



Bonn, den 25. Juli 2016

Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

Das Bundeskartellamt begrüßt den Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle und unterstützt nachdrücklich seine zentralen Regelungsvorschläge. Der Entwurf enthält einige bedeutende und teilweise dringend erforderliche Fortentwicklungen des kartellrechtlichen Rahmens. In erster Linie betrifft dies das Schließen der Lücken im Bußgeldrecht. Durch die vorgeschlagene Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktionsmöglichkeit mit einer Verantwortlichkeit von Konzernmuttergesellschaften und rechtlichen wie wirtschaftlichen Nachfolgern wird nicht nur ein Gleichlauf mit dem europäischen Recht erreicht. Es werden auch nicht hinnehmbare Regelungslücken wirksam geschlossen, die wiederholt zur Folge hatten, dass Unternehmen sich durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen von der Haftung für Bußgelder haben befreien können.

Der Referentenentwurf leistet darüber hinaus einen wichtigen Beitrag zur Anpassung des Ordnungsrahmens an die Entwicklungen der Internetökonomie. Die Ergänzung der Marktmachtkriterien und die Klarstellung, dass auch unentgeltliche Leistungen als Marktleistungen anzusehen sind, können dazu beitragen, das Kartellrecht noch besser für den Umgang mit Unternehmen der digitalen Wirtschaft zu rüsten. Die Erweiterung der Aufgreifkriterien für die Fusionskontrolle stellt sicher, dass das Bundeskartellamt künftig gesamtwirtschaftlich bedeutende Zusammenschlüsse auch dann auf ihre wettbewerblichen Auswirkungen hin untersuchen kann, wenn sich das wettbewerbliche Potential der Unternehmen noch nicht in konkreten Umsätzen widerspiegelt.

Schließlich beweist der Referentenentwurf auch Augenmaß bei der Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU. Den Erhalt der Wirksamkeit der öffentlichen Kartellverfolgung und insbesondere den Schutz des Kronzeugenprogramms haben die

vorgeschlagenen Regelungen zu Recht im Blick. Denn eine erfolgreiche öffentliche Kartellverfolgung hängt ganz wesentlich von einem effektiven Kronzeugenprogramm ab.

Wettbewerbspolitisch nicht überzeugend ist hingegen die im Referentenentwurf vorgesehene weitreichende Freistellung von Kooperationen unter Presseverlagen bis hin zur Ermöglichung konkreter Preisabsprachen. Für eine solche Sonderregel besteht aus Sicht des Bundeskartellamts kein Bedarf. Die angedachte Verschärfung der Regeln zum Anzapfverbot und zum Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis bei Lebensmitteln sollten mit Zurückhaltung angegangen werden.

A. Schließen von Lücken im Bußgeldrecht

Das Bundeskartellamt begrüßt die im Referentenentwurf vorgesehene Erweiterung des Kreises der Bußgeldverantwortlichen im Unternehmen nach dem Vorbild des EU-Wettbewerbsrechts. Mit dieser Angleichung wird sichergestellt, dass kartellbeteiligte Unternehmen Bußgeldern nicht mehr durch nachträgliche Umstrukturierungen entgehen können. Überdies werden Anreize beseitigt, innerhalb von einheitlich gelenkten Unternehmen drohende Bußgelder dadurch zu unterlaufen, dass die Konzernleitung die nach außen agierenden Gesellschaften mit einer geringen Finanzausstattung versieht oder nach Aufdeckung des Verstoßes in die Insolvenz gehen lässt.

Eine gerechte und effektive Kartellverfolgung ist nur gewährleistet, wenn alle Unternehmen, die sich an schwerwiegenden Verstößen mit hoher Sozialschädlichkeit beteiligt haben, bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die vorgeschlagenen Regelungen gewährleisten dies. Sie stellen für die betroffenen Wirtschaftsakteure auch keine Neuheit dar. Zu Recht weist der Entwurf darauf hin, dass alle Verstöße, die das Bundeskartellamt nach den europäischen Kartellrechtsbestimmungen verfolgen kann, auch von der Europäischen Kommission verfolgt werden können. Im derzeitigen Rechtsrahmen gibt es keine feste Zuständigkeitszuweisung zwischen Kommission und Bundeskartellamt. Deutsche Unternehmen müssen daher bei Kartellrechtsverstößen bereits heute jederzeit mit unternehmensbezogenen Geldbußen rechnen. Die vorgeschlagenen Regelungen bedeutet auch keine Erhöhung der Sanktionsandrohung; die Bußgelder bleiben die gleichen. Es geht vielmehr allein darum sicherzustellen, dass die heute bereits

möglichen Bußgelder auch wirklich gezahlt werden. „Doppelte“ Bußgelder drohen insoweit nicht, da die Rechtsträger eines Unternehmens oder deren Nachfolger nach dem Vorschlag stets nur als Gesamtschuldner haften.

Die kartellrechtliche Praxis hat gezeigt, dass erhebliche Sanktionsdefizite des nationalen Regelungsrahmens bei Zuwiderhandlungen bestehen, die von konzernartig strukturierten Unternehmen begangen werden, und dass die gesetzlichen Regeln nicht alle Fälle der Rechtsnachfolge sowie der wirtschaftlichen Nachfolge zufriedenstellend erfassen. Von diesen Lücken sind derzeit neben Geldbußen, die gar nicht erst festgesetzt werden können, auch bereits verhängte Kartellbußen von mehreren 100 Millionen Euro betroffen. Eine nachträgliche faktische Enthftung von Unternehmen kann insbesondere dadurch bewirkt werden, dass die unmittelbar beteiligte Konzerngesellschaft im Rahmen einer geschickten Ausgestaltung von Abspaltungen und Gesamtrechtsnachfolgen nach dem Umwandlungsgesetz rechtlich oder wirtschaftlich wegfällt und ihr werthaltiges Vermögen auf andere Rechtsträger im Konzern verschoben oder an Dritte veräußert wird. Neben den Fällen der rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolge besteht das Problem, dass eine nach außen auftretende Gesellschaft im Konzern auch von Anfang an mit einem geringen Vermögen ausgestattet sein kann, mit der Folge, dass selbst im Falle schwerwiegender und gewinnträchtiger Kartellverstöße faktisch nur ein geringes Bußgeldrisiko besteht. Zudem ist denkbar, dass die Unternehmensleitung im Falle drohender Kartellbußen die unmittelbar beteiligte Gesellschaft in die Insolvenz gehen lässt, obwohl das Vermögen im Gesamt-Unternehmen noch vorhanden ist.

