



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme Nr. 3/2020**

**Februar 2020**

**Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zum Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)**

### **Mitglieder des Ausschusses Kartellrecht**

Rechtsanwältin Dr. Ellen Braun

Rechtsanwalt Dr. Matthias Karl

Rechtsanwalt Dr. Moritz Wilhelm Lorenz

Rechtsanwalt Dr. Andreas Lotze

Rechtsanwalt Dr. Martin Schwarz

Rechtsanwältin Dr. Dominique Wagener

Rechtsanwalt Dr. Markus Wirtz (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Unterausschuss Europarecht des Deutschen Bundestages  
Innenausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktion  
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Juristinnenbund  
Neue Richtervereinigung e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband  
Bundessteuerberaterkammer  
Patentanwaltskammer  
Wirtschaftsprüferkammer

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9      Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin      Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Deutschland      Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9      Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel      Fax +32.2.743 86 56  
Belgien      Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesverband der Deutschen Industrie  
Bundesingenieurkammer  
Monopolkommission

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz).

## Stellungnahme

### I. Missbrauchsaufsicht

#### 1. Ergänzung des § 18 Abs. 3 GWB

- (1) § 18 Abs. 3 GWB listet derzeit die Umstände auf, die bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Hinblick auf eine mögliche Marktbeherrschung zu berücksichtigen sind. Dieser Katalog soll um das Kriterium des "Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten" ergänzt werden. Hier handelt es sich um eine zu begrüßende Klarstellung.
- (2) Durch die 9. GWB-Novelle war § 18 Abs. 3a GWB neu eingefügt worden. Dieser enthält die für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken zu berücksichtigenden Umstände. Dort ist in Ziffer 4 der "Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten" bereits aufgeführt. Aufgrund der Formulierung "insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen" in Abs. 3a war es auch bisher bereits möglich, den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten bei Unternehmen zu berücksichtigen, die nicht auf mehrseitigen Märkten tätig und kein Netzwerk sind. Aufgrund der besonderen Bedeutung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten auch in anderen Wirtschaftsbereichen sieht der Referentenentwurf nun eine Aufnahme dieses Kriteriums auch in den "allgemeinen" Katalog des Abs. 3 vor. Dagegen ist aus anwaltlicher Sicht nichts einzuwenden. Durch die Begründung des Referentenentwurfs kommt zudem hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die übrigen in Abs. 3a aufgeführten Kriterien auch auf Unternehmen aus anderen Wirtschaftsbereichen Anwendung finden können.

#### 2. Neuer § 18 Abs. 3b GWB

- (3) In § 18 GWB soll nach Abs. 3a ein neuer Abs. 3b eingefügt werden. Nach der neuen Vorschrift ist bei Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen. Nach der Begründung des Referentenentwurfs soll durch den neuen Abs. 3b das Konzept der "Intermediationsmacht" in die Marktbeherrschungsprüfung des GWB integriert werden.
- (4) Bei der Neuregelung handelt es sich letztlich um eine Klarstellung, weil Intermediationsmacht auch mit den Kriterien des § 18 Abs. 3 und Abs. 3a GWB erfasst werden könnte. Eine weitere Präzisierung der Kriterien für die Feststellung von Marktmacht ist aber zu begrüßen, zumal die kartellrechtliche Bewertung von Geschäftspraktiken der Intermediäre in der Anwendungspraxis immer größeren Raum einnimmt.

- (5) Zur Formulierung des vorgeschlagenen neuen Absatzes ist anzumerken, dass mit Begrifflichkeiten operiert wird, die im Kartellrecht bisher nicht definiert sind. Dies betrifft zum einen die Begrifflichkeit "Vermittler" und zum anderen auch die Formulierung "Bedeutung". "Vermittler" ist ein untechnischer Begriff, der offenbar der Abgrenzung von den bekannten Arten der Absatzmittler dienen soll. In der Praxis wird sich die Frage stellen, wie die Bedeutung von Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu messen ist. Hier könnte an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 08.10.2019 in der Sache Werbeblocker III (Az. KZR 73/17) angeknüpft werden. Nach diesem Urteil verfügt ein Intermediär über eine marktbeherrschende Stellung, wenn "keine andere wirtschaftlich sinnvolle Zugangsmöglichkeit" zu den betreffenden Märkten vorhanden ist. Eine Klarstellung wäre insoweit wünschenswert.

### **3. Änderung des § 19 Abs. 1 GWB**

- (6) Hier ist geplant, die Formulierung "die missbräuchliche Ausnutzung" durch die Formulierung "Der Missbrauch" zu ersetzen. Dies soll zu verstehen sein als Bereinigung des Missbrauchsverbots des § 19 Abs. 1 GWB um das Kausalitätserfordernis.
- (7) Bisher werden unterschiedliche Rechtsauffassungen zu der Frage vertreten, ob zwischen einem missbräuchlichen Verhalten und der marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens bei allen Missbrauchstatbeständen eine strikte Kausalität bestehen muss. Die Befürworter eines solchen Erfordernisses meinen, dass nur solche Verhaltensweisen tatbestandsmäßig sein sollen, die der Normadressat allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen konnte. Diese Auffassung wurde beispielsweise vom OLG Düsseldorf in seinem Urteil in der Sache Facebook vertreten, während das Bundeskartellamt in seinem Beschluss das Vorliegen einer solchen Kausalität nicht für erforderlich gehalten hatte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 [V]).
- (8) Die Auflösung dieser Streitfrage erhöht die Vorhersehbarkeit der kartellrechtlichen Bewertung von Praktiken marktbeherrschender Unternehmen durch Kartellbehörden und Gerichte und ist damit aus Sicht der Anwaltschaft positiv. Ob der Verzicht auf das Kausalitätserfordernis wettbewerbsspolitisch sinnvoll ist, ist eine Frage, zu der sich die Bundesrechtsanwaltskammer aufgrund der Vielfalt der von ihren Mitgliedern vertretenen Interessen nicht äußern kann.

### **4. Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB**

- (9) Die bisherige Fassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kodifiziert die sogenannte "essential facilities doctrine", nach der unter bestimmten Voraussetzungen ein Zugangsanspruch zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen anderer Unternehmen besteht. Bei der Formulierung dieser Vorschrift hatte der Gesetzgeber insbesondere Fallkonstellationen vor Augen, in denen es um physische Netze und Infrastruktureinrichtungen ging.
- (10) Inzwischen hat sich die Rechtsprechung zu diesem Tatbestand insbesondere auf europäischer Ebene weiterentwickelt. Es wird deshalb eine Anpassung des Wortlauts an die jüngere europäische Entscheidungspraxis für notwendig gehalten.
- (11) Mit der neuen Formulierung soll klargestellt werden, dass auch eine Verweigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen missbräuchlich sein kann, ebenso die Verweigerung der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten. Weshalb, anders als in § 19a Abs. 2 Nr. 4 RefE, in § 19 Abs. 4 nicht auch die Verweigerung der Interoperabilität und des Zugangs zu Schnittstellen angesprochen ist, erschließt sich nicht. Diesbezüglich sollte eine Ergänzung erfolgen.

- (12) Bei der Frage der sachlichen Rechtfertigung der Zugangsverweigerung ist nach der europäischen Praxis eine umfassende Interessenabwägung zwischen dem Inhaber des betreffenden Gutes und dem Zugangspetenten unter Berücksichtigung der Anreizwirkungen vorzunehmen. Dem trägt die Neufassung Rechnung. Die Neufassung betont auch die gestiegene Bedeutung des Datenzugangs. Insgesamt ist ein Gleichlauf von nationaler und europäischer Rechtspraxis auch im Bereich der Missbrauchsaufsicht zu begrüßen.

#### **5. Einfügung eines neuen § 19a GWB für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb**

- (13) Der Vorschlag für diesen neuen Missbrauchstatbestand war sicherlich ausschlaggebend für die Kurzbezeichnung des Gesetzesentwurfs als "GWB-Digitalisierungsgesetz". Mit der Neuregelung würde sich der Gesetzgeber erstmals speziell den großen Digitalkonzernen zuwenden. Mit der neuen Vorschrift soll eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden, die es dem Bundeskartellamt erleichtert, Geschäftspraktiken zu kontrollieren, die von den sogenannten GAFAs angewendet werden.
- (14) Ein solcher Vorstoß ist wettbewerbspolitisch verständlich, insbesondere auch anhand der offensichtlichen Schwierigkeiten der Kartellbehörden, Geschäftspraktiken der großen Digitalkonzerne mit dem vorhandenen kartellrechtlichen Instrumentarium zu fassen.
- (15) Für den anwaltlichen Rechtsanwender ist der Regelungsvorschlag jedoch mit zahlreichen Schwierigkeiten verbunden, die letztlich zu einer großen Rechtsunsicherheit in diesem Bereich führen.
- (16) Nach Abs. 1 der neuen Vorschrift kann das Bundeskartellamt durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in "erheblichem Umfang" auf mehrseitigen Märkten und als Netzwerk tätig ist, eine "überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb" zukommt.
- (17) Diese Formulierung enthält mehrere Begriffe, die der Auslegung bedürfen.
- (18) Zunächst stellt sich die Frage, was unter einem "erheblichen" Umfang zu verstehen ist. Die Erheblichkeitsschwellen sind in der Neufassung nicht definiert. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle ist von wettbewerbslich erheblichem Einfluss die Rede (§ 371 Nr. GWB). Die dafür entwickelten Maßstäbe werden sich aber kaum auf eine Frage der Missbrauchsaufsicht anwenden lassen, weil es dabei um die Erheblichkeit einer strukturellen Verbindung zwischen Unternehmen geht, und nicht um die Marktstellung.

Es fragt sich deshalb, ob hier die Maßstäbe des § 18 Abs. 4 – 6 GWB mit den Marktanteilschwellen für Marktbeherrschungsvermutungen gelten sollen. Ein "erheblicher" Umfang wäre dann in einem Einzelunternehmen ein Marktanteil von mindestens 40 %. Dies wäre eine konsistente Anwendung der Marktbeherrschungskriterien. Allerdings stellt sich dann die Frage, ob dieser Marktanteil nicht auf mindestens zwei Märkten erreicht werden muss, um "marktübergreifend" zu sein.

- (19) Auslegungsbedürftig ist ferner der Begriff "überragende marktübergreifende Bedeutung". Hier bemüht sich der Entwurf um Klarstellung in Satz 2 der Regelung. Danach sollen bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb
- die marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,

- seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
- seine vertikale Integration oder seine Tätigkeit auch in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
- sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, sowie
- die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter

zu berücksichtigen sein. An diesem Katalog verwundert, dass neben der Frage der Marktbeherrschung auch Kriterien herangezogen werden sollen, die ihrerseits der Feststellung der Marktbeherrschung im Rahmen des § 18 Abs. 3 GWB dienen, wie etwa die Finanzkraft oder der Zugang zu sonstigen Ressourcen. Das Verhältnis dieser verschiedenen Kriterien einander ist unklar. Verfügt ein Unternehmen über besondere Finanzkraft oder einen bevorzugten Zugang zu sonstigen Ressourcen, kann dies die Marktbeherrschung indizieren. Gleichzeitig ist die Marktbeherrschung aber ein Indikator für eine überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb. Möglicherweise ist dies in dem Sinne zu verstehen, dass auch bei Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung eine überlegene Finanzkraft oder das Vorliegen der anderen in der Neuregelung aufgeführten Indikatoren zur Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung führen kann, die hinter der Marktbeherrschung zurückbleibt. Dies wird in der Neuregelung aber nicht hinreichend deutlich.

