

**Deutscher Bundestag**  
**18. Wahlperiode**  
**Ausschuss für Wirtschaft und Energie**

**Ausschussdrucksache 18(9)1092**  
**19. Januar 2017**

*Stellungnahme als Sachverständiger im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags zur Vorbereitung der Anhörung am 23.1.2017*

## ***Die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)***

*Prof. Dr. Rupprecht Podszun*

*Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf*

*Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht*

*Düsseldorf, Januar 2017*

## Wesentliche Erkenntnisse

1. Der Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle stärkt die Durchsetzung des Kartellrechts, indem Lücken im Bußgeldrecht geschlossen werden und die private Rechtsdurchsetzung maßvoll erleichtert wird. Für die Ordnung des Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie gibt der Entwurf wichtige Impulse.
2. Im Bußgeldrecht kommt es durch die Neuregelungen zu erheblichen systematischen Spannungen zwischen der funktional-wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Kartellrechts und der formal-juristischen Betrachtungsweise des Gesellschafts- und des Ordnungswidrigkeitenrechts. Keine der beiden Betrachtungsweisen kann Vorrang beanspruchen. Die Angleichung des Unternehmensbegriffs ans europäische Kartellrecht ist konsequent. Die Vorschläge stehen in Einklang mit Verfassungsrecht. § 81 Abs. 3c GWB-E könnte für *asset deals* aber noch nachgeschärft werden.
3. Das Kartellschadensersatzrecht wird in richtlinienkonformer Weise weiterentwickelt, auch wenn nicht alle Schwierigkeiten für Kläger gelöst werden. In der Regierungsbegründung sollte klargestellt werden, ob der Gesetzgeber den europäischen Unternehmensbegriff auch für das Schadensersatzrecht übernimmt. Wünschenswert wäre eine eindeutige Fassung von § 186 Abs. 4 GWB-E. Zu prüfen ist, ob das weitgehende Auskunftsverfahren nach §§ 33g, 89b Abs. 5 GWB-E, das zu einem starken Druckmittel vor Vergleichsverhandlungen werden kann, so eingeführt werden sollte.
4. Die Klarstellungen zum Anzapfverbot und zum Verkauf unter Einstandspreis können die Anwendung der entsprechenden Normen etwas erleichtern.
5. Die Einführung einer verbraucherrechtlichen Befugnis für das Bundeskartellamt würde einen Paradigmenwechsel für diese Institution und für das deutsche Verbraucherrecht bedeuten. Eine solch gravierende Änderung sollte intensiver vorbereitet werden; es scheint aber durchaus dafür einen praktischen Bedarf zu geben. Angeregt wird, in einem ersten Schritt im Bundeskartellamt eine Sondierungseinheit Verbraucherrechtsdurchsetzung zu etablieren und dem Bundeskartellamt in verbraucherrechtlichen Streitigkeiten eine *amicus-curiae*-Position einzuräumen. Um die digitale Kompetenz des Amtes weiter zu stärken, sollte ein Chef-Technologe berufen werden.

6. Die jüngst erteilte Ministererlaubnis sollte zum Anlass genommen werden, das Instrument grundsätzlich zu überprüfen. Angeregt wird, das Bundeswirtschaftsministerium zum Erlass einer flexiblen Verfahrensordnung zu ermächtigen. Vor der Überwindung des Rats der Monopolkommission sollte der Bundeswirtschaftsminister verpflichtet sein, in einem Gespräch mit dem Vorsitzenden der Monopolkommission und dem Präsidenten des Bundeskartellamts Kompromisse zu suchen. In Betracht gezogen werden sollte auch, § 42 GWB zu streichen.
7. Die Erfassung unentgeltlicher Märkte bringt eine willkommene Klarstellung für das deutsche Recht. Die neuen Marktmachtkriterien stellen einen wichtigen Impuls für die Weiterentwicklung des Kartellrechts in der digitalen Wirtschaft dar. Angeregt wird, die Terminologie von § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB-E zu modifizieren und so stärker branchenübergreifend zu fassen. Der Bedeutung von Innovationen sollte durch ein weiteres Merkmal Rechnung getragen werden, das Schranken für Innovationen in den Blick rückt.
8. Die Ausnahme der Presse vom Verbot des § 1 GWB stellt einen doppelten Systembruch im Kartellrecht dar: Das Universalitätsprinzip des Kartellrechts und der Gleichklang mit dem europäischen Recht werden aufgegeben. Das vage Kriterium der Zwischenstaatlichkeit entscheidet künftig über die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen im Pressektor. § 32 Abs. 2b Satz 3 GWB-E sollte ersatzlos gestrichen werden, um Friktionen mit dem System der Legalausnahme zu vermeiden. In der Begründung ist auf die Ausdehnung der Ausnahme auf die dort sog. „Internetpresse“ zu verzichten.
9. Keine Rechtfertigung besteht für andere aktuell diskutierte Ausnahmen, etwa zugunsten von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern oder Sparkassen.
10. Die Ausdehnung der Fusionskontrolle auf Unternehmensübernahmen ab einem Kaufpreis von 400 Mio. Euro ist ein innovativer Vorschlag. Die konkrete Umsetzung könnte verbessert werden, indem § 35 Abs. 2 GWB-E anders gefasst wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwägen, in § 35 GWB allgemein die 5-Mio.-Euro-Schwelle auf 10 Mio. Euro zu erhöhen. Die Pflichtangabe des Kaufpreises sollte zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen entschärft werden. Weitergehend ist zu erwägen, ob nicht vorerst eine Anzeigepflicht (statt einer Anmeldepflicht) genügt.

## Inhaltsübersicht

A. Einführung.....	5
B. Methodisches Vorgehen.....	6
C. Bußgeldrecht .....	7
I. Einführung und wesentliche Änderungen .....	7
II. Rechtmäßigkeitskontrolle.....	9
III. Systematische Analyse .....	14
IV. Wettbewerbspolitische Anmerkungen.....	15
D. Schadensersatzrecht .....	16
I. Einführung und wesentliche Änderungen .....	16
II. Rechtmäßigkeitskontrolle.....	17
III. Systematische Analyse .....	22
IV. Wettbewerbspolitische Anmerkungen.....	23
E. Anzapfverbot, Verkauf unter Einstandspreis .....	25
F. Verbraucherrechtliche Kompetenz des Bundeskartellamts.....	27
I. Einführung einer verbraucherrechtlichen Befugnis.....	27
II. Rechtmäßigkeitskontrolle.....	28
III. Praktischer Bedarf .....	28
IV. Systematische Anknüpfungspunkte.....	31
V. Empfehlung .....	35
G. Ministererlaubnis.....	39
I. Grundlegende Bedenken .....	39
II. Reformvorschläge.....	40
H. Digitales und Medien .....	44
I. Unentgeltliche Märkte (§ 18 Abs. 2a GWB-E) .....	44
II. Marktmacht-Kriterien (§ 18 Abs. 3a GWB-E).....	47
III. Marktmacht-Ausnahme bei publizistisch begründeter Must-Carry-Verpflichtung .....	51
IV. Pressekooperationen (§ 30 Abs. 2b, Abs. 4, § 186 Abs. 6 GWB-E).....	52
V. Rundfunkkooperationen (§ 30 Abs. 2c GWB-BR-E).....	56
VI. Exkurs: Sparkassenkooperationen.....	57
VII. Rundfunkfusionskontrolle (§ 38 Abs. 3 GWB-E).....	57
VIII. Transaktionsvolumenschwelle in der Fusionskontrolle (§ 35 Abs. 1a GWB-E) .	58
IX. Behördliche Kooperationen (§§ 40 Abs. 4 Satz 3, 50c GWB-E).....	63

## A. Einführung

Der Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags befasst sich mit der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Damit wagt das Parlament sich an das Herzstück der Wirtschaftspolitik, das „Grundgesetz der Marktwirtschaft“, wie es von Abgeordneten aller Parteien im Deutschen Bundestag immer wieder genannt wurde.<sup>1</sup> Durch eine GWB-Novelle werden die Rahmenbedingungen des unternehmerischen Handelns neu justiert und Signale gesendet, welches Modell der Marktwirtschaft die Mehrheit des Bundestags anstrebt. Die Rückschau auf die vergangenen GWB-Novellen lässt zwei wesentliche Muster erkennen: Manche Novellen vollziehen in erster Linie nach, was die Rechtsprechung unter dem Eindruck praktischer Notwendigkeiten entwickelt hat. Dies gilt beispielsweise für die 8. GWB-Novelle. Der judikative Suchprozess wird so durch eine legislative Festlegung beendet. Mit anderen Novellen trifft der Gesetzgeber wirtschaftspolitische Richtungsentscheidungen. Dies gilt etwa für die 2. GWB-Novelle 1973, mit der die Fusionskontrolle eingeführt wurde,<sup>2</sup> oder für die 7. GWB-Novelle, die das Kartellrecht europäisierte und Schadensersatzansprüche deutlich stärkte.<sup>3</sup>

Der Entwurf der Bundesregierung zur 9. GWB-Novelle enthält einige Aspekte, in denen vor allem auf Rechtsprechung reagiert wird. Die Bundesregierung hat mit diesem Entwurf aber auch erhebliche Neuerungen für das Kartellrecht in Deutschland vorgesehen.

Die vorliegende Stellungnahme betrachtet aus rechtswissenschaftlicher Sicht vor allem den Regierungsentwurf. Sie wurde erarbeitet vom Team des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Verantwortlich ist Prof. Dr. Rupprecht Podszun, wesentlich mitgearbeitet haben die Wissenschaftlichen Mitarbeiter Stephan Kreifels und Gregor Schmieder.

Schon an dieser Stelle ist festzuhalten: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung stärkt die behördliche und private Durchsetzung des Kartellrechts und gibt wegweisende Impulse für den Wettbewerb in der digitalen Ökonomie. Ausnahmenvorschriften, mit denen einzelne Unternehmen privilegiert werden sollen, stellen jedoch einen Systembruch dar. Über die Vorschläge der Bundesregierung hinaus kann die Novelle Verfahrensfragen der Ministererlaubnis klären und einen ersten vorsichtigen Anstoß für eine Durchsetzung des Verbraucherrechts durch das Bundeskartellamt geben.

---

<sup>1</sup> So etwa die Abgeordneten *Matthias Berninger*, *Rainer Brüderle* und *Oskar Lafontaine* (allesamt in der Bundestagsdebatte vom 19.1.2006, Plenarprotokoll 16/11, S. 724 ff.); *Hubertus Heil*, *Hartmut Schauerte* und noch einmal *Rainer Brüderle* (allesamt am 11.3.2005, BT-Drucks. 15/164, S. 42 ff.); *Ernst Hinske* (am 15.6.2012, BT-Drucks. 17/185 S.20). Die Formulierung geht wohl auf *Ludwig Erhard* zurück.

<sup>2</sup> BGBl. I 1974, S. 869.

<sup>3</sup> BGBl. I 2005, S. 2114.

## B. Methodisches Vorgehen

Die einzelnen Vorschläge des Regierungsentwurfs werden wie folgt analysiert:

### *Einführung und wesentliche Änderungen*

Die wesentlichen Änderungen werden im Kontext dargestellt.

### *Rechtmäßigkeitskontrolle*

Der Vorschlag wird auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft. Rechtmäßig ist der Vorschlag, wenn er nicht gegen höherrangiges deutsches oder europäisches Recht verstößt.

### *Systematische Analyse*

Geprüft wird, wie sich die Änderung aus wissenschaftlicher Perspektive in die Systematik des Kartellrechts fügt.<sup>4</sup> Zwar ist die Systematisierung eines Rechtsgebiets kein Selbstzweck. Im Gegenteil steht es der Legislative frei, Risse ins System der reinen Lehre zu fügen, wie es ein Abgeordneter im Rahmen der Debatte über das Pressekartellrecht einmal ausgedrückt hat.<sup>5</sup> Über Risse oder gar Brüche im System sollte aber bewusst entschieden werden. Eine Regelung fügt sich systematisch in das GWB ein, wenn sie die Regelungseinheit bewahrt, also tragende Strukturen des GWB anerkennt, nicht zu Widersprüchen führt und ein Gesamtkonzept erkennen lässt, an dem sich die Praxis für die Regelung von Grenzfällen orientieren kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das deutsche Kartellrecht systematisch mit dem europäischen Kartellrecht über die VO 1/2003 und die darin vorgesehene parallele Anwendung verbunden ist.

### *Wettbewerbspolitische Anmerkungen*

Zu den Vorschlägen erfolgen – in aller gebotenen Zurückhaltung gegenüber dem hier entscheidungsbefugten Parlament – Anmerkungen aus wettbewerbspolitischer Perspektive. Damit wird der Sinn und Zweck der Regelungen, ihr *telos*, angesprochen. In der Kartellrechtswissenschaft gilt als kleinster gemeinsamer Nenner, dass der Schutz des Wettbewerbs Effizienz und Innovation in der Volkswirtschaft fördern soll.

---

<sup>4</sup> Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 2015, Rn. 744 ff.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 2015, S. 57 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Börnsen* in der Debatte über das Pressekartellrecht, Plenarprotokoll 17/185, S. 22215.

## C. Bußgeldrecht

Die Bundesregierung verfolgt das Ziel, „Defizite des nationalen Regelungsrahmens bei der Rechtsnachfolge sowie bei Konzernstrukturen“ im Bußgeldrecht abzubauen.<sup>6</sup>

### I. Einführung und wesentliche Änderungen

Die Bundesregierung sieht die Schließung von Sanktionslücken vor, indem das deutsche Recht an den europäischen Rechtsrahmen angeglichen werden soll.<sup>7</sup> Damit soll insbesondere die sog. „Wurstlücke“<sup>8</sup> geschlossen werden. Der Gesetzgeber reagiert damit auf die Rechtsprechung des BGH zur bußgeldrechtlichen Verantwortung des Gesamtrechtsnachfolgers im Kartellrecht: Grundsätzlich haftet der Gesamtrechtsnachfolger eines Kartell-Unternehmens für das Bußgeld über § 30 Abs. 1 OWiG nur bei „wirtschaftlicher Nahezu-Identität“.<sup>9</sup> Eine solche soll nach zwei Urteilen des BGH 2011 nur in sehr engen Grenzen vorliegen, etwa bei einer bloßen Umfirmierung.<sup>10</sup> Trotz einer späteren Relativierung dieser Linie<sup>11</sup> ist es weiterhin möglich, Umstrukturierungen vorzunehmen, die dazu führen, dass Bußgelder nicht vollstreckt werden können. Diese „Umgehungsmöglichkeiten“, wie die Regierungsbegründung dies nennt,<sup>12</sup> führen zu einem erheblichen Ausfall bei der Bußgeldvollstreckung.<sup>13</sup>

Im Einzelnen sind folgende Änderungen vorgesehen:

- § 81 Abs. 3a GWB-E ordnet die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechts zu, also der „wirtschaftlichen Einheit“<sup>14</sup>. Das Ordnungswidrigkeitenrecht verlangt, trotz dieser funktionalen Betrachtung einen Haftungsverband als Bußgeldadressaten zu benennen.<sup>15</sup> Rechtstechnisch bewältigt der Regierungsentwurf diesen Spagat zwischen wirtschaftlicher und formaler Betrachtung, indem

---

<sup>6</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 1.

<sup>7</sup> Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 84.

<sup>8</sup> Als „Wurstlücke“ wird die Möglichkeit bezeichnet, sich durch Umstrukturierungen des Unternehmens einem kartellrechtlichen Bußgeld zu entziehen, was erfolgreich durch den Wurst-Hersteller *Clemens Tönnies* praktiziert wurde, vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 19.10.2016.

<sup>9</sup> Grundlegend BGH, 11.3.1986, Az. KRB 8/85, WuW/E BGH 2265 – *Geldbuße gegen Unternehmen*.

<sup>10</sup> BGH, 10.8.2011, Az. KRB 55/10, WuW/E DE-R 3455 – *Versicherungsfusion*; BGH, 10.8.2011, Az. KRB 2/10, wistra 2012, 152 – *Transportbeton II*.

<sup>11</sup> BGH, 27.1.2015, Az. KRB 39/14, WuW/E DE-R 4686 – *Haftungsnachfolge*; bestätigt durch BVerfG, 20.8.2015, Az. 1 BvR 980/15, WuW/E DE-R 4835 – *Haftungsnachfolge*.

<sup>12</sup> Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 1.

<sup>13</sup> Allein im Wurst-Fall erklärte das BKartA Bußgeldbescheide über insgesamt 128 Mio. Euro wegen solcher Umstrukturierungen für gegenstandslos, Pressemitteilung vom 19.10.2016.

<sup>14</sup> Aus der europäischen Rechtsprechung siehe etwa EuGH, 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, WuW/E EU-R 1639, Rn. 54 ff. – *Akzo Nobel*. Ausführlich *Grave/Nyberg* in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rn. 153 ff.; *Weiß* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUUV, 5. Aufl. 2016, Art. 101 Rn. 33 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 88 ff.

auch gegenüber solchen unternehmenszugehörigen juristischen Personen oder Personenvereinigungen Bußgelder festgesetzt werden können, die auf die juristische Person oder Personenvereinigung, deren Leitungspersonen im Sinne des § 30 Abs. 1 OWiG den Kartellrechtsverstoß als sog. Anknüpfungstäter begangen haben, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben.

- Nach § 81 Abs. 3b Satz 1 GWB-E kann ein Bußgeld gegen den (partiellen) Gesamtrechtsnachfolger eines nach § 30 OWiG oder § 81 Abs. 3a GWB-E verantwortlichen Rechtsträgers festgesetzt werden. Sätze 2 und 3 sichern dem Nachfolger Verfahrensrechte und schützen ihn bei der Höhe des Bußgelds.
- § 81 Abs. 3c GWB-E bestimmt, dass auch Rechtsträger, die das kartellbefangene Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen, als wirtschaftliche Nachfolger belangt werden können. Der Begriff der wirtschaftlichen Kontinuität entstammt dem europäischen Recht.<sup>16</sup>
- § 81 Abs. 3d GWB-E enthält Regelungen zum Höchstmaß der Geldbuße, zur Verjährung und zur separaten Verfahrensführung.
- § 81 Abs. 3e GWB-E betrifft den Gesamtschuldnerausgleich zwischen den nach § 81 Abs. 3a bis c GWB-E sowie § 30 Abs. 1 OWiG verantwortlichen juristischen Personen untereinander.<sup>17</sup>
- § 81 Abs. 4a S. 1 GWB-E stellt klar, dass bei der Bebußung auf die Verhältnisse der wirtschaftlichen Einheit insgesamt abzustellen ist.<sup>18</sup> Satz 2 soll die angemessene Berücksichtigung der Belange externer Erwerber des kartellbefangenen Unternehmens, die nach den Neuregelungen des § 81 Abs. 3b/c GWB-E für den Kartellverstoß verantwortlich sind, sicherstellen.<sup>19</sup>
- § 81 Abs. 6 GWB-E regelt die Verzinsung.<sup>20</sup>
- § 81a GWB-E knüpft eine Haftungsverpflichtung an den bestimmenden Einfluss zum Zeitpunkt der Einleitung des Bußgeldverfahrens. Damit soll für einen „Übergangszeitraum“ ein Zurechnungsloch zwischen Abschluss der Tat und Festsetzung des Bußgelds<sup>21</sup> überbrückt werden.

---

<sup>16</sup> Siehe EuG, 30.9.2009, Rs. T-161/05, WuW/E EU-R 1655, Rn. 51 ff. m.w.N. – *Hoechst*. Vgl. *Ost/Kallfaß/Rosen*, NZKart 2016, 447 (458).

<sup>17</sup> Siehe auch *Kersting*, NZKart 2016, 147 ff.

<sup>18</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 93 f.

<sup>19</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 93 f.

<sup>20</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 94 unter Verweis auf die Rechtsprechung zum Kommunalabgabenrecht, BVerfG, 5.3.2013, Az. 1 BvR 2457/08, BVerfGE 133, 143 (160).

<sup>21</sup> Erst mit dieser entsteht eine Bußgeldpflicht, die übergeleitet werden kann, vgl. *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1871) unter Verweis auf BGH, 26.2.2013, Az. KRB 20/12, NJW 2013, 1972 – *Grauzementkartell*.

## II. Rechtmäßigkeitskontrolle

Die Neuregelung des Bußgeldrechts wird teilweise scharf als rechtswidrig kritisiert. Es stehen sich zwei grundsätzliche rechtliche Betrachtungsweisen gegenüber: Auf der einen Seite steht die funktionale Betrachtungsweise des Kartellrechts, die sich stark an wirtschaftlichen Zusammenhängen orientiert und die – gerade im europäischen Kartellrecht – nicht durch eine traditionsreiche Dogmatik gekennzeichnet ist. Auf der anderen Seite steht die formale Betrachtungsweise des Gesellschaftsrechts, die in dogmatisch fester Tradition auf die Eigenständigkeit verschiedener juristischer Personen Wert legt. Hinzu tritt das Ordnungswidrigkeitenrecht.

Solche Konflikte zwischen Anschauungen in verschiedenen Rechtsgebieten können vom Gesetzgeber in den Grenzen des Verfassungsrechts entschieden werden. Eine Vorrangstellung der gesellschaftsrechtlichen oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Zuordnung von Verantwortung über die kartellrechtliche lässt sich normenhierarchisch nicht begründen.

Daher ist die Rechtmäßigkeit der Vorschläge am Verfassungsrecht zu messen. Die verfassungsrechtliche Diskussion der Vorschläge wurde insbesondere durch ein Gutachten von *Stefan Thomas* und *Hauke Brettel* im Auftrag des BDI befeuert.<sup>22</sup> Sie machen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geltend. Die Monopolkommission ist dem entgegengetreten und begrüßt die Anlehnung an den europäischen Unternehmensbegriff ausdrücklich.<sup>23</sup>

### 1. § 81 Abs. 3a GWB-E

§ 81 Abs. 3a GWB-E verletzt nach Auffassung von Kritikern den Bestimmtheitsgrundsatz, den Schuldgrundsatz sowie den in-dubio-pro-reo-Grundsatz. Die Norm sei daher verfassungswidrig.<sup>24</sup> Es komme zur Bebußung einer Person ohne eigene Tatverantwortlichkeit, was weder dem Schuldgrundsatz noch mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Einklang zu bringen sei.

Dem wird von Vertretern des Bundeskartellamts entgegengehalten, die Einschätzung basiere auf einer gesellschaftsrechtlichen Annahme der isolierten Betrachtung einzelner Rechtsträger,

---

<sup>22</sup> *Thomas/Brettel*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016, S. 50 ff.

<sup>23</sup> Monopolkommission, Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, 2016, Ziff. 185 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten Strafrechtliche Sanktionen, 2016, BT-Drucks. 18/7508. Vgl. auch BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 25.7.2016, S. 2 ff.