Die bisher bestehenden Regelungslücken und Umgehungsmöglichkeiten führen zu erheblichen Gerechtigkeitsdefiziten im Verhältnis zu anderen kartellbeteiligten Unternehmen, die sich ihrer bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit nicht zu entziehen versuchen oder dies aufgrund ihrer geringen Größe oder internen Struktur gar nicht können. Für diese rechtlich und wettbewerbspolitisch untragbare Situation stellt die vorgeschlagene Einführung unternehmensbezogener Bußgelder in Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht eine überzeugende Lösung dar.

Nachdrücklich zu begrüßen ist dabei, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt gewählt wird. Danach wird nicht isoliert auf die einzelne juristische Person abgestellt, sondern im Rahmen einer ökonomischen Betrachtung auf das Gesamt-Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit. Der Gesetzestext wie auch die Begründung nehmen eindeutig Bezug auf dieses maßgeblich von der europäischen Rechtsprechung geprägte Konzept. Die im Referentenentwurf vorgesehene Lösung erzielt allerdings keinen vollständigen Gleichlauf mit dem europäischen Vorbild, da nicht jede Handlung eines Mitarbeiters, der innerhalb seines Aufgabenbereichs für das Unternehmen tätig geworden ist, eine Verantwortlichkeit auslöst. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass eine Leitungsperson im Sinne des § 30 Absatz 1 Nr. 1-5 OWiG gehandelt hat. Zudem wird die Geldbuße anders als nach der europäischen Sanktionsnorm (Art. 23 Absatz 1 VO Nr. 1/2003) nicht direkt gegen das Unternehmen der Zuwiderhandlung festgesetzt, sondern nur gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen des Unternehmens. Diese Abweichungen sind ersichtlich dem gesetzgeberischen Willen geschuldet, die Unternehmensverantwortlichkeit in die bestehende Grundsystematik des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts einzubinden.

Die danach aus dem Unternehmensbegriff abgeleitete bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit von lenkenden Konzernmüttern (§ 81 Absatz 3a GWB-E) sowie rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolgern des Unternehmens (§ 81 Absätze 3b und 3c GWB-E) stellt die für das Kartellrecht angemessene und konsequente Lösung dar. Hierfür sprechen insbesondere die folgenden, in der Gesetzesbegründung auch weitgehend berücksichtigten Gesichtspunkte:

- Das europarechtliche Effektivitätsgebot (*effet utile*, Artikel 4 Absatz 3 EUV, Artikel 197 AEUV) erfordert, dass die europäischen Wettbewerbsbestimmungen von nationalen Wettbewerbsbehörden, die insoweit parallel neben der EU-Kommission zuständig sind, wirksam durchgesetzt werden. Die mitgliedstaatliche Ausgestaltung des Regelungsrahmens darf insoweit nicht zu wesentlich unterschiedlichen Präventionsniveaus führen, da andernfalls eine unterschiedliche Behandlung gleich gelagerter Fälle droht, je nachdem welche Behörde den Fall aufgreift. Das Effektivitätsgebot ist dabei nicht erst dann betroffen, wenn die effektive Durchsetzung generell in Frage

steht, sondern bereits dann, wenn in wichtigen Fallkonstellationen eine adäquate Sanktionierung nicht sichergestellt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Februar 2013, Rs. C 681/11 – *Schenker*).

- Die Einführung einer unternehmensbezogenen Sanktion trägt zur Schaffung eines kohärenten Gesamtsystems in Europa bei. Nicht nur die Europäische Kommission, sondern auch fast alle mitgliedstaatlichen ECN-Behörden richten ihre Sanktionen für Verstöße gegen die europäischen Wettbewerbsbestimmungen an Unternehmen.
- Zugleich wird damit ein kohärentes Rechtsfolgenregime im Kartellrecht geschaffen: Unternehmen sind das Bezugsobjekt kartellrechtlicher Regeln. Sie sind Verpflichtete der materiellen Verbotsnormen und ihre Umsätze auf Rechtsfolgenseite die maßgebliche Größe.
- Nach § 81 Absatz 4 Sätze 2 und 3 GWB kommt es für die Bestimmung der Bußgeldhöchstgrenze auf die Umsätze der unternehmerischen Einheit an. Wie der Bundesgerichtshofs bestätigt hat, ist diese Vorgehensweise im Kartellrecht sachgerecht, da sich die Ahndungsempfindlichkeit und der sich hieraus ergebende Abschreckungseffekt nicht nach den wirtschaftlichen Daten des nach außen handelnden Rechtsträgers, sondern nach denjenigen des Gesamtunternehmens bestimmen (BGH, Beschluss v. 26.02.2013, KRB 20/12, Rn.70 – *Grauzement*). Es erscheint dann aber wenig sinnvoll, das aufgrund der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mutter festgesetzte Bußgeld allein der Tochter aufzuerlegen.
- Die Unternehmensverantwortlichkeit ist auch sanktionspolitisch sinnvoll. Nach der rechtsträgerorientierten Zurechnungsnorm des § 30 OWiG kann die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit bislang ausschließlich der juristischen Person zugewiesen werden, für deren Leitung der Anknüpfungstäter formal zuständig ist. Dies erscheint im Ergebnis nicht sachgerecht. Denn Ziel der Verbandsgeldbuße ist es, das rechtlich selbständige, zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte Vermögen zu treffen und gegebenenfalls die durch eine Ordnungswidrigkeit erlangten Vorteile auszugleichen (BGH, Beschluss v. 11.03.1986, KRB 8/85, zit. nach Juris, Rn.15). Dieses Ziel wird bei autonomen Gesellschaften, die nicht mit anderen Rechtsträgern verbunden sind, regelmäßig erreicht. Die Regelung des § 30 OWiG greift jedoch bei großen

Konzernen, die ein einheitliches Unternehmen im Sinne des Kartellrechts bilden, zu kurz. Ökonomisch betrachtet kommen die aus der Tat erlangten Vorteile dort nicht allein der nach außen handelnden Gesellschaft, sondern der gesamten unternehmerischen Einheit zugute.

