eingeführt wird, ist zu befürchten, dass das Bundeskartellamt ebenfalls eine Vorabstimmung verlangt und die Vorteile des deutschen Systems verlorengehen. Verweigern sich die Unternehmen einer solchen Vorabstimmung, besteht für die Unternehmen die Gefahr, dass das Bundeskartellamt im Laufe des Verfahrens bereits kleinste Unvollständigkeiten rügt (eine unwesentliche Beteiligung wurde vergessen aufzuführen etc.), um so die Frist neu laufen zu lassen. Ein solches (ggf. auch bußgeldbewehrtes) Risiko werden Unternehmen nicht eingehen, sondern eine Vorabstimmung durchführen, wenn diese gefordert wird.
- ee) Die „Vorbild-Regelung“ des § 10 Abs. 3 UA 2 Satz 4 FKVO schützt im Übrigen auch nicht Unternehmen auf EU-Ebene vor extrem langen Phase II-Prüfungen. Der EU-Kommission stehen andere Mittel zur Verfügung, um die „Uhr anzuhalten“ (wie z. B. der Versand von Fragebögen etc., vgl. § 10 Abs. 4 FKVO oder die Rüge der Unvollständigkeit). Daher ist auch für komplexe Verfahren in Deutschland nicht zu erwarten, dass die neue Regelung zu einer deutlich kürzeren Phase II Prüfung führen wird.
- ff) Schließlich kann sich die neue Regelung auch negativ auf dritte Unternehmen auswirken, d. h. auf Unternehmen, die gar nicht Partei eines Fusionskontrollverfahrens sind. Im Rahmen von komplexen Fusionskontrollverfahren werden Lieferanten, Kunden und Wettbewerber regelmäßig auf Basis eines verbindlichen Auskunftsbeschlusses befragt. Solche Auskunftsbeschlüsse sind vollständig innerhalb der gesetzten Frist zu beantworten. Hier ist zu befürchten, dass aufgrund des neuen § 40 Abs. 2 S. 5 GWB die Frist zur Beantwortung dieser Fragebögen bzw. die Möglichkeit zur Fristverlängerung (z. B. wegen Jahresabschlussarbeiten, Urlaub/Krankheit des zuständigen Mitarbeiters in der Fachabteilung) stark eingeschränkt wird, und auf innerbetriebliche Umstände keine Rücksicht genommen werden kann. Hiervon können die innerbetrieblichen Abläufe Dritter stark beeinträchtigt werden. Die Alternative, in einem entsprechenden Fall auf eine Antwort des befragten Lieferanten, Kunden, Wettbewerbers zu verzichten, um die Frist nach § 40 Abs. 2 GWB einzuhalten, wäre für die Fusionskontrolle auch nicht von Vorteil.

Aus diesen Gründen halten wir es für vorzugswürdig, die bisherigen Regelungen beizubehalten.

6. Bußgelder

a) Geldbuße gegen Unternehmensvereinigungen und ihre Berechnung, §§ 81 b, 81 c Abs. 4 GWB-E

- aa) Der Gesetzesentwurf setzt die Vorschriften der ECN+-Richtlinie zu Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen um, die eine deutliche Verschärfung im Vergleich zu den bisherigen deutschen Regelungen mit sich bringen. Die Vorschriften sind Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 nachgebildet, welcher auf Ebene des EU-Rechts bereits eine vergleichbare Berechnung von Geldbußen für Unternehmensvereinigungen und eine Haftung hierfür seitens der Mitglieder vorsieht.
- bb) §§ 81 b und 81 c GWB-E sehen vor, dass die Kartellbehörde bei der Bestimmung des Bußgeldrahmens nicht auf den Umsatz der Unternehmensvereinigung abstellt, sondern auf den Umsatz der Mitglieder der Unternehmensvereinigung, sofern die Ordnungswidrigkeit mit den Tätigkeiten ihrer Mitglieder im Zusammenhang steht. Die Geldbuße darf dabei zehn Prozent der Gesamtumsätze derjenigen Mitglieder, die auf dem von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Markt tätig waren, nicht übersteigen. Dabei bleiben die Umsätze von solchen Mitgliedern unberücksichtigt, gegen die im Zusammenhang mit der Ordnungswidrigkeit bereits eine Geldbuße festgesetzt wurde oder denen als Kronzeuge ein Erlass der Geldbuße gewährt wurde.
- cc) Im Fall der Zahlungsunfähigkeit der Unternehmensvereinigung muss die Zahlung der Geldbuße durch die Mitglieder der Unternehmensvereinigung sichergestellt werden. Dabei wird zunächst auf die Unternehmen abgestellt, deren Vertreter den Entscheidungsgremien der Unternehmensvereinigung zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit angehört haben. In einem zweiten Schritt kann die Kartellbehörde die Zahlung der Geldbuße auch von allen Mitgliedern der Unternehmensvereinigung verlangen, die auf dem Markt tätig waren, auf dem der zu sanktionierende Verstoß stattgefunden hat. Von der Haftung ausgenommen sind Unternehmen, die den Verstoß nicht umgesetzt haben, und entweder von der Existenz des den Verstoß begründenden Beschlusses keine Kenntnis hatten oder sich vor Einleitung des Verfahrens der Kartellbehörde aktiv davon distanziert haben. Bußgeldrechtlich selbst zur Verantwortung gezogene Unternehmen und Kronzeugen, denen die Geldbuße erlassen worden ist, sind von der Zahlung der ausstehenden Beträge der Unternehmensvereinigung ausgenommen.
- dd) Auch wenn der Gesetzgeber aufgrund der Vorgaben der ECN+-Richtlinie nur einen engen Umsetzungsspielraum hat, weist der BDI als Verband und im Namen seiner Mitglieder und deren Mitgliedsunternehmen auf die erheblichen Bedenken gegen diese Neuregelungen hin. Dass Verbandsmitglieder unter bestimmten Umständen auch verschuldensunabhängig für die Geldbußen der Unternehmensvereinigung haften sollen, ist ein rechtsstaatlich sehr bedenklicher Paradigmenwechsel im deutschen Recht und gefährdet die politisch und gesellschaftlich wichtige Rolle der Verbandsarbeit in Deutschland.