<sup>24</sup> So insb. *Brettel/Thomas*, WuW 2016, 336 (337 ff.); *Thomas/Brettel*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016, S. 45 ff.

die für das Kartellrecht aber nicht bindend sei.<sup>25</sup> Da Unternehmen als solche nicht schuldhaft handeln könnten, müsse eine Zuweisung von Verantwortlichkeiten erfolgen. Für diese Zuweisung müsse es eine sachliche Rechtfertigung geben, sie müsse aber nicht zwingend anhand von gesellschaftsrechtlichen Parametern erfolgen.

#### **a. Wertender Zurechnungsakt bei Haftung von Unternehmen**

Das ist überzeugend. Der notwendigerweise wertende Zurechnungsakt entspricht der auch in anderen Bereichen des Kartellrechts üblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise, gegen die verfassungsrechtlich keine Bedenken bestehen. Zu einer Spannung kommt es, weil von dieser Betrachtung ausgehend im Regierungsentwurf die konkrete Adressierung des Bußgeldbescheids wieder auf bestimmte juristische Personen zurückgeführt wird. Das ist eine Konsequenz des Ordnungswidrigkeitenrechts, das für die “Abwicklung” der Bußgeldverhängung berücksichtigt werden muss.

Es kann nicht bestritten werden, dass es hier zu erheblichen systematischen Spannungen kommt und ein neuartiger Haftungsverband konstruiert wird. Rechtswidrig ist die Neuregelung aber nicht. Auch die juristische Person ist ja letztlich eine Konstruktion. Mit der Anerkennung der wirtschaftlichen Einheit versucht der Gesetzgeber, die wirtschaftliche Realität juristisch besser einzufangen als es mit einem klassischen Rechtsträgermodell möglich ist. Dass es in Grenzfällen auch bei der Neuregelung zu Unstimmigkeiten zwischen wirtschaftlicher Realität und juristischem Terminus kommen wird, ist unvermeidbar.

#### **b. Schuldprinzip und juristische Personen**

Das Schuldprinzip kann nicht gegen diese Haftungszuweisung in Stellung gebracht werden. Das Schuldprinzip setzt legislativer Gestaltung dort Grenzen, wo Strafe und persönliche Verantwortung entkoppelt werden. Nach dem in § 30 Abs. 1 OWiG verorteten Rechtsträgerprinzip trifft die Verbandsgeldbuße die juristische Person, die die Anstellungskörperschaft derjenigen natürlichen Personen ist, die den Kartellrechtsverstoß durch ihr Verhalten zu verantworten haben und zu den in § 30 Abs. 1 OWiG genannten Leitungspersonen gehören.

Das Schuldprinzip ist jedoch auf die vorliegende Konstellation nicht anwendbar. In aktuelleren Entscheidungen des BVerfG wird der Schuldgrundsatz mit der Menschenwürdegarantie des

---

<sup>25</sup> Ost/Kallfaß/Roesen, NZKart 2016, 447 (456 ff.); siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten Strafrechtliche Sanktionen, 2016, BT-Drucks. 18/7508, Ziff. 62 ff.; BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 7 ff.

Art. 1 GG verknüpft<sup>26</sup> – eine Gewährleistung, die juristischen Personen nicht zukommt.<sup>27</sup> Unternehmen werden durch das Einstehenmüssen für Rechtsverletzungen trotz mangelnder direkter Verantwortlichkeit nicht in ihrer „Würde“ getroffen. Das OWiG hat diese Erkenntnis leider nicht rezipiert, sondern basiert auf der Idee, dass die Buße ihre Begründung in einer Schuld findet.<sup>28</sup>

Die Durchbrechung dieser Idee des OWiG in einem Spezialgesetz durch den Gesetzgeber ist mit Blick auf die Tendenz des BVerfG in den jüngeren Entscheidungen möglich.

### **c. Verhältnismäßigkeit der Neuregelung**

Der richtige Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist statt des Schuldprinzips das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das die Zuweisung von Verantwortlichkeiten an Unternehmen verfassungsrechtlich begrenzt.

Die Neuregelung ist geeignet und erforderlich, um den Zweck des Gesetzes, Sanktionslücken zu schließen, zu erreichen. § 81 Abs. 3b und 3c GWB-E würden nicht alle Fälle erfassen, insbesondere wenn einzelne juristische Personen quasi als Bauernopfer für die Umgehung der Kartellbuße in die Insolvenz entlassen werden.<sup>29</sup> Mildere Mittel sind nicht ersichtlich.<sup>30</sup>

Über Fragen der Angemessenheit lässt sich gewiss streiten. Wenn aber das europäische Recht, das für das deutsche Kartellrecht derart prägend ist, es seit Langem genügen lässt, dass eine wirtschaftliche Einheit besteht und dass ein bestimmender Einfluss gegeben ist, spricht dies für eine Angemessenheit dieses Zurechnungsfaktors. Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit greift bei denen zu, denen die Profite eines Kartells zugutekommen. Das Erfordernis des bestimmenden Einflusses begrenzt eine ausufernde Haftung. Innerhalb der wirtschaftlichen Einheit kann durch Compliance-Maßnahmen das Risiko von Verstößen gegen das Kartellrecht minimiert werden. Die Unternehmen mussten angesichts der parallelen Regelung im europäischen Recht ohnehin immer damit rechnen, entsprechend bebußt zu werden.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> BVerfG, 30.6.2009, Az. 2 BvE 2/08 u.a., NJW 2009, 2267 (2289) – *Vertrag von Lissabon*. Anders noch BVerfG, 25.10.1966, Az. 2 BvR 506/63, NJW 1967, 195 – *nulla poena sine culpa*. Zu diesem speziellen Fall siehe *Ost/Kallfaß/Roesen*, NZKart 2016, 447 (457 f.).

<sup>27</sup> BVerfG, 26.02.1997, Az. 1 BvR 2172/96, NJW 1997, 1841.

<sup>28</sup> *Gerhold* in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.10.2016, Einleitung Rn. 33.

<sup>29</sup> Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 18/10207, S. 84; BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 3.

<sup>30</sup> So aber *Brettel/Thomas*, WuW 2016, 336 (340 f.); die Erforderlichkeit verneinend ebenfalls DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 6.

<sup>31</sup> *Ost/Kallfaß/Roesen*, NZKart 2016, 447 (452).

#### **d. Europäische Vorgaben**

Ob das europäische Recht sogar im Sinne des Effektivitätsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 197 AEUV) die Neuregelungen erfordert, damit die praktische Wirksamkeit der Kartellrechtsdurchsetzung gesichert wird, kann dahin gestellt bleiben.<sup>32</sup> Es ist aber in europarechtlicher Hinsicht ein positives Signal, wenn das deutsche Recht nun auch den europäischen Unternehmensbegriff übernimmt. Das beseitigt Ungleichheiten im Binnenmarkt, da bei Anwendung durch die Kommission und in vielen nationalen Kartellrechtsordnungen auf genau diesen Begriff abgestellt wird.<sup>33</sup> Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Sanktionierung lediglich davon abhängt, welche Behörde einen Fall aufgreift.<sup>34</sup>

Die europäische Kartellrechtsanwendung wird durch den EuGH zunehmend grundrechtlich durchdrungen. Sollte sich daraus eine neue Sicht auf die Zurechnung mit Hilfe des europäischen Unternehmensbegriffs ergeben, muss das Bundeskartellamt in seiner Praxis diese Rechtsprechung berücksichtigen (vgl. Art. 51 GR-Charta).

#### **2. § 81 Abs. 3b GWB-E**

Hält man die Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit im Sinne des § 81 Abs. 3a GWB für vereinbar mit Verfassungsrecht, dann bestehen auch gegenüber § 81 Abs. 3b GWB-E keine Bedenken.

Neben den grundsätzlichen Bedenken gegenüber der Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit wird in der Regelung des § 81 Abs. 3b GWB-E ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gesehen, da sie keine Begrenzung des Haftungsumfangs vorsehe.<sup>35</sup> Auch Kritiker der Neuregelung haben diesbezüglich jedoch teilweise keine Bedenken, da eine Haftungsbegrenzung im Sinne des § 30 Abs. 2a S. 2 OWiG bei den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge nach dem Umwandlungsgesetz einen Fremdkörper darstelle.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Ablehnend *Brettel/Thomas*, WuW 2016, 336 (339 f.); bejahend *Ost/Kallfaß/Roesen*, NZKart 2016, 447 (452 f.). Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2012, 3 ff.

<sup>33</sup> *Ost/Kallfaß/Roesen*, NZKart 2016, 447 (452); vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Strafrechtliche Sanktionen, 2016, BT-Drucks. 18/7508, Rn. 127.

<sup>34</sup> *Ost/Kallfaß/Roesen*, NZKart 2016, 447 (452).

<sup>35</sup> *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1870); BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, S. 15.

<sup>36</sup> DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 12.

### 3. § 81 Abs. 3c GWB-E

Auch die Neuregelung des § 81 Abs. 3c GWB-E wird teilweise analog zur Kritik an § 81 Abs. 3a GWB-E als zu weitgehend, zu unbestimmt und unangemessen kritisiert.<sup>37</sup>

Der Begriff der wirtschaftlichen Nachfolge ist angesichts der Auslegungsmöglichkeiten bei Neuregelungen und der europäischen Konturierung nicht zu unbestimmt.

Kritisiert wird auch, dass bei den von dieser Norm besonders erfassten *asset deals*, also der Übertragung eines Unternehmens durch die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände, dem Veräußerer der Kaufpreis verbleibe. Die Haftung müsse dort anknüpfen, nicht an den Vermögensgegenständen.<sup>38</sup> Das leuchtet durchaus ein, würde aber wiederum Folgeprobleme aufwerfen (etwa wenn der Veräußerer nur einen symbolischen Kaufpreis erhält). Die Überlegung ist jedenfalls nicht so zwingend, dass daraus eine Rechtswidrigkeit der Neuregelung gefolgert werden könnte. Möglicherweise ließe sich hier aber eine passgenauere Regelung in Anlehnung an Vorschläge des DAV finden.<sup>39</sup>

### 4. § 81 Abs. 3e GWB-E

Der Gesamtschuldnerausgleich stellt nach Ansicht von Kritikern der Neuregelung eine eigene Ahndung dar, die in dieser Form nicht vorgesehen werden könne.<sup>40</sup>

Man kann die Gesamtschuldanordnung aber auch als einen hilfstechnischen Ausgleichsmodus begreifen. Ein Verfassungsverstoß liegt dann nicht vor. Er soll gerade eine doppelte Inanspruchnahme des verantwortlichen Unternehmens vermeiden und trägt damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung.

### 5. § 81a GWB-E

§ 81a GWB-E wird u.a. wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot in Art. 103 Abs. 2 GG als verfassungswidrig kritisiert.<sup>41</sup> Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot liegt vor,

---

<sup>37</sup> Vgl. DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 13 f.; BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, S. 15 f.; *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1870).

<sup>38</sup> DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 13 f.; BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, S. 15 f.; VCI, Überlegungen zu den geplanten Bußgeldregeln nach der 9. GWB-Novelle, 2017, S. 4 f.

<sup>39</sup> DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 14.

<sup>40</sup> BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, 2016, S. 16.

<sup>41</sup> *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1871) unter Verweis auf BGH, 16.12.2014, Az. KRB 47/13, NJW 2015, 2198 (2199); ebenso *Mäger/Schreitter*, DB 2016, 2159 (2164); BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, 2016, S. 17.

wenn ein Verhalten bebußt wird, das zum Tatzeitpunkt nicht bußgeldbewehrt war, oder wenn der Unrechtsgehalt nachträglich höher bewertet wird.<sup>42</sup>

In der Tat besteht im Zweifel nur eine lose Verbindung des nach § 81a GWB-E haftenden Verbands zur Tat. Allerdings lässt sich auch, wie in der Gesetzesbegründung, argumentieren, dass den Haftenden in diesem Fall kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf (eine staatliche „Pflichtenmahnung“) trifft, sondern lediglich eine Art Sicherung der Bußgeldschuld bei sich ändernden Personenverhältnissen vorgenommen wird.<sup>43</sup> Dann jedoch stellt sich wiederum die Frage, ob die Anknüpfung bei diesem Verband angemessen ist. Dafür müsste eine ausreichende sachliche Verbindung zwischen Kartelltat und Haftendem vorliegen. Diese dürfte dann gegeben sein, wenn der (hypothetische) wirtschaftliche Profit aus dem Kartell sich im Vermögen des Haftenden wiederfinden lassen müsste. Sollte dafür eine Vermutung streiten, dürfte das BVerfG die Norm als rechtmäßig anerkennen.

### III. Systematische Analyse

Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive wird kritisiert, dass die Neuregelungen zwei Prinzipien des Gesellschaftsrechts missachten, nämlich Rechtsträgerprinzip und Trennungsprinzip.<sup>44</sup> Die Einheit der Rechtsordnung wird durch die Neuregelung durchbrochen. Auf diese systematischen Spannungen wurde bereits hingewiesen. Sie sind im Verhältnis von Kartellrecht und Gesellschaftsrecht nicht neu; sie lassen sich auch nicht auflösen. Das Gesellschaftsrecht hat das überkommene Ordnungswidrigkeitenrecht auf seiner Seite, das historisch seinen Aufschwung mit Straßenverkehrsdelikten nahm.<sup>45</sup> Es mag für das Vorgehen gegen Fußgänger, die eine rote Ampel missachten, geeignet sein. Für komplexe Unternehmensverflechtungen und Bußgelder in Millionenhöhe ist das OWiG aber nicht geschaffen. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass „der Sanktionsapparat zur Ahndung von Wirtschaftskriminalität gegenüber Unternehmen in Deutschland (...) nicht zeitgemäß [ist].“<sup>46</sup> Diesen Missstand kann eine GWB-Novelle nicht beheben.

Das deutsche Kartellrecht orientiert sich mit der Neufassung stärker an der europarechtlichen Kartellrechtsdogmatik als an der deutschen Gesellschaftsrechtsdogmatik. Das ist aus

---

<sup>42</sup> BVerfG, 26.2.1969, Az. 2 BvL 15, 23/68, NJW 1969, 1059 (1061). Vgl. *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Stand September 2016, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 235.

<sup>43</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 95. Ebenso BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 8.

<sup>44</sup> Vgl. DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 6; BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, 2016, S. 8 f.

<sup>45</sup> Vgl. *Gerhold* in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.10.2016, Einleitung Rn. 18.

<sup>46</sup> *Grützner*, CCZ 2015, 56 (57) unter Verweis auf entsprechende Feststellungen in Gesetzgebungsvorschlägen des Landes NRW und des Bundesverbands der Unternehmensjuristen.

ökonomischen Gründen ebenso sinnvoll wie aus rechtlichen Gründen, da die deutschen Normen zur Durchsetzung europäischen Kartellrechts herangezogen werden. Gerade bei Kartellbußgeldern ist in der deutschen Praxis fast immer von Rechts wegen der Verstoß gegen Art. 101 AEUV zu prüfen. Der Entwurf stärkt die Binnensystematik des GWB, da auch § 81 Absatz 4 Satz 3 GWB hinsichtlich der Bußgeldbemessung auf den europäischen Unternehmensbegriff abstellt (und mit der Novelle möglicherweise auch das Schadensersatzrecht). Abzuwarten bleibt, ob damit auch andere Aspekte des europäischen Unternehmensbegriffs ins deutsche Recht übernommen werden, etwa die Reduktion des Unternehmensbegriffs bei reinem Nachfrageverhalten (*Fenin*-Rechtsprechung).<sup>47</sup>

Wer, wie *Weck*, das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip ohnehin nur für das Zivilrecht anerkennt, kann die systematische Friktion vernachlässigen.<sup>48</sup>

#### **IV. Wettbewerbspolitische Anmerkungen**

Auch bei den Kritikern der Neuregelung ist unbestritten, dass die „Wurstlücke“ einer Schließung bedarf. Die Regelungen sind nicht in ihrer grundsätzlichen Zielrichtung umstritten, sondern in ihrer handwerklichen Umsetzung und in ihrer Reichweite. Diese Aspekte wurden in den voran gegangenen Teilen beleuchtet. Eine unmittelbare Auswirkung auf Effizienz und Innovationskraft in der Volkswirtschaft ergibt sich aus den Vorschlägen nicht.

Im Sanktionenrecht stellen sich aber durchaus noch wettbewerbspolitische Fragen, etwa ob Compliance-Maßnahmen stärker berücksichtigt werden sollten, z.B. durch eine Bußgeldminderung,<sup>49</sup> oder ob es strafrechtlicher Sanktionen bedarf.<sup>50</sup> Beide Themen bedürften vor einer Regelung jedoch noch intensiver Prüfung.

---

<sup>47</sup> Vgl. EuGH, 1.7.2006, Rs. C-205/03 P, WuW/E EU-R 1213 – *Fenin*. Vgl. *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 27 ff.

<sup>48</sup> *Weck*, NZG 2016, 1374 (1377).

<sup>49</sup> Dazu etwa *Thomas/Brettel*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016.

<sup>50</sup> Dazu etwa Monopolkommission, Sondergutachten Strafrechtliche Sanktionen, 2016, BT-Drucks. 18/7508.

## D. Schadensersatzrecht

Ausgangspunkt der Gesetzesnovelle ist die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU zum Kartellschadensersatz. Öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung spielen in den Augen des europäischen Gesetzgebers eine „gleichermaßen wichtige Rolle“.<sup>51</sup> Nur ein Zusammenspiel wirksamer privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung könne einen effizienten Schutz des unverfälschten Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt gewährleisten.<sup>52</sup> Die Aufwertung der privaten Rechtsdurchsetzung ist eine der bedeutsamsten Entwicklungen des Kartellrechts; sie verändert das Rechtsgebiet fundamental. Private Marktteilnehmer und Zivilgerichte werden zu Akteuren, die eine ähnliche Prägekraft für das Rechtsgebiet entfalten wie die spezialisierten Kartellbehörden und -senate.

### I. Einführung und wesentliche Änderungen

Das Kartellschadensersatzrecht soll materiell-rechtlich in §§ 33a bis 33h GWB-E geregelt werden, prozessuale Ergänzungsvorschriften finden sich in §§ 89 b- 89e GWB-E. Materiell-rechtlich sind folgende Neuerungen beabsichtigt:

- § 33 GWB-E regelt (ohne inhaltliche Änderung) nur noch den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch und stellt in Absätzen 3 und 4 die Aktivlegitimation fest. Der Passivlegitimierte wird als „Rechtsverletzer“ benannt.
- § 33a Abs. 1 GWB-E entspricht § 33 Abs. 3 S. 1 GWB. Neu ist die gesetzliche Statuierung einer widerleglichen Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat (§ 33 Abs.2 S. 1 GWB-E).
- § 33b GWB-E (Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen für den Schadensersatzprozess) entspricht § 33 Abs. 4 GWB.
- § 33c GWB-E stellt einerseits klar, dass der Einwand der Schadensabwälzung möglich ist. Andererseits wird gemäß § 33c Abs. 2 GWB-E zugunsten mittelbarer Abnehmer gesetzlich vermutet, dass der Schaden auf sie weitergewälzt wurde.
- § 33d GWB-E regelt die gesamtschuldnerische Haftung und den Innenregress der Schädiger. Die gesetzliche Klarstellung gemäß § 33d Abs. 1 GWB-E, wonach als Gesamtschuldner haftet, wer die Zuwiderhandlung gemeinschaftlich begeht, entspricht der

---

<sup>51</sup> Richtlinie 2014/104/EU, ABl. L Nr. 349 vom 5.12.2014, S. 1 ff., Rn. 2.

<sup>52</sup> Richtlinie 2014/104/EU, ABl. L Nr. 349 vom 5.12.2014, S. 1 ff., Rn. 6.

Rechtsprechung des BGH.<sup>53</sup> § 33d Abs. 3 bis 5 GWB-E sieht eine Haftungsprivilegierung kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) vor.

- § 33e GWB-E führt die Haftungsprivilegierung von Kronzeugen ein. Der Kronzeuge soll gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten vollumfänglich, gegenüber sonstigen Geschädigten bloß subsidiär haften. Auch auf das Innenverhältnis zwischen mehreren Schädigern wird diese Privilegierung übertragen.
- § 33f GWB-E regelt die Berücksichtigung von Vergleichen. Rechtsverletzer und Geschädigte sollen ermutigt werden, Streitigkeiten einvernehmlich beizulegen.<sup>54</sup>
- § 33g GWB-E gibt sowohl vermeintlich Geschädigten (Abs. 1) als auch Beklagten (Abs. 2) einen Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften. Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen bleiben aber ausgenommen.
- § 33h GWB-E regelt schließlich die Verjährung.

In §§ 89b bis 89e GWB-E werden die prozessualen Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs nach § 33g geregelt.

## II. Rechtmäßigkeitskontrolle

Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Der deutsche Gesetzgeber ist demnach verpflichtet, die Richtlinie innerhalb der gesetzten Frist zielkonform umzusetzen. Dort wo ihm die Richtlinie Spielräume lässt, kann er diese ausnutzen.

Seit Verabschiedung der Richtlinie ist deren Umsetzung in deutsches Recht mit gewichtigen Beiträgen intensiv diskutiert worden.<sup>55</sup> Die Bundesregierung hat diese Diskussion teilweise aufgegriffen. Im Folgenden werden daher nur noch einzelne Schwerpunkte der Richtlinienkonformität der Umsetzung thematisiert.

---

<sup>53</sup> BGH, 28.6.2011, KZR 75/10, Rn. 80.

<sup>54</sup> Erwägungsgrund 52 der Richtlinie.

<sup>55</sup> Vgl. *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, 2016, abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2853434](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2853434). *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), 2015; *Kersting*, WuW 2016, 329; *ders.*, WM 2014, 564; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011; *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155; *Lettl*, WRP 2015, 537; *ders.*, WM 2016, 1961; *Hoffmann*, NZKart 2016, 9; *Roth*, GWR 2015, 135; *Klotz*, Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht, 2016; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7; *Lübbig/Mallmann*, NZKart 2016, 518; *Rother*, NZKart 2017, 1; *Könen*, NZKart 2017, 15; *Badtke/Lang*, WuW 2016, 276; *Petrasincu*, WuW 2016, 330; *Gussone*, WuW 2016, 393; *Stomper*, WuW 2016, 410; *Beninca*, WuW 2016, 521; *von Hülsen/Kasten*, NZKart 2015, 296; *Suchsland/Rossmann*, WuW 2015, 973.

## 1. § 33a GWB-E

§ 33a Abs. 1 GWB-E normiert die Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes.

### a. *Passivlegitimation*

Die Passivlegitimation ist im Regierungsentwurf nicht explizit geregelt. Die Passivlegitimation ist gerade im Kartelldeliktsrecht von großer praktischer Bedeutung, da sich hieran die Frage entzündet, ob etwa eine – in der Regel solvente – Muttergesellschaft Schadensersatz für Fehlverhalten von Organen etwaiger Tochtergesellschaften leisten muss.