- (20) Hat das Bundeskartellamt einem Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb attestiert, darf es diesem Unternehmen eine Reihe von Geschäftspraktiken untersagen. Dabei geht es um die unterschiedliche Behandlung von Drittangeboten gegenüber eigenen Angeboten beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten. Ferner darf untersagt werden, Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung – auch ohne marktbeherrschend zu sein – schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen. Dieser Tatbestand löst gleich eine ganze Reihe von Fragen aus. Zunächst wird hier die Abgrenzungsproblematik zwischen Marktbeherrschung und überragender marktübergreifender Bedeutung perpetuiert, weil der Tatbestand für Unternehmen gilt, die nicht marktbeherrschend zu sein brauchen. Daneben wird eine ganze Reihe von Begriffen mit unklarer Bedeutung verwendet. An welchen Maßstäben soll gemessen werden, ob ein Unternehmen seine Marktstellung "schnell" ausbauen kann? Genügt jeder Ausbau zur Verwirklichung des Tatbestandes, oder soll hier eine Erheblichkeitsschwelle gelten? Was ist eine "erhebliche" Beeinträchtigung des Wettbewerbsprozesses und was ist dieser Wettbewerbsprozess überhaupt? Bisher sind all diese Begriffe nicht definiert und für den Rechtsanwender ist auch kaum vorhersehbar, wie diese einmal ausgelegt werden könnten, weil geeignete Anknüpfungspunkte fehlen. Der Begriff des Wettbewerbsprozesses ist soweit ersichtlich ein Novum. Im Kartellrecht wird üblicherweise mit dem Leistungswettbewerb operiert. Für die Erheblichkeit fehlt wiederum jeder Maßstab.
- (21) Das Bundeskartellamt darf auch untersagen, durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen. Bei diesem Tatbestand stellt sich die Frage, ob hier wie im europäischen Kartellrecht auch die Effizienz der Mitbewerber für die Bewertung eine Rolle spielt. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung hat auf europäischer Ebene bei einer möglichen Verdrängungswirkung zu Lasten kleinerer Mitbewerber zur Voraussetzung, dass diese

ebenso effizient geführt werden, wie der Normadressat. Da offenbar eine Angleichung der Missbrauchsaufsicht an das europäische Recht beabsichtigt ist, wie sich etwa bei der Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB zeigt, ist unklar, ob dieser "as efficient competitor test" auch bei dieser neuen Variante des Behinderungsmisbrauchs gelten soll. Diese Frage stellt sich umso dringender, als dass hier die Kombination von Daten der Marktgegenseite mit Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes angesprochen wird. Eine Nutzung der Daten der Marktgegenseite und aus externen Quellen dürfte aber auch kleineren Wettbewerbern der großen Digitalkonzerne möglich sein. Hier ist unklar, ob jede Behinderung eines Mitbewerbers ausreicht, oder ob an dessen Effizienz Anforderungen zu stellen sind. Eine Klarstellung wäre wünschenswert.

- (22) In Hinblick auf den vierten Verbotstatbestand, nämlich die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern, ergibt sich eine Abgrenzungsproblematik zu dem neuen Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Dieser regelt unter anderem den Zugang zu Daten. Es ist unklar, worin der Unterschied zwischen einer Erschwerung der Portabilität von Daten und einer Zugangsverweigerung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB liegen soll. Hier müsste Konsistenz zwischen den Regelungen in Formulierung und Sinngehalt hergestellt werden.
- (23) Schließlich darf das Bundeskartellamt nach Ziff. 5 der Neuregelung untersagen, andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren. Auch hier bestehen mehrere begriffliche Ungereimtheiten. Es ist unklar, was unter einer "unzureichenden" Information zu verstehen ist. Ist diese möglicherweise unvollständig oder nicht in geeigneter Form einsehbar? Unklar ist auch die Abgrenzung zwischen Umfang und Qualität der Leistungen. Eine genaue Definition des Umfangs dürfte auch die Qualitätsmaßstäbe mitbestimmen.
- (24) Nach dem Entwurf soll in Bezug auf diese verbotenen Tatbestände mit einer Beweislastumkehr gearbeitet werden. Das heißt, dass eine etwaige sachliche Rechtfertigung für die betreffende Praxis von dem Normadressaten darzulegen und zu beweisen ist. Eine solche Beweislastverteilung ist letztlich eine rechtspolitische Entscheidung.
- (25) Aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich ist hingegen der letzte Satz des neuen Abs. 2, der es dem Bundeskartellamt gestattet, die Untersagungsverfügung mit der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb zu verbinden. Macht das Bundeskartellamt von dieser Möglichkeit Gebrauch, erfährt das betreffende Unternehmen erst im Zeitpunkt der Untersagungsverfügung von seiner Normadressateneigenschaft, die es selbst aufgrund der Unklarheit der dafür bestehenden Kriterien nicht sicher vorhersehen kann. Dementsprechend kann ein Unternehmen auch nicht vorhersehen, ob ihm die in Abs. 2 des neuen § 19a GWB vorgesehenen Praktiken untersagt sind. Aus rechtsstaatlicher Sicht müsste hier klargestellt werden, dass dem Normadressaten eine Frist zur Abstellung der untersagten Praxis gewährt wird. Diese sollte so bemessen sein, dass vor ihrem Ablauf einseitiger Rechtsschutz erlangt werden kann.

## 6. Erweiterung des § 20 GWB

- (26) Bisher gilt die Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht nur in Bezug auf die Ausnutzung gegenüber kleinen oder mittleren Unternehmen. Die Beschränkung auf kleine oder mittlere Unternehmen soll nun aufgegeben werden, so dass auch der Missbrauch der Abhängigkeit eines

- größeren Unternehmens zu einem Verstoß gegen § 20 GWB führen kann. Im Gegenzug soll berücksichtigt werden, ob eine "entsprechende Gegenmacht" die relative Marktmacht aufwiegt.
- (27) Hier wird abermals mit sehr weichen Kriterien gearbeitet. Eine Klarstellung, beispielsweise anhand von Marktanteilsschwellen, wäre hier aus anwaltlicher Sicht wünschenswert.
- (28) Die Vorschrift soll durch einen neuen Satz 2 zudem ausdrücklich ausgeweitet werden auf "Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind, soweit Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von ihrer Vermittlungsleistung in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen".
- (29) Ein neu einzufügender Abs. 1a soll wiederum speziell auf den Zugang zu Daten eingehen. Hier ist vorgesehen, dass eine Abhängigkeit auch dann bestehen kann, wenn ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Weiter heißt es, die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten könne auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.
- (30) Durch den Zugangsanspruch des neuen § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist bereits eine Vorschrift vorhanden, die den Zugang zu Daten regelt. Mit dem neuen § 20 Abs. 1a GWB soll nun eine weitere Zugangsregelung geschaffen werden, die an andere Voraussetzungen anknüpft als der neue § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Für diesen Dualismus der Zugangsvoraussetzungen ist aber kein sachlicher Grund erkennbar. Er könnte durch einen Gleichlauf der Vorschriften oder durch einen Verweis auf § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB aufgelöst werden.
- (31) Das Gleiche gilt für den Vorschlag für einen neuen § 20 Abs. 3a. Dort heißt es, eine unbillige Behinderung im Sinne von Abs. 3 Satz 1 liege auch vor, wenn ein Unternehmer mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne von § 18 Abs. 3a GWB die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird. Diese Vorschrift sollte in § 19 GWB integriert werden. In jedem Fall aber sollte der Begriff "Leistungswettbewerb" in der Begründung an den Maßstab des "as efficient competitor" (ebenso effizienten Wettbewerber) gebunden werden. Dies ließe sich durch eine entsprechende Ergänzung im letzten Absatz der Begründung zu Nr. 5 erreichen (neue Passage unterstrichen):

*"Als zweite Voraussetzung für die Anwendung erfordert der Eingriffstatbestand die ernstliche Gefahr, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird. Durch diese Voraussetzung ist der Eingriffstatbestand als Gefährdungstatbestand ausgestaltet, mit dem spezifische Verhaltensweisen bei nachgewiesener Gefährlichkeit für den Wettbewerb unabhängig von einem Nachweis konkreter Auswirkungen unterbunden werden können. Dadurch soll der Eingriffstatbestand insbesondere in Fällen mit Bezug zu digitalen Märkten ein schnelles Eingreifen der Kartellbehörden ermöglichen. Der Gefährdungstatbestand enthält eine ähnliche Regelung wie das Konzept der „Marktstörung“, mit dem die Rechtsprechung (siehe zuletzt BGH, Urteil vom 20. November 2003, I ZR 151/01, WRP 2004, 896 – 20 Minuten Köln) im UWG – und damit ebenfalls in einem Rechtsgebiet mit Wettbewerbsbezug – einen Gefährdungstatbestand etabliert. Für das Kartellrecht rechtfertigt insbesondere die hohe Gefahr für den Wettbewerb, die von einer Behinderung der eigenständigen Erzielung ausgeprägter Netzwerkeffekte ausgehen kann (siehe hierzu auch die Studie von*



*Crémer/de Montjoye/Schweitzer, „Competition policy for the digital era“, S. 57 f.), die Etablierung eines solchen Gefährdungstatbestands.“*

**Ergänzt durch:** *Nachdem die bisherige deutsche Rechtsprechung zum Behinderungswettbewerb in § 19 GWB allerdings den Leistungswettbewerb gerade nicht zum Gradmesser eines Behinderungsmissbrauchs erhoben hatte (vgl. etwa Fuchs in I/M § 19 GWB, 26 ff), und in § 20 Abs. 3 GWB schon gar nicht darauf zurückgegriffen hatte (vgl. etwa Westermann in MüKo, § 20 GWB, 65 ff), sollte dieser Begriff, der im GWB (außerhalb des § 24 Abs. 2 GWB) anders als im UWG keine klare Kontur hat, an der europäischen Rechtsprechung orientiert werden, die missbräuchlichen Verdrängungswettbewerb an den Auswirkungen auf den „as efficient competitor“ misst (s. d. Verweise bei Wolf in MüKo, § 19 GWB, 35) – wo dieser nicht verdrängt wird, liegt keine erhebliche Beschränkung des Leistungswettbewerbs vor. Dies soll i.R.d. § 20 Abs. 3a GWB nicht schärfer geregelt werden – so wie diese europäische Rspr. selbstverständlich auch i.R.d. § 19 GWB zu berücksichtigen ist (s. dazu OLG Düss. 3.4.2019, Kart 2/18 (V) - Ticketvertrieb II, Rn 63).“*

## II. Vorgeschlagene Änderung im Bereich des Kartellschadensersatzes

### 1. Vermutung der Kartellbetroffenheit

- (32) Im Rahmen der 10. GWB-Novelle soll § 33a GWB ein neuer Absatz 5 angefügt werden. Danach wird widerleglich vermutet, 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. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2018 in der Sache Schienenkartell sollte nur eine tatsächliche Vermutung für die Kartellbetroffenheit gelten, nicht aber der Anscheinsbeweis, sofern ein Produkt sachlich, zeitlich und räumlich in eine Kartellabsprache fällt. Die Instanzgerichte schienen sich in der Folge nicht konsequent an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu halten, sondern faktisch weiter mit einem Anscheinsbeweis zu operieren.
- (33) In § 33c Abs. 3 GWB soll durch einen neuen Satz 2 diese Vermutung auch auf mittelbare Erwerbe ausgedehnt werden.
- (34) Aus anwaltlicher Sicht ist die Beseitigung von Unklarheiten in der Rechtsanwendung grundsätzlich stets positiv. Allerdings bestehen Zweifel, ob die vorgesehene umfassende Vermutung die Rechtsanwendung nachhaltig erleichtern wird. Schließlich erstreckt sie sich ohne weitere Differenzierung auf alle denkbaren Kartellformen. Der Bundesgerichtshof hat im Schienenkartell-Urteil indes verdeutlicht, dass die Frage der Kartellbetroffenheit nur anhand einer Vielzahl ökonomischer Umstände zu beurteilen ist, die aus der modernen Oligopoltheorie bekannt sind. Außerdem scheint fraglich, was praktisch mit einer solchen Vermutung gewonnen sein soll: Sie reizt zu klagen an, indem sie Klägern eine erste Darlegungs- und Beweishürde nimmt. Allerdings ist die Vermutung widerlegbar. Das werden die Beklagten regelmäßig versuchen. Rationale Schadensersatzkläger werden deshalb vorab prüfen, ob und inwieweit ihre Klage Aussicht auf Erfolg verspricht, weil sie sich nicht in einem Prozess wiederfinden möchten, den sie bei besserem Informationsstand nicht angestrengt hätten.
- (35) Insofern ist hier ein leicht durchzusetzender vorprozessualer Informations- und Auskunftsanspruch vorzugswürdig. Erst recht gelten diese Überlegungen für die Vermutung bei mittelbarem Erwerb. Der Bundesgerichtshof hat in der Sache ORWI die Regel aufgestellt, dass keine Vermutung dafür spricht, dass Preisaufschläge auf Folgemärkten in irgendeiner Verbindung zu

Preisbewegungen auf dem Erstmarkt stehen. Diese ökonomisch fundierte Rechtsprechung wird durch die vorgesehene Vermutung nun überholt. Dabei werden auch hier die Beklagten regelmäßig die Vermutung zu widerlegen suchen, so dass sich die ökonomische Bewertung dieser Frage letztlich nicht erübrigt.