Eine solche Haftung geht weit über das hinaus, was bislang unter dem Stichwort „Haftung der Muttergesellschaft für Kartellverstöße der Tochtergesellschaft“ diskutiert wurde. Aus rechtsstaatlicher Sicht, insbesondere unter Berücksichtigung der für die politische Teilhabe schlechthin konstituierenden Bedeutung der in Art. 9 GG verbürgten Vereinigungsfreiheit, ist nicht ersichtlich, mit welcher Argumentation sich eine solche verschuldensunabhängige Haftung, die sich faktisch zu Lasten von Verbänden bzw. der Beteiligung an solchen auswirkt, begründen ließe. Die deutsche Rechtsordnung kennt eine verschuldensunabhängige (Mit-)Haftung nur dort, wo eine besondere Gefahrenquelle von jemanden eröffnet wird, z. B. beim Betrieb eines Kfz. Man wird aber nicht behaupten können, dass die Mitgliedschaft in einer Unternehmensvereinigung als Gefahrentatbestand schlechthin qualifiziert werden kann. Anders als im Verhältnis Mutter-Tochtergesellschaft kann im Verhältnis Verbandsmitglied-Verband auch nicht von einer wirtschaftlichen Einheit ausgegangen werden.

- ee) Bereits die Regelung des Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 ist mit Blick auf den Grundsatz der individuellen Vorwerfbarkeit kritisiert worden, da im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung der Mitgliedsunternehmen keine individualisierte Zurechenbarkeit angestrebt wird. Die Regelung benachteiligt insbesondere Unternehmenskonglomerate, für die auf Grund der höheren und in anderen mit dem Verstoß nicht in Zusammenhang stehenden Märkten und Geschäftsbereichen erzielten Gesamtumsätze eine weitaus höhere Haftungshöchstgrenze nach § 81 b Abs. 5 GWB-E gilt, die in aller Regel in keinem Verhältnis zum konkreten Tatbeitrag innerhalb der Unternehmensvereinigung stehen wird.
- ff) Zur Sicherstellung einer angemessenen Verteilung der abzuwälzenden Geldbuße auf die Mitgliedsunternehmen wäre zumindest eine Anwendung der Grundsätze der Bußgeldzumessung aus § 81 d Abs. 1 und 2 GWB-E sicherzustellen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass durch die Regelungen keine Weitergabe des Insolvenzrisikos eines Verbandmitglieds auf die anderen Mitglieder erfolgen sollte. Das Risiko, dass ein Bußgeldschuldner nicht zahlungsfähig ist, hat der Staat zu tragen und es sollte nicht sachwidrig auf andere Mitglieder einer Unternehmensvereinigung übertragen werden.
- gg) Hinzu kommt, dass das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht für die betroffenen Verbandsmitglieder auch keine ausreichenden Verteidigungsrechte, wie etwa die Möglichkeit zur Beiladung, Nebenintervention oder Ähnliches, vorsieht. Unternehmen haften also für eine Geldbuße, ohne die Möglichkeit gehabt zu haben, in dem der Geldbuße zugrundeliegenden OWiG-Verfahren als für die Geldbuße haftende Einheiten gehört worden zu sein. Wie dies mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar sein soll, ist nicht ersichtlich.
- hh) Auch die geplante erhebliche Erhöhung des Höchstbetrages der Geldbuße für Unternehmensvereinigungen nach § 81 c Abs. 4 GWB-E sieht der BDI außerordentlich kritisch. Verbände werden in der Regel als eingetragene Vereine geführt und erzielen dementsprechend grundsätzlich keine Umsatzerlöse.