Grundsätzlich sind die Adressaten des Kartellverbots „die Unternehmen“. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist damit jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung gemeint.<sup>56</sup> Auch im deutschen Kartellrecht geht die Praxis von einem funktionalen, dem europäischen Verständnis aber nicht zwingend entsprechenden Unternehmensbegriff aus. Eine sog. Konzernhaftung, wonach eine Konzernmutter verschuldensunabhängig und akzessorisch für Fehlverhalten der Organe der Tochter haftet, erkennt die Rechtsprechung in Deutschland bislang nicht an.<sup>57</sup> Es gilt das Trennungsprinzip.

Im Bußgeldrecht wird der europäische Unternehmensbegriff in § 81 GWB-E adaptiert.

Ob die Richtlinie zwingend voraussetzt, den europäischen Unternehmensbegriff in das Umsetzungsgesetz aufzunehmen, ist Gegenstand der Diskussion. In der Literatur wird vielfach vertreten, dass ein Gebot zur Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffes bestehe bzw. der Entwurf den Begriff faktisch sogar übernehme.<sup>58</sup> Tatsächlich legt Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie ein solches Verständnis nahe. Danach ist zu gewährleisten, dass jeder vom zuwiderhandelnden *Unternehmen* Schadensersatz verlangen und wirksam geltend machen kann. Auch die Verweisung des § 33a Abs. 1 GWB-E auf § 33 Abs. 1 GWB-E spreche für die Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs.<sup>59</sup> Der in § 33 Abs. 1 GWB-E verwendete Begriff des „Rechtsverletzers“ sei europäisch vorgeprägt, da er auf Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie – dort ist der Begriff als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, definiert – Bezug nehme und § 33a Abs. 1 GWB-E somit indirekt auf den europäischen Unternehmensbegriff verweise.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> EuGH, 23.4.1991, Rs. C-41/90, ECLI:EU:1991:161, Rn. 21 – *Höfner*.

<sup>57</sup> LG Berlin, 6.8.2013, Az. 16 O 183/11 Kart, WuW 2014, 1240 (1250 f.); LG Düsseldorf, 8.9.2014, Az. 37 O 27/11, NZKart 2016, 490 (491).

<sup>58</sup> *Kersting*, WuW 2016, 329; *ders.* WuW 2014, 564 (565 f.); *Gussone*, WuW 2016, 393; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (8).

<sup>59</sup> *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, 2016, S. 7 f., abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2853434](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2853434).

<sup>60</sup> *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, 2016, S. 8.

Gegen die Einführung einer solchen Konzernhaftung wird u.a. eingewandt, dass die Richtlinie keinerlei Vorgaben hinsichtlich eines bestimmten Haftungsmodells vorschreibt.<sup>61</sup> Tatsächlich scheint die Richtlinie es nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber das nationale Recht so ausgestalten kann, dass nur einzelne Personen oder teilrechtsfähige Organisationsstrukturen in Anspruch genommen können, wenn zusätzliche Voraussetzungen – etwa ein zurechenbares Verschulden – statuiert werden.<sup>62</sup>

Im Rahmen der Richtlinienumsetzung bedeutet das, dass es einer expliziten Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs im Gesetzestext selbst nicht bedarf.<sup>63</sup> Ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers zum europäischen Unternehmensbegriff wäre an diesem Punkt – wie für die gesamte Novelle – in der Gesetzesbegründung wünschenswert. Sonst sind die Anwender zur richtlinienkonformen Auslegung berufen.<sup>64</sup> Der Umstand, dass der Gesetzgeber, in Kenntnis der bestehenden Unklarheiten, die Passivlegitimation offen gelassen hat, könnte dazu führen, dass die Gerichte sich tendenziell eher dem „deutschen“ Verständnis verschreiben, auch wenn – gerade in Zusammenschau mit § 81 GWB-E – eine Anerkennung des europäischen Unternehmensbegriffs systematisch sauberer wäre.

### **b. Schadensvermutung**

§ 33a Abs. 2 und Abs. 3 GWB-E setzen die Vorgaben des Art. 17 der Richtlinie um. Abs. 2 regelt die widerlegliche Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat. Die Definition des Kartells im Abs. 2 S. 2 und S. 3 entspricht der des Art. 2 Nr. 14 der Richtlinie. Auch die in Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie vorgeschriebene Möglichkeit der richterlichen Schadensschätzung ist in § 33a Abs. 3 S. 1 GWB-E, der auf § 287 ZPO verweist, vorgesehen.

## **2. § 33c GWB-E**

Der Einwand der Schadensabwälzung stellt ein zentrales Regelungsproblem des Kartellschadensersatzrechts dar: Einerseits entspricht es dem schadensersatzrechtlichen Kompensationsprinzip, dass nur solche Schäden ausgeglichen werden, die tatsächlich entstanden sind. Der Rechtsverletzer muss sich also durch den Hinweis auf einen fehlenden Schaden des Klägers entlasten können. Andererseits kann genau das dazu führen, dass sich die Rechtsverletzung in

---

<sup>61</sup> *Thomas/Legner*, NZKart 2015, 155 (156).

<sup>62</sup> Monopolkommission, 21. Hauptgutachten, 2016, Rn. 102.

<sup>63</sup> Vgl. Monopolkommission, 21. Hauptgutachten, 2016, Rn. 104.

<sup>64</sup> *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, 2016, S. 7.

Streuschäden verliert. Bei Streuschäden (etwa geringfügige überhöhte Preise für den Endkonsumenten) besteht ohne kollektive Rechtsdurchsetzung in der Regel kein wirksamer Anreiz zur Geltendmachung des Schadens, was der Zielsetzung der Richtlinie entgegenläuft. Dieser Spannung entspringt die Zuweisung der Rechtspositionen in Artt. 12 ff. der Richtlinie und § 33c GWB-E zwischen Rechtsverletzer und mittelbarem Abnehmer: Abs. 1 stellt entsprechend Art. 13 der Richtlinie klar, dass der Rechtsverletzer den Einwand der Schadensabwälzung geltend machen kann (sog. *passing-on defence*). Gemäß Abs. 2 ist dem Grunde nach zugunsten des mittelbaren Abnehmers zu vermuten, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde, vgl. Art. 14 der Richtlinie. Die Vermutung kann gemäß § 33c Abs. 3 GWB-E widerlegt werden, wenn „glaubhaft gemacht wird“, dass keine Schadensabwälzung stattfand (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie).

Die Regelung verhindert nicht, dass der Rechtsverletzer mehrfach in Anspruch genommen wird, z.B. von Unternehmen auf verschiedenen Stufen in einer Vertriebskette. So entsteht die Gefahr einer Überkompensation, die nach Art. 15 der Richtlinie ausgeschlossen werden muss.<sup>65</sup> Im Gesetzentwurf wird das Problem nicht weiter geregelt, was in Art. 15 aber auch nicht verlangt ist, da dort allgemein auf Regelungen des nationalen Rechts verwiesen wird. Als solche kann in Deutschland die freie Beweiswürdigung nach § 286 ZPO angesehen werden.<sup>66</sup> Das ist eine äußerst vage Auflösung des Konflikts, die aber mit Art. 15 der Richtlinie vereinbar ist.

Nach der Regelung im Regierungsentwurf ist nicht ausgeschlossen, dass sich der Rechtsverletzer durch Nachweis der Schadensweiterwälzung faktisch einer Haftung entzieht, da die Streuschäden dann nicht eingeklagt werden. Damit käme es zu einer Nicht-Haftung, die nach Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie gerade verhindert werden soll.<sup>67</sup> Diese Möglichkeit liegt aber in der Logik der Richtlinie. Abhilfe dagegen würden nur kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten bieten, die aber in der Richtlinie nicht vorgesehen sind.<sup>68</sup> Die Europäische Kommission hat es insoweit bei einer Empfehlung belassen.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Vgl. BDI, Stellungnahme zum Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3.11.2016, S. 22; *Stomper*, WuW 2016, 410 (413 ff).

<sup>66</sup> Vgl. *Stomper*, WuW 2016, 410 (413).

<sup>67</sup> *Petrasincu*, WuW 2016, 330 (331 f.); *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011.

<sup>68</sup> Vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie

<sup>69</sup> KOM, Empfehlung v. 11.6.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. L Nr. 201 v. 26.7.2013, S. 60.

### 3. § 33e GWB-E

Die Haftungsprivilegierung von Kronzeugen in § 33e GWB-E trägt den Vorgaben des Art. 11 Abs. 4 bis 6 der Richtlinie Rechnung. Sind die Ansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer verjährt, ist auch ein Anspruch gegenüber dem Kronzeugen ausgeschlossen, vgl. Abs. 2. Der Gesetzgeber bezweckt damit, die Inanspruchnahme der nach § 33 Abs. 1 S. 2 GWB-E subsidiär haftenden Kronzeugen für Schäden, die wegen Verjährung nicht mehr gegenüber den anderen Rechtsverletzern durchsetzbar sind, zu verhindern. Die Richtlinie beinhaltet diese Privilegierung nicht. Durch die Regelung sichert der deutsche Gesetzgeber aber letztlich die durch die Richtlinie vorgeschriebene Privilegierung des Kronzeugen zusätzlich ab.<sup>70</sup>

### 4. § 33g GWB-E

Die Einführung eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften in § 33g GWB-E zählt zu den politisch besonders umstrittenen Regelungen des Kartellschadensersatzes.

Die Herausgabe von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen ist gemäß § 33g Abs. 4 GWB-E ausgeschlossen. Umstritten ist, ob Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie, der durch § 33g Abs. 4 GWB-E umgesetzt wird, mit europäischem Primärrecht im Einklang steht.<sup>71</sup> Anknüpfungspunkt dieser Zweifel ist die Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat die Herausgabe von Kronzeugenunterlagen bislang stets an eine Einzelfallabwägung gekoppelt.<sup>72</sup> Durch die Richtlinie wird ein Anspruch auf Herausgabe von Kronzeugenerklärungen jedoch pauschal ausgeschlossen, ohne dass eine Einzelfallabwägung daran etwas ändern könnte. Es ist jedoch Aufgabe des EuGH die Rechtswidrigkeit einer Vorschrift in der Richtlinie festzustellen. Solange die Norm nicht für nichtig erklärt wurde, muss sie zunächst umgesetzt werden. Der Entwurf entspricht damit den Vorgaben der Richtlinie.

### 5. § 186 Abs. 4 GWB-E

Die 7. GWB Novelle schwieg hinsichtlich der zeitlichen Anwendbarkeit der Änderungen, die sie für das Kartellschadensersatzrecht mit sich brachte.<sup>73</sup> Die Frage der Anwendbarkeit wurde

---

<sup>70</sup> Kritisch *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, 2016, S. 19 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Monopolkommission, 21. Hauptgutachten, 2016, S. 22, Rn. 68; eindeutig für die Annahme der Primärrechtswidrigkeit: *Kreße*, WRP 2016, 567, Rn. 34; *Badtke/Lang*, WuW 2016, 276 (284); *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (9); *Kersting*, WuW 2014, 564 (566 f.).

<sup>72</sup> EuGH, 4.6.2011, C-360/09, ECLI:EU:2011:389, Rn. 30 f. – *Pfleiderer*; 6.6.2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 34 – *Donau Chemie u.a.*

<sup>73</sup> *Scherzinger*, NZKart 2016, 513.

in der Folge Gegenstand gerichtlicher Verfahren.<sup>74</sup> Dabei gilt grundsätzlich: Schuldverhältnisse sind materiell nach demjenigen Recht zu beurteilen, welches zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses galt.<sup>75</sup> Änderungen des Prozessrechts hingegen betreffen auch schwebende Verfahren.<sup>76</sup>

Hinsichtlich der zeitlichen Anwendbarkeit sieht Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie vor, dass die materiell-rechtlichen Vorschriften, die erlassen werden, keine rückwirkende Geltung haben dürfen. Hinsichtlich prozessualer Vorschriften muss der Mitgliedstaat gem. Art. 22 Abs. 2 der Richtlinie sicherstellen, dass die Normen vor dem 26.12.2014 keine Geltung entfalten.

§ 186 Abs. 4 GWB-E ordnet an, dass § 33c Abs. 2 bis 5 und § 33g sowie die §§ 89b bis 89e in Rechtsstreiten anzuwenden sind, in denen nach dem 26.12.2016 (dem letztmöglichen Umsetzungstermin der Richtlinie) Klage erhoben wurde. Auf den ersten Blick mag diese Regelung verwundern, da §§ 33c Abs. 2 bis 5 und § 33g GWB-E im deutschen Recht materiell-rechtlich ausgestaltet wurden und damit neues materielles Recht für Schuldverhältnisse gilt, die in der Vergangenheit begründet wurden. In der Richtlinie sind diese Regelungen jedoch prozessual ausgestaltet. Diesen Umstand scheint der Gesetzgeber würdigen zu wollen. Es scheint jedoch mit dem gewählten Vorgehen nicht ausgeschlossen, dass es zu aufwändigen gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Frage des anwendbaren Rechts kommt.

Offen bleibt jedoch, wieso der Gesetzgeber die Vermutung des § 33c Abs. 2 GWB-E, nicht aber die Vermutung des § 33a Abs. 2 GWB-E in die Regelung des § 186 Abs. 4 GWB-E mit einbezieht. Empfehlenswert wäre es, diesbezüglich Klarheit zu schaffen.<sup>77</sup>

### III. Systematische Analyse

Die Erleichterung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist eine systematische Verstärkung des zweiten Pfeilers der Kartellrechtsdurchsetzung. Mit der Richtlinienumsetzung wird das Kartellrecht noch stärker als bislang im Privatrecht verankert. Mit der steigenden Zahl an Entscheidungen von Zivilgerichten wird das Kartellrecht stärker durch den Blick der Zivilgerichtsbarkeit geprägt werden. Die ordentlichen Gerichte werden im Vergleich zu den hochspezialisierten Kartellbehörden und Kartellsenaten andere Akzente setzen.<sup>78</sup> Das Verhältnis von priva-

---

<sup>74</sup> Vgl. nur OLG Karlsruhe, 27.8.2014, 6 U 115/11, Rn. 187.

<sup>75</sup> OLG Karlsruhe, 31.7.2013, 6 U 51/12, NZKart 2014, 366 (367).

<sup>76</sup> Musielak/Voit, ZPO, 2016, Einl., Rn. 13.

<sup>77</sup> Vgl. Scherzinger, NZKart 2016, 513 (515).

<sup>78</sup> Ein Beispiel liefert das OLG Celle mit seiner Auslegung der Spürbarkeit bei vertikalen Beschränkungen, OLG Celle, 7.4.2016, Az. 13 U 124/15 (Kart), WuW 2016, 307 – *Rabattaktion*,

ter und behördlicher Rechtsdurchsetzung wird in Richtlinie und Novelle vor allem beim Akteneinsichtsrecht und bei der Privilegierung von Kronzeugen deutlich. Hier hat sich der europäische Richtliniengeber entschieden, primär die behördliche Durchsetzung zu schützen.

In systematischer Hinsicht vermengt die Umsetzung gelegentlich materiell-rechtliche und prozessuale Termini (z.B. „Glaubhaftmachung“).<sup>79</sup> Das führt zu Irritationen, etwa wenn es – wie bei der zeitlichen Anwendbarkeit – auf diese Unterscheidung ankommt. Das deutsche Recht mit seinen scharf gezogenen Konturen kollidiert hier mit dem weniger dogmatisch strengen europäischen Recht. Rechtsstreitigkeiten, welches Verständnis Vorrang beansprucht, sind durch die Neuregelung nicht ausgeschlossen. Konflikte müssen richtigerweise zugunsten des europäischen Ansatzes gelöst werden.

#### IV. Wettbewerbspolitische Anmerkungen

Bei der Umsetzung hat der Gesetzgeber nur in geringem Umfang von bestehenden Handlungsspielräumen Gebrauch gemacht und sich oftmals eng am Wortlaut der Richtlinie orientiert. Für wettbewerbspolitische Einschätzungen hinsichtlich zwingender Vorgaben der Richtlinie ist der deutsche Gesetzgeber nicht der richtige Adressat.

Etwas anderes gilt für den Offenlegungsanspruch in § 33g GWB-E und den damit zusammenhängenden prozessualen Vorschriften. Hier geht der Gesetzesentwurf über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Insbesondere § 33g GWB-E hält teils „revolutionäre“ Neuerungen bereit: Der Auskunftsanspruch des § 33g Abs. 1 GWB-E, der bereits vor Klageerhebung geltend gemacht werden kann, könnte eine Annäherung an die – aus dem US-Recht bekannte – *pre-trial discovery* bedeuten. Die Verfahrensregelung in § 89b Abs. 5 könnte dies zusätzlich befeuern. Danach kann gegen denjenigen, der Adressat einer bindenden behördlichen Entscheidung i.S.d. § 33b GWB-E ist, im Wege der einstweiligen Verfügung auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO bezeichneten Voraussetzung angeordnet werden, Beweismittel herauszugeben. Praktisch bedeutet dies, dass ein „Auskunftsverfahren“ unabhängig von einem Klageverfahren und mit geringem Aufwand eingeleitet werden könnte.<sup>80</sup> Damit erhalten (vermeintlich) Betroffene ein Druckmittel, um Unternehmen in Vergleichsverhandlungen zu bewegen. Ob dies so gewollt ist, sollte noch einmal überdacht werden.

Die teilweise in der Wissenschaft geforderte Einführung einer Mindestschätzung der Schadenshöhe<sup>81</sup> ist nicht vorgesehen und von der Richtlinie auch nicht vorgeschrieben. Die Festlegung

---

<sup>79</sup> Vgl. Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011 (3013).

<sup>80</sup> Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011 (3016). Die Gerichte hingegen trifft ein hoher Aufwand, da sie sämtliche Abwägungen vornehmen müssen, vgl. § 89b Abs. 6 GWB-E.

<sup>81</sup> Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, 2016, S. 9 f.

eines pauschalen gesetzlichen Mindestschadens würde zahlreiche Probleme für die gerichtliche Praxis lösen.<sup>82</sup> Eine gesicherte empirische Basis für die Schadenshöhe bei Wettbewerbsbeschränkungen existiert jedoch nicht.<sup>83</sup> Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Schadensersatzanspruch nicht nur die häufig im Fokus stehenden Kartelle betrifft, sondern sich auch auf den Ausgleich von Schäden durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen oder den Missbrauch von Marktmacht richtet.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Umsetzung der Richtlinie grundsätzlich gelungen ist. Es ist zu erwarten, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland durch die Umsetzung der Richtlinie maßvoll gestärkt wird. Die Geltendmachung von Schadensersatz in follow-on-Klagen wird am Justizstandort Deutschland an Bedeutung gewinnen.

---

<sup>82</sup> Vgl. aus jüngster Rechtsprechung etwa LG Düsseldorf, 19.11.2015, Az. 14d O 4/14, WuW 2016, 29 – *Autoglas*; BGH, 12.7.2016, Az. KZR 25/14, WuW 2016, 488 m. Anm. *Mehrbrey/Jäger – Lottoblock II*; OLG Karlsruhe, 9.11.2016, Az. 6 U 204/15 Kart (2), WuW 2017, 43 m. Anm. *Stadtaus/Wiedeck – Feststellungsinteresse bei Kartellschadensersatz*.

<sup>83</sup> Vgl. *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe* in: Fuchs/Weitbrecht, Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung, i.E., abrufbar unter <http://www.iask.de/micro/paper/QuantD.pdf>; *Engelsing*, WuW 2007, 470 (474); KOM, Practical Guide: Quantifying Harm in Actions for Damages, Strasbourg, 11.6.2013, SWD(2013) 205, Rn. 16, 17, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_de.pdf).

## **E. Anzapfverbot, Verkauf unter Einstandspreis (§ 19 Abs. 2 Nr. 5, § 20 Abs. 3 Satz 3 GWB-E)**

Die vorgeschlagenen Änderungen im Missbrauchsrecht in § 19 Abs. 2 Nr. 5 (missbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht, sog. Anzapfverbot) und § 20 Abs. 3 Satz 3 (Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis) des Regierungsentwurfs reagieren auf Entwicklungen in der Rechtsprechung. Die Anforderungen des OLG Düsseldorf zum Anzapfverbot<sup>84</sup> und zum Verkauf unter Einstandspreis<sup>85</sup> hatten eine Durchsetzung dieser Tatbestände praktisch erschwert.<sup>86</sup> Der BGH hat die Beschwerde gegen die OLG-Entscheidung zum Anzapfverbot wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.<sup>87</sup> Die vorgeschlagenen Änderungen haben vor allem klarstellenden Charakter. Sie sind auch rechtmäßig.

In systematischer Sicht hat die Monopolkommission für eine Verschärfung des Anzapfverbots auf das europäische Recht hingewiesen.<sup>88</sup> Die von der Monopolkommission herangezogenen Aspekte (die fehlende Notwendigkeit einer Kausalität zwischen Marktmacht und Ausnutzung<sup>89</sup> sowie Art. 102 lit. a) AEUV) haben allerdings auch im europäischen Recht geringe praktische Bedeutung. Bei beiden Aspekten darf vermutet werden, dass sich hinter der zurückhaltenden Anwendung auch konzeptionelle Schwierigkeiten verbergen.

Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis stößt bei Ökonomen seit je auf Kritik, auch hinsichtlich der Bestimmbarkeit der Preise.<sup>90</sup> Gerade dies soll durch die Novellierung einfacher werden. Die gesetzliche Definition kann durch die Neuerung mit der ökonomischen Definition auseinanderfallen.

Die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Änderungen bringen für beide Tatbestände Klarstellungen mit sich und verringern die Rechtsunsicherheit im Umgang mit diesen Verboten. Beide Normen sind auch für die private Rechtsdurchsetzung gedacht. Allerdings bestehen für Unternehmen, die sich gegen entsprechende Praktiken wehren wollen, hohe Hürden, insbesondere weil sie ungern „Ross und Reiter“ nennen.<sup>91</sup> *Künstner* hat darauf hingewiesen, dass die

---

<sup>84</sup> OLG Düsseldorf, 18.11.2015, Az. VI-Kart 6/14 (V), WuW 2016, 23 ff.

<sup>85</sup> OLG Düsseldorf, 12.11.2009, Az. VI-2 Kart 9/08 OWi, juris.

<sup>86</sup> Vgl. *Eufinger/Maschmer*, WRP 2016, 561 ff.; *Alexander*, WuW 2012, 1025 (1032 f.); *Künstner*, WuW 2015, 1093 ff.

<sup>87</sup> BGH, 15.11.2016, Az. KVZ 1/16, WuW 2017, i.E.

<sup>88</sup> Monopolkommission, Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, 2016, Ziff. 201 ff.

<sup>89</sup> Zur theoretischen Diskussion siehe *Brand* in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Stand 2016, Art. 102 AEUV Rn. 151.

<sup>90</sup> Monopolkommission, Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, 2016, Ziff. 208 ff.