## **2. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen**

- (36) § 89 b Abs. 7 GWB soll durch einen neuen Satz 2 ergänzt werden. Nach der bisherigen Regelung trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie anderen vertraulichen Informationen. Dem Gericht wird nun die Möglichkeit eröffnet, einen Sachverständigen mit der Ermittlung des erforderlichen Umfangs des Geheimnisschutzes zu beauftragen. Dies dient letztlich der Entlastung der Gerichte und damit einem effizienteren und schnelleren Rechtsschutz, der aus anwaltlicher Sicht positiv zu bewerten ist.

## **III. Fusionskontrolle**

- (37) Der Referentenentwurf erwähnt die Fusionskontrolle im Einführungskapitel "Problem und Ziel" lediglich wegen der Entwicklung der Fallzahlen beim Bundeskartellamt, die eine partielle Überarbeitung der Vorschriften zur formellen Fusionskontrolle nahelegen würden. Die Lösung wird darin gesehen, die formelle Fusionskontrolle so zu überarbeiten, um diese effektiver zu gestalten und eine Fokussierung auf die wettbewerblich relevantesten Zusammenschlüsse zu ermöglichen.
- (38) Aus der Sicht der Anwaltschaft wird dieses angestrebte Ziel nicht erreicht, vielmehr die Novelle genutzt, um eine im Ergebnis verfehlte Verschärfung der fusionskontrollrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten vorzunehmen.

### **1. Keine spürbare Reduzierung der Fallzahlen**

- (39) Mit der Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 RefE von EUR 5 Mio. auf EUR 10 Mio. kommt es nicht zu der erforderlichen Absenkung der Fallzahlen, um das Bundeskartellamt deutlich zu entlasten. Die im Referentenentwurf angegebene Reduzierung um 20% führt auch zu keiner spürbaren Bürokratieentlastung für die Wirtschaft. Die Anhebung um lediglich EUR 5 Mio. stellt nichts mehr da als einen Quasi-Inflationsausgleich seit der Einführung der zweiten Inlandsschwelle im Jahr 2009.
- (40) Unser Vorschlag geht dahin, die Umsatzschwellen in § 35 Abs. 1 Ziff. 2 insgesamt anzuheben. Der Text könnte lauten:
- "2. Im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 40 Mio. und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 20 Mio. erzielt haben."*
- (41) Die korrespondierende Anpassung in § 35 Abs. 1a) sollte vergleichbar erfolgen, also eine Anhebung von EUR 25 Mio. auf EUR 40 Mio. und von EUR 5 Mio. auf EUR 20 Mio.

## 2. Fälschliche Streichung der Anschlussklausel

- (42) Mit dem beabsichtigten Wegfall des § 35 Abs. 2 Satz 1 wird ein wesentliches Ziel, die Entlastung kleiner Unternehmen, aufgegeben. Zwar ist es richtig, dass die Anschlussklausel mit der neuen zweiten Inlandsumsatzschwelle von EUR 10 Mio. nicht mehr erforderlich ist. Der gesetzgeberischen Intention folgend wäre es aber erforderlich, nicht die Anschlussklausel zu streichen, sondern den weltweiten Umsatz in der Anschlussklausel zumindest auf EUR 20 Mio. zu erhöhen. Gerade für kleine Unternehmen muss diese Chance, sich fusionskontrollfrei einem anderen Unternehmen anschließen zu können, erhalten bleiben. Unternehmen unter EUR 20 Mio. weltweitem Umsatz sind, bezogen auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung, klein und dürfen nicht in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fallen.

## 3. Massive Beschneidung der Bagatellmarktklausel

- (43) Die Neuregelung zur Bagatellmarktklausel in § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 RefE, mit einer Anhebung der Schwelle von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio., führt zu keinerlei Entlastung für Konsolidierungsabsichten in kleinen Nischenmärkten. Entgegen dem bisherigen Wortlaut, der von einem Markt spricht, auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als EUR 15 Mio. umgesetzt wurde, wird jetzt durch die Einführung des Wortes "**insgesamt**" die Bagatellmarktschwelle auf einen fiktiven Gesamtmarkt bezogen, auf dem eben insgesamt nur EUR 20 Mio. Umsatz in Deutschland erzielt werden darf. Bisher konnten fusionswillige Unternehmen in mehreren, voneinander verschiedenen Märkten geringer Größe tätig sein und für jeden einzelnen dieser gesonderten Märkte die Bagatellmarktgrenze von EUR 15 Mio. in Anspruch nehmen, es sei denn, das Bundeskartellamt konnte die Zusammengehörigkeit dieser Märkte nach den Kriterien der Bündeltheorie nachweisen. Durch die Einführung des Wortes **insgesamt** kommt es jetzt nun automatisch zur gebündelten Betrachtung aller Märkte, auf denen die fusionswilligen Unternehmen im Inland tätig sind, ohne dass es auf das Vorliegen der Voraussetzungen der vom BGH klar definierten Bündeltheorie ankommt. Gerade für spezialisierte mittelständische Unternehmen mit Tätigkeiten in mehreren, aber klar unterscheidbaren Märkten des Spezialmaschinenbaus, der Medizintechnik oder des Werkzeugbaus, führt diese Verschärfung zu einer massiven Belastung. Sämtliche Freigabeentscheidungen, die in den letzten Jahren vom Bundeskartellamt auf die Annahme von Bagatellmärkten gestützt wurden, wären trotz der Anhebung der Bagatellmarktschwelle von EUR 15 auf EUR 20 Mio. nicht mehr möglich und überflüssige Untersagungsentscheidungen wegen hoher Marktanteile in mehreren Kleinstmärkten wären die Folge.
- (44) Richtigerweise muss das Wort **insgesamt** im Entwurf wieder entfallen und es muss beim alten Wortlaut jedoch mit der Anhebung der Bagatellmarktschwelle auf EUR 20 Mio. bleiben. Sollte der Gesetzgeber aber doch die gesamtwirtschaftliche Bedeutung mehrerer, nebeneinander existierender Bagatellmärkte anerkennen wollen, könnte dies ganz einfach durch eine Ergänzung des bisherigen Wortlautes erfolgen, etwa mit einer Formulierung:

*"...es sei denn, diese Märkte sind sachlich eng benachbart, die Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten können nicht unabhängig voneinander betrachtet werden und die Märkte haben zusammengenommen eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung."*

- (45) Lapidar stellt die Gesetzesbegründung fest, mit der Neuregelung würde die bisherige, strikt einzelmarktbezogene Sichtweise aufgegeben und eine gebündelte Betrachtung mehrerer Märkte eingeführt. Auch deswegen werde gleichzeitig die relevante Umsatzschwelle erhöht. Dass bei einer gebündelten Betrachtungsweise eine Anhebung von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. die Bagatellmarktklausel faktisch wirkungslos bleiben wird und in Zukunft überflüssige Fusionskontrollverfahren in Kleinstmärkten geführt werden müssen, wird übersehen. Faktisch liegt

hier eine im besonderen Maße mittelstandsfeindliche Verschärfung der deutschen Fusionskontrolle vor, denn üblicherweise sind spezialisierte mittelständische Unternehmen auf Bagatellmärkten tätig (vgl. die zurückliegenden Fälle Miba/Zollern, IMA/Homag und der Zusammenschluss zwischen einem norwegischen und einem finnischen Schiffsausrüster Cargo Tec/TTS Group). Eine wettbewerbliche Analyse für die Erforderlichkeit dieser Verschärfung lässt der Gesetzgebungsentwurf vermissen. Ganz offensichtlich scheint der Wunsch des Bundeskartellamts sich durchzusetzen, bei hohen Marktanteilen auch in wettbewerblich und volkswirtschaftlich unbedeutenden Kleinstmärkten Untersagungsverfügungen erlassen zu können. Die Gesetzesänderung führt damit nicht nur zu einer Belastung der mittelständischen Wirtschaft, sondern auch des Bundeskartellamts, da bei der zwangsweise gebündelten Marktbetrachtung für die Anwendung der so neu gefassten Bagatellmarktschwelle kaum mehr Raum bleibt und damit die in diesen Märkten anstehenden Konsolidierungsfälle zu einer Mehrzahl von gesamtwirtschaftlich überflüssigen Untersagungsentscheidungen führen werden. Der Ausweg der Bagatellmarktklausel aus volkswirtschaftlich und wettbewerblich unangemessenen Untersagungsentscheidungen steht dem Bundeskartellamt dann nicht mehr zur Verfügung.

#### **4. Wegfall der Vollzugsanzeige**

- (46) Der Entwurf sieht in § 39 Abs. 6 RefE vor, dass die bisher erforderliche Vollzugsanzeige beim Bundeskartellamt entfällt. Dies ist ein sinnvoller Schritt, jedoch bewirkt dies keine besondere Entlastung gerade mittelständischer Unternehmen wie in der Regierungsbegründung behauptet wird. Eine Vollzugsanzeige besteht lediglich aus dem einfachen Satz, dass der Vollzug eingetreten ist. Für den Inhalt des Zusammenschlusses wird auf die Anmeldung und die Kartellamtsakte verwiesen. Der Wegfall dieses faktischen "Zweizeilers" ist, nachdem ein Anmeldeverfahren geführt werden musste, keine auch nur irgendwie spürbare Erleichterung für die Unternehmen.
- (47) Die neu hinzugekommene Verpflichtung zur Anzeige, bewusst oder unbewusst nicht angemeldet aber anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse, ist überflüssig. Anmeldepflichtige Zusammenschlüsse verstoßen gegen das Vollzugsverbot. Sie können ohne Weiteres entflochten werden. Die neu eingeführte Pflicht, sich selbst anzuzeigen und einzuräumen, dass man eine Anmeldepflicht übersehen oder falsch beurteilt hat, erscheint mehr als fragwürdig. Auch ein Aufdeckungsinteresse fehlt als mögliche Begründung für diese Anzeigepflicht. Soweit Kunden und Wettbewerber einen Zusammenschluss als so wenig gravierend einstufen, dass das Bundeskartellamt keinerlei Kenntnis davon erlangt, wird dem Zusammenschluss schlicht jede gesamtwirtschaftliche und wettbewerbliche Bedeutung fehlen, so dass ein tatsächliches Aufdeckungsinteresse der Kartellbehörde nicht vorliegen dürfte. Die neue Anzeigepflicht sollte schlicht entfallen.

#### **5. Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse**

- (48) Der neu aufgenommene § 39a RefE führt zu einer dramatischen Ausweitung von fusionskontrollrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten für das Bundeskartellamt. Zwar mag es zunächst so erscheinen, dass sich hier die Absicht niederschlägt, das schrittweise Aufkaufen von kleinen Start-ups zu erfassen, was derzeit unter dem Schlagwort "Killerakquisitionen" abgehandelt wird. Die Realität kann sich aber sehr schnell völlig anders darstellen. Insbesondere der Hinweis auf die Möglichkeit, die Anhaltspunkte für die Auswirkungen künftiger Zusammenschlüsse aus Sektorenuntersuchungen herauszulesen, zeigt, dass hier dem Willen des Bundeskartellamts Rechnung getragen wird, in den mittelständisch geprägten Industriezweigen der Herstellung von Walzasphalt oder Transportbeton, sowie in der Entsorgungswirtschaft eine bessere Handhabe für die anstehenden Konsolidierungsschritte zu erhalten. Walzasphalt und Transportbeton waren eben Gegenstand langjähriger Sektorenuntersuchungen. Gerade in diesen Bereichen der

mittelständischen Baustoffindustrie fallen Zusammenschlüsse oft nicht in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle, weil die weltweiten Umsätze aller beteiligten Unternehmen nicht den Schwellenwert von EUR 500 Mio. erzielen. Schon allein die Tatsache, dass Unternehmen bereits ab einem weltweiten Umsatz von EUR 250 Mio. verpflichtet werden können, sämtliche künftigen Zusammenschlüsse mit Unternehmen mit einem Umsatz von mehr als EUR 2 Mio. anzumelden, bedeutet, dass tatsächlich nicht die weltweit agierenden GAFA-Unternehmen im Blick sind, sondern mittelständische Unternehmen unterhalb der EUR 500 Mio. Grenze.

- (49) Vergleicht man dann noch die inhaltlichen Schwerpunkte der zurückliegenden Sektorenterhebungen, wird klar, dass hier eine massive Belastung des Mittelstands am Horizont steht und die Annahme der Regierungsbegründung, dass die Regelung des § 39a RefE jährlich nur auf ein bis drei Unternehmen Anwendung finden wird, klar verkennt, dass dieses Instrument eine massive Ausweitung der deutschen Fusionskontrolle gerade in mittelständisch geprägten Märkten darstellt. Sollte die Annahme der Regierungsbegründung aber richtig sein, dass diese Norm nur auf ein bis drei Unternehmen pro Jahr Anwendung fände, wäre sie insgesamt zu streichen, weil eine Norm mit einem derart begrenzten Anwendungsfeld unverhältnismäßig wäre. § 39a sollte entfallen, weil sie zu einer überflüssigen Belastung mittelständischer Unternehmen führen wird.