Durch die Neuregelung würde sich jedoch der Höchstbetrag der Geldbuße für Unternehmensvereinigungen wesentlich erhöhen, weil er sich aus der Summe der Gesamtumsatzerlöse derjenigen Mitgliedsunternehmen ergibt, die auf dem von der Zuwiderhandlung der Unternehmensvereinigung betroffenen Markt tätig sind. Gerade angesichts des schmalen Grades zwischen einem wettbewerbsrechtlich unbedenklichen und bedenklichen Informationsaustausch und der für Verbände in diesem Bereich bestehenden großen Grauzone sollte der Bußgeldrahmen sich hier in einem vernünftigen Rahmen bewegen.

b) Zumessung der Geldbuße, § 81 d GWB-E

- aa) Neu sind die expliziten Zumessungskriterien in § 81 d Abs. 1, Satz 2 GWB-E. Damit werden die Kriterien für die Bußgeldbemessung (Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung) durch eine nicht-abschließende Benennung weiterer Umstände konkretisiert. Dies soll den Kartellbehörden und Gerichten die Ausfüllung des weiten gesetzlichen Rahmens erleichtern und die Einheitlichkeit der herangezogenen Zumessungskriterien fördern, auch um eine mögliche „Verböserung“ des Bußgeldes durch die Gerichte aufgrund unterschiedlicher Zumessungskriterien zu verhindern. Der BDI hatte stets die Aufnahme von Zumessungskriterien in das Gesetz gefordert. Die Änderungen sind daher im Grundsatz zu begrüßen.
- bb) Der derzeitige Systembruch zwischen der Bußgeldberechnung des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf, der für die Unternehmen, die gegen einen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamtes Beschwerde einlegen, das Risiko einer – teilweise erheblichen – Erhöhung des Bußgeldes mit sich bringt, wird durch die vorgeschlagenen Änderungen aber nicht im ausreichenden Maße beseitigt. Wünschenswert wäre hier ein deutlicherer Bezug auf den tatbezogenen Umsatz. Dieser findet sich zurzeit nur als ein Kriterium von mehreren in der Auflistung des § 81 d Abs. 1 GWB-E.
- cc) Aktuell legt das Bundeskartellamt vorrangig den tatbezogenen Umsatz als Maßstab für die Bemessung des Bußgeldes zugrunde, während der konzernweite Gesamtumsatz nur als einer von mehreren Faktoren gewertet wird. Der Fokus auf den tatbezogenen Umsatz erscheint auch angemessen, da er am besten zum Ausdruck bringt, auf welche Weise ein Kartellverstoß andere Marktteilnehmer geschädigt haben könnte. Vor den Gerichten dagegen wird aufgrund der Grauzement-Entscheidung des BGH die 10-Prozent-Grenze als Obergrenze aufgefasst und anstelle des tatbezogenen Inlandsumsatzes der weltweite Konzernumsatz als Grundlage der Berechnung genommen. Dadurch liegt die gerichtliche Höchstgrenze bei der Bußgeldbemessung häufig sehr viel höher als die Grenze des Bundeskartellamtes. Betroffen sind hier vor allem Unternehmen, die einen hohen Umsatz auf anderen Märkten erwirtschaften, die nicht von dem Kartellverstoß betroffen sind. Dies führt in vielen Fällen dazu, dass Unternehmen aus Sorge vor einer möglichen Erhöhung des Bußgeldes, aufgrund der unterschiedlichen zugrunde gelegten Umsatzmaßstäbe, auf Beschwerden gegen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes verzichten oder aber eingelegte Rechtsmittel noch vor der gerichtlichen

Entscheidung wieder zurücknehmen. Ein effektiver Rechtsschutz wird auf diese Weise nicht gewährleistet.

- dd) Natürlich steht es im Ermessen der Gerichte, den Sachverhalt neu zu bewerten und aufgrund anderer Annahmen und Schlüsse auch ein höheres Bußgeld als das Bundeskartellamt zu verhängen. Eine solche *reformatio in peius* („Verböserung“) sollte jedoch nur aufgrund neuer Tatsachenfeststellungen und -bewertungen erfolgen, und nicht bereits systematisch angelegt sein. Das Gesetz sollte darauf hinwirken, dass die gerichtliche Neubewertung nach denselben bußgeldrechtlichen Maßstäben erfolgt wie die Entscheidung des Amtes. Dies könnte dadurch erfolgen, dass die wesentliche Bezugsgröße für die Berechnung einer Geldbuße der tatbezogene Umsatz ist.
- ee) Dies würde auch im Einklang mit der Regelung und der Praxis der Bußgeldzumessung im Europäischen Recht stehen. Dort wird sowohl innerhalb der Europäischen Kommission wie auch vor den Europäischen Gerichten das Bußgeld auf Grundlage des tatbezogenen Umsatzes berechnet. Behörde und Gerichte legen damit die gleichen Berechnungsmaßstäbe zugrunde mit der Folge, dass eine systematisch angelegte Verböserung des Bußgeldes und ein Abstandnehmen von Rechtsbeschwerden durch die Unternehmen auf europäischer Ebene nicht beobachtet werden kann.

c) Berücksichtigung von Compliance, § 81 d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E