<sup>91</sup> Siehe schon *Küpper*, BB 1997, 1105 ff.

Problematik in Großbritannien durch ein möglicherweise besser geeignetes Ombudsmannverfahren angegangen wird.<sup>92</sup>

In beiden Fällen sollten auch an die behördliche Durchsetzung keine überhöhten Erwartungen gestellt werden. Beide Normen laufen immer auch Gefahr, erwünschte wettbewerbliche Vorstöße, nämlich harte Preis- und Konditionenverhandlungen zwischen Unternehmen und Aktionspreise im Handel, zu erschweren. Der Grat zwischen positiven und negativen Wettbewerbswirkungen ist daher besonders schmal, was die Kartellbehörden im Rahmen des Aufgreifermessens berücksichtigen werden.

---

<sup>92</sup> *Künstner*, WuW 2015, 1093, 1104.

## **F. Verbraucherrechtliche Kompetenz des Bundeskartellamts**

Eine ganz neue Dimension eröffnet die in der Fachöffentlichkeit aufgeflammete Diskussion über eine verbraucherrechtliche Kompetenz des Bundeskartellamts. Im Entwurf der Bundesregierung liegt dazu bislang keine Regelung vor. Die Ausschüsse des Bundesrats hatten in ihren Empfehlungen jedoch auf diesen Aspekt mit der Bitte hingewiesen, dem GWB eine Zielbestimmung voranzustellen, die den Verbraucherschutz berücksichtigt.<sup>93</sup> Das Bundeskartellamt führte im Oktober 2016 seine sog. Professorentagung zum Thema „Wettbewerb und Verbraucherverhalten“ durch.<sup>94</sup> Presseberichten zufolge erwägt die Bundesregierung, das Bundeskartellamt mit erweiterten Befugnissen für den Verbraucherschutz auszustatten.<sup>95</sup>

### **I. Einführung einer verbraucherrechtlichen Befugnis**

Eingeführt werden könnte eine Befugnis für das Bundeskartellamt, Zuwiderhandlungen gegen verbraucherschützende Normen, etwa aus dem UWG, dem AGB-Recht oder anderen Bereichen, abzustellen und Verstöße zu ahnden. Eine solche Norm würde sich zweckmäßigerweise auf den sog. wirtschaftlichen Verbraucherschutz beschränken, also keine technischen Verbraucherschutzvorschriften adressieren (etwa Sicherheits- oder Gesundheitsstandards).

Die Befugnis des Bundeskartellamts könnte auf bestimmte Fälle begrenzt werden. Denkbar wäre etwa, dass das Amt nur besonders schwerwiegende Verstöße aufgreifen kann. Solche könnten z.B. gekennzeichnet sein durch

- eine Vielzahl von betroffenen Verbraucherinnen und Verbrauchern,
- eine Betroffenheit besonders verwundbarer Verbraucherinnen und Verbraucher (z.B. Kinder),<sup>96</sup>
- besonders hohe Schäden,
- Ermittlungsschwierigkeiten im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung,

---

<sup>93</sup> BR, Empfehlungen der Ausschüsse vom 11.11.2016, BR-Drucks. 606/1/16, Ziff. 1. Die von den Ausschüssen des Bundesrats empfohlene Zielbestimmung ist zu Recht nicht in den Beschluss des Bundesrats übernommen worden (BR, Stellungnahme vom 25.11.2016, BR-Drucks. 606/16). Der deutschen Kodifikationstradition ist es fremd, Gesetze mit einer Zielbestimmung zu versehen. Eine solche würde möglicherweise wenig beachtet; sie könnte Auslegungsunsicherheiten provozieren, oder sie würde wirtschaftspolitische Ziele statisch festschreiben, obwohl auch das Kartellrecht immer wieder von Diskussionen über den Schutzzweck im positiven Sinn befeuert wird.

<sup>94</sup> Siehe die Dokumente unter [http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_node.html).

<sup>95</sup> Siehe <http://www.fiw-online.de/de/aktuelles/aktuelles/9.-gwb-novelle-geplantes-vorhaben-zur-staerkung-des-verbraucherschutzes-uwg-im-kartellrecht>.

<sup>96</sup> Vgl. § 3 Abs. 4 S. 2 UWG.

- wiederholt auftretende Taten, oder
- Verstöße gegen gerichtliche Verfügungen.

Erforderlich wäre eine Klärung, ob das institutionelle Design der Kartellrechtsdurchsetzung für die Verbraucherrechtsdurchsetzung nahtlos übernommen werden sollte. Dies betrifft z.B. die Frage, wer über entsprechende Verfahren entscheidet, ob die Entscheidungen unabhängig getroffen werden, und wie sie überprüft werden. Hinsichtlich der Ermittlungs-, Befugnis- und Sanktionsnormen könnte auf andere Normen des GWB verwiesen werden. Von dieser Verweisung könnten auch ungewöhnliche Instrumente wie Durchsuchungen (§ 59 GWB), Sektoruntersuchungen (§ 32e GWB) und Bußgelder (§ 81 GWB) erfasst werden.

Die Einführung der Befugnis müsste mit einer verbesserten Stellenausstattung für das Bundeskartellamt einhergehen. Beim Amt wäre zweckmäßigerweise eine neue Einheit zu bilden, die die Durchsetzung des Verbraucherrechts übernimmt. Eine Ansiedlung nach Branchen in den jeweiligen kartellrechtlichen Beschlussabteilungen empfiehlt sich wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen und möglicher unerwünschter Feedbackeffekte nicht.

Die Einführung einer verbraucherrechtlichen Befugnis zugunsten einer derart schlagkräftigen Behörde wäre ein Novum für das deutsche Verbraucherrecht ebenso wie für das Bundeskartellamt als Institution. Bislang ist die Durchsetzung des Verbraucherrechts in Deutschland ganz überwiegend der privaten Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber, Wirtschaftsverbände, Verbraucherverbände und Kammern überantwortet.<sup>97</sup>

## II. Rechtmäßigkeitskontrolle

Gegen die Einführung einer solchen Befugnis bestehen weder kompetenzielle Bedenken im Bundesstaat noch mit Blick auf die EU, die insbesondere das Sanktionsinstrumentarium bei Verstößen gegen die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken offen gelassen hat.<sup>98</sup>

## III. Praktischer Bedarf

Vor der Einführung einer neuen behördlichen Kompetenz ist zu fragen, ob dafür ein praktischer Bedarf besteht. Es gibt Anzeichen dafür, dass es bislang mit den privatrechtlichen Durchsetzungsmechanismen nicht umfassend gelingt, alle Verstöße gegen Verbraucherrecht nachhaltig

---

<sup>97</sup> Vgl. die Aktivlegitimation im UWG in § 8 Abs. 3 UWG sowie § 3 UKlaG.

<sup>98</sup> Siehe Art. 13 RL 2005/29/EG.

abzustellen. Nur erwähnt seien die Belästigung durch Spam-E-Mails,<sup>99</sup> die Missachtung datenschutzrechtlicher Einwilligungserfordernisse,<sup>100</sup> mangelnde Preistransparenz bei Angeboten im Internet,<sup>101</sup> neue digitale Werbeformen,<sup>102</sup> manipulierte Nutzermeinungen in Bewertungsportalen<sup>103</sup> oder Probleme mit Hotlines.<sup>104</sup> Den aktivlegitimierten Institutionen fehlen für ein Vorgehen offenbar Mittel, Informationen oder Anreize; Verbraucher flüchten sich in „rationale Apathie“, zumal die rein finanziell gemessenen Schäden als Streuschäden häufig für den Einzelnen geringe Bedeutung haben. Gesamtwirtschaftlich können sie jedoch sehr wohl ins Gewicht fallen.<sup>105</sup>

Im UWG ist bereits eine außergewöhnliche behördliche Befugnis vorgesehen: Gemäß § 20 kann die Bundesnetzagentur wegen unerwünschter Telefonwerbung Bußgelder verhängen. Eine Studie zur Evaluation dieser Norm im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz hat auf empirischer Basis deutlich gemacht, dass es gravierende Verstöße gegen UWG gibt, bei der die private Rechtsdurchsetzung wegen Ermittlungsschwierigkeiten versagt.<sup>106</sup> Eine Behörde, so ein Ergebnis der Studie, kann ein Massenphänomen wie unerlaubte Telefonwerbung hingegen systematisch erkennen, einordnen und bekämpfen: Durch die Informationsbündelung und -auswertung werden Täterstrukturen erkennbar; Kampagnen werden überhaupt als solche erkannt. Der Telefonanruf bei einem einzelnen Verbraucher wird dank behördlicher Perspektive zu einem mit Streuschäden vergleichbaren Belästigungskomplex. Die Bundesnetzagentur kann als Behörde technisches und regulatorisches Know how aufbauen und Verstöße wesentlich effizienter ermitteln und ahnden, als es im Wege der Unterlassungsklagen des UWG möglich wäre. Mit dem zuständigen Referat der Bundesnetzagentur gibt es eine zentrale Anlaufstelle, die das Thema bearbeitet, seine Entwicklung verfolgt, neue Gefahren identifiziert und mit anderen Behörden, auch international, kooperieren kann.

---

<sup>99</sup> Für ein flankierendes Behördenmodell in diesem Kontext bereits *Groh*, GRUR 2015, 551. Ebenso *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluation des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017 (noch unveröffentlicht).

<sup>100</sup> Das Bundeskartellamt ist wegen Datenschutzverstößen in den Nutzungsbestimmungen eines sozialen Netzwerks bereits jetzt im Rahmen seiner bisherigen Befugnisse tätig geworden, BKartA, PM 2.3.2016, abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilung/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilung/2016/02_03_2016_Facebook.html).

<sup>101</sup> Dieses Beispiel nennt das Bundeskartellamt selbst, BKartA, Wettbewerb und Verbraucherverhalten, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 6.10.2016, S. 27 f.

<sup>102</sup> Vgl. *Robak*, ZVertriebsR 2015, 83 ff.; *Lichtmecker*, GRUR 2013, 135 ff.; *Leitgeb*, ZUM 2009, 39 ff.

<sup>103</sup> Vgl. etwa BGH, 19.3.2015, Az. I ZR 94/13 – *Hotelbewertungsportal*; BGH, 1.3.2016, Az. VI ZR 34/15 – *Arztbewertung III*.

<sup>104</sup> Vgl. den Test der Zeitschrift CHIP, abrufbar unter [http://www.chip.de/artikel/Hotlinetest-2015-Hotlines-von-250-Anbietern-im-Check\\_75479129.html](http://www.chip.de/artikel/Hotlinetest-2015-Hotlines-von-250-Anbietern-im-Check_75479129.html).

<sup>105</sup> Vgl. *Weber*, VuR 2013, 323 (325).

<sup>106</sup> *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluation des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017 (noch unveröffentlicht).

Der wesentliche praktische Vorteil der Befassung einer Behörde mit diesen Themen ist also ihre Ermittlungs- und Durchsetzungsstärke, die in privater Rechtsdurchsetzung nicht erreicht werden kann.

Bei kriminellen Geschäftspraktiken geraten aber auch Behörden an ihre Grenzen, etwa wenn massenhaft Spam über ausländische Server nach Deutschland geleitet wird oder illegale Telefonwerbung von Call-Centern im Ausland betrieben wird.<sup>107</sup> Selbst in solchen Fällen ist die Existenz einer speziellen Behörde jedoch hilfreich, da diese mit Strafverfolgungsbehörden und anderen Institutionen im In- und Ausland einfacher kooperieren kann als ein Zivilgericht oder ein Verbraucherverband es vermögen.

Erkennt man aufgrund solcher und anderer Probleme Regelungsbedarf, stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Befugnis inhaltlich auf einen Teilbereich beschränkt werden sollte. In der Diskussion ist, eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts nur für den Digital-Bereich zu begründen.

Eine solche Beschränkung scheint jedoch aus drei Gründen nicht sachgerecht: Erstens sind Verstöße im Online-Bereich nicht per se schwerwiegender als Verstöße im Offline-Bereich. Zweitens wachsen online und offline derart stark zusammen, dass eine sachgerechte Differenzierung immer schwieriger wird. Drittens sind das Geschäftsleben allgemein und die Werbung im Besonderen durch hohe Dynamik gekennzeichnet. Es war immer die Kraft des UWG, dass über die Generalklauseln auch neue Phänomene rasch und flexibel erfasst werden konnten. Eine behördliche Zuständigkeit sollte nicht von vorn herein starrer angelegt sein. Die Behörde sollte auf aktuelle Fehlentwicklungen flexibel reagieren können. Auch das spricht gegen eine inhaltliche Begrenzung.

Zuzugeben ist allerdings, dass Praktiken im Digital-Sektor häufig technisches Know how voraussetzen und möglicherweise auch technisch effektiver unterbunden werden können als durch rechtliche Maßnahmen. Diesem Aspekt moderner Regulierung sollte das Bundeskartellamt jedoch auch für die kartellrechtlichen Abteilungen Rechnung tragen.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Die Beispiele stammen aus *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluation des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017 (noch unveröffentlicht).

<sup>108</sup> Ein entsprechender Vorschlag wird in Teil F.V.3 unterbreitet.

## IV. Systematische Anknüpfungspunkte

Gegen die Zuweisung einer solchen Kompetenz besteht in der Kartellrechtswissenschaft erhebliche Skepsis, wie sich in vielen Äußerungen bei der sog. Professorentagung des Bundeskartellamts 2016 gezeigt hat.<sup>109</sup> Befürchtet werden u.a. die Aufgabe des etablierten privatrechtlichen Durchsetzungsmodells des UWG, die Neu-Prägung des Bundeskartellamts in Richtung einer Verbraucherschutzbehörde und eine stärkere Belastung für Unternehmen.

Vertreter des Verbraucherrechts zeigen für eine behördliche Durchsetzung häufig wesentlich größere Sympathien.<sup>110</sup> Im Ausland ist es durchaus üblich, und in der Kartellrechtswissenschaft akzeptiert,<sup>111</sup> dass Kartellbehörden und Verbraucherschutzbehörden in einer Institution vereint sind.<sup>112</sup> Die Studie zur Evaluation des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken legt nahe, dass zumindest punktuell behördliches Eingreifen die private Rechtsdurchsetzung sinnvoll ergänzen kann. Es gibt auch systematische Anknüpfungspunkte, die für eine vorsichtige Öffnung der kartellrechtlichen Institution hin zum Verbraucherrecht sprechen.

### 1. Gemeinsame Ausgangspunkte

Einige der Gemeinsamkeiten von Verbraucher- und Kartellrecht liegen auf der Hand: Beide Rechtsgebiete machen Unternehmen zu Adressaten ihrer Normen. Es handelt sich also um Unternehmensrecht. Beide Gebiete setzen wettbewerblich motivierten Verhaltensweisen am Markt Grenzen. Besonders wichtig ist aber das Verständnis, dass in beiden Rechtsgebieten Marktversagen die zentrale Legitimationsquelle des staatlichen Eingriffs ist. Das ist für das Kartellrecht selbstverständlich. Im Verbraucherrecht setzt sich eine derart marktorientierte Lesart zunehmend durch. Verbraucherrechtliche Normen, etwa die AGB-Kontrolle oder die UWG-Tatbestände, finden ihre Rechtfertigung heute nicht mehr in einer paternalistischen Schutz-machtübernahme des Staates, sondern in einer ökonomischen Analyse des Marktgeschehens, das ohne diese Normen so nicht funktionieren könnte. Wo Informationsasymmetrien, Rationalitätsprobleme oder Autonomieeinschränkungen vorliegen, können auch Verbraucher ihre Rolle am Markt nur noch eingeschränkt ausüben. Fallen Verbraucher als rational agierende

---

<sup>109</sup> Beispielhaft und mit beachtlichen Gründen *Ackermann*, NZKart 2016, 397.

<sup>110</sup> Vgl. statt aller *Micklitz*, Gutachten zum 69. Deutschen Juristentag 2012, Zusammenfassung in englischer Sprache in euvr 2013, 5; *Weber*, VuR 2013, 323 ff.; *Rott*, VuR 2016, 281 ff. (mit rechtsvergleichenden Anmerkungen zu UK).

<sup>111</sup> Vgl. *Huffman*, European Competition Journal 6 (2010), 7 ff. m.w.N.; *Marsden/Spencer Waller*, European Competition Journal 6 (2010), 5 f.; *Zimmer* in: *Zimmer*, The Goals of Competition Law, 2012, S. 486 ff.; *Czeres*, Competition Law and Consumer Protection, 2005, S. 411 ff.

<sup>112</sup> Siehe die Übersicht der FTC, <https://www.ftc.gov/policy/international/competition-consumer-protection-authorities-worldwide>.

Marktgegenseite aus, kommt es zu einem Marktversagen und entsprechenden Wohlfahrtsverlusten.<sup>113</sup> Diesen Zusammenhang von Marktversagen und Verbraucherschutz (und damit die Abkehr von paternalistischen Vorstellungen) hat insbesondere *Josef Drexl* mit seiner Studie über die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers greifbar gemacht.<sup>114</sup> So wie das Kartellrecht die Entscheidungsfreiheit der Unternehmen sichert, sichert das Verbraucherrecht die freie und informierte Entscheidung des Endverbrauchers. Beide Rechtsgebiete finden ihre Legitimation in der Behebung von Marktversagen.<sup>115</sup> Es würde daher keinen Systembruch darstellen, das Verbraucherrecht mit dem Kartellrecht in einer Behörde zu vereinen.

## 2. Wettbewerbliche Durchdringung des Verbraucherrechts

Die Kritiker einer Ausdehnung der Befugnisse des Bundeskartellamts fürchten negative Feedbackeffekte für die Kartellrechtsdurchsetzung. Dieser Punkt ist nicht völlig von der Hand zu weisen. So wäre es denkbar, dass verbraucherrechtlich geprägte Mitarbeiter des Bundeskartellamts auch bei der Kartellrechtsdurchsetzung stärker ein „Marktdesign“ propagieren, statt auf das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ (*Hayek*) zu vertrauen.

Allerdings sollte nicht vernachlässigt werden, dass gerade umgekehrt auch die Chance besteht, die Durchsetzung des Verbraucherrechts wettbewerblich zu durchdringen. Statt die Rückwirkungen auf das Kartellrecht zu betonen, sollte vorwärtsweisend der stärker ökonomisch geprägte Zugang zu verbraucherrechtlichen Fällen hervorgehoben werden. Im UWG ist eine wettbewerbsökonomische Betrachtung dank der Schutzzweckbestimmung in § 1 UWG bereits angelegt: Für den wirksamen Schutz des Verbrauchers als Marktteilnehmer ist es essentiell, dass funktionsfähiger Wettbewerb gewährleistet wird, da sich die durch den Wettbewerb hervorgebrachte Effizienz der Unternehmen und ihre Innovationskraft dann in günstigeren Preisen, erhöhter Angebotsvielfalt und -qualität niederschlagen.<sup>116</sup> Bei der privatrechtlichen Durchsetzung des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes sind damit vor allem die Gerichte gefordert, den Wettbewerbsgedanken im Rahmen der Entscheidung konkreter Fälle zu berücksichtigen.<sup>117</sup> Es liegt nahe, dass dies vor allem im Verfahren der einstweiligen Verfügung nicht umfassend geschehen kann. Für das Bundeskartellamt ist die Bewertung ökonomischer Zusammenhänge hin-

---

<sup>113</sup> BKartA, Wettbewerb und Verbraucherverhalten, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 6.10.2016, S. 7.

<sup>114</sup> *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, insb. S. 206 ff., 282 ff.

<sup>115</sup> *Kerber*, GRUR Int. 2016, 639 (644).

<sup>116</sup> Vgl. *Podszun* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 1 Rn. 33.

<sup>117</sup> Vgl. *Podszun* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 1 Rn. 3.

gegen Alltag. Insofern können sich Synergieeffekte ergeben, indem das Bundeskartellamt ökonomischen Sachverstand und Wettbewerbsorientierung in die Durchsetzung des Verbraucherrechts, insbesondere des UWG, einbringt. Dies würde wichtige Impulse für die Fortentwicklung des UWG und weiterer Verbraucherrechtsnormen bedeuten.

Eine „more economic approach“ für das Lauterkeitsrecht käme auch den Interessen der Unternehmen zugute. Anschauungsmaterial dafür bietet der Fall *Uber*. Hier mussten die mit dem Streitstoff befassten Gerichte im engen zeitlichen Rahmen letztlich über die Zulässigkeit eines gesamten Geschäftsmodells entscheiden.<sup>118</sup> Gerade im Kontext der digitalen Wirtschaft ist es nicht unwahrscheinlich, dass das Verbraucherrecht auch in Zukunft zum Prüfstein innovativer Geschäftsideen wird, auf denen Unternehmen gründen. In diesem Zusammenhang haben richterliche Entscheidungen zum Verbraucherrecht erhebliche Marktwirkungen, die von Gerichten insbesondere im Verfahren der einstweiligen Verfügung nur schwer erschöpfend berücksichtigt werden können. Das Bundeskartellamt könnte Entscheidungen treffen, die auf einer tiefgehenden Interessenbewertung fußen.

### 3. Durchsetzungsbalance als Problem

Wettbewerbspolitisch darf bei alledem jedoch nicht übersehen werden, dass die Befassung einer (schlagkräftigen) Behörde mit dem Verbraucherrecht die bisherige Balance im Verbraucherrecht stören kann. Drei Beispiele illustrieren das:

- Das Bundeskartellamt ist es gewohnt, Bußgelder in Millionenhöhe zu verhängen, begrenzt nur durch die 10-%-Grenze hinsichtlich des Unternehmensumsatzes. Im Verbraucherrecht ist der ganz dominante Rechtsbehelf hingegen die Unterlassungsverfügung. Wo es ausnahmsweise Bußgelder gibt, etwa gem. § 20 UWG und § 43 Abs. 3 BDSG, ist die Bußgeldhöhe auf 300.000 Euro begrenzt (und in der Praxis wird dieser Rahmen nicht ausgeschöpft).
- Das Bundeskartellamt hat in §§ 32 ff. GWB weitreichende Befugnisse, die auch die Möglichkeit zu gestaltenden Eingriffen bieten (Stichwort: Marktdesign). Der in der Regel über UWG-Verstöße entscheidende Zivilrichter ist hingegen nach § 308 ZPO an die Anträge der Parteien gebunden.

---

<sup>118</sup> Zuletzt etwa OLG Frankfurt a. M., 9.6.2016, Az. 6 U 73/15, GRUR-RR 2017, 17 – UBER Pop; KG, 11.12.2015, Az. 5 U 31/15, GRUR-RR 2016, 84 – UBER Black; OVG Berlin-Brandenburg, 10.4.2015, Az. 1 S 96/14, CR 2015, 376.

- UWG-Gerichte entscheiden im Verfügungsverfahren mitunter außerordentlich schnell, sodass binnen weniger Tage dezentral auf aktuelle Geschehnisse im Geschäftsleben eingegangen werden kann. Das Bundeskartellamt hingegen führt Verfahren teilweise über mehrere Jahre mit sehr hohem Aufwand und häufig auch starker Medienbegleitung.