## **6. Fristverlängerung**

- (50) Die Verlängerung des Hauptprüfverfahrens um einen Monat in § 40 Abs. 2 Satz 2 RefE ist nicht zu beanstanden. Fraglich ist aber die gleichzeitige Festlegung, dass sämtliche einvernehmliche Fristverlängerungen nicht den Zeitraum von einem Monat überschreiten dürfen. Hier wird einerseits eine bisher flexibel handhabbare Regelung durch ein starres Fristenkorsett ersetzt, das aber das angestrebte Regelungsziel nicht erreicht. Wenn die Parteien absehen, dass innerhalb von sechs Monaten bei komplexen Fällen eine Freigabe oder eine Freigabe unter Auflagen und Bedingungen noch nicht erreicht ist, werden sie dann eben gezwungen sein, die Anmeldung zurückzunehmen und das Vorhaben erneut anzumelden. Andererseits ist ein wesentlicher Vorteil der vorgeschlagenen Begrenzung der Verlängerung auf maximal einen Monat, dass von den beteiligten Unternehmen nicht grenzenlos Verlängerungen abgefragt werden können. Die Regelung hätte mithin Vor- und Nachteile.

## **7. Verhinderung der Ministererlaubnis**

- (51) Die beabsichtigte Neuregelung zur Ministererlaubnis in § 42 Abs. 2 Satz 2 RefE führt zur tatsächlichen Abschaffung dieses wettbewerbspolitisch erforderlichen Instruments im System der deutschen Fusionskontrolle. Die neue formelle Voraussetzung des § 42 Abs. 1a RefE für einen Erlaubnis Antrag, nach der die Parteien ein Rechtsmittelverfahren gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts anstrengen müssen, führt zu einer so massiven zeitlichen Belastung eines Zusammenschlussvorhabens, dass die Ministererlaubnis aus Sicht eines verständigen Unternehmens ausscheiden muss.
- (52) Die Möglichkeit, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß §§ 68 Satz 1, 60 RefE (bisher §§ 64 Abs. 3 Satz 1, 60 Nr. 1 GWB), eine Befreiung vom Vollzugsverbot durch das Beschwerdegericht zu erlangen, ist nach der Rechtsprechung mit extrem hohen Hürden verbunden. Im Rahmen seiner Entscheidung muss das Beschwerdegericht die strengen Voraussetzungen der Befreiung vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 GWB anwenden. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass – anders als bei § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB – ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung nicht ausreichen. Auch wenn das Beschwerdegericht nach vorläufiger Prüfung zu dem Schluss gelangt, dass es in der

Hauptsache zu einer Aufhebung der Untersagungsverfügung kommen werde, darf es nicht außer Acht lassen, dass das Vollzugsverbot grundsätzlich selbst im Falle der Aufhebung der Untersagungsverfügung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsmittelverfahrens weiter gilt. Eine Befreiung setzt stets voraus, dass die Zusammenschlussbeteiligten hierfür wichtige Gründe geltend machen und insbesondere dartun, dass sie – auch im Hinblick auf die zu erwartende Dauer des Beschwerde sowie eines möglichen Rechtsbeschwerdeverfahrens – geboten ist, um schweren Schaden von ihnen oder von Dritten abzuwenden. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung stellen dabei lediglich einen Faktor der Abwägung dar. Im Rahmen dieser Abwägung kann für eine Befreiung sprechen, dass die Untersagungsverfügung aus der Sicht des Beschwerdegerichts an schweren formellen oder materiellen Fehlern leidet. Gegen eine Befreiung kann demgegenüber sprechen, dass durch einen vorläufigen Vollzug Fakten geschaffen werden, die im Falle einer Bestätigung der Untersagungsverfügung nicht mehr oder nur eingeschränkt rückgängig gemacht werden können<sup>1</sup>.

- (53) Die laut Begründung zum Referentenentwurf (Seite 103) erhoffte vorläufige gerichtliche Überprüfung der Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts im Rahmen des auf einstweiligen Rechtsschutz gerichteten Verfahrens ist aufgrund dieser strengen und über die Beurteilung der Rechtmäßigkeit/Unrechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung weit herausreichenden Anforderungen daher keineswegs gesichert.
- (54) Es bleibt den Parteien damit also regelmäßig nur die Durchführung des Beschwerdeverfahrens in voller Länge. Ob je nach Ablauf von ca. zwei bis drei Jahren noch ein Interesse an dem dann zweifach untersagten Vorhaben besteht, ist kaum wahrscheinlich.
- (55) Nicht zu überzeugen vermag auch die Begründung zur Notwendigkeit dieses vorgeschalteten Rechtsmittelverfahrens. Nach wie vor wird im Ministererlaubnisverfahren wie bisher eine eigene Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung vorzunehmen sein, um überhaupt die Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und gesamtwirtschaftlichen Vorteilen oder überragenden Interesse der Allgemeinheit leisten zu können. Bei der Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung ist eine Bindung an die Feststellungen des Bundeskartellamts gerade nicht gegeben. Die Tatsache, dass im Ministererlaubnisverfahren über Bedeutung und Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung verhandelt wird, entspricht der Logik eines Abwägungsprozesses, der in Ergänzung zur rein wettbewerblichen Betrachtung durch das Bundeskartellamt, eine politisch verantwortete Entscheidung über gesamtwirtschaftliche Vorteile und überragende Interessen der Allgemeinheit gegenüber dem Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht. Durch diese Feststellungen wird das Verfahren der Ministererlaubnis nicht belastet. Diese Feststellungen gehören zum notwendigen Ermittlungsansatz der Bundesministerin oder des Bundesministers. Das vorangestellte Rechtsschutzmittel wird diese Frage nicht beseitigen und selbst wenn das Beschwerdegericht die Untersagung in vollem Umfang für rechtmäßig bezeichnet, muss in einem politisch verantworteten Ministererlaubnisverfahren eine eigenständige Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung erfolgen. Das Beschwerdegericht muss sich darauf beschränken, das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen zu beurteilen, nicht aber die Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkung vorwegnehmen.
- (56) Nachdem die Ministererlaubnis schon prozedural durch das vorgeschaltete Rechtsmittelverfahren faktisch beseitigt ist, kommt die endgültige Abschaffung durch die Änderung in Abs. 1 Satz 1, indem sehr unauffällig das Wort **oder** durch das Wort **und** ersetzt wird. Für den Nachweis der Voraussetzungen der Ministererlaubnis ist dies aus anwaltlicher Sicht fatal. Während es

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 14.10.2008, KVR 30/08 Rn. 24 "Faber/Basalt".

bisher ausreichte, eine der Alternativen der "gesamtwirtschaftlichen Vorteile" oder "des überragenden Interesses der Allgemeinheit" vorzutragen und zu beweisen, muss jetzt kumulativ nachgewiesen werden, dass eine Erlaubnis durch gesamtwirtschaftliche Vorteile **und** überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Dies bedeutet gerade für mittelständische Unternehmen das Ende der Möglichkeit einer Ministererlaubnis. Denn welches mittelständische Unternehmen soll in der Lage sein, bezogen auf die Größe der deutschen Volkswirtschaft tatsächlich gesamtwirtschaftliche Vorteile zu erreichen. Gesamtwirtschaftliche Vorteile werden nur noch Großunternehmen möglich sein. Wie die Erfahrung zeigt, sind Großunternehmen aber regelmäßig an Zusammenschlüssen beteiligt, die in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle fallen. Damit ist diesen Unternehmen die Ministererlaubnis ebenfalls entzogen.

- (57) Hier zeigt der Gesetzgeber besonders eindrucksvoll, dass die Belange des Mittelstandes mit dieser Neufassung des GWB nicht ausreichend berücksichtigt werden. Bei der anstehenden Konsolidierung der traditionellen deutschen Industrielandschaft und ihrer Transformation in die digitale Welt wird gerade mittelständischen Unternehmen das Instrument der Ministererlaubnis nutzbar bleiben müssen, um in Ausnahmefällen erforderliche Anpassungen, die wettbewerbsrechtlich im Regelfall nicht zulässig, politisch aber geboten sind, zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere bei einer Vielzahl sich abzeichnender "sterbender" Märkte, die in diesem Prozess keinen wirksamen Wettbewerb aufrechterhalten können. Die Beseitigung der Ministererlaubnis gerade in Zeiten eines sich abzeichnenden massiven Strukturwandels ist kurzsichtig, mittelstandsfeindlich und führt zu einer unsinnigen Ressourcenvernichtung und zur Schwächung der deutschen Volkswirtschaft.
- (58) Letztlich zeigt sich hier auch ein Problem des Gesetzgebungsverfahrens, wenn der Referentenentwurf aus der Feder der wenigen Personen stammt, die vor Kurzem mit der Durchführung eines Ministererlaubnisverfahrens befasst waren, welches aus der Sicht des Ministeriums unerwünscht war. Es kommt hier also allein aus dem Einzelfall Miba/Zollern zu einem massiven Eingriff in das langjährig bewährte System der deutschen Fusionskontrolle. Das Bundeskartellamt sollte dem Gesetzgeber dafür auch nicht dankbar sein, denn die vom Präsidenten des Bundeskartellamts stets herausgestellte politische Unabhängigkeit der Behörde wird Schaden nehmen, wenn das Ministererlaubnisverfahren faktisch abgeschafft ist. Der politische Druck in Untersagungsfällen wird dann auf das Bundeskartellamt deutlich stärker werden als dies heute der Fall ist. Im Sinne eines rechtsförmigen Verfahrens ist dies ganz sicher nicht im Sinne der Anwaltschaft.

#### **IV. Zuständigkeiten der Kartellbehörden und Kooperation im ECN (§§ 50 ff. RefE)**

##### **1. Zuständigkeit des BKartA für Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts auf nationaler Ebene**

- (59) Durch § 50 Abs. 1 RefE wird dem BKartA die ausschließliche Zuständigkeit für die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts auf nationaler Ebene zugewiesen. Bislang lag diese Zuständigkeit neben dem BKartA auch bei den obersten Landesbehörden (die durch ihre Landeskartellbehörden tätig wurden). Die RL 2019/1 macht jedoch umfangreiche Vorgaben für Mindeststandards, die eingehalten werden müssen, sofern eine Behörde auch europäisches Wettbewerbsrecht durchsetzt. Laut der Begründung zum Referentenentwurf wurde eine Umsetzung der Mindeststandards in Bezug auf die obersten Landesbehörden/Landeskartellbehörden als

unverhältnismäßig aufwendig verworfen.<sup>2</sup> Dies erscheint aufgrund der Erfahrungen aus der Praxis als sachgerecht.