- aa) Ein Aspekt, der explizit im Rahmen der Bußgeldbemessung in § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E genannt wird, sind vom Unternehmen „nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen“; die Begründung des Ref-E sieht explizit die Berücksichtigung von „Compliance-Maßnahmen, die nach der Tat ergriffen wurden“ vor. Als Regelbeispiel werden Maßnahmen zur Behebung von durch die Tat aufgezeigten Defiziten genannt, wobei die aktive Kooperation des Unternehmens ein Indiz für die Ernsthaftigkeit der Bemühungen (Nachtatverhalten) sein soll.
- bb) Diese gesetzliche Neuregelung wird als erster Schritt in die richtige Richtung einer angemessenen Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen bei der Zumessung von Kartellbußgeldern ausdrücklich befürwortet. Der BDI weist seit Jahren auf die große Bedeutung von Compliance-Bemühungen durch Unternehmen hin, die bislang in der Bußgeldbemessung nicht ausreichend gewürdigt wurden. Allerdings sollte in § 81 d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB-E wie auch in der Gesetzesbegründung deutlich klargestellt werden, dass auch das Bestehen eines effektiven Compliance-Programms als Vortatverhalten bei der Bußgeldbemessung zu berücksichtigen ist. Bislang wird ausdrücklich nur auf das nachtätliche Verhalten des Unternehmens abgestellt. Dies würde jedoch zu der absurden und sicherlich nicht gewollten Situation führen, dass Unternehmen, die bislang kein oder nur ein unzureichendes Compliance-Programm hatten, belohnt werden, während Unternehmen, die bisher schon erhebliche

Anstrengungen für ein robustes Compliance-Programm unternommen haben, im Vergleich dazu benachteiligt werden.

- cc) Wettbewerbswidriges Verhalten wird häufig erst durch unternehmensinterne Compliance-Systeme aufgedeckt und angezeigt. Aus diesem Grund sollte der Gesetzgeber auch ausreichende Anreize für die Einführung von umfassenden und effektiven Compliance-Maßnahmen schaffen und ausdrücklich festlegen, dass konzernweite umfassende und effektive Compliance-Bemühungen bußgeldmindernd wirken. Ernsthafte Bemühungen, die ein Unternehmen auf sich nimmt, um Kartellverstöße zu verhindern, sollten bußgeldmildernd berücksichtigt werden, so wie es beispielsweise bereits in Großbritannien¹⁰, Frankreich oder Italien, aber auch in Kanada¹¹, Australien oder seit kurzem in den USA¹² geschieht. Dies würde eine deutliche Anreizwirkung für die Einführung von Compliance-Maßnahmen bieten und damit wettbewerbskonformes Verhalten in den Mittelpunkt jeder Unternehmensstrategie stellen. Effektive Compliance erhöht die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei Zuwiderhandlungen im Unternehmen und hat damit nicht nur positive Auswirkungen auf die Aufdeckung und Verfolgung von bestehenden Kartellen, sondern auch unter Präventionsgesichtspunkten. Compliance-Programme haben unternehmensintern ein hohes Abschreckungspotential. Fälle, in denen die Führungsebene eines Unternehmens alle Möglichkeiten ergreift, um wettbewerbskonformes Verhalten durchzusetzen, und in denen es dennoch zu einem Kartellrechtsverstoß durch einen Mitarbeiter kommt, sind außerdem weniger streng zu beurteilen als Fälle, in denen die Unternehmensleitung keine Schritte zur Verhinderung möglicher Verstöße unternommen hat oder selbst an der Verletzung beteiligt war. Absolute Sicherheit kann von Unternehmen ebenso wenig, wie vom Staat (beispielsweise vor der Begehung von Straftaten), garantiert werden. Die im Rahmen einer Vortat-Compliance ergriffenen Sicherheitsmaßnahmen und die damit verbundene Reduzierung von Risiken müssen auch, um Umgehungen (Exzesstaten) adäquat würdigen zu können, positive Berücksichtigung finden.

In anderem Sachzusammenhang hat der BGH bereits nicht nur das Bestehen eines effektiven Compliance Management Systems zum Zeitpunkt des Verstoßes im Rahmen von § 30 OWIG als bußgeldreduzierend anerkennt, sondern auch die Optimierung des bestehenden Systems in Folge der Aufdeckung eines Verstoßes.¹³ Es gilt, um Wertungswidersprüche innerhalb des Rechtssystems zu vermeiden, diese Maxime auch auf andere Rechtsverstöße, einschließlich Kartellrechtsverstöße, anzuwenden. Denn die Begründung des BGH kann verallgemeinert werden. Sie bringt zum Ausdruck, dass in den Fällen, in denen Compliance Management Systeme zur Vermeidung von Rechtsverstößen dienen, bereits die Einrichtung eines solchen Systems bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden soll.

¹⁰ CMA, CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty, 18. April 2018, CMA73, dort Ziff. 2.19, S. 13.

¹¹ The Director of Public Prosecutions and the Commissioner of Competition, Immunity and Leniency Programs under the Competition Act, 15. März 2019, Ziff. 138.

¹² U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations, Juli 2019.