Das Tätigwerden des Bundeskartellamts könnte die Verbraucherrechtsdurchsetzung so in eine ganz neue Dimension katapultieren. Während der einzelne UWG-Richter mit seiner Einzelfall-Entscheidung nur eine begrenzte, sehr dezentral verankerte, aber schnelle Steuerungswirkung erzielt, wird das Bundeskartellamt als zentrale Behörde stärkere, aber verspätete Regulierungswirkungen erzielen. Die Verunsicherung für Unternehmen dürfte zunächst stark steigen, zumal es bislang als Erfolgsfaktor des Lauterkeitsrechts gilt, dass die Balance zwischen Ansprüchen und Durchsetzungsmöglichkeiten von der Rechtsprechung immer wieder fein austariert wird.<sup>119</sup> Im Zivilrecht ist die Rechtsdurchsetzung in die Hände der Marktteilnehmer gelegt, die selbst entscheiden, ob sie gegen Rechtsverstöße vorgehen oder nicht. Ihre Möglichkeiten dazu werden von Faktoren wie der Aktivlegitimation, den Verfahrenskosten oder den zu erwartenden Erfolgen (Unterlassung, Schadensersatz, Gewinnabschöpfung usw.) geprägt. Dass materieller Anspruch und tatsächliche Rechtsdurchsetzung nicht immer Hand in Hand gehen, ist durchaus eine politische Wertentscheidung. Würde das Bundeskartellamt von einem auf den anderen Tag als schlagkräftige UWG-Behörde tätig, könnte dies für Unternehmen eine erhebliche Belastung darstellen. Ob das gewollt ist oder nicht, ist eine wirtschaftspolitische Frage. Aus wissenschaftlicher Sicht scheint ein behutsames Vorgehen ratsam.

Zu bemerken ist, dass in anderen Rechtsordnungen, in denen Kartellbehörden auch mit verbraucherrechtlichen Fragen befasst sind, alternative Formen des Verwaltungshandelns eine große Rolle spielen. So wird häufig nicht in Form von bußgeldbewehrten Untersagungsverfügungen agiert, sondern mit Hilfe von Gesprächen, Transparenzanforderungen, Konsultationen, Medienarbeit oder anderen Maßnahmen einer soften Regulierung.<sup>120</sup> Solche Handlungsformen sollten entsprechend dann in Deutschland gefunden werden.

#### **4. Materielle Probleme des Verbraucherrechts**

Das Verbraucherrecht steht gegenwärtig selbst vor einer Bewährungsprobe. So hat sich insbesondere das „Informationsmodell“ (mit immer weiteren Informationspflichten gegenüber den

---

<sup>119</sup> Vgl. *Henning-Bodewig*, GRUR 2015, 731, 735; *Podszun* in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 207 (235 f.).

<sup>120</sup> Vgl. beispielhaft nur die Startseite der Verbraucherrechts-Seite der Competition and Markets Authority (UK), abrufbar unter <https://www.gov.uk/topic/competition/consumer-protection>.

Verbrauchern) inzwischen als wenig hilfreich herausgestellt.<sup>121</sup> Innerhalb des Verbraucherrechts werden derzeit „smarte“ Lösungen gesucht, z.B. durch Standardisierung und Zertifizierung,<sup>122</sup> Nudging<sup>123</sup>, die Integration verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse<sup>124</sup> oder technische und gestalterische Lösungen (z.B. privacy by design).<sup>125</sup> Eine Behörde müsste darauf achten, neueste Entwicklungen rasch zu rezipieren, statt hergebrachte Muster zu konservieren.

## 5. Implementierungsschwierigkeiten

Die bereits erwähnte Studie zu § 20 UWG zeigt, dass es zu Friktionen kommen kann, wenn die behördliche Rechtsdurchsetzung in ein privatrechtliches Regelungsregime implantiert wird. So hat sich bei der Bekämpfung der Telefonwerbung durch die Bundesnetzagentur die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Bußgelder als großes Problem herausgestellt.<sup>126</sup> Dieses Problem hatte sich bei der Beauftragung der Bundesnetzagentur mit der Thematik noch nicht abgezeichnet. Institutionelle Details wie die Gerichtszuständigkeit können im Ergebnis über Erfolg oder Misserfolg einer entsprechenden Betrauung entscheiden.

Die Durchsetzung hängt erheblich von den Ermittlungsstrategien und der Prioritätensetzung der Behörde ab, aber ebenso von Verfahrensrechten der Beteiligten, von der Ausstattung der Behörde, von der Klärung des Konkurrenzverhältnisses von Zivilgerichten und Bundeskartellamt oder von einer angemessenen Ausgestaltung des Bußgeldrechts.

## V. Empfehlung

Es liegen gewichtige Indizien vor, dass die private Durchsetzung des Verbraucherrechts durch punktuelle behördliche Eingriffe ergänzt werden könnte. Sowohl für das Verbraucherrecht als auch für das Bundeskartellamt als Institution wäre die Einführung einer behördlichen Befugnis allerdings ein Paradigmenwechsel.

Eine solche Grundsatzentscheidung sollte der Gesetzgeber nicht ohne sorgfältige Vorbereitungen treffen, da sich dies negativ auf die Akzeptanz in den betroffenen Kreisen und auf die Qualität der Regelung niederschlagen könnte. Der aktuelle Gesetzgebungsprozess ist bereits weit fortgeschritten und sollte – auch wegen der erforderlichen Richtlinienumsetzung – nicht weiter

---

<sup>121</sup> Instruktiv Schön in: FS Canaris, Band I, 2007, S. 1191 ff.

<sup>122</sup> Vgl. Busch, EuCML 2016, 197 ff.; Spindler/Thorun, MMR 2016, Beilage 1, 25; Pellegrino, EuCML 2015, 3.

<sup>123</sup> Vgl. Thaler/Sunstein, Nudge, 2008; Purnhagen/Reisch, ZEuP 2016, 629.

<sup>124</sup> Vgl. Bar-Gill, Seduction by Contract, 2012; Engel/Stark, ZEuP 2015, 32.

<sup>125</sup> Vgl. Ochs/Richter/Uhlmann, ZD-aktuell 2016, 05424.

<sup>126</sup> Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluation des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017 (noch unveröffentlicht).

verzögert werden. Eine umfangreiche Übertragung von Kompetenzen auf das Bundeskartellamt sollte daher mit der 9. GWB-Novelle nicht angestrebt werden.

Der Gesetzgeber ist damit aber nicht zur Untätigkeit verurteilt. Vielmehr wird ein evolutorisches, schrittweises Vorgehen empfohlen. Angeregt wird, in der 9. GWB-Novelle einen ersten Anstoß zu geben, um Chancen und Risiken einer behördlichen Rechtsdurchsetzung durch das Bundeskartellamt auszuloten. Damit wäre der „Nukleus“ einer späteren Ausdehnung der verbraucherrechtlichen Befugnis gesetzt.

Konkret werden dazu drei Maßnahmen vorgeschlagen:

### **1. Sondierungseinheit „Verbraucherrechtsdurchsetzung“**

Das Bundeskartellamt sollte im Zuge der Novelle Mittel für eine Sondierungseinheit „Verbraucherrechtsdurchsetzung“ erhalten. Diese Einheit sollte den Prüfungsauftrag erhalten, wie eine behördliche Befugnis zur Durchsetzung des Verbraucherrechts ausgestaltet werden könnte. Die Sondierungseinheit sollte einen Zwischenbericht im Rahmen der Evaluierung nach § 43a GWB vorlegen. In diesem Zusammenhang müsste geklärt werden, inwiefern der institutionelle und verfahrensrechtliche Rahmen des Kartellrechts für die Durchsetzung des Verbraucherrechts passt. Zu denken ist an Themen wie Entscheidungsformen (Befugnisse, Bußgelder, alternative Formen des Verwaltungshandelns), Entscheidungswege und -gremien (Verfahrensablauf, Entscheidungsträger), Aufbau von Know how, Beschwerdemöglichkeiten für Verbraucher, Rolle von Verbraucherverbänden, Wahrung der Unabhängigkeit der Behörde, Ermessensausübung, Beteiligungsformen, Musterverfahren, Bindungswirkung, gerichtliche Überprüfung und Konkurrenz zur privaten Rechtsdurchsetzung. Die im EU-Ausland gesammelten praktischen Erfahrungen, insbesondere die Möglichkeiten zu weniger einschneidenden Verwaltungsmaßnahmen, sollten besonders dargestellt werden.

Eine eigene Norm im GWB ist für diese Einheit nicht erforderlich. Der entsprechende Auftrag sollte mit der Mittelbewilligung erfolgen.

### **2. Beteiligungsrechte des BKartA**

Die Arbeit der Sondierungseinheit bliebe blutleer, wenn das BKartA nicht parallel praktische Erfahrungen sammeln könnte. Dazu sollte das Amt das Recht erhalten, sich an verbraucherrechtlichen Verfahren vor Gerichten und Schiedsstellen zu beteiligen.

Dazu sollte § 90 GWB um einen Absatz 6 ergänzt werden:

„Absatz 2 gilt entsprechend für Streitigkeiten vor Gerichten sowie bei Zustimmung der Parteien für außergerichtliche Verfahren, die die Durchsetzung des UWG oder verbraucherrechtlicher Vorschriften zum Gegenstand haben.“

Mit einer solchen Verfahrensstellung könnte das Amt praktische Erfahrungen sammeln, Know how aufbauen und Synergien zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherrecht ausloten. In den Verfahren, an denen sich das Bundeskartellamt als *amicus curiae* beteiligt, ist eine verbesserte Einbeziehung des wettbewerblich-systematischen Blicks zu erwarten.

Eine Informationspflicht über entsprechende Verfahren ist nicht vorzusehen. Das Amt sollte die (begrenzte) Anzahl von Fällen, an denen es eine Beteiligung für interessant hält, durch eigene Recherchen ermitteln und bei den in § 8 Abs. 3 UWG genannten aktivlegitimierten Personen sowie bei den häufig mit entsprechenden Fällen befassten Gerichten um Hinweise auf wegweisende Verfahren bitten. Außergerichtliche Stellen werden ausdrücklich erwähnt, da sich für Streitigkeiten mit Verbrauchern immer mehr Schiedsstellen, Online-Streitschlichtungsmechanismen und weitere Foren bilden.

Noch weitergehend könnte das Bundeskartellamt auch für die Durchsetzung von Vorschriften des UWG im Zivilprozess aktivlegitimiert werden. Dazu wäre in § 8 Abs. 3 anzufügen:

„5. dem Bundeskartellamt.“

Von der Ausdehnung einer solchen Befugnis auf den Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 Abs. 1 UWG ist wegen der Probleme mit diesem Anspruch vorerst abzusehen.<sup>127</sup>

Eine derartige Verfahrensposition des Bundeskartellamts im Zivilprozess wäre völlig neu für diese Behörde. Sie würde Gründen des Aufwands und der Reputation daher vermutlich sehr zurückhaltend davon Gebrauch machen. Als Startpunkt für künftige Entwicklungen wäre eine solche Aktivlegitimation aber zumindest erwägenswert.

### **3. Einsetzung eines Chief Technologist**

Der Schwerpunkt der Verbraucherrechtsdurchsetzung läge voraussichtlich im digitalen Sektor. Gerade hier zeichnet sich aber ab, dass neben etablierte rechtliche Instrumente auch technische Lösungen treten. Um den Anschluss des Bundeskartellamts an aktuelle Entwicklungen zu gewährleisten, auch außerhalb des Verbraucherrechts, sollte das Bundeskartellamt die Position eines „Chief Technologist“ (Chef-Technologen) schaffen. Damit wäre für moderne Handlungsformen im Verbraucherrecht ein Ansprechpartner vorhanden. Dieser sollte aber auch bei tech-

---

<sup>127</sup> Vgl. Henning-Bodewig, GRUR 2015, 731; Alexander, WRP 2012, 1190.

nologischen Fragen der Kartellrechtsdurchsetzung beraten, etwa wenn Abhilfemaßnahmen verhandelt werden oder Missbrauchsszenarien durch technische lock-in-Effekte geprüft werden. Dazu sollte dem Chief Technologist eine kleine Beratungseinheit zur Seite stehen.

Mit dieser Maßnahme würde das Bundeskartellamt international eine Vorreiterrolle bei der Prüfung der Zusammenhänge von Technologie und Wettbewerb einnehmen und seine Stellung als „Digitalbehörde“ behaupten. Der Chief Technologist des Bundeskartellamts könnte sachgerechte Lösungen für Wettbewerb und Verbraucherschutz im digitalen Zeitalter mitentwickeln und damit die fortschreitende Verzahnung von Recht und Technologie („Legal Tech“) fördern. Nicht zuletzt würde die Einrichtung einer solchen Stelle auch die Akzeptanz der Wettbewerbsregulierung bei „Digital Natives“ fördern.

Die Position sollte so ausgestaltet werden wie das Amt des Chief Economist bei der Generaldirektion Wettbewerb: Die Position sollte durch eine von außen kommende, ausgewiesene Persönlichkeit besetzt werden, die temporär eine kleine Beratungseinheit leitet. Eine Gesetzesnorm ist dafür nicht erforderlich, die Umsetzung könnte im Rahmen der Mittelbewilligung vorgegeben werden.

## G. Ministererlaubnis

Die Fraktion Die Linke hat den Antrag eingebracht, die Ministererlaubnis (§ 42 GWB) in eine Parlamentserlaubnis zu ändern. Das würde dieses Instrument in seinem Charakter grundlegend ändern. Aus einem Verwaltungsverfahren würde ein politischer Vorgang, in dem, wie im Antrag der Fraktion auch angedeutet, politisch entschieden werden soll.

Gegen diesen Vorschlag spricht vor allem, dass das Parlament nach der Konzeption des Grundgesetzes keine Einzelfallentscheidungen zugunsten oder zulasten einzelner Unternehmen treffen sollte. Diese Aufgabe ist eben der Exekutive (und im Konfliktfall der Judikative) überantwortet, die dafür bestimmte Verfahren, Abwägungstechniken und Sicherungsmechanismen kennt. Wirtschaftspolitisch würde mit dem Vorschlag das Wettbewerbsprinzip entwertet.

### I. Grundlegende Bedenken

Auch wenn dieser Vorschlag sehr problematisch ist, stellt sich doch die Frage, ob das Instrument der Ministererlaubnis verbessert werden kann. Die Fälle, in denen bislang eine Ministererlaubnis ganz oder teilweise gewährt wurde, sind nicht dazu geeignet, die Ministererlaubnis als wertvolles Instrument des Kartellrechts zu würdigen. Vielmehr waren alle Fälle in rechtlicher, politischer oder ökonomischer Hinsicht fragwürdig.<sup>128</sup> Das gilt auch für die zuletzt erteilte Erlaubnis im Fall *Edeka/Kaiser's Tengelmann*, die vom OLG Düsseldorf wegen Verfahrensfehlern, aber auch wegen inhaltlicher Bedenken gestoppt wurde.<sup>129</sup>

Entstanden ist die Ministererlaubnis als Ausgleich zur Einführung der Zusammenschlusskontrolle 1973, um damals bestehende Bedenken gegen eine Schwächung der deutschen Wirtschaft im internationalen Vergleich auszuräumen.<sup>130</sup> Diese Bedenken sind heute nicht mehr gerechtfertigt, da alle Unternehmen weltweit immer wieder der Fusionskontrolle unterworfen sind. Das Instrument ist damit ein historisches Relikt. Das häufig angeführte Argument, die Ministererlaubnis nehme Druck vom Kartellamt,<sup>131</sup> überzeugt nicht: Zum einen wird der Druck nur auf den Bundeswirtschaftsminister verlagert, zum anderen scheint das Bundeskartellamt in den Fällen des Kartell- und Missbrauchsverbots mit diesem Druck problemlos umgehen zu können.

---

<sup>128</sup> Vgl. *Maier-Rigaud/Schwalbe*, NZKart 2015, 289 (290); *Podszun*, NJW 2016, 617 (618 f.).

<sup>129</sup> OLG Düsseldorf, 12.7.2016, Az. VI – Kart 3/16 (V), NZKart 2016, 380 – *Ministererlaubnis Edeka / Tengelmann*.

<sup>130</sup> Zur Entstehungsgeschichte *Mattes*, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, 2004, S. 37 ff.; *Bergmann/Burholt* in: *Kölner Kommentar Kartellrecht*, 2014, § 42 GWB Rn. 1 ff.

<sup>131</sup> Regierungsentwurf 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, S. 20; vgl. *Bergmann/Burholt* in: *Kölner Kommentar Kartellrecht*, 2014, § 42 GWB Rn. 1.

Gegen das Instrument der Ministererlaubnis liegen auch europarechtliche Bedenken vor:<sup>132</sup> Bei Fusionsfällen, die von der Kommission an das Bundeskartellamt verwiesen wurden, scheidet seine Anwendung aus (Art. 9 Abs. 8 FKVO).<sup>133</sup> Die Genehmigung kann in einem Spannungsverhältnis zu Art. 101 AEUV, etwa bei der Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen.<sup>134</sup> Schließlich geht von der Ministererlaubnis eine faktische Diskriminierungswirkung aus (Art. 18 AEUV),<sup>135</sup> da zwar auch ausländische Unternehmen der deutschen Zusammenschlusskontrolle unterworfen sind, die Ministererlaubnis aber faktisch nur von deutschen Unternehmen erfolgreich beantragt wird.

Aus diesen Gründen habe ich mich für eine Abschaffung der Ministererlaubnis ausgesprochen.<sup>136</sup> Das Bundeskartellamt hat genügend Instrumente (und Fingerspitzengefühl), um Zusammenschlüsse zu genehmigen, die tatsächlich von überragender Bedeutung für das Gemeinwohl sind. Ein Interventionsrecht des Ministers gegen seine spezialisierte Fachbehörde ist volkswirtschaftlich unnötig.

## II. Reformvorschläge

Falls das Plädoyer für eine Abschaffung der Ministererlaubnis keine Zustimmung findet, stellt sich die Frage, wie das Instrument verbessert werden kann. Eine materiell-rechtliche Veränderung, z.B. die Spezifizierung der Gemeinwohlgründe, würde das Instrument in überflüssiger Weise verengen. Eine Aufzählung aller denkbaren Gemeinwohlgründe ist nicht vorstellbar. Eine verfahrensrechtliche Einhegung begegnet immer dem Problem, dass die Verfahren für die Herausbildung einer *best practice* zu selten sind. Für Verfahren, die nur im Abstand mehrerer Jahre geführt werden, lässt sich in einer Behörde kein Erfahrungswissen aufbauen, es fehlt an der Routine und der Weiterentwicklung, die rechtskonforme und gute Verwaltungspraxis letztlich im Tagesgeschäft sichert.

### 1. Verfahrensverordnung des BMWi

Der aktuelle Regelungsanlass für die Fraktion Die Linke sind die Komplikationen im Fall *Edeka/Kaiser's Tengelmann*. Die Verfahrensdurchführung durch das BMWi stieß auf Kritik

---

<sup>132</sup> Vgl. Monopolkommission, 34. Sondergutachten, S. 120 ff.; *Basedow*, EuZW 2003, 44; *Möschel*, BB 2002, 2077 (2084 f.); ablehnend *Bunte*, BB 2002, 2393( 2401 f.) sowie *Thomas* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 42 GWB Rn. 20 ff.; vgl. *Bergmann/Burholt* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2014, § 42 GWB Rn. 25.

<sup>133</sup> *Westermann* in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2016, Art. 9 FKVO Rn. 26; einschränkend *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 9 FKVO Rn. 84.

<sup>134</sup> *Thomas* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 42 GWB Rn. 2

<sup>135</sup> Vgl. *Möschel*, BB 2002, 2077 (2084 f.); dazu ablehnend *Bunte*, BB 2002, 2393 (2401 f.).

<sup>136</sup> *Podszun*, NJW 2016, 617.

des OLG Düsseldorf<sup>137</sup> (wie schon die Durchführung des Verfahrens im Fall Eon/Ruhrgas)<sup>138</sup>. Ein eigenes Verfahrensrecht für die Ministererlaubnis existiert bislang kaum. In § 42 sind lediglich einige Ansätze zu finden. Im Übrigen führt der Bundeswirtschaftsminister das Verfahren als Kartellbehörde gem. § 48 Abs. 1 GWB, ist also denselben Regelungen wie das Bundeskartellamt unterworfen.<sup>139</sup> Um das Wissen des aktuellen Erlaubnisverfahrens zu dokumentieren und nach außen Transparenz zu schaffen, sollte das Bundeswirtschaftsministerium den konkreten Ablauf eines solchen Verfahrens aber festhalten und veröffentlichen. Dazu bietet sich – in Anlehnung etwa an die Best Practice Guidelines der EU-Kommission<sup>140</sup> – das Instrument einer Bekanntmachung an mit Bindungswirkung für die Behörde an. In der Novelle könnte die Erstellung eines solchen Leitfadens durch folgende, an § 81 Abs. 7 GWB orientierte Formulierung in § 42 Abs. 5 eingefügt werden:

„Der Bundeswirtschaftsminister erlässt allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Durchführung des Verfahrens.“

Das Bundeswirtschaftsministerium wäre damit nicht mehr zwingend dem Verfahren der übrigen Kartellbehörden unterworfen. Zugleich würde durch die Form eine hohe Transparenz für die Betroffenen geschaffen, da ein Leitfaden ausführlicher und praxisnäher formuliert werden kann als eine abstrakte gesetzliche Regelung. Eine solche Sonderstellung innerhalb des Kartellrechts ist angesichts der Besonderheit der Ministererlaubnis angemessen.

In der Gesetzesbegründung zu dieser Norm sollten die folgenden Themen benannt werden, die in den Verwaltungsgrundsätzen behandelt werden sollten: Verfahrensablauf, Fristen, befasste Personen, Ermittlungs- und Befragungsmöglichkeiten, Verfahrensrechte der Beteiligten, mündliche Verhandlung, Schutz der Vertraulichkeit, Akteneinsicht, Entscheidungsformen.

In die Formulierung sollten die jüngsten Erfahrungen einfließen. Erwogen werden sollte auch, ob es im Rahmen der Verordnung möglich ist, das Bundeswirtschaftsministerium zu ermächtigen, mit allen Beteiligten ad-hoc-Verfahrensregeln für bestimmte Aspekte auszuhandeln, etwa verlängerte Fristen. Eine solche Öffnung würde die notwendige Flexibilität für die regelmäßig außergewöhnlichen Verfahren bieten.

Das Verfahren muss den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des Verwaltungsrechts und den Vorgaben der Verfahrensgrundrechte (z.B. rechtliches Gehör) genügen.

---

<sup>137</sup> OLG Düsseldorf, 12.7.2016, Az. VI – Kart 3/16 (V), NZKart 2016, 380 (381 ff.) – *Ministererlaubnis Edeka / Tengelmann*.