- Auch die Ziele der Prävention im Sinne einer Beseitigung wirtschaftlicher Anreize zu wettbewerbsschädlichem Verhalten von Unternehmen werden nur dann wirksam erreicht, wenn die wirtschaftliche Einheit auch auf der Ebene der Sanktion als Ganzes getroffen und ihr Verhalten insgesamt unmittelbar beeinflusst wird. Daher sollten die tatsächliche Leitungsbefugnis und das wirtschaftliche Interesse der Obergesellschaft sowie von rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolgern auch in eine entsprechende bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit münden. Hierdurch können die bestehenden Lücken geschlossen und die gewünschte Verhaltenslenkung erreicht werden.
- Dort, wo es die Muttergesellschaft ist, die die Geschäftspolitik und das Marktverhalten einer Tochtergesellschaft bestimmt, ist es angemessen, ihr bei marktbezogenen Verstößen gegen Pflichten, die das einheitlich gelenkte Unternehmen als Ganzes treffen, auch eine Verantwortlichkeit für die Bußgeldschuld zuzusprechen. Diese Verantwortlichkeit sollte dabei nicht an den Nachweis einer Tatbeteiligung oder Pflichtverletzung seitens der Leitungsorgane der Mutter geknüpft werden, da andernfalls die Umgehungsmöglichkeiten und Fehlanreize, wie sie gerade in der jüngeren Amtspraxis aufgetreten sind, nicht hinreichend beseitigt werden können. Maßgeblich sollte vielmehr sein, dass der schuldhafte Verstoß innerhalb der unternehmerischen Einheit von einem (leitenden) Funktionsträger begangen wird und die Muttergesellschaft eine einheitliche Leitung im Sinne einer bestimmenden Einflussnahme auf die generelle Geschäftspolitik der nach außen handelnden Gesellschaft ausübt. Gerade in internationalen Konzernstrukturen werden die eigentlichen Managementfunktionen häufig nicht durch die formal bestellten Geschäftsführer der Ländergesellschaften wahrgenommen. Aufgrund der Steuerungsmöglichkeit hat es die Muttergesellschaft überdies in der Hand, die Risikofaktoren für die Begehung von Kartellordnungswidrigkeiten maßgeblich zu beeinflussen. Hierzu gehören nicht allein das Bestehen oder Nichtbestehen sowie die konkrete Ausgestaltung von Compliance-Programmen. Vielmehr

kann die Konzernspitze auch die allgemeine Unternehmenskultur prägen, die Geschäftsziele vorgeben und die Repräsentanten der Konzerngesellschaften bestellen oder abberufen. Insbesondere können Mitarbeiter durch extensive Zielvorgaben einem erheblichen Druck ausgesetzt werden, die gepaart mit finanziellen Anreizen das Risiko illegaler Verhaltensweisen deutlich erhöhen. Die mit der Festsetzung von Geldbußen im Kartellrecht verbundene Pflichtenmahnung sollte sich daher konsequenterweise auch an die lenkende Muttergesellschaft der unternehmerischen Einheit richten.

- Auch die Verantwortlichkeit des Rechtsnachfolgers und des wirtschaftlichen Nachfolgers ist geboten und sollte im Gleichklang zum Europäischen Konzept ausgestaltet werden. Aus diesem Grund sollte auf die Begrenzungen des § 30 Absatz 2a OWiG insgesamt verzichtet werden. Zu Recht weist die Begründung darauf hin, dass nach der europäischen Rechtsprechung im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge die Aktiva und Passiva einschließlich der bußgeldrechtlichen Haftung für Kartellverstöße auf den Nachfolger übergehen und dies auch dort gilt, wo eine Geldbuße noch nicht (rechtskräftig) festgesetzt wurde. Die Höhe der Geldbuße ist dabei bereits im geltenden deutschen wie im europäischen Recht stets auf das Unternehmen bezogen. Dass Veränderungen in der Zusammensetzung des Unternehmens und dem damit verbundenen Unternehmensumsatz im Einzelfall nicht zu unbilligen Ergebnissen führen, kann im Rahmen der Bußgeldzumessung ausgehend vom Unternehmensbegriff angemessen gewährleistet werden. Anderslautende Grenzen im nationalen Recht beeinträchtigen die Kohärenz der Bußgeldfestsetzung und begründen die Gefahr neuer Regelungslücken.
- Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Lösung beinhaltet erkennbar keine verschuldensunabhängige Haftung sowie keine Haftung für fremdes Verschulden. Geldbußen drohen weiterhin nur dann, wenn ein schuldhaftes Fehlverhalten eines Angestellten mit Leitungsfunktion im Unternehmen nachweisbar ist. Lediglich der Kreis der Bußgeldverantwortlichen wird bei einheitlich gelenkten Unternehmen weiter gezogen und den rechtstatsächlichen Verhältnissen angepasst. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass juristische Personen keine vorgegebene Größe sind, sondern menschen-

gemachte Zweckgebilde. Ihre Struktur und Organisation im Konzern wird von der Unternehmensleitung ausgestaltet und kann jederzeit verändert werden. Die Zuweisung von Verantwortlichkeit sollte daher auf die unternehmerische Einheit bezogen werden. Diejenigen Rechtsträger, die das Unternehmen der Zuwiderhandlung betreiben oder es als Gesamtrechtsnachfolger oder wirtschaftliche Nachfolger fortführen, repräsentieren das verantwortliche Unternehmen. Ihre gesamtschuldnerische Zahlungsverpflichtung beinhaltet somit keine Haftung für ein „fremdes“ Verschulden.

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass im Referentenentwurf mit § 81a GWB-E eine Ausfallhaftung für den Übergangszeitraum vorgesehen ist, um entleerenden Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen bis zu einer vollen Wirksamkeit der oben dargestellten Neuregelung in § 81 Absatz 3a bis e GWB-E entgegen zu wirken (vgl. § 186 Absatz 3 GWB-E). Dem Entwurf ist beizupflichten, dass dies eine dem Anfechtungsrecht verwandte Sicherungsvorschrift darstellt, mit der kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf verbunden ist. Vielmehr knüpft die Ausfallhaftung an ein der Tat nachgelagertes Ereignis an, namentlich das nach Einleitung des Bußgeldverfahrens veranlasste Erlöschen einer nach § 30 OWiG verantwortlichen Gesellschaft oder eine anderweitige Verschiebung von Vermögen, die zur Folge hat, dass das Bußgeld nicht festgesetzt oder vollstreckt werden kann, also das Vermögen des Bußgeldverantwortlichen sich verringert. Auch der für das Verfahren vorgesehene Rückgriff auf die Vorschriften für die Festsetzung und Vollstreckung einer Geldbuße erscheint sachgerecht, um die Geltung hoher Schutzstandards für die Haftenden zu gewährleisten und eine problemlose Verbindung mit dem Bußgeldverfahren zu ermöglichen.