¹³ BGH-Urteil in Sachen „Krauss-Maffei“ v om 9. Mai 2017 (Az.: 1 StR 265/17)

dd) Ferner sollte die positive Berücksichtigung von Compliance-Programmen sich auch ausdrücklich im Gesetzestext selbst wiederfinden und nicht nur in der Gesetzesbegründung. Auf diese Weise würde für die betroffenen Unternehmen zusätzliche Klarheit geschaffen, dass sich ihre Compliance-Bemühungen bußgeldmindernd auswirken können. Dies ist geeignet, die Anstrengungen der betroffenen Unternehmen nachhaltig zu erhöhen und die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Kartellverstöße zu senken. So sieht etwa auch der Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität (VerSanG-E, Stand 15. August 2019) in dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Nr. 6 und 7 VerSanG-E ausdrücklich vor, dass bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktion insbesondere „vor der Verbandsstraftat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandsstraftaten“, als auch „nach der Verbandsstraftat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandsstraftaten“ zu berücksichtigen sind. Ähnlich sollte auch das GWB konkrete Angaben zur Berücksichtigung von Compliance-Programmen (als Vor- und Nachtatverhalten) in § 81d GWB-E selbst enthalten.

7. Bessere Verzahnung von Public und Private Enforcement: Bußgeldminderung bei freiwilliger Schadensersatzleistung vor und nach Abschluss des Bußgeldverfahrens

a) Bußgeldminderung vor Abschluss des Bußgeldverfahrens: Einführung eines mehrstufigen Behördenverfahrens

aa) Umsetzungsbedarf

Der deutsche Gesetzgeber hat Art. 18 Abs. 3 der Kartellschadenersatz-Richtlinie bislang nicht umgesetzt. Art. 18 Abs. 3 dieser Richtlinie sieht vor, dass Kartellbehörden Schadensersatzzahlungen, die aufgrund von vor einer Bußgeldentscheidung geschlossenen Vergleichen geleistet wurden, bußgeldmindernd berücksichtigen können.

Der neu eingefügte § 81 d GWB-E erwähnt jetzt in Abs. 1, Nr. 5 zwar auch „*das Bemühen des Unternehmens die Zuwiderhandlung aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen*“ als Aspekt bei der Zumessung der Geldbuße (so auch die Gesetzesbegründung auf S. 146). Der BDI befürwortet diese Ergänzung als einen Schritt in die richtige Richtung zur Umsetzung von Art. 14 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie, der die Berücksichtigung von Schadensersatzzahlungen verlangt: „*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße, die wegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder Artikel 102 AEUV verhängt werden soll, gemäß Artikel 18 Abs. 3 der Richtlinie 2014/104/EU etwaige infolge eines Vergleichs geleistete Schadensersatzzahlungen berücksichtigen können.*“

Allerdings enthält sich die neue Regelung jedweder Einzelheiten und enthält keine konkreten Aussagen zur bußgeldmindernden Anerkennung von Schadenersatzleistungen etwa im Rahmen von Vergleichen.

Auch wenn die Zahl der Grundurteile in der jüngsten Vergangenheit stark gestiegen ist, insbesondere wegen der Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit dem sog. Zucker- und dem sog. Lkw-Kartell, sind bislang nur sehr wenige Leistungsurteile ergangen. Umgekehrt führt die mangelnde Verzahnung von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung auch auf Seiten der Kartellbeteiligten zu erheblichen Unsicherheiten und kann zu einer wirtschaftlichen Doppelbelastung durch Bußgeld und Schadenersatzforderungen führen. Einer solchen Doppelbelastung jedenfalls teilweise entgegenwirken soll Art. 18 Abs. 3 der Kartellschadenersatz-Richtlinie.

Das ist auch vor dem Hintergrund richtig, dass Bußgelder und Schadenersatzleistungen in ihrer Kumulation nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen insgesamt überfordern sollten. Eine *schnelle Schadensregulierung muss deshalb bußgeldreduzierend wirken*, eine Widerrufsregelung für Bußen sicherstellen, dass bei wirtschaftlicher Überforderung die Kompensation der Geschädigten Vorrang vor den fiskalischen Folgen des Bußgelds hat. Der Gesetzgeber sollte Art. 18 Abs. 3 RL daher jetzt im Rahmen der 10. GWB-Novelle umsetzen. Die Übernahme einer solchen Regelung würde die Inanspruchnahme des Verfahrens der alternativen Streitbeilegung, wie nach der Kartellschadenersatz-Richtlinie beabsichtigt, weiter fördern.

Die Kartellschadenersatzrichtlinie will ausdrücklich den Abschluss von Vergleichen fördern. So heißt es in Erwägungsgrund 48: *„Rechtsverletzer und Geschädigte sollten deshalb ermutigt werden, sich in einvernehmlichen Streitbeilegungsverfahren, zum Beispiel außergerichtlichen Vergleichen (einschließlich solcher, in denen ein Richter einen Vergleich als rechtsverbindlich erklären kann), Schiedsverfahren, Mediationsverfahren oder Schlichtungsverfahren auf einen Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens zu einigen.“* Der Gesetzgeber sollte ein effektives Regime etablieren, das Anreize für alle Beteiligten schafft, außergerichtliche Einigungen anzustreben, um eine effektive Kartellverfolgung, die vollständige Kompensation der Kartellopfer, die Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbelastung der Kartellbeteiligten, den Schutz der Kronzeugen sowie eine Entlastung der Gerichte zu erreichen.