<sup>138</sup> OLG Düsseldorf, 16. 12. 2002, Az. Kart 25/02 (V), NJOZ 2003, 546 – *E.ON / Ruhrgas*.

<sup>139</sup> *Riesenkampff/Steinbarth* in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 2016, § 42 GWB Rn. 18; *Thomas* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 42 GWB Rn. 37.

<sup>140</sup> KOM, Bekanntmachung über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Art. 101 und 102 des AEUV, ABl. C Nr. 308 v. 20.10.2011, S. 6 ff.

Um eine möglichst breite Akzeptanz für diesen Leitfaden zu schaffen, sollte das Bundeswirtschaftsministerium diesen in eine öffentliche Konsultation geben und insbesondere das Bundeskartellamt, die Monopolkommission, die Verbände und die Wissenschaft zur Beurteilung aufrufen.

## 2. Einbindung der Monopolkommission

Im letzten Fall wurde auch kritisiert, dass der Bundeswirtschaftsminister sich sowohl über das Bundeskartellamt als auch über die Monopolkommission hinwegsetzte, was zum Rücktritt des Vorsitzenden der Monopolkommission führte.<sup>141</sup> Ist ein solches Beratungsgremium vorgesehen, stellt sich tatsächlich die Frage, ob dessen Stellung nicht gestärkt werden kann.

Das Verfahren würde insgesamt davon profitieren, wenn im Fall einer geplanten Erteilung der Ministererlaubnis gegen den Rat der Monopolkommission der Minister noch einmal das Gespräch mit dem Vorsitzenden der Monopolkommission und dem Präsidenten des Bundeskartellamts suchen würde. Eine entsprechende Verpflichtung könnte als Satz 3 dem § 42 Abs. 4 angefügt werden:

„Will der Bundeswirtschaftsminister eine Entscheidung treffen, die von der Entscheidung des Bundeskartellamts und von der Empfehlung der Monopolkommission erheblich abweicht, ist vor der Entscheidung ein Gespräch mit dem Präsidenten des Bundeskartellamts und dem Vorsitzenden der Monopolkommission zu führen.“

Ziel dieses Gesprächs wäre die Suche nach Abhilfemaßnahmen, die die Bedenken von Bundeskartellamt und Monopolkommission beseitigen oder teilweise beseitigen. Die Verpflichtung soll sich nur bei einer erheblichen Abweichung vom Votum der Monopolkommission stellen, nicht schon dann, wenn nur einzelne Auflagen etwas anders gefasst werden.

## 3. Verhältnismäßigkeit

Das OLG Düsseldorf hatte im Fall *Edeka/Kaiser's Tengelmann* auch die Würdigung der Gemeinwohlgründe durch das Bundeswirtschaftsministerium als zweifelhaft angesehen.<sup>142</sup> In einem Satz 4 des § 42 Abs. 1 könnte dazu festgehalten werden:

„Die Erteilung der Erlaubnis muss für die Erreichung der in Satz 1 genannten Ziele geeignet, erforderlich und angemessen sein.“

---

<sup>141</sup> Vgl. Zimmer, Persönliche Erklärung, 17.3.2016, WuW 2016, 262.

<sup>142</sup> OLG Düsseldorf, 12.7.2016, Az. VI – Kart 3/16 (V), NZKart 2016, 380 (386 ff.).

Dieser klassische verwaltungsrechtliche Dreiklang würde zwar in der Sache wenig Neues erbringen, würde die Prüfung aber erheblich besser strukturieren. Eine sachliche Konturierung der Gemeinwohlgründe ist nicht hilfreich.

#### **4. Streichung der Beschwerdemöglichkeit**

*Bechtold* hat vorgeschlagen, die gerichtliche Überprüfbarkeit der Ministererlaubnis abzuschaffen.<sup>143</sup> Diese Lösung wäre allerdings überhaupt nur denkbar, wenn die Ministererlaubnis nicht als Verwaltungsentscheidung, sondern als rein politische Entscheidung verstanden würde. Eine Politisierung der Letztentscheidung über Fusionsfälle würde das Wettbewerbsprinzip stark schwächen. Eine Lösung von der gerichtlichen Prüfkompetenz könnte – je nach Einstellung des gerade zuständigen Ministers – für Unternehmen ein äußerst einfacher Weg werden, der kartellamtlichen Kontrolle zu entkommen.

#### **5. Abkauf von Wettbewerb**

Schließlich wurde im Fall *Edeka/Kaiser's Tengelmann* kritisiert, dass im Ergebnis der Eindruck entstand, dass Edeka die gegen die Ministererlaubnis gerichteten Klagen „wegkaufen“ konnte.<sup>144</sup> Dies ist jedoch kein spezifisches Problem der Ministererlaubnis. Hier muss ggf. die Kartellbehörde einschreiten. Ansatzpunkte bestehen etwa im Vergleich zum ähnlich gelagerten Problem des *pay for delay*<sup>145</sup> und in den Fällen, in denen der Missbrauch rechtlicher Verfahren Gegenstand von Untersagungsverfügungen war.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> *Bechtold*, NZKart 2016, 553 f.

<sup>144</sup> Vgl. die Kritik von *Kühling/Wambach*, WuW 2017, 1.

<sup>145</sup> Vgl. etwa EuG, 8.9.2016, Rs. T-472/13, WuW 2016, 479 – *Lundbeck*; *Drexler*, IIC 2009, 751 ff. So auch *Kühling/Wambach*, WuW 2017, 1.

<sup>146</sup> So etwa in EuGH, 6.12.2012, Rs. C-457/10 P – *AstraZeneca*; EuG, 17.7.1998, Rs. T-111/96 – *ITT Promedia*; siehe auch *Podszun*, CMLR 51 (2014), 281 (284).

## H. Digitales und Medien

Die Bundesregierung verfolgt mit mehreren Neuerungen das Ziel, das Wettbewerbsrecht für die Herausforderungen der digitalen Ökonomie zu erneuern.<sup>147</sup> Die Regelungen stellen – auch im internationalen Vergleich – einen wichtigen Impuls für ein zeitgemäßes Kartellrecht dar.

### I. Unentgeltliche Märkte (§ 18 Abs. 2a GWB-E)

#### *Einführung und wesentliche Änderung*

In § 18 Abs. 2a GWB-E wird klargestellt, dass es dem Marktbegriff nicht entgegensteht, wenn Leistungen unentgeltlich erbracht werden. Bislang war dies in der deutschen Praxis noch nicht eindeutig geklärt.<sup>148</sup> Durch die Novellierung würde hier aber eine Tendenz der Praxis, insbesondere der europäischen Praxis, nachvollzogen.<sup>149</sup> Erfasst werden sollen vor allem mehrseitige Märkte, wie sie für Online-Plattformen typisch sind. So wird beispielsweise vom Unternehmen Facebook den Nutzern gegenüber eine unentgeltliche Leistung erbracht, die durch entgeltliche Leistungen von Werbekunden finanziert wird. Mit der neuen Formulierung soll auch die Marktseite zu Nutzern erfasst werden können.<sup>150</sup>

Die gewählte Formulierung ist etwas unscharf, da nicht eindeutig klar wird, ob immer ein Markt vorliegt, wenn eine unentgeltliche Leistung vorliegt,<sup>151</sup> oder ob es im Ermessen der Kartellbehörde steht, ob ein Markt anzunehmen ist.<sup>152</sup> Rechtsunsicherheit ist gerade auch mit Blick auf die private Rechtsdurchsetzung in diesem Punkt zu vermeiden.

Der Wortlaut ist so zu verstehen, dass immer ein Markt vorliegt, egal ob die Leistung entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wird, wenn ansonsten alle Merkmale des Prüfungspunkts Markt vorliegen. Diese Merkmale sind das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage im geschäftlichen Verkehr. Das in der Regierungsbegründung gewählte Beispiel der Vergabe privater Stipendien ist insofern wenig hilfreich, da hier schon meist das vorgelagerte Merkmal „Unternehmen“ beim Stipendienggeber fehlen dürfte.

Nach der Wortlaut-Auslegung liegen also Märkte vor, wenn TV-Sender kostenlos Programm für Zuschauer ausstrahlen oder Entsorgungsunternehmen ohne Bezahlung Müll einsammeln. In

---

<sup>147</sup> Grundlegend dazu etwa *Körber*, WuW 2015, 120; *Dreher*, ZWeR 2009, 149; *Podszun/Leber*, KSzW 2015, 316; *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555; *Paal*, GRUR Int. 2015, 997; *Haucap/Wenzel*, DICE Ordnungspolitische Perspektiven 16, 2011; *Haucap/Stühmeier* in: Handbook on the Economics of the Internet, 2016, S. 183.

<sup>148</sup> Vgl. etwa OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI Kart 1/14 (V), Rn. 43 – *HRS*, das davon ausgeht, nur die entgeltliche Seite von Hotelbuchungsplattformen bilde einen Markt.

<sup>149</sup> Vgl. *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121 (123 f.) m.w.N.

<sup>150</sup> Siehe Regierungsbegründung, BT-Drucks. 18/10207, S. 48.

<sup>151</sup> So das Verständnis von *Pohlmann*, WuW 2016, 563.

<sup>152</sup> Darauf deuten einige Sätze in der Begründung hin, vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 18/10207, S. 46.

beiden Fällen treffen Angebot und Nachfrage zusammen, auf die Entrichtung eines Entgelts kommt es nach § 18 Abs. 2a GWB-E nicht mehr an. Die Kartellbehörden und -gerichte haben dann kein Ermessen. Die Formulierung bildet dies ab.

Die Thematik unentgeltlicher Märkte stellt sich vor allem bei mehrseitigen Märkten, z.B. bei sozialen Netzwerken. Aus der Formulierung wird nicht recht deutlich, dass es bei mehrseitigen Märkten irreführend wäre, eine einzelne Marktseite isoliert als Markt zu betrachten. Selbstverständlich kann die wirtschaftliche Realität in solchen Fällen nur zutreffend abgebildet werden, wenn die Verknüpfung der Marktseiten anerkannt wird.

#### *Rechtmäßigkeitskontrolle*

Es bestehen keine Bedenken.

#### *Systematische Analyse*

Die Marktabgrenzung wird für verschiedene Aspekte des Kartellrechts benötigt, etwa für die Ermittlung von Marktanteilen für die Marktanteilsschwellen in Gruppenfreistellungsverordnungen, bei der Ermittlung von Marktbeherrschung im Rahmen von §§ 19, 20 GWB oder im Rahmen der Würdigung von Fusionsvorhaben. Bislang wird die Marktabgrenzung in erster Linie als Instrument verstanden, um die Marktanteilsberechnung vornehmen zu können.<sup>153</sup> Nach der Novelle stellt sich damit die Frage, ob bei unentgeltlichen Leistungen ebenfalls „Marktanteile“ berechnet werden können. Die Ermittlung des Marktanteils von Facebook beispielsweise auf einem Markt für die (unentgeltliche) Nutzung von Sozialen Netzwerken würde eine Bezugsgröße voraussetzen. Diese wird auf klassischen Warenmärkten etwa durch die generierten Einnahmen oder die abgesetzten Stückzahlen gegeben. Im Facebook-Beispiel liegen solche Bezugsgrößen nicht auf der Hand. Die Messung könnte in Zeit, Aufmerksamkeit, übermittelten Daten oder anderen Parametern liegen.<sup>154</sup> Daran wiederum knüpft sich die brisante Frage, ob auf einem so definierten unentgeltlichen Markt auch ein Missbrauch denkbar ist, etwa in Form eines Ausbeutungsmisbrauchs des Nutzers. Die Regierungsbegründung lässt diese Fragen zu Recht offen und überantwortet sie damit dem Suchprozess der Praxis. Für eine gesetzgeberische Festlegung reicht das Fallmaterial noch nicht aus.

Die systematischen Friktionen zur Marktanteilsberechnung können überwunden werden, wenn der Marktbegriff nicht ausschließlich als Zwischenschritt zur Marktanteilsberechnung gesehen

---

<sup>153</sup> Podszun in: Gebauer/Wiedemann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2010, Kap. 24, Rn. 18.

<sup>154</sup> Zur schwierigen Frage, welche Bezugsgröße für die Bestimmung der Marktanteile herangezogen werden kann, vgl. Kommission, 3.10.2014, COMP/M.7217, Rn. 95 ff. – *Facebook/WhatsApp*.

wird. Bei der Marktabgrenzung geht es darum, die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten für die juristische Aufarbeitung zu erfassen und zu ordnen.<sup>155</sup> Wenn unentgeltliche Leistungen dabei eine Rolle spielen, müssen sie für die Analyse auch herangezogen werden. Genau das ist mit der neuen Norm gewährleistet.

#### *Wettbewerbspolitische Anmerkungen*

Die Neuregelung ermöglicht einen besseren Blick auf die komplexen Beziehungen zwischen den Beteiligten auf mehrseitigen Märkten. Die Effizienz der Kartellrechtsanwendung wird damit erhöht.<sup>156</sup> Sie steht auch einer Weiterentwicklung des Kartellrechts in diesem Bereich nicht entgegen, da an die bloße Existenz eines Marktes noch keine konkreten Folgen geknüpft sind. Die Kartellbehörden und -gerichte können daher neue Geschäftsmodelle weiterhin frei würdigen und ihre Praxis fortentwickeln. Innovative Geschäftsmodelle werden durch die Regelung nicht behindert, da sie sich einer kartellrechtlichen Kontrolle ohnehin stellen müssen. Die Beurteilung kann nur fairer (und damit im Zweifel innovationsoffener) ausfallen, je besser das Geschäftsmodell durchdrungen werden kann.

In den vergangenen Jahren hat sich die Auffassung etabliert, dass unentgeltliche Leistungen Bestandteile unternehmerisch klug kalkulierter Geschäftsmodelle sein können. Sie auszublenden, würde den wirtschaftlichen Realitäten nicht gerecht. Daher setzt die Bundesregierung in ihrem Entwurf zu Recht den Impuls, unentgeltliche Leistungsbeziehungen in die Marktabgrenzung einzubeziehen. Der Marktbegriff dient nämlich in erster Linie dazu, alle wesentlichen wirtschaftlichen Faktoren eines Sachverhalts in eine juristische Prüfung überführen zu können. Für weitergehende Festlegungen in diesem Zusammenhang, etwa die Art der Gegenleistung, ist – wie von der Bundesregierung richtig erkannt wurde – die Zeit noch nicht reif.

Für die zukünftige Formulierung des GWB ist zu überlegen, ob – neueren Tendenzen im US-amerikanischen Kartellrecht folgend – auf die Marktabgrenzung nicht weitgehend verzichtet werden kann. Nach diesen Ansichten genügt es, eine wettbewerbliche Schadenstheorie („theory of harm“) zu etablieren, ohne dass zwingend auf Marktanteile abzustellen ist. Für diese Ansichten gibt es gewichtige Gründe, insbesondere aus ökonomischer Sicht.<sup>157</sup> Die Marktabgrenzung spiegelt meist eine Genauigkeit, die der komplexen wirtschaftlichen Realität nicht gerecht wird.

---

<sup>155</sup> Podszun, Antitrust Bull., 2016, Vol. 61 (1), S. 121 (129).

<sup>156</sup> Siehe auch Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 48.

<sup>157</sup> Siehe etwa Kaplow, 79 Antitrust L. J. 361 (2013); Rubinfeld in: Drexler/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 81 ff.

Zugleich begründet sie Pfadabhängigkeiten: Hat sich eine Behörde erst einmal auf einen sachlich relevanten Markt festgelegt, starten damit Automatismen, aus denen schwer auszubrechen ist.

Allerdings würde eine Abkehr von der Marktabgrenzung das prinzipienorientierte, auf Marktmacht abstellende deutsche Kartellrecht stark verändern. Ein solcher Schritt bedürfte daher genauer Vorbereitung. Hinzu tritt, dass einige der Probleme des Markt-Begriffs in der Praxis abgemildert werden können: Dazu sollte die Marktabgrenzung als eine im permanenten Wandel begriffene Bestandsaufnahme der wirtschaftlichen Kräfte im konkreten Fall verstanden werden – unter Berücksichtigung aller wichtigen Faktoren und ohne einseitige Fixierung auf genaue Abgrenzungen und die Ermittlung von Marktanteilen.<sup>158</sup>

## II. Marktmacht-Kriterien (§ 18 Abs. 3a GWB-E)

### *Einführung und wesentliche Änderungen*

§ 18 Abs. 3 a GWB-E führt neue Kriterien ein, die „insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ herangezogen werden sollen, um die Marktstellung eines Unternehmens zu ermitteln. Genannt werden Netzwerkeffekte (Nr. 1), multi-homing und Wechselkosten (Nr. 2), Größenvorteile bei Netzwerkeffekten (Nr. 3), Zugang zu Daten (Nr. 4) und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (Nr. 5). Diese Kriterien sind sog. Plus-Faktoren, die zusammen mit den Marktanteilen (§ 18 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4, Abs. 6) und den weiteren Faktoren in § 18 Abs. 3 bei der Analyse der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigt werden sollen.<sup>159</sup>

Die Bundesregierung benennt in ihrem Entwurf Faktoren, die sich in den letzten Jahren als wichtige Parameter für die Marktstellung auf digitalen Märkten herausgestellt haben. Mehrseitige Märkte sind von komplexen Beziehungen verschiedener Marktseiten gekennzeichnet. Im Zentrum solcher Märkte stehen häufig Plattformbetreiber. In den vergangenen Jahren konnte beobachtet werden, dass es häufig in einer ersten Phase intensiven Wettbewerb *um* den Markt gibt. Hat sich ein Plattformbetreiber als besonders stark erwiesen, kippt der Markt („tipping“), der Wettbewerb um den Markt ist dann entschieden, und es kommt nur zu gering ausgeprägtem Wettbewerb *auf* dem Markt. Dieses Phänomen ist in aller Deutlichkeit erst in der digitalen Ökonomie erkennbar geworden. Ihm mit einem neuen Set an Regeln zu begegnen, ist angemessen.

### *Rechtmäßigkeitskontrolle*

Es bestehen keine Bedenken.

---

<sup>158</sup> In diesem Sinne Podszun, Antitrust Bull. 2016, Vol. 61 (1), S. 121.

<sup>159</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.

### *Systematische Analyse*

Die neu genannten Faktoren konnten schon bislang berücksichtigt werden, da die Liste der Faktoren in § 18 Abs. 3 GWB nicht abschließend ist. Mit der ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz wird eine Prüfung dieser Faktoren verstetigt. Die Kriterien sind immer zu berücksichtigen, wenn die Marktstellung eines Unternehmens zu ermitteln ist, vor allem im Missbrauchsrecht und in der Zusammenschlusskontrolle.<sup>160</sup>

Einer Hervorhebung der mehrseitigen Märkte und Netzwerke in der Einleitung zur Norm bedürfte es nicht, die Fokussierung schadet aber auch nicht. Bei derartigen Märkten ist zumindest ein kurzes Eingehen auf diese Aspekte erforderlich.

Die einzelnen Punkte ließen sich teilweise auch anderen Oberbegriffen zuordnen. So sind etwa Fragen von multi-homing und Wechselkosten solche des tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbs, der Marktzutrittsschranken oder der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite.<sup>161</sup> Mit der gesonderten Erwähnung werden diese Aspekte aber betont. Zudem wird eine zeitgemäße Terminologie aufgegriffen. Der gesetzgeberische Hinweis auf diese Topoi zwingt auch Gerichte, die seltener mit kartellrechtlichen Sachverhalten zu tun haben, die aktuellen ökonomischen Diskussionen bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

Die hergebrachten Kriterien in § 18 Abs. 3 GWB sind in der Praxis zu Schlüsselkriterien für die Charakterisierung von Märkten geworden. Eine ähnliche „Karriere“ könnte auch den Kriterien in § 18 Abs. 3a GWB-E bevorstehen. Das würde bedeuten, dass bei Überlegungen zur Marktstruktur, etwa im Rahmen der Fusionskontrolle, diese Aspekte, die der Gesetzgeber ja aufgewertet hat, eine bedeutendere Rolle spielen. Mit anderen Worten: Wenn im Gesetz als marktmachtfördernder Faktor der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ausdrücklich genannt wird (Nr. 4), gerät ein datenstarkes Unternehmen im Rahmen der Fusionskontrolle stärker unter Rechtfertigungsdruck.

### *Wettbewerbspolitische Anmerkungen*

Die Norm verwendet Begriffe aus der neueren wettbewerbsökonomischen Forschung. Was die Begriffe im Einzelnen bedeuten, ist der Praxis überantwortet. Das ist ein sinnvoller Ansatz, da die wettbewerbsökonomische Durchdringung dieser Märkte noch nicht abgeschlossen ist und nur so das GWB selbst innovationsoffen genug bleibt.

---

<sup>160</sup> In BKartA, 22.10.2015, B6-57/15 – *Parship/ElitePartner* wurden bereits einige Faktoren berücksichtigt.

<sup>161</sup> Siehe auch Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 49 f.

Die bloße Pflicht zur Berücksichtigung gibt nicht eine Vermutung der Marktmacht oder gar ein Ergebnis vor. So ist die Abwägung des Gesamtbilds aller Faktoren weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung, was effiziente und innovative Lösungen ermöglicht.

Im Detail lassen sich zu den einzelnen Punkten verschiedene Anmerkungen machen, die aber keine grundlegenden Zweifel an der Norm aufwerfen.

*Netzwerkeffekte (Nr. 1)* sind die für mehrseitige Märkte typisch. Die Wechselwirkungen lassen sich in vielen Fällen besonders gut beobachten, sodass die Stellung von Netzwerkeffekten als primäres Merkmal der Liste gerechtfertigt ist.

Die „*parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer*“ (Nr. 2) ist in der Wortwahl („Dienste“, „Nutzer“) derart eindeutig auf aktuell relevante Online-Plattformen bezogen, dass sich fragen lässt, ob hier nicht neutralere Formulierungen besser passen würden (z.B. „Angebote“, „Marktgegenseite“). Im Zusammenhang mit Nr. 2 ist hervorzuheben, dass mit dieser Norm das Tor zur verhaltensökonomischen Forschung im GWB aufgestoßen wird. In anderen Normen des GWB wird bislang nicht auf das Verhalten von Verbrauchern abgestellt.

Der Aspekt der *Größenvorteile bei Netzwerkeffekten (Nr. 3)* ist ein Randaspekt, der nicht eigens geregelt werden müsste. Das Thema ist schon im Rahmen von Nr. 1 sowie bei verschiedenen Aspekten des § 18 Abs. 3 GWB (Marktzutrittsschranken, Finanzkraft) verankert.