- **Erweiterung der Auskunftspflichten (§ 81b GWB-E)**

Zu begrüßen ist auch die maßvolle Erweiterung der Auskunftspflichten von Unternehmen in Bezug auf ihre gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung sowie auf die Übertragung von Vermögen (§ 81b GWB-E). Die Kartellrechtspraxis hat gezeigt, dass die Aufklärung der Unternehmensstruktur, die hinter einer juristischen Person oder Personenvereinigung liegt, sowie die Klärung der Umstände einer Nachfolgekonstellation mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten belastet sein kann. Insbesondere die im Rahmen der 9. GWB-Novelle angestrebte Neuregelung der Bußgeldverantwortlichkeit in § 81 Absätze 3a bis c

GWB-E lässt eine flankierende Anpassung der Auskunftsbefugnisse als geboten erscheinen. Die vorgesehene Einbeziehung lenkender Konzernmütter sowie von (rechtlichen und wirtschaftlichen) Nachfolgern auf Basis des europäischen Unternehmensbegriffs wird in der Praxis nur dann erfolgreich umzusetzen sein, wenn sich die Auskunftspflichten nicht nur auf Umsatzzahlen, sondern auch auf Unternehmensstrukturen und ihre Umgestaltung erstrecken. Aus Sicht des Bundeskartellamts trifft die vorgeschlagene Regelung einen angemessenen Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Ahndung von Kartellrechtsverstößen und der Wahrung der Verteidigungsinteressen. Die flankierenden Regelungen ermöglichen eine deutlich schnellere und effektivere Sachverhaltsaufklärung und machen aufwendige Durchsuchungen allein zur Unternehmensstruktur entbehrlich, ohne die Verfahrensstellung der betroffenen juristischen Personen und Personenvereinigungen zu gefährden. Denn die vorgeschlagenen Verpflichtungen betreffen allein Auskünfte zur objektiven Unternehmensstruktur und deren Veränderungen im Zeitablauf, während es bezüglich des Nachweises der Tat bei den allgemeinen Regeln bleibt.

Die vorgeschlagenen Regelungen stehen erkennbar im Einklang mit höherrangigen rechtlichen Vorgaben. Das in der Menschenwürde verankerte Selbstbelastungsverbot des Grundgesetzes ist bereits deshalb nicht betroffen, weil sich die Auskunftspflichten nur auf die Struktur hiervon nicht geschützter juristischer Personen und Personenvereinigungen beziehen (vgl. insoweit bereits Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852, S. 35). Auch dem in Art. 6 EMRK garantierten allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren wird, soweit es auf juristische Personen Anwendung findet, ausreichend Rechnung getragen. Denn dieses gewährt keine absolute Mitwirkungsfreiheit, sondern verlangt eine unter Berücksichtigung des öffentlichen Verfolgungsinteresses insgesamt faire Beweisbeschaffung, bei welcher der zentrale Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit zu wahren ist (EGMR, Urteil v. 11.07.2006, Appl. No. 54810/00, Rz. 101 – *Jalloh/Deutschland*; Urteil v. 29.06.2007, Appl. Nos. 15809 und 25624/02, Rz. 53 – *O'Halloran und Francis/UK*). Dementsprechend hat der EuGH in Hinblick auf Kartellverfahren der Europäischen Kommission, für die die Grundsätze der EMRK entsprechend gelten, eine sehr viel weitergehende Tatsachenaufklärung auch des Tatvorwurfs mittels bußgeldbewehrter Auskunftsschreiben für zulässig befunden (EuGH, Urteil

v. 18.10.1989, 374/87 – *Orkem*; Urteil v. 29.06.2006, C-301/04 P – *SGL Carbon*). Der demgegenüber äußerst begrenzte Umfang der hier vorgeschlagenen Auskunftspflicht spricht zusätzlich für ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK (vgl. dazu EGMR, Urteil v. 29.06.2007, Appl. Nos. 15809 und 25624/02, Rz. 58 – *O'Halloran und Francis/UK*).

- **Mitteilungspflicht bei paralleler Zuständigkeit (§ 82 GWB-E)**

Schließlich begrüßt das Bundeskartellamt die in § 82 Satz 3 und 4 GWB-E vorgesehene Mitteilungspflicht für Staatsanwaltschaften. Im Bereich des Kartellrechts besteht die Besonderheit einer gespaltenen Zuständigkeit, bei der für die Festsetzung von Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen auch im Fall von Straftaten ausschließlich die Kartellbehörden zuständig sind. Durch die Mitteilungspflicht wird sichergestellt, dass kartellrechtliche Verstöße, die zugleich strafrechtliche Tatbestände erfüllen, auch gegenüber den beteiligten Unternehmen effektiv geahndet werden. Um eine effiziente Zusammenarbeit, etwa in Gestalt gemeinsamer Ermittlungsmaßnahmen, zu ermöglichen und drohende Beweisverluste zu vermeiden, ist eine gegenseitige Information bereits in einem frühen Verfahrensstadium erforderlich.

B. Verbesserung des wettbewerbsrechtlichen Rahmens für die digitale Wirtschaft

Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Klarstellungen in § 18 GWB sowie die Ergänzung der Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle entsprechen sehr weitgehend den Empfehlungen des Think Tank Internetplattformen des Bundeskartellamts. Dieser ist in dem kürzlich veröffentlichten Arbeitspapier zur *Marktmacht von Plattformen und Netzwerken* zu dem Ergebnis gekommen, dass das vorhandene kartellbehördliche Instrumentarium für den Umgang mit Plattformen und Netzwerken in der digitalen Wirtschaft grundsätzlich geeignet ist. Zur weiteren Verbesserung des rechtlichen Rahmens hat der Think Tank einzelne Ergänzungen und Präzisierungen vorgeschlagen, die auch bereits im Grünbuch *Digitale Plattformen* des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie enthalten sind. Dazu gehört insbesondere eine Anpassung der Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle, die den Besonderheiten der digitalen Wirtschaft Rechnung trägt. Das alleinige Anknüpfen der Fusionskontrollpflicht an Umsatzschwellen hat sich in der jüngeren Vergangenheit als nicht ausreichend erwiesen, um die für den Wettbewerb relevanten

Zusammenschlüsse in der digitalen Wirtschaft zu erfassen. Es wurde daher ein zusätzliches kaufpreisbezogenes Aufgreifkriterium vorgeschlagen, um die wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses in der digitalen Wirtschaft besser abzubilden. Das Bundeskartellamt begrüßt, dass der Referentenentwurf entsprechende Regeln vorsieht.

I. Märkte ohne Entgelt

Die gesetzliche Klarstellung, dass auch nicht-monetäre Austauschbeziehungen Markteigenschaft haben können (§ 18 Absatz 2a GWB-E), kann die in dieser Hinsicht bisher bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen. Das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission haben in jüngerer Praxis angenommen, dass auch eine unentgeltlich angebotene Leistung eine Marktleistung darstellen kann (z. B. Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, Az. COMP/M.7217 – *Facebook/ Whatsapp*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Az. B6-57/15 – *Online-Datingplattformen*). Die ältere Praxis sah dies noch anders und auch in der deutschen Rechtsprechung wird diese Auffassung nicht uneingeschränkt geteilt.

Durch die Klarstellung kann der Gesetzgeber eine für Unternehmen ebenso wie für Kartellbehörden in der Praxis nachteilige Rechtsunsicherheit ausräumen.