## 2. Informationsaustausch im ECN und zwischen verschiedenen nationalen Behörden

- (60) Die bisherigen Vorschriften über den Austausch von Informationen zwischen den Kartellbehörden verschiedener Mitgliedstaaten sowie zwischen verschiedenen nationalen Behörden (§§ 50a, 50b, 50c GWB) wurden teilweise ergänzt und befinden sich nun in den §§ 50d, 50e und 50f RefE.
- (61) § 50d Abs. 1 RefE entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 50a Abs. 1 GWB, und gestattet es dem BKartA, der Kommission und den Kartellbehörden anderer Mitgliedstaaten zum Zweck der Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV "tatsächliche und rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, mitzuteilen und entsprechende Dokumente und Daten zu übermitteln" sowie derartige Informationen und Dokumente zu empfangen und als Beweismittel zu verwenden. § 50d Abs. 3 RefE – entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 50a Abs. 2 GWB<sup>3</sup> – beschränkt die Verwendung der Dokumente durch das BKartA auf den konkreten Untersuchungsgegenstand.
- (62) Für die Verfolgung natürlicher Personen statuiert § 50d Abs. 4 S. 1 RefE – wie bisher § 50a Abs. 3 GWB – ein Beweisverwertungsverbot. Von einer anderen Behörde übermittelte Informationen darf das BKartA nur dann zur Verfolgung natürlicher Personen verwenden, wenn "das Recht der übermittelnden Behörde ähnlich geartete Sanktionen" für Verstöße gegen Art. 101, 102 AEUV vorsieht, vgl. § 50d Abs. 4 RefE. Ist dies nicht der Fall, so ist eine Verwendung dennoch möglich, wenn bei der Beweiserhebung dasselbe Schutzniveau in Bezug auf Verteidigungsrechte natürlicher Personen eingehalten wurde. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so greift ein Beweisverwertungsverbot (§ 50d Abs. 4 S. 1 RefE) bezogen auf die Verfolgung natürlicher Personen. Eine Verwendung der so erlangten Beweise gegen juristische Personen und Personenvereinigungen ist gem. § 50d Abs. 4 S. 3 RefE grundsätzlich ausdrücklich zulässig. Ggf. bestehende verfassungsrechtliche Verwertungsverbote sind jedoch zu berücksichtigen.
- (63) Eine durch den Referentenentwurf in diesem Kontext eingeführte Neuerung betrifft den Umgang mit Kronzeugenanträgen. Gemäß § 50d Abs. 2 RefE dürfen Kronzeugenerklärungen nur dann mit der Kartellbehörde eines anderen Mitgliedstaats ausgetauscht werden, wenn entweder der Steller des Kronzeugenantrags der Übermittlung zustimmt oder wenn auch bei der anderen Kartellbehörde ein Kronzeugenantrag wegen dieser Zuwiderhandlung eingegangen ist, es sei denn, es steht dem Antragsteller im Zeitpunkt der Weiterleitung frei, seine Informationen noch zurückzuziehen. Diese Neuregelung beruht auf Art. 31 Abs. 6 der RL 2019/1 und betrifft, entsprechend der dort geregelten Fallkonstellation, allein den Austausch von Kronzeugenerklärungen zwischen den Mitgliedstaaten und nicht das Verhältnis zur Kommission.
- (64) Der Austausch von Kronzeugenerklärungen im ECN gemäß Art. 12 VO 1/2003 ist zugleich in Rn. 40 und 41 der ECN-Bekanntmachung geregelt. Die dortigen Regelungen betreffen auch das Verhältnis zwischen Mitgliedstaat und Kommission. Auch danach kommt ein Austausch von Kronzeugenerklärungen grundsätzlich nur in Betracht, wenn der Antragsteller zugestimmt hat (Rn. 40). Die Zustimmung ist in den Fällen der Rn. 41 Nr. 1-3 entbehrlich, d.h. ein Austausch auch ohne Zustimmung des Antragstellers zulässig. Dies betrifft zunächst den Fall, dass die

<sup>2</sup> RefE-Begründung S. 103.

<sup>3</sup> Es erfolgt lediglich eine redaktionelle Anpassung im Hinblick auf die Regelung des § 50 Abs. 1 RefE. Die Norm spricht nach der Neufassung nicht mehr von der "Kartellbehörde", sondern von dem "Bundeskartellamt".



empfangende Behörde bereits einen Kronzeugenantrag des Antragstellers in Bezug auf dieselbe Zuwiderhandlung erhalten hat, sofern es dem Antragsteller nicht freisteht, den Antrag zurückzunehmen (Rn. 41 Nr. 1). Ein Austausch der Kronzeugenerklärung ohne Zustimmung des Antragstellers ist ferner dann zulässig, wenn die empfangende Behörde eine schriftliche Verpflichtungszusage abgegeben hat, dass die erlangten Informationen nicht zur Verhängung von Sanktionen gegen den Antragsteller, gegen eine andere juristische oder natürliche Person, die von der Begünstigung betroffen ist oder gegen einen ihrer aktuellen oder ehemaligen Mitarbeiter verwendet wird (Rn. 41 Nr. 2). Schließlich ist die Zustimmung entbehrlich, wenn es um einen Austausch zwischen Kartellbehörden geht, die bereits bei den Ermittlungen gem. Art. 22 VO 1/2003 kooperiert haben (Rn. 41 Nr. 3). Die Begründung zum Referentenentwurf weist darauf hin, dass, obwohl § 50d RefE nur das Verhältnis zwischen den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten betreffe, über Rn. 40 und 41 der ECN-Bekanntmachung somit dennoch parallele Regelungen für den Austausch von Kronzeugenerklärungen auch im Verhältnis zur Kommission gelten würden.<sup>4</sup>

- (65) Ein Unterschied zwischen den Regelungen im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Kommission und im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander besteht dennoch hinsichtlich der Rechtsnatur der Regelung und den damit verbundenen Konsequenzen fort. Rn. 40 und 41 der ECN-Bekanntmachung haben lediglich die Qualität einer Bekanntmachung, d.h. eines hauptsächlich informativen Instruments, das allenfalls eine Selbstbindung der Kommission bewirkt. Ausnahmen vom Gleichheitssatz sind jedoch im Falle einer hinreichenden Rechtfertigung grundsätzlich denkbar. Demgegenüber handelt es sich bei § 50d Abs. 2 RefE um ein Gesetz, das mithin zwingenden Charakter besitzt.
- (66) Zwar regelt Art. 31 Abs. 6 der RL 2019/1, der in § 50d Abs. 2 RefE umgesetzt werden soll, in der Tat allein das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander, jedoch nimmt Art. 31 Abs. 6 der RL 2019/1 seinerseits Bezug auf Art. 12 der VO 1/2003, der den Informationsaustausch im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander ebenso wie das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Kommission betrifft. Da eine überschießende Richtlinienumsetzung grundsätzlich denkbar ist, wäre es daher möglich und im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert, § 50d Abs. 2 RefE auf die Übermittlung von Kronzeugenanträgen an die Kommission auszudehnen.

#### **V. Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde und Mitwirkungspflichten der Unternehmen, Unternehmensvertreter und Mitarbeiter im Kartellverwaltungsverfahren**

- (67) Durch die Neuregelungen in § 59 RefE (betreffend Auskunftsverlangen) und § 59b RefE (betreffend Durchsuchungen, einschließlich der Erteilung von Auskünften anlässlich der Durchsuchungen, § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 RefE) werden in Umsetzung der RL 2019/1 die aus dem Unionsrecht (EU-VO 1/2003) bekannten Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der Unternehmen sowie ihrer Vertreter und Mitarbeiter in das Kartellverwaltungsverfahren eingeführt (die mit den Ermittlungsbefugnissen der Kartellbehörde verbundenen Pflichten der Unternehmen und natürlichen Personen im Bußgeldverfahren werden gesondert weiter unten kommentiert).
- (68) Auch wenn im Zusammenhang mit Auskunftsverlangen der Kartellbehörde (§ 59 Abs. 1 RefE) das Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit zu verstehen ist, sollten nur diejenigen Gesellschaften dieser wirtschaftlichen Einheit zur Auskunftserteilung (bußgeldbewehrt) verpflichtet sein, an die die Kartellbehörde das Auskunftersuchen auch tatsächlich adressiert hat. Denn beispielsweise hat eine deutsche Tochtergesellschaft nicht die rechtlichen Möglichkeiten

---

<sup>4</sup> RefE-Begründung, S. 111.

des Zugriffs auf Konzernzahlen der ausländischen Muttergesellschaft oder ihrer ausländischen Schwestergesellschaft. Es muss Aufgabe der Ermittlungsbehörde sein, die gewünschten Auskünfte bei derjenigen Gesellschaft abzufragen, die hierzu auch Zugang hat. Die Regelung in § 59 Abs. 1 Satz 3 RefE ist also insoweit einzuschränken, als es Pflicht der Kartellbehörde ist, ihre Auskunftsverlangen an diejenige Gesellschaft oder ggf. mehrere Gesellschaften zu adressieren, die auch Zugriff auf die gewünschten Informationen haben, im Zweifel an die Obergesellschaft. Die bisher von der Rechtsprechung (OLG Düsseldorf (VI-Kart 6/06 (V)) und BGH (KZR 21/08)) angenommenen "Erkundigungspflichten" bei verbundenen Unternehmen sind dann nicht mehr erforderlich, wenn die Kartellbehörde ohne weiteres bei den betreffenden verbundenen Unternehmen selbst und direkt die Informationen abfragen kann (zumal die fehlerhafte Beantwortung bußgeldbewehrt ist).

- (69) Richtigerweise wird in der Begründung zum RefE (dort S. 122) klargestellt, dass für das in Umsetzung der RL 2019/1 eingeführte Recht der Kartellbehörde, bei Auskunftsverlangen nach § 59 Abs. 1 Satz 6 RefE Vertreter des Unternehmens (bzw. der Unternehmensvereinigung) zur Befragung zu bestellen, die allgemeinen Regeln für die Vernehmung von Zeugen oder Beschuldigten gelten. Damit handelt es sich demnach nur um eine (bußgeldbewehrte) Pflicht zum Erscheinen auf erfolgte Ladung.
- (70) Mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden sind die Regelungen zur Auskunftspflicht natürlicher Personen in §§ 59 Abs. 3 Satz 3 und 59b Abs. 3 Satz 2 RefE. Der für natürliche Personen aus der Menschenwürde herrührende und somit verfassungsrechtlich verankerte *nemo tenetur*-Grundsatz gebietet, dass eine Auskunftspflicht natürlicher Personen in den mit diesen Regelungen erfassten Fällen nur ausnahmsweise bestehen kann und in jedem Fall *ultima ratio* sein muss. Die derzeit vorgesehene Voraussetzung "*falls die Informationsbeschaffung auf andere Weise wesentlich erschwert oder nicht zu erwarten ist*", setzt die Schwelle zu niedrig, ungeachtet des vorgesehenen Beweisverwertungsverbots. Sie ist auch angesichts der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe und vorgesehenen Prognoseentscheidung der Kartellbehörde nicht ausreichend überprüfbar. Es besteht zu befürchten, dass die Kartellbehörde zu schnell ihr Recht auf Auskunft gegenüber natürlichen Personen bejaht. Es ist deshalb alternativ die folgende oder eine ähnliche Formulierung geboten: "soweit inhaltlich vergleichbare oder für die beabsichtigte Verwendung austauschbare Informationen nicht aus anderen Erkenntnisquellen erlangt werden können". In der Begründung zum RefE (dort S. 125) wird selbst betont, dass der Kartellbehörde in der Praxis diverse Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen. Dies entspricht auch dem von der Kartellbehörde zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auf den ausdrücklich für Auskunftsverlangen in § 59 Abs. 3 Satz 1 RefE verwiesen wird.
- (71) In § 59b Abs. 3 RefE muss in Bezug auf die Auskunftserteilungspflicht nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 eine der Bestimmung in § 59 Abs. 3 Satz 2 RefE entsprechende Regelung ergänzt werden. Sie gewährleistet die Selbstbeziehungsfreiheit von Unternehmen, die neben dem angesprochenen *nemo tenetur*-Grundsatz für natürliche Personen gilt. Dass auch ein Unternehmen nicht zur Selbstbeziehung gezwungen werden kann, hat der EuGH in der *Orkem*-Entscheidung bestätigt. Die Regelung ist im Zusammenhang von Auskunftserteilungspflicht des Unternehmens im Sinne von § 59 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE besonders wichtig, weil – wie die Erfahrung mit der Anwendung der vergleichbaren Regelung des Art. 20 Abs. 2 e) EU-VO 1/2003 bei Nachprüfverfahren der Europäischen Kommission gezeigt hat – es viele Fälle gibt, in denen bei der Erfüllung der Pflicht zur "*Erläuterung zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten*" nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob das Unternehmen mit der Erläuterung nicht bereits direkt oder mittelbar eine Kartellrechtsverletzung eingesteht. Ist dies in der konkreten Situation anlässlich der Durchsuchung vor Ort für das befragte Unternehmen unklar, muss bereits das Unternehmen, handelnd durch

seine Vertreter und Mitarbeiter (und nicht lediglich die natürlichen Personen, die mittelbar zur Mitwirkung verpflichtet werden, wegen ihrer eigenen, separat geregelten Rechte, § 59b Abs. 3 Satz 2 RefE), das Recht haben, unter Berufung auf seine Selbstbeziehungsfreiheit von einer Erläuterung anlässlich der Durchsuchung absehen zu können, ohne ein Bußgeld wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflicht befürchten zu müssen.

- (72) Wie für das Auskunftsverlangen nach § 59 Abs. 3 Satz 1 RefE sollte auch im Zusammenhang mit dem Recht auf Auskunftserteilung nach § 59b Abs. 3 Nr. 3 ausdrücklich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwiesen werden. Eine unterschiedliche Regelung für diese beiden auf Auskunftserteilung gerichteten Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde würde zur Rechtsunsicherheit der Anwendbarkeit des von der Kartellbehörde bei jeder Maßnahme zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führen.

## **VI. Bußgeldrecht**

- (73) In den §§ 81 ff. RefE erfolgt eine weitreichende Neuregelung der Bußgeldvorschriften.