Der *Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (Nr. 4)* wirft ein Schlaglicht darauf, dass die digitale Ökonomie zunehmend datengetrieben ist. Die Rechtsprechung muss klären, in welchen Konstellationen Daten wirklich Marktmacht vermitteln. Sie muss auch klären, welchen Einfluss das (zum Teil schwach durchgesetzte) Datenrecht spielt. Eine Rolle muss spielen, ob der Zugang zu den Daten von Kunden freiwillig und selbstbestimmt eingeräumt wurde. Vermögensbestandteile, die sich ein Unternehmen selbst aufgebaut hat (z.B. ein Datensatz), sollen keinen wettbewerblichen Nachteil begründen. Daher wird auch in § 18 Abs. 3 GWB nicht darauf abgestellt, ob ein Unternehmen aus eigener Kraft im originären Kerngeschäft Vermögenswerte aufgebaut hat.

*Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (Nr. 5)* soll das Phänomen erfassen, dass es zu disruptiven Innovationen kommen kann und binnen kurzer Zeit ein etabliert scheinendes Unternehmen alle Marktmacht verlieren kann. Die Begründung zu diesem Punkt relativiert die Bedeutung des Kriteriums erheblich („theoretisch“). Wenig überzeugend ist, dass Disruptionen gerade mehrseitige Märkte oder Netzwerke erschüttern sollen und also in § 18 Abs. 3a einge-

ordnet werden. Diese können durch starke Netzwerkeffekte, ggf. verbunden mit hohen Wechselkosten, gerade gegen Disruptionen abgesichert sein, weshalb bei Netzwerken und Plattform-Märkten gerade der Wettbewerb um den Markt, nicht auf dem Markt entscheidend ist. Derzeit scheint es wahrscheinlicher, dass auf traditionellen Märkten digitale Innovationssprünge das langjährige Gefüge sprengen (Stichwort: Industrie 4.0).

Schließlich ist fraglich, wie das Kriterium operationabel gemacht werden soll: Die Spekulation durch ein Gericht, dass in Zukunft Innovationen die Marktpositionen erschüttern könnten, sollte rechtspolitisch wohl kaum dazu führen, für den verbleibenden Zeitraum dem Unternehmen Marktmacht abzusprechen und etwa eine Monopolrendite zuzugestehen. Wenn in Missbrauchprozessen künftig immer Beweis durch Sachverständige erhoben werden muss, wie lange eine Marktposition angesichts möglicher Innovationen noch zu halten ist, würde dies die Effizienz der Verfahren schwächen. Der Gedanke, dass Innovationspotenziale Marktmacht begrenzen, ist einleuchtend, hilft aber für die kartellrechtliche Praxis kaum weiter.

Innovationen können Marktmacht erschüttern.<sup>162</sup> Daher wird angeregt, den Katalog des § 18 Abs. 3a GWB durch ein Merkmal zu ergänzen, dass die Gefahr in den Blick nimmt, dass Marktmacht durch das systematische Beschränken von Innovationen gesichert wird. Hier ist insbesondere an technische oder rechtliche Maßnahmen zu denken, mit denen Unternehmen das Vordringen alternativer Technologien stoppen. Die Formulierung könnte – in Anlehnung an § 18 Abs. 3 Nr. 5 lauten:

„tatsächliche oder rechtliche Hindernisse für Innovationen“

Damit würden z.B. technologische Pfadabhängigkeiten und Lock-in-Effekte, vor denen das BMWi in seinem Grünbuch Digitale Plattformen gewarnt hat,<sup>163</sup> bei der Marktposition berücksichtigt.

Insgesamt setzt die Bundesregierung mit § 18 Abs. 3a GWB einen fortschrittlichen, mutigen Impuls, der – soweit ersichtlich – in der EU bislang einzigartig ist. Die Herausforderungen der Digitalisierung werden angenommen und an einer Schlüsselstelle des Gesetzes aufgegriffen. Damit wird für alle Verfahren, auch bei den Gerichten, eine moderne, ökonomisch basierte Würdigung mehrseitiger Märkte und Netzwerke verpflichtend. Mit steigenden Fallzahlen werden die Kriterien zur Beurteilung der Marktstrukturen und Marktmächte immer deutlicher hervortreten.

---

<sup>162</sup> Insofern gilt das Konzept „schöpferischer Zerstörung“, vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2005.

<sup>163</sup> BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen, 2016, S. 47.

### III. Marktmacht-Ausnahme bei publizistisch begründeter Must-Carry-Verpflichtung (§ 18 Abs. 8 GWB-BR-E)

Der Bundesrat hat vorgeschlagen, von Gesetzes wegen davon auszugehen, dass keine marktbeherrschende Stellung vorliegt, wenn diese auf einer gesetzlich auferlegten Angebots- oder Nachfragepflicht beruht, die aus Gründen der Sicherung der Medienvielfalt eingeführt wurde.<sup>164</sup> Konkret wird damit Bezug genommen auf die sog. „must-carry-Verpflichtung“ aus § 52b RStV und die Rechtsstreitigkeiten zu den Kabeleinspeiseentgelten.<sup>165</sup>

Diese Änderung würde eine Ausnahme von der grundsätzlichen Geltung des Kartellrechts über alle Wirtschaftssektoren hinweg bedeuten. Das wäre ein wettbewerbspolitisch unerwünschter Eingriff in das Universalitätsprinzip.

Dem steht nicht entgegen, dass die starke Marktstellung möglicherweise erst regulatorisch geschaffen wird: Es ist in der Wirtschaft immer wieder so, dass Unternehmen bestimmte regulatorische Rechte und Pflichten haben und sich dadurch ihre Marktstellung verändert. Hinzu tritt im konkreten Fall, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender als Unternehmen eine besondere Privilegierung erfahren, da sie – anders als private Rundfunkanbieter – staatlich eingerichtet wurden und Vorteile, insbesondere bei der Finanzierung, genießen.

In dem Einzelfall, den der Bundesrat zum Anlass des Vorschlags genommen hat, stehen sich in einer ganz besonderen Konstellation die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter und die Kabelnetzbetreiber gegenüber. Beide Seiten können gewichtige Gründe für ihre jeweilige Rechtsposition vorbringen. Das Kartellrecht ist flexibel genug (wie die Instanzgerichte und der BGH bereits in dieser Sache bewiesen haben), um diese Interessen zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Die Rechtsprechung ist nicht korrekturbedürftig. Die vorgeschlagene Änderung würde einseitig die öffentlich-rechtlich privilegierten Unternehmen gegenüber privaten Marktteilnehmern bevorzugen. Ob dies überhaupt im Einklang mit europäischem Recht stünde, bedürfte einer genaueren Prüfung.

Systematisch wäre die vorgeschlagene Festlegung äußerst fragwürdig: Man würde zwar weiterhin von einem Markt ausgehen, könnte diesen Markt aber nicht mehr der wirtschaftlichen Realität angemessen beschreiben. Es ist fraglich, wie ein solcher Markt dann charakterisiert werden sollte: Eine gesetzliche Fiktion, dass ein Unternehmen nicht marktbeherrschend ist, hieße, die Realität unter Ausblendung bestimmter Aspekte zu beschreiben. Eine derartige Aufnahme der Marktverhältnisse wäre ökonomisch nicht zu erklären. Bei den übrigen Tatbeständen des § 18 handelt es sich um Vermutungen, die widerleglich sind.

---

<sup>164</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 606/16, S. 2.

<sup>165</sup> Vgl. statt aller nur BGH, 12.4.2016, Az. KZR 31/14, WuW 2016, 536 – *Gemeinschaftsprogramme*.

#### **IV. Pressekooperationen (§ 30 Abs. 2b, Abs. 4, § 186 Abs. 6 GWB-E)**

##### *Einführung und wesentliche Änderung*

§ 30 Abs. 2b GWB-E nimmt die betriebswirtschaftliche, nicht redaktionelle Kooperation von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen vom Verbot des § 1 GWB aus. Damit wird der Koalitionsvertrag umgesetzt, nach dem die Pressevielfalt „im Umbruch der digitalen Medienlandschaft“ zu schützen ist.<sup>166</sup> In Abweichung von § 1 GWB dürfen Verlage nach dieser Norm Preise absprechen, Gebiete aufteilen, Zwangsbelegungen für Werbekunden vorsehen oder sensible geschäftliche Informationen, z.B. über Werbekunden, Vertriebspartner oder Leser austauschen.

Geregelt wird dies durch eine Ausnahme von der Geltung des § 1 GWB. Art. 101 AEUV bleibt anwendbar. Sobald Wettbewerbsbeschränkungen den zwischenstaatlichen Handel in spürbarer Weise beeinträchtigen können, bleiben sie somit verboten. Die Bundesregierung wählt hier also einen anderen, weniger radikalen Weg als bei der Freistellung des Pressevertriebs in § 30 Abs. 2a GWB, der in Form einer Betrauung nach Art. 106 AEUV eine Ausnahme auch für das europäische Recht kreierte.<sup>167</sup>

##### *Rechtmäßigkeitskontrolle*

Die Norm wirft Fragen der Gleichbehandlung auf (Art. 3 GG), da bestimmte Unternehmen von der Geltung des Gesetzes ausgenommen werden, während andere sich an das Verbot halten müssen. Diese Ausnahme kann nur unter Verweis auf die institutionelle Garantie der Presse (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) gerechtfertigt werden.<sup>168</sup> Der zum Teil dramatische Auflagenrückgang bei Tageszeitungen, Publikums- und Fachzeitschriften kann als existentielle Bedrohung der Presse betrachtet werden, da die Finanzierung einiger Print-Angebote nicht mehr gesichert ist. Das unterscheidet die Situation der Presse grundlegend von anderen Branchen, etwa dem durch eine Haushaltsabgabe gesichert finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Der in Satz 3 enthaltene Anspruch für Unternehmen auf eine Entscheidung der Kartellbehörde, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, greift in das Kompetenzverhältnis von europäischer und nationaler Kartellrechtsdurchsetzung ein. Die Befugnisse der nationalen Kartellbehörden

---

<sup>166</sup> Koalitionsvertrag CDU, CSU, SPD, 18. Legislaturperiode, 2013, S. 13.

<sup>167</sup> Der BGH, 6.10.2015, Az. KZR 17/14, GRUR 2016, 304, Rn. 28 ff. hat – anders als die Vorinstanz (OLG Düsseldorf, 26.2.2014, Az. VI-U (Kart) 7/12, GRUR-RR 2014, 353 (359 ff.)) und weite Teile des Schrifttums (vgl. m.w.N. Marx/Podszun in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2016, § 30 GWB Rn. 72) – die Betrauung als europarechtlich ausreichend angesehen.

<sup>168</sup> Als Rechtfertigungsgrund eher ablehnend BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 17.

im Umgang mit dem europäischen Kartellrecht sind in Art. 5 VO 1/2003 niedergelegt. Demnach „können“ nationale Kartellbehörden auch die Feststellung treffen, dass nach den ihnen vorliegenden Informationen kein Anlass zum Tätigwerden wegen eines Verstoßes gegen Art. 101, 102 AEUV besteht. In der Norm wird der Begriff „können“ verwendet, die Kartellbehörde hat also diesbezüglich ein Ermessen. In der 9. GWB-Novelle wird dieses „können“ nun zu einem „müssen“ aufgewertet, indem die Unternehmen einen Anspruch erhalten. Das ist mit dem Wortlaut von Art. 5 VO 1/2003 nicht vereinbar und entspricht auch nicht der Idee dieser Verordnung: Wesentlicher Kern der Einführung dieser Verordnung war der Wechsel zum System der Legalausnahme, in dem es Unternehmen selbst überantwortet ist, die Vereinbarkeit ihrer Aktivitäten mit dem europäischen Kartellrecht zu prüfen. Ein Anspruch auf eine Art „comfort letter“ durch die Behörde sollte gerade nicht mehr gegeben sein, vgl. Art. 1 VO 1/2003. Dieses Problem könnte behoben werden, indem Satz 3 gestrichen wird. Die Möglichkeit, eine Entscheidung nach § 32c GWB zu treffen, besteht dann immer noch. Das würde auch die Kartellbehörde nicht in Verfahren zwingen, in denen sie Unternehmen quasi in der rechtskonformen Ausgestaltung ihrer Praktiken beraten muss.

#### *Systematische Analyse*

Systematisch kommt es durch die Ausnahme in zweifacher Hinsicht zu einem Bruch: Zum einen wird das Universalitätsprinzip des deutschen Kartellrechts durchbrochen. Das Universalitätsprinzip geht davon aus, dass alle Branchen gleichermaßen vom Kartellrecht erfasst werden sollen. Ausnahmen für bestimmte Wirtschaftszweige wurden in der Vergangenheit erheblich reduziert. Das hat den Charakter des Kartellrechts als „Grundgesetz der Marktwirtschaft“ gestärkt. Der zweite Systembruch findet zum europäischen Recht hin statt: Deutsches und europäisches Kartellrecht werden seit 2005 sowohl auf Ebene der Normen als auch in der Anwendungspraxis extrem eng geführt. Das europäische Kartellrecht kennt keine sektorspezifische Ausnahme für die Presse. Wenn gerade die innerhalb der EU wichtigste und traditionsreichste Kartellrechtsnation wieder nationale Ausnahmenvorschriften einführt, ist das ein Bruch der Parallelsystematik<sup>169</sup> und ein zweifelhaftes ordnungspolitisches Signal an andere Mitgliedstaaten. Sobald das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit erfüllt ist, greift die Ausnahme in § 32 Abs. 2b nicht, da sodann der Vorrang europäischen Rechts gilt. Die Abgrenzung zwischen einer zulässigen Kooperation und – im Extremfall – bußgeldbewehrten Kernbeschränkung fällt damit anhand eines Tatbestandsmerkmals, von dem strittig ist, ob es sich überhaupt um eine Sachnorm

---

<sup>169</sup> So auch Monopolkommission, Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, 2016, Ziff. 33.

handelt – oder um eine Kollisionsnorm.<sup>170</sup> Die Europäische Kommission hat den Begriff der Zwischenstaatlichkeit – mit Billigung des EuGH – bis zur Unkenntlichkeit verwässert.<sup>171</sup> In den Entscheidungen des BKartA in den vergangenen Jahren wurde sehr häufig auch ein Verstoß gegen europäisches Recht geprüft, für den Pressebereich hat das Amt dies etwa bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Media Impact angedeutet.<sup>172</sup> Es stünde in der Logik der neuen Norm, künftig Rechtsstreitigkeiten über die Frage zu führen, ob eine wirtschaftliche Maßnahme den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigt oder nicht. Nur eine engere Auslegung dieses Merkmals (über dessen Auslegung letztlich der EuGH zu entscheiden hat) könnte überhaupt relevante Spielräume eröffnen. Eine solche engere Auslegung würde allerdings bedeuten, dass der EuGH anerkennen müsste, dass die wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen den Mitgliedsstaaten der Union weniger eng sind als bislang angenommen.

Damit stellt sich die Frage, welche Kooperationen bei gegenwärtigem Rechtsstand überhaupt von der Ausnahme profitieren würden. Hier ist – mit der Gesetzesbegründung – vor allem an kleinere und mittlere Presseunternehmen zu denken, die auf regionaler Ebene Absprachen treffen möchten. So könnten etwa nach neuem Recht zwei benachbarte niedersächsische Tageszeitungen ihre Anzeigenplätze zu gemeinsamen Preisen vermarkten. Überregionale Zeitungen und Zeitschriften mit deutschlandweiter Verbreitung dürften von der Ausnahme eher nicht erfasst sein.

Für die Frage, was überhaupt Verlagsunternehmen sind, ist auf die Legaldefinition in § 30 Abs. 2a GWB zurückzugreifen. Zu begrüßen ist, dass nur die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit ausgenommen werden kann (und nicht etwa andere Aktivitäten derselben Unternehmen) und dass eine redaktionelle Zusammenarbeit nicht erfasst wird (auch wenn geringfügige Rückkopplungseffekte sich nicht vermeiden lassen werden, etwa bei der gemeinsamen Nutzung einer Immobilie). Unklar bleibt, was in der Regierungsbegründung mit „Internetpresse“ gemeint ist.<sup>173</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff „Presse“ auf die Herstellung und Verbreitung von Druckerzeugnissen bezogen.<sup>174</sup> Der Begriff „Internetpresse“ ist weder im Fachjargon gebräuchlich, noch aussagekräftig. Die Gesetzesbegründung sollte nicht dazu verführen, digitalen Medien Absprachen zu ermöglichen. Für eine Privilegierung dieses medialen Segments

---

<sup>170</sup> Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn. 9 m.w.N.

<sup>171</sup> KOM, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C Nr. 101 v. 27.4.2004, S. 81 ff.; dazu *Eilmansberger* in: Streinz, EUV/AEUUV, 2. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 27.

<sup>172</sup> Vgl. BKartA, 11.6.2015, Az. B6-22/15, Rn. 164 ff. – *Media Impact*; ebenso für die Zusammenarbeit Hubert Burda/Funke, vgl. BKartA, 16.4.2015, Az. B6-108/12 (Fallbericht).

<sup>173</sup> Regierungsbegründung, BT-Drucks. 18/10207, S. 53.

<sup>174</sup> BVerfG, 17.11.2011, Az. 1 BvR 1145/11, NJW 2012, 754, Rn. 7 mit Verweis auf BVerfG, 9.10.2009, Az. 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439; BVerfG, 24.5.2005, Az. 1 BvR 1072/01, NJW 2005, 2912 (2913).

besteht gerade kein Anlass für besonderen Schutz. Angeregt wird daher, den entsprechenden Satz auf S. 53 der Begründung ersatzlos zu streichen.

Die Einschränkung, dass die Vereinbarung es den Beteiligten ermöglichen muss, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken, ist erforderlich. Sie begründet die Ausnahme von § 1 GWB und grenzt damit den systematischen Bruch ein. Inhaltlich muss sie über § 2 GWB hinausgehen, da andernfalls kein Regelungsbedarf gegeben wäre. In Anlehnung an die Praxis zu § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV sind für den Nachweis dieses Kriteriums die Parteien beweisbelastet. Dies könnte in der Begründung klargestellt werden.

Die Erleichterung der Kooperationen wird dazu führen, dass auch Fusionsvorhaben im Pressebereich eher zu genehmigen sind. Die Doppelprüfung bei Gemeinschaftsunternehmen kann ggf. entfallen. Zudem ist auf das kontrafaktische Szenario Rücksicht zu nehmen: Wird der Zusammenschluss untersagt, können die Unternehmen ggf. kontrollfrei eine Kooperation durchführen.

Die Ausnahme läuft gem. § 186 Abs. 6 GWB-E am 31.12.2027 aus. Dieser Zeitraum scheint lang genug bemessen, um in der aktuellen Strukturkrise der Presse Lösungen zu entwickeln.

#### *Wettbewerbspolitische Anmerkungen*

Ausnahmen vom Kartellverbot bergen grundsätzlich die Gefahr, dass notwendige Anpassungsprozesse verzögert werden, da der wettbewerbliche Druck abnimmt. So können kurzfristig Erfolge erzielt werden, die mittelfristig teuer zu stehen kommen. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht ist daher also Zurückhaltung bei solchen Ausnahmen angemessen. Für das deutsche Pressewesen kann allerdings nicht mehr behauptet werden, dass die Zeichen der Zeit nicht erkannt worden wären. Es besteht wohl kein Risiko, dass die Verlage sich von den Möglichkeiten, die § 32 Abs. 2b ihnen bietet, in Sicherheit wiegen lassen werden. Dennoch bleibt in aller Deutlichkeit festzuhalten, dass es wettbewerbspolitisch höchst problematisch ist, selbst Preisabsprachen oder Gebietsaufteilungen vom Kartellverbot auszunehmen.

Eine solche Ausnahme weckt Begehrlichkeiten in anderen Branchen, wie bereits nach Bekanntwerden der Pläne zu beobachten war. Käme der Gesetzgeber solchen Wünschen nach, könnte dies eine wettbewerbspolitische Abwärtsspirale in Europa in Gang setzen, die die Marktwirtschaft fragmentiert. Zu beachten ist, dass die Privilegierung einiger Unternehmen immer auch bedeutet, dass die Chancen von Außenseitern und Unternehmen im Umfeld der privilegierten Unternehmen sinken. So werden etwa Zulieferer oder Werbekunden regionaler Tageszeitungen künftig weniger Entscheidungsmöglichkeiten haben als bislang. Auch regionale Hörfunksender

(im Randwettbewerb zu regionalen Tageszeitungen) oder innovative fachspezifische Digitalmedien (im Randwettbewerb zu Fachzeitschriften) werden von den Möglichkeiten der Positionierung der Verlage betroffen sein. Ob das in der Summe zu volkswirtschaftlichen Effizienzen führt, bleibt Spekulation, jedenfalls kann es aber zu einer Umverteilung kommen.

Dahingestellt bleiben muss auch, ob die Regelung einen wertvollen Beitrag zur Rettung der Presse leisten kann.<sup>175</sup> Begrüßenswert ist angesichts der Dynamik der Entwicklung jedenfalls, dass die Regelung evaluiert werden muss (§ 30 Abs. 4 GWB-E) und zeitlich befristet gilt (§ 186 Abs. 6 GWB-E).

## V. Rundfunkkooperationen (§ 30 Abs. 2c GWB-BR-E)

Eine Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Form einer Ausnahmenvorschrift in Anlehnung an § 30 Abs. 2b GWB-E ist abzulehnen. Die gegen die Ausnahme für Pressekooperationen angeführten Gründe gelten hier ebenfalls.

Insbesondere ist aber, anders als bei der Presse, nicht erkennbar, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in einer ähnlich dramatischen wirtschaftlichen Situation gefangen ist wie die Presse. Wenn überhaupt eine Ausnahme vom Kartellrecht – und damit eine Privilegierung im Wettbewerb – in Frage kommen soll, dann kann eine solche nur gewährt werden, wenn es sich um eine essentiell krisenhafte Situation handelt. Eine solche krisenhafte Situation kann nicht eintreten, solange öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter durch die Haushaltsabgabe finanziert werden. Hinzu kommt, dass es – anders als bei der Presse – direkte Wettbewerber im selben Markt gibt, die durch eine solche Ausnahme automatisch schlechter gestellt werden, nämlich die privaten Rundfunkanbieter.

Möglicherweise steht es Bund und Ländern frei, Sender zusammenzulegen oder aufzulösen. Werden sie jedoch als selbstständige, in vielen Bereichen wirtschaftlich tätige Einheiten am Markt tätig, können sie nicht ohne Weiteres von den Marktgesetzen ausgenommen werden.

Dem stünde auch das europäische Recht entgegen. Der Beihilfe-Kompromiss, mit dem die Europäische Kommission sich auf die besondere Gestaltung der deutschen Rundfunklandschaft eingelassen hat, geht seinem ganzen Wesen nach von diesem Grundsatz aus.<sup>176</sup> Ohnehin ist fraglich, ob insbesondere ARD und ZDF angesichts ihrer Größe und Reichweite nicht stets bei Marktaktivitäten den zwischenstaatlichen Handel spürbar berühren, sodass europäisches Kartellrecht anwendbar ist. Dieses kann durch das GWB ohnehin nicht ausgeschlossen werden. Die

---

<sup>175</sup> Vgl. von Wallenberg, MMR 2014, 577 ff.; Podszun, WRP 2016, Heft 1, I.