II. Marktbeherrschungskriterien

Schon in seiner jüngeren Fallpraxis hat das Bundeskartellamt bei der Beurteilung der Marktstellung von digitalen Plattformen die Erkenntnisse der ökonomischen Forschung berücksichtigt, soweit sie für die kartellbehördliche Praxis anwendbar waren. Im Rahmen der konzeptionellen Arbeit des Think Tank und aus dieser Praxis heraus hat das Bundeskartellamt Marktmachtkriterien entwickelt, die zur Bewertung der Marktstellung digitaler Plattformen und Netzwerke geeignet sind. Mit der Aufnahme dieser Kriterien in einem Absatz 3a soll die Praxis nach dem Vorschlag des Entwurfs nun eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erhalten. Die Generalklausel des § 18 Absatz 3 GWB lässt zwar bereits eine Berücksichtigung der nach dem Entwurf für einen Absatz 3a vorgesehenen Kriterien zu. Eine klarstellende gesetzliche Ausgestaltung der speziellen Marktmachtkriterien für Plattformen und Netzwerke erscheint dennoch aus Sicht der Rechtsanwender sinnvoll. Das Bundeskartellamt hat sich deshalb bereits in seinen aus den Ergebnissen

des Think Tanks abgeleiteten Handlungsempfehlungen für eine solche Klarstellung ausgesprochen.

In der Praxis des Bundeskartellamts haben die ökonomischen Konzepte zu Plattformen und Netzwerken bisher vorrangig auf Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft Anwendung gefunden, wo sie weit verbreitet sind. Der offene Wortlaut des Absatzes 3a erfasst darüber hinaus auch Geschäftsmodelle der herkömmlichen Wirtschaft, die Plattformen oder Netzwerke darstellen – der Referentenentwurf nennt hier exemplarisch u. a. Einkaufszentren oder Kreditkartensysteme. Zahlreiche der vorgeschlagenen Kriterien können auch für die Beurteilung der Marktstellung von Plattformen in der herkömmlichen Wirtschaft herangezogen werden, an denen sie auch ursprünglich erforscht wurden. Dies gilt aus Sicht des Bundeskartellamts aber nicht ohne Einschränkung. So dürfte auf herkömmlichen Märkten insbesondere dem Zugang zu Daten und dem innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck regelmäßig eine geringere Bedeutung zukommen als dies in der digitalen Wirtschaft der Fall ist. Zudem kann es auf herkömmlichen Märkten zu Kapazitätsbeschränkungen kommen, die in vergleichbarer Weise in der digitalen Wirtschaft nicht zu erwarten sind.

III. Fusionskontrolle

Der Referentenentwurf folgt den Empfehlungen der Monopolkommission und des Bundeskartellamts, eine kaufpreisbezogene Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle einzuführen.

Ziel der Regelung ist es, gesamtwirtschaftlich bedeutende Transaktionen zu erfassen. Sie erlaubt die wettbewerbliche Prüfung von Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft werden, deren Umsätze in Deutschland bisher unter 5 Millionen Euro liegen. Diese Fälle sind nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich nicht anmelde- und kontrollpflichtig, obwohl der hohe Kaufpreis häufig ein Zeichen für das Vorhandensein innovativer Geschäftsideen mit einem hohen wettbewerblichen Marktpotential ist. Im Falle der Anmeldepflicht nach Einführung einer kaufpreisbezogenen Aufgreifschwelle soll der zusätzliche Verwaltungsaufwand für die betroffenen Unternehmen so

gering wie möglich bleiben. Aus Sicht des Bundeskartellamts ist der durch eine fusionskontrollrechtliche Prüfung entstehende Aufwand vergleichsweise gering. Die Informationsanforderungen einer deutschen Fusionskontrollanmeldung sind im internationalen Vergleich äußerst niedrig. Außerdem beträgt die Verfahrensdauer für eine Freigabe im Vorprüfverfahren oft weniger als die gesetzlich vorgesehene Frist von einem Monat. Dies ist dabei der Normalfall eines Fusionskontrollverfahrens, da eine vertiefte Prüfung nur in wenigen Fällen erforderlich ist.

Um den Aufwand für die Wirtschaft darüber hinaus auf das zwingend erforderliche Maß zu beschränken und zugleich zu gewährleisten, dass hinreichend bedeutende Sachverhalte weitgehend erfasst werden, kommt der Höhe des Schwellenwerts eine entscheidende Bedeutung zu. Die vorgeschlagene Höhe von € 350 Mio. (§ 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB-E) bleibt aus Sicht des Bundeskartellamts in einem vernünftigen Rahmen und lässt nach derzeitiger Einschätzung keine hohen Fallzahlen erwarten. Das Bundeskartellamt und die Monopolkommission hatten jeweils mit € 500 Mio. einen etwas höheren, aber in der Größenordnung vergleichbaren Wert vorgeschlagen. Letztlich wird erst die Praxis zuverlässig zeigen können, in welchem Ausmaß Transaktionen durch die neue Aufgreifschwelle fusionskontrollpflichtig werden. Daher ist die vorgesehene Evaluierung der Vorschrift zu begrüßen, die ein ggf. erforderliches Nachsteuern bei dem Schwellenwert ermöglicht.

Verbesserungsbedarf besteht aus Sicht des Bundeskartellamts bei der Regelung noch mit Blick auf den notwendigen Inlandsbezug der Transaktion („*local nexus*“), der noch stärker berücksichtigt werden sollte. So sollte die Vorschrift eine inländische Tätigkeit des Zielunternehmens der Transaktion voraussetzen, um möglichst viele Zusammenschlüsse eindeutig aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle auszuschließen, die keine Auswirkungen in Deutschland erwarten lassen. Der Wortlaut von § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB-E sieht bisher vor, dass „mindestens eines der anderen Unternehmen nach Nummer 2 [also neben dem Unternehmen mit Inlandsumsätzen] im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird“. Diese Anforderungen erfüllen allerdings auch Gemeinschaftsunternehmen ohne jeden Inlandsbezug, wenn es sich bei ihren Muttergesellschaften um weltweit tätige Unternehmen handelt, die jeweils auch in Deutschland tätig sind

und von denen eines die Inlandsumsatzschwelle in Höhe von € 25 Mio. erfüllt. Die allgemeinere Inlandsauswirkungsklausel in § 185 Abs. 2 GWB kann zwar ebenfalls hilfreich sein, solche Transaktionen aus dem Anwendungsbereich auszuschließen. Im Kontext der neuen Aufgreifschwelle erscheint es jedoch sinnvoll, zusätzlich eine konkretere Regelung aufzunehmen, damit die Anmeldevoraussetzungen möglichst klar sind.