### **1. Neue Bußgeldtatbestände**

- (74) § 81 Abs. 2 RefE enthält verschiedene neue Bußgeldtatbestände. Zu diesen gehören insbesondere § 81 Abs. 2 Nr. 6-11 RefE. Zusammengefasst handelt es sich bei diesen neuen Bußgeldtatbeständen um Verletzungen der neugeschaffenen Pflichten von Unternehmen, gemäß § 59 und 59b Unterlagen dem Bundeskartellamt zur Verfügung zu stellen, Auskünfte zu erteilen und Mitarbeiter zu Befragungen abzustellen. Diese Ermittlungsbefugnisse soll die Kartellbehörde zukünftig auch im Bußgeldverfahren besitzen (§ 81o Abs. 1 RefE). Auch der Bruch eines Siegels, das die Kartellbehörde im Rahmen einer Durchsuchung anbringt, fällt in diese neue Bußgeldkategorie.
- (75) Die Schaffung der neuen Bußgeldtatbestände geht zurück auf die Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 der RL 2019/1. Art. 13 Abs. 2 der RL 2019/1 sieht allerdings lediglich vor, dass die nationale Kartellbehörde in die Lage versetzt werden muss, Geldbußen im Verhältnis zum weltweiten Gesamtumsatz eines Unternehmens für Verstöße gegen diese Fallgruppen festzusetzen, lässt aber die Höhe der Geldbuße offen. Sie ist vom nationalen Gesetzgeber festzulegen. Der Referentenentwurf sieht in § 81c Abs. 3 RefE für diese Gruppe von Bußgeldtatbeständen eine Geldbuße von bis zu 1% des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung vor. Dieser Prozentsatz entspricht der Situation in Verfahren der Europäischen Kommission, die gemäß Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 Bußgelder in ebenfalls dieser Höhe festsetzen kann.
- (76) Der in § 81c Abs. 3 RefE vorgesehene Prozentsatz von 1% des Gesamtumsatzes scheint allerdings für nationale Sachverhalte zu hoch gegriffen. Anders als bei internationalen Kartellverfahren werden von den Ermittlungen der nationalen Kartellbehörden insbesondere auch kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland betroffen sein. Diese haben längst nicht den stabmässigen Unterbau und die finanziellen, technischen sowie personellen Ressourcen wie dies bei international oder gar weltweit agierenden Unternehmen der Fall ist, um Auskunftsverlangen zu beantworten und auch im Übrigen ihre Pflichten umfassend zu überblicken.
- (77) Das Problem wird verstärkt durch die Praxis der deutschen Gerichte, prozentual bemessene Bußgeldvorschriften als Bußgeldrahmen zur verstehen, was bei der Anwendung des 10%-igen Bußgeldrahmens bekanntlich zu zahlreichen Verböserungen von Bußgeldern im Einspruchsverfahren geführt hat. Der Bußgeldrahmen sollte daher enger gefasst werden, z.B. "nur bei

schwerwiegenden oder nachhaltigen Verstößen" 1% des Umsatzes betragen, sonst z.B. 0,1%. Bei einem mittelständischen Unternehmen mit einem Umsatz von EUR 100 Mio. entspricht dies einem Bußgeld von immerhin EUR 100.000, was als nachhaltige Pflichtenmahnung ausreichend erscheint. Hiervon ging bislang auch der deutsche Gesetzgeber aus, der die Geldbuße für einen Verstoß gegen die Auskunftspflicht gemäß § 81 Abs. 4 S. 5 GWB (i.V.m. § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB) bislang auf maximal EUR 100.000 begrenzt hat.

- (78) Eine Erhöhung der Bußgeldandrohung insbesondere auch für Mittelständler erscheint nicht angezeigt (Beispiel: Bei einem Gesamtumsatz von EUR 200 Mio. ergäbe sich bei einem Maximalbußgeld von 1% ein Bußgeldrahmen von EUR 2 Mio., was im Vergleich zur heutigen Bußgeldandrohung von EUR 100.000 eine Steigerung um 1.900% wäre).
- (79) § 81d Abs. 2 RefE bestimmt, dass Veränderungen nach Beendigung der Tat in Bezug auf die Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit (zum Beispiel durch Unternehmenserwerb) nicht zu einer Erhöhung des Bußgelds führen dürfen. Diese Regelung ist zu begrüßen. Die Veränderung der Unternehmenszugehörigkeit nach Beendigung der Tat ist ein Vorgang, der mit der Schwere der Zuwiderhandlung in keinerlei sachlichem Zusammenhang steht und deshalb bei der Bußgeldfestsetzung eliminiert werden muss, jedenfalls kein höheres Bußgeld rechtfertigt.

## **2. Für eine eindeutige Regelung der nur subsidiären Bebußung der Unternehmensvereinigung**

- (80) § 81b RefE regelt Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen. Die Höhe der Geldbuße gegen Unternehmensvereinigungen lässt sich dem neuen § 81c Abs. 4 RefE entnehmen. Danach soll (in Umsetzung von Art. 15 Abs. 2 der RL 2019/1) die Kartellbehörde zukünftig gegen die Unternehmensvereinigung eine Geldbuße von bis zu 10% des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes derjenigen Mitglieder, die auf dem von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Markt tätig waren, verhängen können.
- (81) § 81c Abs. 4 RefE stellt damit für die sogenannte 10%-Grenze nicht mehr auf den Umsatz der Unternehmensvereinigung (im Wesentlichen Mitgliedsbeiträge) ab, sondern auf die Umsätze ihrer Mitglieder mit Waren und Dienstleistungen. Dies ist eine maßgebliche Erweiterung des Bußgeldrahmens, der durch Art. 15 Abs. 2 der RL 2019/1 vorgegeben ist.
- (82) Ob eine derartige Regelung erforderlich war, ist zweifelhaft, weil die Kartellbehörde auch bislang schon gegen eine Unternehmensvereinigung eine Geldbuße von bis zu EUR 1 Mio. und darüber hinaus bis zu 10% ihres Umsatzes festsetzen durfte. Dies haben in den zurückliegenden Jahren mehrere Unternehmensvereinigungen nicht überlebt. Über die Sinnhaftigkeit des erweiterten Bußgeldrahmens zu diskutieren, ist wegen der europarechtlichen Vorgabe jedoch müßig.
- (83) Der erweiterte Bußgeldrahmen richtet allerdings den Blick auf die Situation, dass die Unternehmensvereinigung selbst mit dem Bußgeld überfordert sein kann. Gemäß § 81b RefE kann das BKartA der Unternehmensvereinigung eine Frist zur Beschaffung der nötigen finanziellen Mittel von den Mitgliedern setzen, anderenfalls kann das BKartA gemäß § 81b Abs. 2 RefE direkt auf die Mitglieder zugreifen.

- (84) Vorzugswürdig wäre dagegen ein Haftungssystem, das vorrangig eine Bebußung der Mitglieder vorsieht und für den 10%igen umsatzbezogenen Bußgeldrahmen (d.h. über den Regelbußgeldrahmen von EUR 1 Mio. hinaus) nur subsidiär auf die Unternehmensvereinigung zurückgreift.<sup>5</sup>
- (85) Zum einen liegt der Schwerpunkt der kartellrechtlichen Vorwerfbarkeit regelmäßig auf der durch die Unternehmensvereinigung herbeigeführten horizontalen Koordinierung zwischen den Mitgliedern. Zum anderen ist kein praktisches Bedürfnis nach der Eröffnung eines derart groß bemessenen und wohl regelmäßig existenzgefährdenden Bußgeldrahmens für die Bebußung von Unternehmensvereinigungen in jedem Fall ersichtlich. Diesen Gedanken verdeutlicht die Regelung des § 81b Abs. 2 RefE, die davon ausgeht, dass es die Mitglieder sind, die der Unternehmensvereinigung die nötigen finanziellen Mittel zur Deckung des Bußgeldbetrags bereitstellen müssen. Schließlich sieht § 81c Abs. 4 S. 2 RefE vor, dass in der Bußgeldberechnung bezogen auf die Unternehmensvereinigung die Umsätze derjenigen Mitglieder unberücksichtigt bleiben, gegen die entweder (1.) bereits ein Bußgeld im Zusammenhang mit der betreffenden Ordnungswidrigkeit festgesetzt wurde oder die (2.) nach den Vorschriften des neu kodifizierten Kronzeugenprogramms von einem Bußgelderlass gem. § 81j RefE profitieren. Die Anwendung der ersten Alternative des § 81c Abs. 4 S. 2 RefE setzt jedoch notwendig voraus, dass zuerst auf die Mitglieder der Unternehmensvereinigung zugegriffen wurde. Nur dann steht fest, welche Mitglieder der Unternehmensvereinigung bereits bebußt wurden und damit in der Bußgeldberechnung bezogen auf die Unternehmensvereinigung selbst ausgeklammert werden müssen.
- (86) Eine Gesamtschau von § 81b Abs. 1 RefE und § 81c Abs. 4 S. 2 Alt. 1 RefE lässt daher keinen eindeutigen gesetzgeberischen Willen hinsichtlich der Reihenfolge der Bebußung der Unternehmensvereinigung und ihrer Mitglieder erkennen. § 81c Abs. 4 S. 2 Alt. 1 RefE scheint davon auszugehen, dass in dem Zeitpunkt, in dem das Bußgeld gegen die Unternehmensvereinigung festgesetzt wird, bereits Bußgelder gegen ein oder mehrere – jedoch nicht alle – Mitglieder verhängt worden sind. Dies entspricht nicht der Praxis des Bundeskartellamts, die darin besteht, wenn möglich gleichzeitig Bußgeldentscheidungen gegen alle oder die meisten beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zu erlassen. Wenn von diesem Grundsatz ohnehin zukünftig abgewichen werden soll, spricht nichts dagegen, auf den erweiterten Bußgeldrahmen zulasten von Unternehmensvereinigungen oberhalb von EUR 1 Mio. nur dann zurückzugreifen, wenn keine ausreichenden Bußgelder gegen die Mitglieder der Unternehmensvereinigung festgesetzt werden können.<sup>6</sup>
- (87) Zu begrüßen ist hingegen die in § 81b Abs. 3 RefE vorgesehene Regelung zum Schutz solcher Unternehmen, die den Beschluss nicht umgesetzt haben, keine Kenntnis hatten oder sich aktiv distanziert haben.
- (88) In redaktioneller Hinsicht enthält § 81b Abs. 4 RefE die missverständliche Formulierung, dass eine Zahlung eines Teils der Geldbuße für die Unternehmensvereinigung nicht von denjenigen Unternehmen verlangt werden kann, "die darlegen", dass sie den die Geldbuße begründenden Beschluss der Unternehmensvereinigung nicht umgesetzt haben etc. Richtigerweise müsste die Formulierung, "die nachweisen" lauten.

---

<sup>5</sup> Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 12.

<sup>6</sup> Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 12.

### 3. Mehr Rechtssicherheit in der Kodifizierung der Bußgeldzumessungskriterien

- (89) § 81d RefE sieht – in Umsetzung von Art. 14 Abs. 1 der RL 2019/1 – eine Kodifizierung der nicht abschließend aufgelisteten Bußgeldzumessungskriterien vor.
- (90) Art. 14 Abs. 1 der RL 2019/1 gibt vor, dass "sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer" berücksichtigt werden müssen. Zudem findet sich im 47. Erwägungsgrund eine Auflistung von Kriterien, die berücksichtigt werden können. Zu den dort genannten Kriterien zählen insbesondere "die Art der Zuwiderhandlung, der gemeinsame Marktanteil aller betreffenden Unternehmen, der räumliche Umfang der Zuwiderhandlung, die Frage, ob die Zuwiderhandlung tatsächlich durchgeführt wurde, der mit der Zuwiderhandlung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehende Gesamtumsatz mit Waren und Dienstleistungen des Unternehmens [...] die Größe und die Marktstärke des betreffenden Unternehmens" sowie die wiederholte Begehung von Kartellverstößen.<sup>7</sup>
- (91) Es ist nicht ersichtlich, warum der Referentenentwurf von diesen Kriterien abweicht. Darüber hinaus erscheint fragwürdig, ob die geplante Kodifizierung der Zumessungskriterien in ihrer aktuellen Fassung dazu beitragen wird, die Divergenzen zwischen BKartA und OLG Düsseldorf zu vereinheitlichen und damit die Gefahr einer "Verböserung" im Gerichtsverfahren zu reduzieren.<sup>8</sup>
- (92) Dem ließe sich begegnen, wenn der tatbezogene Umsatz (§ 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RefE) zum Ausgangspunkt der Bußgeldzumessung erhoben würde. Dies entspricht der Praxis der Kommission.<sup>9</sup> Bislang steht der tatbezogene Umsatz aber neben zahlreichen anderen Zumessungskriterien (Nrn. 1-5). Es wird daher angeregt, die Fassung des § 81d Abs. 1 Satz 2 wie folgt zu präzisieren (neue Passage unterstrichen):

*"Bei Geldbußen, die gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen wegen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen oder abgestimmten Verhaltensweisen nach § 1 oder Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder wegen verbotener Verhaltensweisen nach §§ 19, 20 oder 21 oder Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgesetzt werden,*

*bildet der tatbezogene Umsatz den Rahmen für die Bußgeldzumessung. Der tatbezogene Umsatz ist der mit der Zuwiderhandlung in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehende Umsatz. Für die Bußgeldzumessung innerhalb dieses Rahmens kommen als abzuwägende Umstände insbesondere in Betracht:"*

[es folgen Nr. 1-5 RefE unter Streichung des Verweises auf den Umsatz in Nr. 1]

- (93) Positiv zu bewerten ist hingegen, dass nach § 81d Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 RefE nicht nur die aktive Aufklärungsmithilfe, sondern auch unabhängig davon das Treffen von "Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen" – also unternehmensinterne Compliancemaßnahmen – als positives Nachtatverhalten berücksichtigt wird.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Siehe dazu bereits Bundesrechtsanwaltskammer, Positionspapier zur 10. GWB-Novelle von März 2019, S. 23.