Ähnliche Regelungen bestehen bereits z. B. in Österreich, Slowenien, Portugal und Schweden. Die Schweizer WEKO hat 50 Prozent der geleisteten Schadenersatzzahlungen vom Bußgeldbetrag abgezogen.¹⁴ Sie begründet dies wie folgt: *„Werden Geschädigte vor der Sanktionsentscheidung entschädigt, so wird hierdurch der Gewinn des Kartellanten geschmälert, womit im Hinblick auf den Zweck der Gewinnabschöpfung eine Reduktion [...] tatangemessen erscheinen kann. Die Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Kompensationsleistungen stellt einen wichtigen Anreiz dar, Kartellopfer zu entschädigen. Es trägt dazu bei,*

¹⁴ WEKO, Verfügung vom 19.08.2019, Untersuchung 22-0457, Rz. 596 – Bauleistungen Graubünden

die (mutmaßliche) Kartellrente oder Teile davon den Kartellopfen zukommen zu lassen.“

Um eine Schadenswiedergutmachung bei der Bußgeldbemessung berücksichtigen zu können, muss diese nach den Regelungen der Kartellschadensersatz-Richtlinie und der ECN+-Richtlinie vor dem Abschluss des Bußgeldverfahrens erfolgt sein. Eine wirksame Umsetzung setzt daher voraus, dass das Bußgeldverfahren so ausgestaltet wird, dass Schadensersatzzahlungen tatsächlich vor der Verhängung von Bußgeldern erfolgen können. Der Abschluss von Vergleichen über Schadensersatzzahlungen noch während des laufenden Bußgeldverfahrens dürfte nach den derzeit geltenden Regelungen nur selten möglich sein. Eine Umsetzung dieser Vorschrift ohne ergänzende Regelungen liefe daher aller Voraussicht nach praktisch ins Leere.

bb) Vorschlag für eine konkrete Umsetzung: zweistufiges Verfahren beim Bundeskartellamt

Es wird eine Zweiteilung des Bußgeldverfahrens vorgeschlagen, in dem öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung abgestimmt ineinandergreifen.

In einem ersten Schritt erlässt das Bundeskartellamt mit Zustimmung der Betroffenen und Nebenbetroffenen einen Zwischenbescheid, in dem der Kartellrechtsverstoß dem Grunde nach festgestellt wird. In diesem Zusammenhang sollte die Kartellbehörde den Beschluss nur auf die tatbestandlichen, materiell-inhaltlichen Voraussetzungen und mögliche Rechtfertigungsgründe beschränken. Sollte die Feststellung des Verstoßes durch einvernehmliche Einigung erfolgt sein (Settlement), ist dies bereits in dieser Phase auszuweisen. Die Höhe des nach Einschätzung des Bundeskartellamts zu verhängenden Bußgeldes wäre demgegenüber zwar nicht Gegenstand der Entscheidung, würde aber den Betroffenen und Nebenbetroffenen bereits vor Erlass des Zwischenbescheids mitgeteilt.

Nach einem Beschluss dem Grunde nach könnte das Bundeskartellamt nach einem Übergangszeitraum von mindestens einem Jahr in einem abschließenden Beschluss die Bußgeldhöhe festsetzen. Der Übergangszeitraum dient dazu, dass Kartellbeteiligte freiwillig mit den Geschädigten in Verhandlungen über einen außergerichtlichen Schadensausgleich eintreten können. Da durch die im Übergangszeitraum ausgehandelten Vergleiche die kartellbedingten Gewinne bei den Kartellbeteiligten abgeschöpft werden, sollte dieser Faktor eine direkte und nachvollziehbare Auswirkung auf das zu erwartende Bußgeld im Sinne einer Bußgeldminderung haben.

Die hier vorgeschlagene Zweiteilung des Bußgeldverfahrens sollte nur mit Zustimmung der Betroffenen und Nebenbetroffenen erfolgen können. Damit ist gewährleistet, dass einerseits ein deutlicher Anreiz zur frühzeitigen Schadenskompensation – und damit auch zur Entlastung der Zivilgerichte – gesetzt wird, andererseits aber das Verfahren nicht unnötig verzögert wird, wenn eine außergerichtliche Einigung von vorneherein keine Aussicht auf Erfolg hat.

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, in § 81 a GWB-E eine Klarstellung in einem neuen Absatz (§ 81 a Abs. 6) aufzunehmen:

Ein Verstoß im Sinne von § 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 oder Abs. 3 wird mit Zustimmung der Betroffenen und Nebenbetroffenen zunächst in einem Zwischenbescheid ohne Festsetzung einer Geldbuße festgestellt. Die Festsetzung der Geldbuße darf im Falle des Satz 1 erst mindestens ein Jahr nach Erlass des Zwischenbescheids erfolgen.

§ 81 d Abs. 1 Nr. 5 GWB-E wäre durch einen neuen Satz zu ergänzen:

Insbesondere sind Schadensersatzzahlungen zu berücksichtigen, die der Betroffene oder Nebenbetroffene bereits zum Ausgleich des durch den Verstoß verursachten Schadens geleistet hat.