Bei der Methodik der Kaufpreisbestimmung (§ 38 Abs. 4a GWB-E) wird den Zusammenschlussparteien zu Recht die Möglichkeit eingeräumt, sich auf Bewertungen zu stützen, die im Rahmen der Vorbereitung der Transaktion ohnehin aus kommerziellen Gründen erarbeitet worden sind. Das verringert den Aufwand für Fusionskontrollanmeldungen. Es reicht nach Ansicht des Bundeskartellamtes auch aus, wenn die Bewertungsmethode in der Praxis von Unternehmensbewertungen zur Fortführung des erworbenen Unternehmens anerkannt ist und die konkrete Bewertung diesen Standards entspricht.

IV. Kooperation mit Landesmedienanstalten und Datenschutzbeauftragten

Das Bundeskartellamt begrüßt die Verbesserung des rechtlichen Rahmens für die Kooperation mit den Landesmedienanstalten und den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder. Gerade vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der digitalen Wirtschaft hat der Austausch mit den Landesmedienanstalten und den Datenschutzbeauftragten an Relevanz gewonnen. Die vorgeschlagene Regelung vollzieht den ohnehin bereits bestehenden intensiven Austausch zwischen dem Bundeskartellamt und den Landesmedienanstalten sowie der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) nun auch auf gesetzlicher Ebene nach. Auch die klarstellende Aufnahme von Datenschutzbeauftragten begrüßt das Bundeskartellamt. Das laufende *Facebook*-Verfahren veranschaulicht die wachsende Bedeutung von Daten und dem Umgang mit ihnen für die kartellbehördliche Praxis. Der Austausch unter den Behörden ist wichtig, um eine kohärente Rechtsanwendung und effektive behördliche Aufsicht zu gewährleisten.

Positiv ist aus Sicht des Bundeskartellamts auch, dass zuletzt im Rahmen der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz diskutierte weitergehende Vorschläge zur Berücksichtigung von Medienvielfaltsgesichtspunkten in kartellbehördlichen Verfahren keinen Eingang in den Referentenentwurf gefunden haben. Als branchenübergreifender

Rahmen des Wettbewerbsprozesses nimmt das Kartellrecht Medien- und Werbeangebote und die dahinter stehenden Unternehmen mit dem Ziel des Schutzes des wirtschaftlichen Wettbewerbs in den Blick. Es unterscheidet sich damit von Regeln, die unmittelbar die Meinungsvielfalt schützen und vorherrschende Meinungsmacht verhindern sollen. Der mitunter konstatierte Konflikt zwischen den Regelungsbereichen ist jedoch nicht zu erkennen. Kooperationen von Medienunternehmen wie die Gründung gemeinsamer Filmplattformen können zwar im Einzelfall problematisch sein, so insbesondere bei Preisabsprachen zwischen direkten Wettbewerbern. In den bisher vertieft behandelten Fällen waren aber jeweils kartellrechtskonforme Ausgestaltungen möglich. Gesetzliche Vorgaben zur Berücksichtigung medienpolitischer Belange wären in diesem System behördlicher Rechtsdurchsetzung mit umfassender gerichtlicher Kontrolle ein Fremdkörper. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zum europäischen Recht, welches auf überregionale Kooperationen ohnehin regelmäßig anwendbar bliebe.

C. Kartellrechtsausnahme für Presseverlage

Ordnungspolitisch nicht überzeugend ist die vorgeschlagene Freistellung vom Kartellverbot für Presseverlage (§ 30 Abs. 2b GWB-E). Es ist nicht ersichtlich, dass eine solche weitreichende Privilegierung erforderlich wäre, um den legitimen Kooperationsinteressen von Presseverlagen angemessene Rechnung zu tragen. Die Freistellung, die auch Kernbeschränkungen wie Preisabsprachen erfasst, erscheint systemwidrig und sendet ein falsches Signal.

- Mit der vorgeschlagenen Freistellung würde der bisherige weitgehende Gleichlauf zwischen dem nationalen Kartellverbot nach § 1 GWB und dem Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bewusst aufgegeben. Die Freistellung wäre nur für rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar. Sobald eine Kooperation auch Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben kann, würde das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV uneingeschränkt Anwendung finden. Hieraus resultiert nicht nur ein inhaltliches Spannungsverhältnis, sondern auch eine hohes Maß an Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen: Die gleichen Verhaltensweisen, die nach § 30 Abs. 2b S. 1 GWB-E freigestellt sind, können unter Umständen, sobald der zwischen-

staatliche Handel berührt ist, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung mit Bußgeldern belegt werden. Dabei ist die Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums als Anwendungsvoraussetzung des Art. 101 AEUV einzelfallbezogen zu beurteilen und eine trennscharfe und rechtssichere Abgrenzung kaum möglich.

- Für eine generelle Freistellung von Kooperationen von Presseverlagen ist kein Bedarf ersichtlich. Die vorhandenen Freistellungsmöglichkeiten nach §§ 2 und 3 GWB sind angemessen und ausreichend, um den berechtigten Kooperationsinteressen der Presseverlage hinreichend Rechnung zu tragen. In der Praxis bestehen zahlreiche Formen der Zusammenarbeit, die nur in wenigen Fällen überhaupt einer vertieften kartellbehördlichen Prüfung unterzogen worden. Ob demgegenüber Preisabsprachen und vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen ein geeignetes Mittel sind, um auf die wirtschaftlichen Umbrüche in Folge des veränderten Mediennutzungsverhaltens seit dem Aufkommen des Internets zu reagieren, ist zweifelhaft.
- Die Eignung der Regelung zum Erhalt der Pressevielfalt in Deutschland erscheint fraglich. Kooperationen auf redaktioneller Ebene sind von der Freistellung ausgenommen (§ 30 Abs. 2b Satz 2 GWB-E). Die weitreichend freigestellten Kooperationsmöglichkeiten lassen jedoch „Ansteckungseffekte“ auf die redaktionelle Ebene befürchten. Unter den kooperierenden Verlagen, die abgesehen von der redaktionellen Ebene in allen verlagswirtschaftlichen Bereichen zusammenarbeiten können, kann der Wettbewerbsdruck nachlassen. Anreize für qualitativ bessere oder innovative Produkte und redaktionelle Inhalte auf Kosten anderer kooperierender Verlage können schwächer werden oder wegfallen. Die gemeinschaftliche Anzeigenvermarktung kann dazu führen, dass Themenpläne der Redaktionen koordiniert werden, um Anzeigenkunden eine größere Reichweite zu bieten. Dies kann insgesamt zur Themenvereinheitlichung führen.
- Bereits die Ermöglichung der Stärkung der wirtschaftlichen Basis für den intermediale Wettbewerb soll als Tatbestandsvoraussetzung ausreichen, um Kooperationen im Verlagsbereich von dem Kartellverbot auszunehmen. Hierunter könnten auch Preis- oder Gebietsabsprachen fallen, soweit sie die Stärkung der wirtschaftlichen Basis ermöglichen. Ein Erfordernis der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge, wie dies

noch bei der im Gesetzgebungsverfahren zur 7. GWB-Novelle vorgeschlagenen Regelung gefordert wurde, und wie es nach § 3 GWB auch von Mittelstandskartellen verlangt wird, sieht die vorgeschlagene Regelung nicht vor. Es wird auch nicht explizit die Existenzsicherung eines der beteiligten Verlage gefordert, wie es bei Sanierungsfusionen von Presseverlagen nach § 36 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 GWB der Fall ist.