<sup>8</sup> Näher zur bisherigen Praxis von BKartA und OLG Ost/Breuer, NZKart 2019, 119, 121; Meyer-Lindemann WuW 2020, 16, 18. Sie dazu ebenfalls bereits die Kommentierung zu Art. 14 und 15 der RL 2019/1 in Bundesrechtsanwaltskammer, Positionspapier zur 10. GWB-Novelle von März 2019, S. 23 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Mäger NZKart, 2019, 361, 362.

<sup>10</sup> Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 13.

#### 4. Gegen eine Abschaffung der absoluten Verjährung im Kartellbußgeldrecht

- (94) In § 81g Abs. 4 RefE erfolgt eine Neuregelung der absoluten Verjährungsfrist. Zwar sieht § 81g Abs. 4 S. 1 RefE vor, dass die Verjährung spätestens mit dem Tag eintritt, an dem die doppelte Verjährungsfrist verstrichen ist, jedoch verlängert Satz 2 diese Frist abweichend von § 33 Abs. 3 S. 2 OWiG um den Zeitraum, in dem die Bußgeldentscheidung Gegenstand eines bei Gericht anhängigen Verfahrens ist. Folglich tritt während eines gerichtlichen Verfahrens keine Verjährung mehr ein; die absolute Verjährung ist für diesen Fall außer Kraft gesetzt.
- (95) Die Regelung des § 81b Abs. 4 S. 2 RefE ist aus rechtsstaatlichen Gründen abzulehnen. Bereits heute stellen Gerichte regelmäßig rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen in Kartellsachen fest.<sup>11</sup> Dabei stehen unangemessene Verfahrensverzögerungen im Widerspruch zum Fair-Trial-Grundsatz des Art. 6 EMRK, der ein Recht auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist gewährt.<sup>12</sup> Ebenso wenig sind derartige Verzögerungen mit Art. 47 EU-Grundrechtecharta<sup>13</sup> oder dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar.<sup>14</sup> Das faktische Ende der absoluten Verjährung im Kartellbußgeldrecht beseitigt in diesem Gefüge die nötigen Anreize, im Interesse aller Beteiligten eine zügige Verfahrensbeendigung herbeizuführen.
- (96) Gerade auch in mittelständische Unternehmen ohne große Stabs- oder Rechtsabteilungen belasten Kartellverfahren unmittelbar die Geschäftsführung und/oder Gesellschafter. Die Aussicht, dass dieser Zustand zukünftig auch deutlich über zehn Jahre (nach Tatbeendigung!) hinaus anhalten kann, erscheint ebenso wenig sinnvoll wie nach derart langer Zeit eine Befragung von Zeugen über den genauen Tathergang im gerichtlichen Verfahren<sup>15</sup>.
- (97) Schließlich verlangt auch die Umsetzung der RL 2019/1 keine Abschaffung der absoluten Verjährung. Die Begründung des Referentenentwurfs rechtfertigt die Regelung des § 81g Abs. 4 S. 2 RefE damit, dass es sich um eine Umsetzung der Vorgaben des Art. 29 Abs. 2 der RL 2019/1 handle.<sup>16</sup> Art. 29 Abs. 2 der RL 2019/1 gibt vor, dass die "Verjährungsfrist für die Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern durch eine nationale Wettbewerbsbehörde [...] gehemmt bzw. unterbrochen [wird], solange die Entscheidung der betreffenden nationalen Wettbewerbsbehörde Gegenstand eines bei einer Rechtsmittelinstanz anhängigen Verfahrens ist". Es folgt jedoch bereits aus dem 70. Erwägungsgrund der RL 2019/1, dass die Mitgliedstaaten "durch diese Fristhemmung oder -aussetzung nicht daran gehindert werden [sollten], absolute Verjährungsfristen beizubehalten oder einzuführen, sofern die Dauer dieser Verjährungsfristen die wirksame Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV nicht praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig macht".

<sup>11</sup> Siehe bereits Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 13 sowie folgende Beispiele aus der Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 04.11.2003, KRB 20/03, WuW/E DE-R 1233 Rn. 21 f. – Frankfurter Kabelkartell; BGH, Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, BGHSt 58, 158 = WuW/E DE-R 3861, Rn. 88 – Grauzementkartell I; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2012, V-I Kart 1-6/12 (OWi) = WuW/E DE-R 3889 Rn. 149 – Silostellgebühren I; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.01.2017, V-4 Kart 6/15 (OWi) = NZKart 2018, 270, 275 – Süßwarenkartell.

<sup>12</sup> Kritisch auch Kredel/Kresken NZKart 2020, 2, 8; Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 13; Valerius in: BeckOK-StPO, Stand vom 1.10.2019, Art. 6 EMRK Rn. 21 ff.

<sup>13</sup> Siehe dazu Albin Eser/Michael Kubiciel in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GRCh Rn. 39; Svenja Lemke in: von der Groeben/Schwarz/Hatje, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 47 GRCh Rn. 14; aus der Rechtsprechung siehe etwa EuGH, Urt. v. 5.6.2018, C-612/15 – Kolev u.a., Rn. 114, wonach es sich bei dem Recht auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts handle, der in Art. 6 EMRK und für das gerichtliche Verfahren in Art. 47 Abs. 2 EU-GRCh niedergelegt ist.

<sup>14</sup> Siehe dazu BVerfG NJW 12, 2334, 2336; BVerfG NJW 01, 214, 215; siehe auch Saenger in: Saenger Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 62.

<sup>15</sup> Kritisch auch Meyer-Lindemann WuW 2020, 16, 18f.

<sup>16</sup> BMWi, Entwurf eines zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), Bearbeitungsstand 18.11.2019 (noch nicht veröffentlicht), S. 137.

- (98) Nicht zuletzt ist die RL 2019/1 als Sekundärrecht primärrechtskonform und damit insbesondere im Lichte der EU-Grundrechtecharta – hier insbesondere im Lichte des Art. 47 im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz – auszulegen. Eine faktische Abschaffung der absoluten Verjährung ist somit keinesfalls durch die RL 2019/1 vorgeschrieben oder auch nur geboten.

#### **5. Schaffung eines vereinheitlichten "Kronzeugenrechts" für Kartelltäter, Teilnehmer vertikaler Maßnahmen und missbräuchlich handelnde Unternehmen und Bindung anderer Behörden**

- (99) §§ 81h ff. RefE sehen eine Kodifizierung des Kronzeugenprogramms vor. Ebenso wie die Vorgaben der Richtlinie in Art. 17 ff. der RL 2019/1 erfassen auch die §§ 81h ff. RefE in ihrer aktuellen Fassung ausschließlich horizontale Kartelle.
- (100) Im Interesse der Rechtssicherheit sollte jedoch die Gelegenheit zur Schaffung eines einheitlichen "Kronzeugenrechts" für horizontale und vertikale Verstöße gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) sowie für Verstöße gegen das Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB) genutzt werden. Gemäß dem 11. Erwägungsgrund der RL 2019/1 steht es den Mitgliedstaaten frei, "Kronzeugenprogramme anzuwenden, die nicht nur geheime Kartelle, sondern auch andere Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 AEUV und entsprechende Bestimmungen des nationalen Wettbewerbsrechts abdecken".
- (101) Ferner sollten über die Vorgaben der Richtlinie hinaus auch andere Strafverfolgungsbehörden – etwa die Staatsanwaltschaft in der Verfolgung natürlicher Personen nach § 298 StGB – durch die Regeln des Kronzeugenprogramms gebunden werden. Dies würde die Rechtssicherheit zugunsten der betroffenen natürlichen Personen steigern und den Anreiz zur Nutzung des Kronzeugenprogramms, das eine zentrale Rolle für die Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen spielt, deutlich erhöhen.<sup>17</sup>
- (102) Es hat sich in der Praxis als äußerst problematisch erwiesen, wenn die Kartellbehörde ein Verfahren gegen ein Unternehmen, das von einem Kronzeugenprogramm Gebrauch gemacht hat, führt und parallel dazu die Staatsanwaltschaft ein Verfahren gegen die beteiligten natürlichen Personen (insbesondere bei Submissionsabsprachen). Die natürlichen Personen, die im Rahmen der Kooperationspflichten des Unternehmens, für das sie tätig sind oder waren, an dem Kooperationsbeitrag (Kronzeugenantrag) mitwirken, müssen sich regelmäßig selbst schwer belasten. Ihnen zugunsten besteht kein angemessener Schutz im Verfahren der Staatsanwaltschaft, die persönlich gegen sie ermittelt. Die Staatsanwaltschaften haben in der Praxis entsprechende Kooperationsbeiträge natürlicher Personen positiv gewürdigt. Allerdings bewegen sich die natürlichen Personen hierbei in einem strafrechtlich unmittelbar relevanten Bereich, ohne dass ihnen irgendeine Rechtssicherheit dahingehend zu Teil wird, wie nachhaltig, belastbar und verlässlich die Aussicht auf den "Goodwill" der Staatsanwaltschaft und der Gerichte ist. Dies ist ein rechtsstaatlich bedauernswerter Zustand.
- (103) Der Gesetzgeber sollte daher von der jetzt bestehenden Möglichkeit Gebrauch machen, im Rahmen der Regelungen zum Kronzeugenprogramm für Abhilfe zu sorgen<sup>18</sup>. Dies wäre insbesondere möglich, wenn in § 81i Abs. 2 RefE nicht nur erklärt wird, dass der Antrag auf Kronzeugenbehandlung im Rahmen des Kartellverfahrens für die derzeitigen sowie frühere Mitglieder von Aufsichts- und Leitungsorganen und Mitarbeiter eines Unternehmens gilt, sondern auch eine strafrechtliche Verfolgung ausschließt (sofern die übrigen Voraussetzungen für den Erlass

<sup>17</sup> Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 14.

<sup>18</sup> Vgl. Klump NZKart 2020, 9, 12.



der Geldbuße im Sinne von § 81k RefE erfüllt sind). Dies dürfte auch aufgrund von Art. 23 Abs. 2 der RL 2019/1 geboten sein, der im Referentenentwurf bislang nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde. Die Erläuterung dazu im Referentenentwurf (S. 139) ist trotz der "Öffnungsklausel" des Art. 23 Abs. 3 der RL 2019/1 als Umsetzung nicht ausreichend.

- (104) Im Gegenzug sollte der Gesetzgeber überlegen, das Antragsrecht personal einzuschränken. Nach der jetzigen Fassung von § 81h Abs. 1 RefE können beteiligte natürliche Personen gemäß § 81i Abs. 1 Satz 2 RefE unabhängig von dem Unternehmen, bei dem sie tätig sind, einen Kronzeugenantrag stellen. Diese Regelung ist abzulehnen. Sie gefährdet den Erfolg des Kronzeugenprogramms in Deutschland. Auch auf EU-Ebene kann allein das Unternehmen einen Kronzeugenantrag stellen.
- (105) Der Erfolg des in Deutschland zuerst vom Bundeskartellamt und in der Folge auch von den Landeskartellbehörden aufgelegten Kronzeugenprogramms liegt zu einem wesentlichen Teil in der Privatisierung der Ermittlungsarbeit. Die Unternehmen ermitteln in eigener Verantwortung bei Verdacht auf kartellrechtliche Verstöße, tragen alle Beweismittel zusammen und stellen dann einen Antrag bei der Kartellbehörde. Wenn aber nun auch einzelne Mitarbeiter eigenständig einen Kronzeugenantrag stellen können sollen, wird es Unternehmen schlechterdings nicht mehr möglich sein, die erforderlichen Ermittlungen ordnungsgemäß durchzuführen. Sie müssten immer befürchten, dass z.B. einzelne Befragte von allein an die Kartellbehörde herantreten und dabei schneller als das mit der Aufklärung befasste Unternehmen sind. Ein Chaos bei der Antragstellung gegenüber den Kartellbehörden wäre die Folge. Es kann nicht im Interesse der Kartellbehörde sein, mit einer Vielzahl einzelner, unabgestimmter, fragmentarischer Anträge und einer Flut von Einzelunterlagen, doppelt und dreifach von verschiedenen Beteiligten, belastet zu werden.