Für Kartellbeteiligte wie auch für Geschädigte würden durch dieses zweiteilige Verfahren Anreize geschaffen, sich möglichst schnell zu vergleichen. Kartellopfer kämen so rascher und kostengünstiger zu ihrer Kompensation, während eine wirtschaftliche Doppelbelastung der Kartellbeteiligten vermieden würde. Letztlich würden auch das Bundeskartellamt und die Gerichte entlastet und könnten sich auf die wirklich problematischen Fälle konzentrieren.

Eine weitere vorteilhafte Folge wäre - bei Kartellen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge – die Begünstigung einer zügigen Selbstreinigung gem. § 125 Abs. 1 GWB, die ebenfalls einen Schadensausgleich bzw. eine entsprechende Verpflichtung dazu, verlangt. Ein solches System entspräche dem politischen Willen, die Anspruchsdurchsetzung für Geschädigte zu erleichtern. Der Staat verzichtet auf einen Teil seiner Einnahmen aus den ahndenden Geldbußen, um eine effiziente und vollständige Kompensation der entstandenen Schäden zu ermöglichen. Die Kosten aufwändiger und zeitintensiver Schadensersatzprozesse werden minimiert und gleichzeitig wird die staatliche Kartellrechtsdurchsetzung gestärkt.

b) Bußgeldminderung nach Abschluss des Bußgeldverfahrens: Einführung eines mehrstufigen Behördenverfahrens

Eine Bußgeldreduzierung sollte darüber hinaus aber auch in Betracht kommen, wenn eine Schadensersatzzahlung im Rahmen eines Vergleichs erst nach Abschluss des Bußgeldverfahrens geleistet wird. Vergleiche vor dem Abschluss des Bußgeldverfahrens sind derzeit sehr selten. Vergleichsverhandlungen werden derzeit oft erst im Rahmen von Schadensersatzklagen ernsthaft geführt. Dabei handelt es sich meist um „follow-on“-Verfahren, die erst nach der Bußgeldentscheidung beginnen. Hinzu kommt, dass die vorgesehene fünfjährige Verjährungsfrist nicht dazu angetan ist, eine schnelle Vergleichsfindung zu befördern. In vielen Fällen dürfte zunächst der Verjährungseintritt abgewartet werden, bevor unternehmensintern über die Bereitschaft zu Vergleichen entschieden wird: Denn erst zu diesem Zeitpunkt ist das Ausmaß aller angemeldeten Schadensersatzansprüche

bekannt, und entsprechend können dann solidere Berechnungen zu Kosten und Nutzen von Vergleichszahlungen angestellt werden.

8. Regelungen zum Kronzeugenprogramm (§ 81h ff GWB-E)

- a) Die ECN+-Richtlinie sieht eine gesetzliche Verankerung des Kronzeugenprogramms vor. Aus diesem Grund wurden die bislang in der Bonusregelung des Bundeskartellamtes von 2006 festgeschriebenen Grundsätze zur Gewährung von Bußgeldermäßigungen für Kronzeugen in die §§ 81 h – 81 n GWB-E aufgenommen. Die gesetzliche Verankerung des Kronzeugenprogramms ist aufgrund des erhöhten Grades an Verbindlichkeit zu befürworten, allerdings besteht in einigen Punkten noch Verbesserungsbedarf:
- b) Mit der Kodifizierung des Kronzeugenprogramms sollte die Chance genutzt werden und der Anwendungsbereich (§ 81 h Abs. 1 GWB-E) auch auf vertikale Beschränkungen erweitert werden. Die Digitalisierung führt zu fortschreitend schnelleren Entwicklung und Veränderung von Geschäftsmodellen und damit auch Veränderungen der Geschäftsbeziehungen und Wertschöpfungsketten; eine Unterscheidung der Geschäftsbeziehungen in horizontal und vertikal und damit der Dimension einer etwaigen Wettbewerbsbeschränkung wird vor diesem Hintergrund zunehmend schwieriger und unbeständiger. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte die Anwendung des Kronzeugenprogramms auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nicht in das behördliche Ermessen gestellt werden. Um zu verhindern, dass der Anwendungsbereich des Kronzeugenprogramms in der Praxis von Zufälligkeiten – Beurteilung des aktuellen Status der Geschäftsbeziehung als vertikal oder horizontal – abhängt, sollte in § 81 h Abs. 1 GWB-E auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen einbezogen werden. Österreich hat beispielsweise die ECN+-Richtlinie in diesem Punkt bereits überschießend umgesetzt und eine Anwendbarkeit des Kronzeugenprogramms auch explizit für vertikale Wettbewerbsverstöße geregelt.
- c) Die in § 81 i Abs. 2 GWB-E geregelte Erstreckung eines Kronzeugenantrages auf nachgelagerte Unternehmen sollte dahingehend erweitert bzw. konkretisiert werden, dass ein Antrag zugunsten eines Gemeinschaftsunternehmens (Joint Ventures) auch die an dem Gemeinschaftsunternehmen (GU) beteiligten Unternehmen erfasst.
- d) Laut der Begründung zum Ref-E (S. 145) sollen der neue § 81 i GWB-E auch einen dritten und vierten Absatz erhalten, die jedoch nicht in dem Normentwurf des § 81 i GWB-E enthalten sind, dieser besteht nur aus den Absätzen eins und zwei. In dem dritten und vierten Absatz sollen die Vorgaben von Art. 20 Abs. 3, 21 Abs. 4 sowie 20 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie umgesetzt werden. Die Einführung der in der Begründung erläuterten Absätze drei und vier, wäre grundsätzlich zu begrüßen. Gemäß dem dritten Absatz bestünde die Möglichkeit, Kronzeugenanträge nicht nur in deutscher, sondern auch englischer Sprache oder nach Absprache mit der Kartellbehörde ggf. Sogar einer anderen Amtssprache der EU einzureichen; davon unberührt bliebe jedoch das Recht der Behörde, eine alsbaldige Beibringung einer deutschen Übersetzung zu verlangen. Gemäß dem vierten Absatz, in dem Art. 20 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie umgesetzt werden soll, wären Kartellbehörden auf An-