- Die Regelung würde, weil sie allein vom nationalen Kartellverbot befreit, die europäischen Vorschriften aber unberührt lässt, *de facto* wohl ausschließlich (regional tätige) Zeitungsverlage privilegieren. Es ist fraglich, ob und wie Zeitschriftenverlage, die in der Vorschrift auch benannt werden, von der Ausnahme überhaupt profitieren könnten. Zeitschriften erscheinen in Deutschland in aller Regel bundesweit und werben auch bundesweit um Werbekunden. Daher wird – von einigen Ausnahmen abgesehen – bei Kooperationen meist auch der zwischenstaatliche Handel berührt sein, so dass die Kooperation den Vorgaben des Art. 101 AEUV entsprechen muss. In der Folge würde die Freistellung für Zeitschriftenverlage in weiten Teilen leerlaufen.
- Die vorgeschlagene Freistellungsregelung für Presseverlage ist unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung gegenüber anderen Branchen und Unternehmen, die sich wirtschaftlichen Herausforderungen gegenüber sehen, nur schwer zu rechtfertigen. Auch bei Anerkennung der durch Art. 5 Abs. 1 GG abgesicherten besonderen Funktion der Presse ist nicht ohne weiteres zu erkennen, wieso Verhaltensweisen, die in anderen Bereichen teilweise mit hohen Bußgeldern geahndet werden, hier vom Kartellrecht völlig freigestellt sein sollen.

D. Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie

Die Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU in deutsches Recht ist einer der wesentlichen Anlässe für die GWB-Novelle. Das Bundeskartellamt sieht die von den Neuregelungen, insbesondere durch die nun erleichterte Informationsbeschaffung, ausgehende Verbesserung des rechtlichen Rahmens für Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen positiv. Private Schadensersatzklagen gewährleisten einen Ausgleich der kartellbedingten Vermögensverschiebungen und ergänzen damit die behördli-

che Kartellverfolgung. Es ist zu erwarten, dass die vorgeschlagenen Regelungen die Position der Geschädigten bei der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen Rechtsverletzer stärken werden.

Eine funktionierende behördliche Kartellverfolgung ist in Deutschland auch für Geschädigte der Garant für den Ersatz ihrer Schäden. Denn private Schadensersatzklagen schließen sich in der Praxis in aller Regel an abgeschlossene Bußgeldverfahren der Kartellbehörden an. Es ist daher auch im Interesse der Geschädigten, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden durch private Schadensersatzklagen nicht geschwächt wird.

Der vorliegende Entwurf bringt die Interessen der Geschädigten und Schädiger sowie das allgemeine öffentliche Interesse an einer funktionierenden behördlichen Kartellverfolgung in einen angemessenen Ausgleich. Das Bundeskartellamt begrüßt, dass insbesondere der von der Richtlinie vorgesehene Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen weitestgehend in den Referentenentwurf aufgenommen wurde. Dennoch bestehen im Detail noch Verbesserungsmöglichkeiten.

I. Akteneinsicht

Die im Zuge der Richtlinienumsetzung vorgenommene weitreichende Neugestaltung der Einsicht in die kartellbehördliche Akte begrüßt das Bundeskartellamt. Die Akteneinsicht ist der wesentliche Berührungspunkt zwischen öffentlicher Kartellverfolgung und privaten Schadensersatzklagen.

Die vorgesehene Übertragung der Entscheidung über die Gewährung und den Umfang der Einsichtnahme in die kartellbehördliche Akte an das Gericht des Zivilrechtsstreits erscheint aus Sicht des Bundeskartellamts sinnvoll und notwendig. Die umfassende Verhältnismäßigkeitsabwägung, die Art. 5 und Art. 6 der Richtlinie vorsehen und die eine umfassende Sachverhaltskenntnis erfordern, kann nur durch das Gericht vorgenommen werden. Nach den vorgeschlagenen Regelungen der §§ 89b ff. GWB-E können Geschädigte in gerichtlichen Verfahren weitreichende Einsicht in die Behördenakte nehmen. Nur konsequent ist vor diesem Hintergrund die vorgesehene Beschränkung der Akteneinsichtsrechte nach § 406e bzw. § 475 StPO auf den Bußgeldbescheid. Die Geschädigten erhalten mit dem Bußgeldbescheid und dessen Bindungswirkung nach § 33b GWB-E die

Möglichkeit, ihre Auskunftsansprüche nach § 33g GWB-E gegen die Rechtsverletzer und andere Dritte geltend zu machen.

Die Informationsbeschaffung über den Auskunftsanspruch nach § 33g GWB-E ermöglicht Geschädigten eine zielgerichtete Suche und damit einen erfolgversprechenderen Weg der Informationsbeschaffung als die bloße Einsicht in die Behördenakte. In aller Regel konzentrieren sich Schadensersatzprozesse wegen Kartellrechtsverstößen in Deutschland auf die Frage der Schadenshöhe. Da die Frage der Höhe des bei der betroffenen Marktgegenseite entstandenen Schadens für das Bußgeldverfahren ohne Bedeutung ist, finden sich hierzu allenfalls zufällig Hinweise in den Akten der Kartellbehörde. Angesichts des erheblichen personellen und sachlichen Aufwands, mit dem die Gewährung von Akteneinsicht für das Bundeskartellamt bisher verbunden ist, und den häufigen gerichtlichen Auseinandersetzungen vor dem Amtsgericht Bonn stellen die vorgeschlagenen Regelungen für das Bundeskartellamt eine erhebliche Verbesserung und Entlastung dar.