## **6. Notwendige Konkretisierungen der Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde und Mitwirkungspflichten von Unternehmen, Unternehmensvertretern und Mitarbeitern**

- (106) Durch die Neuregelungen in § 81o i.V.m. §§ 59, 59b RefE werden in Umsetzung der RL 2019/1 die aus dem Unionsrecht bekannten Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der Unternehmen, ihrer Vertreter und Mitarbeiter in das deutsche Bußgeldverfahren eingeführt. Dafür dient für das Ordnungswidrigkeitenverfahren den Verweis in § 81o RefE auf gewisse Teil der Regelungen in §§ 59 ff. RefE, die im Kartellverwaltungsverfahren zur Anwendung kommen (zu §§ 59 ff. RefE siehe die vorausgehenden Anmerkungen). Mitwirkungspflicht des Unternehmens (bzw. der Unternehmensvereinigung) sowie der natürlichen Person bedeutet spiegelbildlich Ermittlungsrecht der Kartellbehörde. Dieses Verhältnis muss ausgewogen ausgestaltet sein, insbesondere sind nach den Vorgaben von Art. 3 RL 2019/1 die Verteidigungsrechte in ausreichendem Umfang zu wahren. Im Vordergrund steht der natürlichen Personen unbeschränkt (und unbeschränkbar) schützende, auch verfassungsrechtlich anerkannte *nemo tenetur*-Grundsatz, aber auch der Schutz des Unternehmens selbst vor einer Pflicht zur Selbstbezeichnung.
- (107) In dieser Hinsicht greift der RefE zu kurz bzw. führt zu Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit Ermittlungsmaßnahmen, die direkt oder mittelbar natürliche Personen betreffen, d.h. (i) entweder direkt gegen natürliche Personen gerichtet sind, oder (ii) zwar gegen das Unternehmen gerichtet sind, aber für deren Vertreter oder Mitarbeiter Pflichten vorsehen. Konkret geht es - über die Verweisungsnorm des § 81o RefE - um Auskunftspflichten bei Auskunftsverlangen der Kartellbehörde gegenüber Unternehmen oder natürlichen Personen (vgl. § 59 RefE) und Informations- und Erläuterungspflichten anlässlich von Durchsuchungen von Unternehmen (vgl. § 59b Abs. 3 RefE).

- (108) Zu begrüßen ist zunächst, dass der Referentenentwurf im Hinblick auf die Rechte natürlicher Personen mit der beschränkten Verweisung von einer identischen Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten bei gegen das Unternehmen gerichteten Ermittlungsmaßnahmen im Kartellverwaltungsverfahren einerseits und in Ordnungswidrigkeitenverfahren andererseits Abstand genommen hat. Dennoch verbleibt mit der aktuellen Verweisungsregel Rechtsunsicherheit und es besteht Nachbesserungsbedarf:
- (109) Die Rechtsstellung der Unternehmen wird entgegen Art. 3 RL 2019/1 trotz massiver Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse im Referentenentwurf nicht verbessert. Es wäre dringend erforderlich, auch die Verteidigungsrechte der Unternehmen zu stärken, etwa durch Normierung eines (bislang nur im EU-Kartellrecht anerkannten) Legal Privilege.
- (110) Zudem soll natürlichen Personen zwar ein Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO zustehen, wenn sie auf gegen Unternehmen gerichtete Auskunftsverlangen oder in Durchsuchungen von Unternehmen Auskünfte erteilen müssen. Allerdings soll § 55 StPO nicht eingreifen, wenn die Gefahr einer Verfolgung im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren durch eine sog. Nichtverfolgungszusage beseitigt wird (§ 59 Abs. 4 Satz 2). Im Interesse der Rechtssicherheit sowie in Wahrung der Verteidigungsrechte der natürlichen Person (vgl. Art. 3 RL 2019/1) muss der Gesetzgeber klarstellen, dass (i) diese Nichtverfolgungszusage in schriftlicher Form von der Kartellbehörde abgegeben werden muss, damit sich die natürliche Person hierauf im weiteren Verfahren mit der notwendigen Rechtssicherheit berufen kann, und (ii) die natürliche Person außerdem angesichts der weitreichenden Rechtsfolgen für sie (Aufgabe ihres Rechts nach § 55 StPO) die Gelegenheit haben muss, sich dazu mit ihrem Rechtsbeistand/Verteidiger beraten zu können, bevor sie zur Erteilung von Auskünften verpflichtet wird. Die Ausführungen zur Nichtverfolgungszusage in der Begründung zum RefE (dort S. 126) greifen insoweit zu kurz. Das bedeutet praktisch, dass in der Situation einer Durchsuchung im Unternehmen keine natürliche Person, sei es als Vertreter des Unternehmens oder als Mitarbeiter, (§ 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2) vor Ort und anlässlich der Durchsuchung *"Informationen , die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen könnten"* oder *"Erläuterungen zu Fakten und Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten"* geben bzw. abgeben muss, es sei denn die natürliche Person konnte bereits mit ihrem Verteidiger die von der Kartellbehörde in Aussicht gestellte Nichtverfolgungszusage prüfen und sie wird dann in schriftlicher Form niedergelegt.
- (111) Nach dem Verständnis der Verfasser gelten die vorausgehend beschriebenen Regelungen für die natürliche Person im Rahmen von gegen das Unternehmen gerichteten Ermittlungsmaßnahmen dann, wenn die natürliche Person (Vertreter oder Mitarbeiter des Unternehmens) zu diesem Zeitpunkt nicht selber bzw. (noch) nicht selber Beschuldigter (Betroffener) in diesem Verfahren ist. Dies ergibt sich schon aus der vorgesehenen entsprechenden Anwendung des § 55 StPO (über § 81o Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 59 Abs. 4 Satz 2 RefE), der ein Aussageverweigerungsrecht für Zeugen (und nicht für Beschuldigte) vorsieht.
- (112) Denn ist die natürliche Person bereits selber beschuldigt, müssen ihr zur Verteidigung die allgemeinen Rechte nach der StPO (die über § 46 Abs. 1 OWiG sinngemäß gelten) zustehen, insbesondere muss sie das Recht haben, jedwede Aussage/Einlassung zu verweigern.
- (113) Bislang stellt der Gesetzgeber in der Begründung zum RefE (dort S. 149 oben) nur klar, dass die *"allgemeinen Regeln"* gelten, wenn eine *"natürliche Person als solche um Auskunft ersucht oder ihre privaten Räumlichkeiten durchsucht werden"*. Damit sind mehrere Fallkonstellationen unstreitig: (i) Zum einen kann sich die natürliche Person bei Durchsuchungen ihrer privaten

Räumlichkeiten bei etwaigen Fragen der Kartellbehörde direkt auf ihr Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO (i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG) berufen, wenn sie (noch) nicht Beschuldigter, also Dritter (vgl. § 103 StPO) ist, oder wegen des *nemo tenetur*-Grundsatzes jedwede Angaben verweigern, wenn sie als Beschuldigter durchsucht wird (§ 102 StPO). (ii) Zum anderen muss sich die natürliche Person im Falle eines gegen sie persönlich gerichteten Auskunftsverlangens (§ 81o Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 59 Abs. 4 Satz 1 RefE) ebenfalls direkt auf § 55 (i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG) berufen können, wenn sie noch nicht selber Beschuldigter ist, oder jedwede Angaben verweigern können, wenn sie bereits Beschuldigter ist (*nemo tenetur*-Grundsatz): Letzteren Fall erfasst § 81o Abs. 1 Satz 2 RefE, der nur auf Auskunftsverlangen gegen Unternehmen (§ 59 Abs. 1 und 2 RefE) Bezug nimmt, nicht; nach der Begründung zum RefE, wonach die "allgemeinen Regeln" gelten, soll die natürliche Person dann aber auch nicht auf die beschränkten Rechte nach § 59 Abs. 4 Satz 2 RefE verwiesen werden; in der Verweisnorm des § 81o Abs. 1 Satz 1 RefE - derzeit verweist er u.a. auf § 59 Abs. 4 insgesamt (also dessen beide Sätze) - ist deshalb die Verweisung auf § 59 Abs. 4 auf § 59 Abs. 4 Satz 1 RefE zu beschränken.

- (114) Nicht ausdrücklich in der Begründung zum RefE angesprochen ist damit zum einen die Konstellation, in der die natürliche Person als solche bzw. die von ihr mitgeführten Sachen (§ 102 StPO, § 46 Abs. 1 OWiG) nicht in den privaten, sondern den geschäftlichen Räumlichkeiten auf der Grundlage eines an das Unternehmen adressierten Durchsuchungsbeschlusses durchsucht wird. In diesem Fall müssen sich die Verteidigungsrechte der durchsuchten natürlichen Person ebenfalls nach den beschriebenen "allgemeinen Regeln" richten. Das ist ergänzend in der Gesetzesbegründung klarzustellen.
- (115) Weitere Fallkonstellationen, hinsichtlich derer die Anwendbarkeit der Verweisungsregelungen des § 81o Abs. 1 RefE unklar bleiben und die auch nicht ausdrücklich in der Begründung zum RefE angesprochene sind, sind solche, in denen sich die Ermittlungsmaßnahme zwar gegen das Unternehmen richtet (Auskunftsverlangen, § 59 RefE, oder Erteilung von Auskünften bei Durchsuchung, § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE), der betreffende Vertreter oder Mitarbeiter des Unternehmens, der zur Auskunft (für das Unternehmen) verpflichtet ist, aber bereits selber Beschuldigter in demselben Verfahren ist. Er trägt also "zwei Hüte", einmal den des Vertreters oder Mitarbeiters des Unternehmens (Nebenbetroffenen) und zum anderen den des persönlich Beschuldigten (Betroffenen). Hier müssen wegen des *nemo tenetur*-Grundsatzes seine weitergehenden strafprozessualen Rechte als Beschuldigter (über § 46 Abs. 1 OWiG) zum Tragen kommen (und er darf nicht auf die eingeschränkten Rechte nach § 81o Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 59 Abs. 4 Satz 2 RefE verwiesen werden). Das gilt uneingeschränkt sowohl im Zusammenhang mit dem Auskunftsverlangen nach § 59 Abs. 1 RefE, als auch der Pflicht zur Informationserteilung nach § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE, ohne dass es darauf ankommt, ob sich der (beschuldigte) Vertreter oder Mitarbeiter des Unternehmens durch die Auskunftserteilung selbst belasten könnte. Über den weiten Adressatenkreis der Regelung in § 59 Abs. 2 RefE (vgl. Begründung zum RefE, S. 123) steht auch nicht zu befürchten, dass das Unternehmen damit seiner Auskunftspflicht insgesamt nicht mehr nachkommen kann, selbst wenn ihr einziger Vertretungsberechtigter selbst Beschuldigter ist.
- (116) Da die im vorausgehenden Absatz beschriebenen Fallkonstellationen wegen der regelmäßig parallel gegen das Unternehmen und ihre relevanten Vertreter/ Mitarbeiter geführten Bußgeldverfahren der Kartellbehörde in der Praxis sehr häufig vorkommen (etwa in der Person des Geschäftsführer oder eines nicht-vertretungsberechtigten Vertriebsleiters/-mitarbeiters, die zusätzlich Leitungspersonen i.S.v. § 30 Abs. 1 OWiG), muss in § 81o Abs. 1 in einem ergänzenden Satz klargestellt werden, dass die allgemeinen Regeln unberührt bleiben, wenn die natürliche

Person in demselben Verfahren selbst Beschuldigter ist. Das gilt umso mehr, als eine Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach §§ 59 Abs. 2 und 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE künftig bußgeldbewehrt ist.

- (117) Was den Schutz des Unternehmens vor einer Pflicht zur Selbstbezeichnung betrifft, so gelten die obigen Ausführungen zu §§ 59 Abs. 2 Satz 2 und 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE, die über § 81o Abs. 1 Satz 1 RefE im Bußgeldverfahren gegen Unternehmen Anwendung finden, gleichermaßen.

\* \* \*