trag verpflichtet, dem Antragssteller eine Empfangsbestätigung über den Eingang seines Antrages auf Kronzeugenbehandlung auszustellen.

- e) Im Rahmen der in § 81 j Abs. 1 Nr. 3 c) GWB-E als allgemeine Voraussetzung für die Behandlung als Kronzeuge normierten Kooperationspflicht des Antragsstellers, die bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung gegenüber allen Kartellbeteiligten gelten soll, müssen Antragssteller auch „bei früheren Mitgliedern der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie sonstigen früheren Mitarbeitern [...] [darauf] hinzuwirken“, dass diese für Befragungen im Rahmen der Kooperationen zur Verfügung stehen. In praktischer Hinsicht bestehen zum einen Bedenken an die Anforderungen des Hinwirkens bei auseinanderlaufenden Interessenlagen zwischen dem Antragssteller und dem ehemaligen Personal und überdies Fragen in Bezug auf die Auswirkung von Kooperationsverweigerungen des ehemaligen Personals auf den Kronzeugenstatus des Antragsstellers; hier plädiert der BDI für weitere Konkretisierung der Norm i. S. d. Rechtssicherheit von Antragsstellern.
- f) Die Stellung als Kronzeuge hat weitreichende Konsequenzen sowohl im Bußgeldverfahren als auch in den sich daran anschließenden Schadensersatzverfahren. Auf europäischer Ebene wird die Stellung als Kronzeuge per Entscheidung festgestellt und schafft für das jeweilige Unternehmen Rechtssicherheit. Im deutschen GWB fehlte es bislang an einer entsprechenden Regelung. Die Kronzeugenstellung musste nicht per Verwaltungsakt seitens des Bundeskartellamtes festgestellt werden, so dass eine offizielle Entscheidung fehlt, an die die Gerichte in nachfolgenden Schadensersatzverfahren gebunden wären. Dies ist z. B. im Rahmen des § 33 e GWB relevant. Diese wesentliche Rechtsschutzlücke sollte im Rahmen der aktuellen Novelle des GWB zur Stärkung des Kronzeugenprogramms geschlossen werden. Mit anderen Worten: Wenn das Gesetz einen Antrag bei einer Kartellbehörde vorsieht, muss es auch eine (stattgebende oder ablehnende) behördliche Entscheidung über diesen Antrag geben, auf die sich der Antragsteller berufen kann, oder die er im Falle der Ablehnung des Antrags gerichtlich anfechten kann.

In Art. 17 Abs. 4 der ECN+-Richtlinie ist ausdrücklich normiert, dass Kartellbehörden die bedingte Gewährung eines Geldbußenerlasses im Rahmen der Kronzeugenstellung auf einen entsprechenden Antrag hin schriftlich bestätigen müssen. Sollte ein Geldbußenerlass verweigert werden, kann der Antragssteller dann eine Umdeutung des Antrags auf Geldbußenerlass in einen Antrag auf Geldbußenermäßigung beantragen. Der Wortlaut des Art. 17 Abs. 4 der ECN+-Richtlinie macht dabei deutlich, dass die Bestätigung dem Antragssteller Rechtssicherheit über seinen Rang als Kronzeuge und die damit verbundene Möglichkeit des (vollständigen) Geldbußenerlasses gewähren soll; die schriftliche Bestätigung durch die Kartellbehörde kann damit alsbald nach Stellung des Kronzeugenantrages verlangt werden. In der aktuellen Fassung des Gesetzentwurfs fehlt es jedoch an einer normativen Umsetzung dieser Vorgabe. Im Rahmen der notwendigen Nachbesserung des Gesetzentwurfs sollte, um eine wirksame und effektive Richtlinienumsetzung zu gewährleisten, zudem eine Regelung zu Rechtsbehelfen gegen eine Versagung

der Anerkennung als Kronzeuge sowie eine Klarstellung, dass die Bestätigung als Kronzeuge auch die Zivilgerichte bindet, eingeführt werden.

Über den BDI

Der BDI vermittelt die Interessen der deutschen Industrie gegenüber den politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahe Dienstleister. Er spricht für 40 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0

Ansprechpartner

Dr. Ulrike Suchsland, LL.M.
Referentin
T: +493020281408
U.Suchsland@bdi.eu

Sebastian Freimuth
Referent
T: + 3227921005
S.Freimuth@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D 1138