II. Berücksichtigung der Interessen der öffentlichen Kartellverfolgung

Die von der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeiten der Offenlegung von Beweismitteln aus der kartellbehördlichen Akte nach § 89c GWB-E eröffnen den Gerichten ein beträchtliches Ermessen, das diese mit Augenmaß anwenden sollten. Positiv hervorzuheben ist, dass im Rahmen der vorgesehenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts von den Gerichten stets berücksichtigt werden soll (§ 33g Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 und § 89c Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 GWB-E). Dies ist auch notwendig. Denn die erfolgreiche öffentliche Kartellverfolgung ist auch auf die Vertraulichkeit ihrer Verfahren angewiesen. Dies betrifft nicht allein die von der Offenlegung vollständig oder zeitweise ausgenommenen Beweismittel, sondern darüber hinaus auch die übrigen Akteninhalte. Gerade Beweismittel, die in engem inhaltlichem Zusammenhang mit Kronzeugen- und Settlementerklärungen vorgelegt wurden, sollten in besonderer Weise geschützt werden, auch wenn sie nicht dem Ausschluss nach § 33g Abs. 4 und Abs. 5 GWB-E unterliegen. Sie sollten keinesfalls auf eine zielgerichtete Anforderung solcher Dokumente hin offengelegt werden. Denn Kartellbehörden sind auf aussagekräftige Beweismittel angewiesen. Würden Rechtsverletzer wegen der zu befürchtenden Offen-

legung in nachfolgenden Schadensersatzprozessen davon abgehalten, besonders geeignete Beweismittel vorzulegen, wäre die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellverfolgung gefährdet.

III. Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen

Den von der Richtlinie vorgesehenen Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen setzt der Entwurf in vorbildlicher Weise richtlinienkonform um. Durch die Ausnahme dieser Beweismittel von der Offenlegung und die Flankierung durch zivilprozessrechtliche Beweisverwertungsverbote kann aus Sicht des Bundeskartellamts gewährleistet werden, dass auch weiterhin die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Kronzeugen und Kartellbehörden besteht. Dies auch zwingend erforderlich. Die garantierte Vertraulichkeit von Kronzeugenerklärungen ist ein essentieller Bestandteil des Kronzeugenprogramms und unabdingbare Voraussetzungen für dessen erfolgreiches Funktionieren.

Aus Sicht des Bundeskartellamts ist es jedoch unglücklich, dass die Überprüfung des Vorliegens und der Reichweite von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen beim jeweiligen Gericht der Hauptsache liegen soll (§ 89d Abs. 8 GWB-E). Durch die Verteilung der Entscheidung an verschiedene Gerichte besteht das Risiko auseinanderfallender Entscheidungen. Hiergegen könnten die Kartellbehörden nicht aus eigenem Recht vorgehen. Schon das zeitweise Bestehen einer Entscheidung, die die Offenlegung von solchen Informationen oder Beweismitteln anordnet, die nach bisheriger Praxis als Bestandteil einer Kronzeugenerklärung angesehen werden, kann erhebliche negative Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms haben. Es wäre zu befürchten, dass Unternehmen schon allein wegen der bestehenden Rechtsunsicherheit von der Abgabe einer Kronzeugenerklärung abgehalten würden.

Um diese Gefahr zu verringern, empfiehlt es sich aus Sicht des Bundeskartellamts, ein zentrales Gericht zu bestimmen, das über das Vorliegen und die Reichweite von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen entscheidet. Diese Fragen bieten sich für eine Konzentration des Gerichtsstands in besonderer Weise an. Denn die Entschei-

dung ist vollkommen abstrakt und unabhängig von dem zugrundeliegenden Schadensersatzprozess zu entscheiden. Eine Verhältnismäßigkeitsabwägung ist auf der Ebene der Entscheidung über das Vorliegen und die Reichweite eines solchen geschützten Beweismittels nicht erforderlich und vom Richtliniengeber auch nicht vorgesehen.

Durch eine Konzentration der Entscheidung bei einem bundesweit zuständigen Gericht könnte rasch eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt werden, wofür die Fallpraxis vieler Landgerichte nicht die erforderliche Anzahl von Fällen erreichen wird. Von der damit in der Regel verbundenen Beschleunigung der Entscheidung würden auch die Kläger profitieren. Zudem würden die Gerichte der Hauptsache von dieser Entscheidung über eine ihnen bisher völlig fremde Materie entlastet. Hingegen wäre gerade das Amtsgericht Bonn als Amtsgericht am Sitz des Bundeskartellamts für eine solche Entscheidung wegen seiner Vertrautheit mit der Materie besonders qualifiziert. Dieses Gericht hat bereits in der Vergangenheit in zahlreichen Fällen über die Reichweite von Kronzeugenerklärungen entscheiden müssen und hierzu eine gefestigte Rechtsprechung etabliert. Es wird daher empfohlen, die Entscheidung über das Vorliegen und die Reichweite der Kronzeugenerklärung beim Amtsgericht am Sitz des Bundeskartellamts zu konzentrieren.

E. Verschärfung der Regeln zum Anzapfverbot und zum Verkauf unter Einstandspreis

Schließlich bestehen aus Sicht des Bundeskartellamts Zweifel, ob die im Referentenentwurf bisher nur angekündigte Entfristung und mögliche Weiterentwicklung des Verbots des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis ebenso wie die angekündigte Verschärfung des sog. Anzapfverbots – vorbehaltlich ihrer konkreten Ausgestaltung – erforderlich und zweckmäßig sind.

I. Generelles Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis

Aus Sicht des Bundeskartellamts ist zweifelhaft, ob mit dem Fortbestehen des generellen Verbots des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB), erreicht werden kann, dass die Position der verbliebenen Wettbewerber der großen Lebensmitteleinzelhandelsketten als alternative Abnehmer von Lebensmittelerzeugern ge-

stärkt wird. Große Lebensmitteleinzelhandelsketten werden trotz des Verbots auch weiterhin in der Lage sein, zu deutlich besseren Konditionen einzukaufen als ihre kleineren Wettbewerber. In der Folge werden sie auch zu niedrigeren Preisen verkaufen können, ohne dabei unter dem Einstandspreis zu liegen.

Die praktische Anwendung der Vorschrift wird zudem durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Berechnung des Einstandspreises erschwert. Angesichts der Vielschichtigkeit der möglichen Sachverhalte hat das Bundeskartellamt erhebliche Zweifel, ob diese Schwierigkeiten durch eine weitergehende gesetzliche Ausgestaltung rechtssicher und praktikabel überwunden werden können.

II. Verschärfung des sog. Anzapfverbots

Im Hinblick auf die angekündigte Verschärfung des sog. Anzapfverbots (§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB) erscheint eine gesetzgeberische Initiative zum jetzigen Zeitpunkt nicht unbedingt geboten. Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf im EDEKA-Konditionenverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015 – VI-Kart 6/14; Bundeskartellamt, Beschluss vom 3. Juli 2014, Az. B2-58/09) ist die bestehende Regelung derzeit Gegenstand einer Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof. Vor diesem Hintergrund wäre es aus Sicht des Bundeskartellamts vorteilhaft, zunächst eine weitere gerichtliche Klärung abzuwarten. Erst bei Vorliegen einer Entscheidung kann der tatsächliche Bedarf für ein Handeln des Gesetzgebers und eine mögliche Verschärfung sicher bestimmt werden.