<sup>176</sup> KOM, Einstellungsschreiben, 24.4.2007, KOM(2007), 1761 endg.; vgl. Wimmer, ZUM 2009, 601; Degenhart, K&R 2009, 289; Podszun/Leber, K&R 2015, 777 (778 f.).

Kooperationen kleinerer Hörfunksender dürften, soweit es sich nicht um Kernbeschränkungen handelt, ohnehin freigestellt sein (wovon auch der Bundesrat in seiner Begründung ausgeht). Eine Ausnahme kann keinesfalls gerechtfertigt werden mit dem Hinweis auf die Ziele der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.<sup>177</sup> Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind auch Ziele jedes privat tätigen Unternehmens. Würde eine Ausnahme vom Kartellverbot mit Hinweis auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit gerechtfertigt, wäre dies der Abschied von der Kernidee der Marktwirtschaft: Unternehmen handeln wirtschaftlich und sparsam, wenn sie sich im Wettbewerb beweisen müssen – nicht wenn sie ihre Risiken zu Lasten Dritter gemeinsam dämpfen können.

## **VI. Exkurs: Sparkassenkooperationen**

In der politischen Diskussion ist offenbar, ob für Sparkassen und Genossenschaftsbanken eine der Presseklausel ähnliche Ausnahme statuiert wird.<sup>178</sup> Auch insoweit gilt, dass keine Rechtfertigung ersichtlich ist, warum gerade diesen Banken eine Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip zu gewähren ist. Damit würden erst recht die Dämme für immer weitere Ausnahmen vom Kartellverbot gebrochen. Zu berücksichtigen ist, dass es Wettbewerber, Abnehmer und Zulieferer gibt, die von Wettbewerbsbeschränkungen dieser Banken unmittelbar betroffen wären.

Ein einzelner Fall, in dem eine solche Zusammenarbeit wegen kartellrechtlicher Bedenken nicht zustande kam (ohne dass überhaupt eine Entscheidung getroffen wurde),<sup>179</sup> sollte als Nachweis für Regelungsbedarf bei einem derart gravierenden Systembruch nicht genügen.

## **VII. Rundfunkfusionskontrolle (§ 38 Abs. 3 GWB-E)**

Rundfunk-Unternehmen erhalten durch die Änderung von § 38 Abs. 3 GWB-E eine Besserstellung im Vergleich zum Status Quo bei der Fusionskontrolle. Ihre Umsätze werden für die Zwecke der Aufgreifkriterien nicht mehr verzwanzigfacht, sondern nur noch verachtfacht.

Gegen diese Anpassung ist nichts einzuwenden. Sie wird gerade kleineren Rundfunkunternehmen Zusammenschlüsse erleichtern. Das ist angesichts der sich wandelnden Medienlandschaft hinnehmbar. Große Rundfunkanbieter unterfallen mit ihren Umsätzen ohnehin der Zusammenschlusskontrolle.

---

<sup>177</sup> So aber ARD, ZDF, DLR, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2016, S. 4.

<sup>178</sup> Siehe FAZ, 11.1.2017, „Mehr Macht für die Wettbewerbshüter“.

<sup>179</sup> BKartA, Az. B4-74/15 – *Back-Office-Dienstleister*, siehe Fallbericht vom 30.6.2016.

## VIII. Transaktionsvolumensschwelle in der Fusionskontrolle (§ 35 Abs. 1a GWB-E)

### *Einführung und wesentliche Änderungen*

Die umsatzbezogenen Aufgreifkriterien sollen durch eine neue subsidiäre Aufgreifschwelle in § 35 Abs. 1a GWB-E ergänzt werden. Im Kern wird mit dieser Norm eine Aufgreifschwelle für Zusammenschlüsse geschaffen, die zwar die Umsatzschwellen nicht erreichen, bei denen aber ein Kaufpreis von 400 Mio. Euro überschritten wird. Die Regelung soll dem Bundeskartellamt die Möglichkeit eröffnen, auch solche Fusionen zu prüfen, bei denen sich das wettbewerbliche Potenzial des zu erwerbenden Unternehmens nicht anhand erzielter Umsätze widerspiegelt. Damit reagiert der Gesetzgeber auf eine Diskussion, die durch den Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp ausgelöst wurde.<sup>180</sup> Das Zusammenschlussvorhaben musste weder bei der Europäischen Kommission, noch beim Bundeskartellamt angemeldet werden, da WhatsApp die Umsatzschwellen nicht erreichte.<sup>181</sup> Facebook zahlte für WhatsApp einen Kaufpreis von 19 Mrd. Dollar.<sup>182</sup> Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass die Bundesregierung Situationen erfassen will, in denen ein starkes Unternehmen ein umsatzschwaches Unternehmen mit großem Innovationspotenzial übernehmen will.<sup>183</sup>

### *Rechtmäßigkeitskontrolle*

Die Einführung neuer Aufgreifkriterien ist eine politische Entscheidung des Gesetzgebers, die sich im Rahmen des Zulässigen bewegt.<sup>184</sup> Der konkrete Schwellenwert (hier: 400 Mio. Euro) ist einem ordnungsgemäßen, plausiblen Verfahren zu ermitteln und nachvollziehbar darzulegen.<sup>185</sup> Die sehr knappen Ausführungen in der Gesetzesbegründung erfüllen diese verfassungsrechtliche Anforderung bestenfalls mit Mühe.<sup>186</sup>

Durch § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB-E wird den völkerrechtlichen Anforderungen, dass ein notwendiger Bezug zwischen dem Zusammenschluss und dem Staat, der die Fusion überprüft („local nexus“), gegeben ist, entsprochen.<sup>187</sup>

---

<sup>180</sup> Vgl. v.a. Monopolkommission, 68. Sondergutachten, Rn. 459 ff.

<sup>181</sup> Der Fall wurde über den Weg des Art. 4 Abs. 5 FKVO dann doch durch die Europäische Kommission geprüft, weil der Zusammenschluss in drei Mitgliedsstaaten anmeldepflichtig war, siehe KOM, 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

<sup>182</sup> Siehe Spiegel-Online, 19.2.2014, Facebook kauft Konkurrenten WhatsApp.

<sup>183</sup> Die Aufgreifschwelle erlaube es, „Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft werden, aber nur Umsätze unterhalb der geltenden (...) Inlandsumsatzschwelle von 5 Millionen Euro aufweisen“ zu prüfen, siehe Regierungsentwurf, BT-Drucks 18/10207, S. 70. Die Situation kann freilich nach dem Wortlaut des Gesetzes auch anders herum sein, vgl. *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555 (560).

<sup>184</sup> Vgl. zu den Anforderungen an legitime Aufgreifschwellen *Podszun*, WuW 2010, 1128 (1133 ff.).

<sup>185</sup> Vgl. BVerfG, 9.2.2010, Az. 1 BvL 1/09, Ziff. 138 ff. – *Hartz IV*.

<sup>186</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/10207, S. 74.

<sup>187</sup> Siehe Regierungsentwurf, BT-Drucks 18/10207, S. 72.

### *Systematische Analyse*

§ 35 Abs. 1a Nr. 2 GWB-E setzt voraus, dass „mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor der Fusion im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat.“ Wenn aber zwei oder mehr Unternehmen die Umsatzschwelle erreichen, ist bereits § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB einschlägig.<sup>188</sup> Daher kann das Wort „mindestens“ gestrichen werden. Die Norm ist noch nicht vollständig mit der sog. Anschlussklausel in § 35 Abs. 2 S. 1 GWB synchronisiert. Die insoweit vorgeschlagene Änderung des § 35 Abs. 2 Satz 1 passt nicht, da § 35 Abs. 2 Satz 1 ohnehin nur auf Abs. 1 (nicht Abs. 1a) verweist.<sup>189</sup> Zudem kommt es zu Wertungswidersprüchen: Wird zwischen zwei Beteiligten ein Kaufpreis von mindestens 400 Millionen Euro vereinbart und liegt der weltweite Gesamtumsatzerlös der beteiligten Unternehmen bei über 500 Millionen Euro, wobei ein Beteiligter 25 Millionen Euro und ein anderer Beteiligter zwischen 5 und 10 Millionen Inlandsumsätze aufweisen, kann von einer Anmeldung wegen § 35 Abs. 2 S. 1 GWB abgesehen werden. Erzielt der andere Beteiligte hingegen Inlandsumsätze, die 5 Millionen Euro nicht überschreiten, so müsste die Fusion gemäß § 35 Abs. 1a GWB-E angemeldet werden.<sup>190</sup>

Zielführender wäre es daher, wenn es in § 35 Abs. 2 Satz 1 neu hieße:

„es sei denn, der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss beträgt mehr als 400 Millionen Euro.“

In diesem Zusammenhang wäre zu erwägen, ob nicht die Untergrenze in § 35 Abs. 1 GWB und § 35 Abs. 1a GWB-E zugleich mit § 35 Abs. 2 GWB auf 10 Millionen Euro vereinheitlicht werden sollte.<sup>191</sup> Dies würde – gerade angesichts der neuen Aufgreifschwelle – nicht dazu führen, dass eine große Zahl wettbewerblich bedeutsamer Zusammenschlüsse nicht mehr geprüft werden könnte. Es wäre aber eine bürokratische Entlastung gerade für kleinere Unternehmen, die als Ausgleich für die Mehrbelastung durch § 35 Abs. 1a GWB-E gewährt werden könnte. In Frankreich, Italien und Großbritannien liegen die Schwellenwerte höher.<sup>192</sup> § 35 Abs. 2 Satz 1 könnte in diesem Fall ersatzlos gestrichen werden, da der Zusammenschluss schon nicht die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 erreichen würde. Hinzuweisen ist auf den Zweck der Aufgreifschwelle, dass nämlich nur „gesamtwirtschaftlich bedeutsame Fälle“ untersucht werden soll.

---

<sup>188</sup> Pohlmann/Wismann, NZKart 2016, 555 (560).

<sup>189</sup> Vgl. Pohlmann/Wismann, NZKart 2016, 555 (561); Kahlenberg/Heim, BB, 2016, 1863 (Fn. 15).

<sup>190</sup> Kahlenberg/Heim, BB 2016, 1863 (1865).

<sup>191</sup> So schon Podszun, WuW 2010, 1128 (1139).

<sup>192</sup> Vgl. auch Barthelmeß/Schulz, WuW 2003, 129 (142); Podszun, WuW 2010, 1128 (1139).

Es geht gerade nicht darum, ein lückenloses Erfassungsnetz über alle möglichen Transaktionen, selbst solche mit geringfügigen Auswirkungen, zu werfen.<sup>193</sup>

Die Norm soll am Kaufpreis anknüpfen. Dieser wird als „Wert der Gegenleistung“ definiert und bei 400 Mio. Euro festgelegt. Dieser Schwellenwert ist willkürlich gesetzt. Das ist allerdings bei „gegriffenen Größen“ kaum vermeidbar.<sup>194</sup> Ob diese Größenordnung sinnvoll ist, muss erst der praktische Suchprozess ergeben, weshalb die in § 43a vorgesehene Evaluation nach drei Jahren zu begrüßen ist.

Das Kriterium „Wert der Gegenleistung“ ist relativ offen formuliert. Der Kaufpreis für ein Unternehmen lässt sich zuweilen aufgrund von komplexer Preisgestaltung kaum richtig festlegen. Zu denken ist an „earn-out“-Klauseln oder alternative Zahlungsmodelle.<sup>195</sup> Mag sich dafür in der Praxis des Bundeskartellamts auch eine angemessene Handhabung finden lassen, entsteht für die Beteiligten doch Rechtsunsicherheit.

Dies gilt auch für die Frage, wann ein Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist (§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB-E). Hierfür ist auch das Merkblatt zu Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle<sup>196</sup> wenig hilfreich, da es vor allem auf Umsätze abstellt und lediglich spürbare, nicht erhebliche Inlandsauswirkungen voraussetzt. Die Regierungsbegründung setzt sich mit der Frage aber in hilfreicher Weise auseinander. Allerdings bleibt die Grenzziehung im Einzelfall fragwürdig: Wenn man vom Beispiel WhatsApp ausgeht,<sup>197</sup> müsste es dabei genügen, wenn eine Leistung in Deutschland in großer Zahl abgerufen wird, selbst wenn die deutsche Nutzung nur einen geringen Teil des Gesamtgeschäfts des Unternehmens ausmacht und das Unternehmen in Deutschland keine Niederlassung hat. WhatsApp hat weltweit über eine Milliarde Nutzer, in Deutschland ca. 32 Mio.<sup>198</sup> In der EU hat WhatsApp keine Niederlassung.<sup>199</sup> Dennoch ist im Sinne der Norm dann davon auszugehen, dass WhatsApp „in erheblichem Umfang“ in Deutschland tätig ist.

---

<sup>193</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle 1998, BT-Drucks. 13/9720, S. 55; Gesetzesbegründung zum 3. Mittelstandsentlastungsgesetz 2008, BT-Drucks. 16/10490, S. 18 f.

<sup>194</sup> Vgl. Podszun, WuW 2010, 1128 (1135) m.w.N.

<sup>195</sup> Kahlenberg/Heim, BB 2016, 1863 (1865); bitkom, Stellungnahme Referentenentwurf GWB-Novelle, S. 7.

<sup>196</sup> BKartA, Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle, 30.9.2014.

<sup>197</sup> Im Regierungsentwurf wird ein fiktives, aber ähnliches Beispiel gebildet, siehe S. 72, und für die Begründung des Vorhabens ausdrücklich auf *Facebook/WhatsApp* Bezug genommen (S. 71).

<sup>198</sup> <http://www.construktiv.de/blog/social-media/aktuelle-nutzerzahlen-fuer-die-social-media-landschaft-in-deutschland-2016/>.

<sup>199</sup> <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschuetzer-wollen-Datenweitergabe-von-WhatsApp-an-Facebook-pruefen-3308813.html>.

### *Wettbewerbspolitische Anmerkungen*

Die in §§ 35 ff. GWB geregelte Fusionskontrolle ist ein kartellrechtliches Instrument, um die Marktstruktur vor übermäßiger Konzentration präventiv zu schützen.<sup>200</sup> Solche Konzentrationsgefahren sollen sich in jüngerer Zeit dadurch ergeben, dass etablierte Anbieter am Markt innovative Unternehmen aufkaufen, die mit disruptiven Innovationen etablierte Geschäftsmodelle in Frage stellen könnten. Die enorme Finanzkraft mancher Unternehmen ermöglicht solche Strategien externen Wachstums.

Grundsätzlich ist daher zu begrüßen, dass der Gesetzgeber den Versuch unternimmt, die Rechtslage aktuellen Entwicklungen anzupassen, um Flexibilität bei der Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten.<sup>201</sup> Vor dem Hintergrund der Innovationsoffenheit des Rechts ist die Einführung des neuen Aufgreifkriteriums daher einerseits zu befürworten. Auf neuartige Sachverhalte kann nun besser reagiert werden.

Andererseits wird eingewendet, dass die neue Transaktionsvolumen-Schwelle vor allem für innovative Unternehmen Anreize mindert. Insbesondere in der – vielfach innovativen oder zumindest nach Innovation strebenden – Startup-Szene wurde kritisiert, die mit der Novelle verbundenen Rechtsunsicherheiten könnten sich schädlich auf die Investitionskultur und damit den Startup-Standort Deutschland auswirken.<sup>202</sup> In der Tat kann die Notwendigkeit, ein Fusionskontrollverfahren durchzuführen, zum Hindernis beim Verkauf von Startups oder beim Einstieg von Investoren werden. Das könnte auch die Durchsetzung von Innovationen hemmen, da seit *Schumpeters* Spätwerk etabliert ist,<sup>203</sup> dass große Unternehmen durchschnittlich innovationsstärker sein können oder aufgrund besseren Vertriebs die Diffusion von Innovationen vorantreiben können.

Die Aufgreifschwelle trifft aber nicht nur digitale Startup-Unternehmen, sondern auch andere innovationsstarke Branchen, in denen der Unternehmenswert nicht zwingend mit Umsätzen korreliert. Dies ist beispielsweise in der Pharma-Branche und anderen patent- und technologiegetriebenen Branchen der Fall.

Für die Unternehmen liegen die wesentlichen Probleme in der Rechtsunsicherheit, ob eine Anmeldung erforderlich ist, in der notwendigen Offenlegung des Kaufpreises sowie in der Verzögerung der Transaktion durch eine Prüfung mit ungewissem Ausgang beim Bundeskartellamt.

---

<sup>200</sup> Podszun in: Wiedemann/Gebauer, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2010, Kap. 24, Rn. 79.

<sup>201</sup> Den Vorschlag war in Deutschland von Zimmer, WuW 2014, 923 eingebracht worden. Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten Herausforderung digitale Märkte, 2015, BT-Drucks. 18/5080, Ziff. 458 ff.; Körber, WuW 2015, 120 (128).

<sup>202</sup> Bundesverband Deutsche Startups e.V., Stellungnahme zum 9. GWB, S. 2., abrufbar unter: [https://deutchestartups.org/fileadmin/Bundesverband\\_Deutsche\\_Startups/publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Verlustvortrag\\_20161028.pdf](https://deutchestartups.org/fileadmin/Bundesverband_Deutsche_Startups/publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme_Verlustvortrag_20161028.pdf).

<sup>203</sup> Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2005.

Hinsichtlich des Werts der Gegenleistung sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass dieser Wert nicht veröffentlicht werden darf. Für § 39 Abs. 3 GWB-E bietet sich entsprechend die Änderung an, dass nicht der Wert der Gegenleistung samt der Berechnungsgrundlagen angegeben werden muss, sondern lediglich angegeben werden muss, dass die Grenze des § 35 Abs. 1a GWB überschritten wird. Die genaue Höhe des Kaufpreises hat für die wettbewerbliche Würdigung keine Relevanz.

§ 39 Abs. 3 sollte nach dem Semikolon also – abweichend vom Regierungsentwurf – wie folgt gefasst werden:

„im Fall des § 35 Absatz 1a ist zusätzlich anzugeben, dass der Wert der Gegenleistung die in § 35 Absatz 1a genannte Grenze überschreitet“.

Schließlich stellt sich die Frage, ob in den Fällen überhaupt ein vollständiges Fusionskontrollverfahren notwendig durchzuführen ist. Die Europäische Kommission hat den Fall *Facebook/WhatsApp* schließlich ohne Bedenken genehmigt, obwohl kaum ein eindrücklicherer Fall denkbar ist, der § 35 Abs. 1a GWB-E unterfallen könnte. Die Durchführung eines Fusionskontrollverfahrens bedeutet einen Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit, der einer Rechtfertigung bedarf. Immerhin sind mit der Prüfung Kosten und zeitliche Verzögerungen für das Bundeskartellamt und für die betroffenen Unternehmen verbunden.<sup>204</sup> Wenn selbst im Fall *Facebook/WhatsApp* keine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs zu befürchten steht, stellt sich die Frage, in welchen Fällen das Fusionskontrollverfahren überhaupt einen wettbewerblichen Mehrwert erbringt.

Derzeit ist unklar, wie viele Zusammenschlussfälle von der neuen Schwelle erfasst werden, und ob auch nur ein einziger Fall darunter ist, der eine genauere wettbewerbliche Betrachtung lohnt oder gar zu Auflagen oder einer Untersagung führt. Insofern ist die Einführung der neuen Schwelle eine bürokratische Belastung, ohne dass im Detail nachgewiesen wäre, dass diese erforderlich ist.<sup>205</sup> Dieses Problem und die nicht unberechtigten Bedenken der Unternehmen könnten relativiert werden, wenn statt der Anmeldepflicht eine Anzeigepflicht statuiert würde. Zusammenschlüsse mit entsprechend hohem Kaufpreis wären dem Bundeskartellamt anzuzeigen, das Amt könnte diese in seiner Internet-Liste veröffentlichen und so Transparenz schaffen.

---

<sup>204</sup> Siehe Podszun, WuW 2010, 1128 (1131 f.).

<sup>205</sup> Vgl. BDI, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, 2016, S. 31.

Eine Eingriffsmöglichkeit bestünde dann nicht. Eine Anzeigepflicht ist dem deutschen Fusionskartellrecht nicht fremd.<sup>206</sup> Sie ist das mildere Mittel gegenüber einer Anmeldepflicht. Gründer, Investoren und andere Unternehmen müssten keine Verzögerung ihrer Transaktionen fürchten und würden von Kosten entlastet, da die Anzeige jedenfalls günstiger und schneller zu bewerkstelligen wäre als eine Anmeldung. Zugleich ermöglicht es die durch die Anzeige hergestellte Transparenz, Schlüsse zur wettbewerblichen Notwendigkeit einer Transaktionsvolumenschwelle zu treffen. Außerdem kann das Amt in gravierenden Fällen weitere Mittel ergreifen (beispielsweise Verfahren wegen eines Missbrauchs von Marktmacht einleiten). Sollte die Evaluierung ergeben, dass unter den angezeigten Zusammenschlüssen in vielen Fällen genauerer Prüfungsbedarf gegeben war, kann die Anzeigepflicht umstandslos zu einer Anmeldepflicht ausgebaut werden. Bis dahin könnten möglicherweise auch einige die Tatbestandsmerkmale noch rechtssicherer gefasst werden.

### **IX. Behördliche Kooperationen (§§ 40 Abs. 4 Satz 3, 50c GWB-E)**

Eine Abstimmung der Kartellbehörden mit anderen Behörden ist grundsätzlich zu begrüßen. An die Ausgestaltung der Kooperationen sollten aber nicht zu hohe Erwartungen gestellt werden. Zum einen sollte die Effizienz des kartellbehördlichen Verfahrens nicht leiden, das in der Praxis ohnehin lange dauert. Die Kooperation mit anderen Behörden bindet Ressourcen und kann zu Verzögerungen führen. Zum anderen bleibt das Bundeskartellamt in seinen Entscheidungen unabhängig, was eine der großen Stärken des Amtes ist.

Gegen die Einbeziehung weiteren Sachverständigen ist nichts vorzubringen; dies wird vom Bundeskartellamt dem Vernehmen nach auch schon praktiziert. Die Regelungen sollten aber – auch in Zukunft – nicht konkreter oder stärker verpflichtend ausgestaltet werden.

---

<sup>206</sup> Bis zur 6. GWB-Novelle gab es in § 23 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. eine Anzeigepflicht. Noch in jüngerer Zeit verfuhr das Bundeskartellamt zeitweilig ohne gesetzliche Grundlage ähnlich mit Immobilientransaktionen, vgl. *Wagener/Franckenstein*, BB 2006, 1920 (die entsprechende Praxis wurde durch die Bekanntmachung des Bundeskartellamts vom 29.10.2009 aufgehoben).