



Bonn, den 18. Januar 2017

## Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle

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

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

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

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

Wettbewerbspolitisch nicht überzeugend ist hingegen die im Regierungsentwurf vorgesehene weitreichende Freistellung von **Kooperationen unter Presseverlagen**. Für eine solche Sonderregel besteht aus Sicht des Bundeskartellamts kein Bedarf. Dies gilt auch für weitergehende Forderungen nach Ausnahmebestimmungen für den **öffentlich-rechtlichen Rundfunk** oder für **kreditwirtschaftliche Verbundgruppen** (Sparkassen und Genossenschaftsbanken). Diese haben zwar bisher noch keinen Eingang in den Entwurf gefunden, werden aber von den entsprechenden Interessenvertretern mit Nachdruck in die politische Diskussion gebracht. Sollte es tatsächlich zu entsprechenden Aufweichungen des wettbewerblichen Ordnungsrahmens kommen, wären diese wettbewerbspolitisch nicht begründbar. Zudem würde der vom Gesetzgeber grundsätzlich angestrebte Gleichlauf zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht weiter durchlöchert und würden dadurch neue Rechtsunsicherheiten geschaffen.

In seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf hatte das Bundeskartellamt sich bezüglich einer möglichen Verschärfung der Regeln zum **Anzapfverbot** und zum Verbot des **Verkaufs unter Einstandspreis** bei Lebensmitteln für ein zurückhaltendes Vorgehen ausgesprochen. Es ist dementsprechend zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf sich auf einige klarstellende Ergänzungen der geltenden Normen beschränkt. Das Bundeskartellamt bleibt aber skeptisch, ob insbesondere das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis geeignet ist, ein Gegengewicht zur zunehmenden Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel zu bilden.

Diskutiert wird im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens auch eine Stärkung der behördlichen Durchsetzung im Bereich des wirtschaftlichen **Verbraucherschutzes** durch eine Erweiterung der Befugnisse des Bundeskartellamts. Das Bundeskartellamt unterstützt diese Vorschläge, die das vorhandene und funktionierende System des individuellen und kollektiven Rechtsschutzes auf dem Zivilrechtsweg nicht ersetzen, sondern nur in Einzelfällen um behördliche Durchsetzungsinstrumente ergänzen sollen. In der Diskussion ist, dass eine Verbraucherschutzbehörde nur flächendeckende Verstöße aufgreift und sich um schnelllebige Bereiche, insbesondere in der digitalen Wirtschaft, kümmert.

Aufgrund seines branchenspezifischen Know-Hows, seiner Durchsetzungserfahrung und des starken wettbewerblichen Bezugs solcher Fälle wäre das Bundeskartellamt hierfür die geeignete Behörde.

## **A. Schließen von Lücken im Bußgeldrecht**

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

Eine gerechte und effektive Kartellverfolgung ist nur gewährleistet, wenn alle Unternehmen, die sich an schwerwiegenden Verstößen mit hoher Sozialschädlichkeit beteiligt haben, bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die vorgeschlagenen Regelungen gewährleisten dies. Sie stellen für die betroffenen Wirtschaftsakteure auch keine Neuheit dar. Zu Recht weist der Entwurf darauf hin, dass alle Verstöße, die das Bundeskartellamt nach den europäischen Kartellrechtsbestimmungen verfolgen kann, auch von der Europäischen Kommission verfolgt werden können. Im derzeitigen Rechtsrahmen gibt es keine feste Zuständigkeitszuweisung zwischen Kommission und Bundeskartellamt. Deutsche Unternehmen müssen daher bei Kartellrechtsverstößen bereits heute jederzeit mit unternehmensbezogenen Geldbußen rechnen. Die vorgeschlagenen Regelungen bedeuten auch keine Erhöhung der Sanktionsandrohung; die Bußgelder bleiben die gleichen. Es geht vielmehr allein darum sicherzustellen, dass die heute bereits möglichen Bußgelder auch wirklich gezahlt werden. „Doppelte“ Bußgelder drohen insoweit nicht, da die Rechtsträger eines Unternehmens oder deren Nachfolger nach dem Vorschlag stets nur als Gesamtschuldner haften.

Die kartellrechtliche Praxis hat gezeigt, dass erhebliche Sanktionsdefizite des nationalen Regelungsrahmens bei Zuwiderhandlungen bestehen, die von konzernartig strukturierten Unternehmen begangen werden, und dass die gesetzlichen Regeln nicht alle Fälle der

Rechtsnachfolge sowie der wirtschaftlichen Nachfolge zufriedenstellend erfassen. So musste das Bundeskartellamt im Falle des sog. „Wurstkartells“ die Bußgeldverfahren gegen zwei Gesellschaften der Zur Mühlen-Gruppe einstellen, nachdem Bußgeldbescheide über insgesamt 128 Mio. Euro infolge konzerninterner Umstrukturierungen gegenstandslos geworden sind.<sup>1</sup> In einer Reihe weiterer Fälle droht derzeit, dass Kartellbußen entweder überhaupt nicht festgesetzt werden können oder dass bereits festgesetzte Geldbußen nachträglich entfallen. Dies betrifft Bußgelder in Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags. Eine nachträgliche faktische Enthftung von Unternehmen kann insbesondere dadurch bewirkt werden, dass die unmittelbar beteiligte Konzerngesellschaft im Rahmen einer geschickten Ausgestaltung von Abspaltungen und Gesamtrechtsnachfolgen nach dem Umwandlungsgesetz rechtlich oder wirtschaftlich wegfällt und ihr werthaltiges Vermögen auf andere Rechtsträger im Konzern verschoben oder an Dritte veräußert wird.

Neben den Fällen der rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolge besteht das Problem, dass eine nach außen auftretende Gesellschaft im Konzern auch von Anfang an mit einem geringen Vermögen ausgestattet sein kann, mit der Folge, dass selbst im Falle schwerwiegender und gewinnträchtiger Kartellverstöße faktisch nur ein geringes Bußgeldrisiko besteht. Zudem ist denkbar, dass die Unternehmensleitung im Falle drohender Kartellbußen die unmittelbar beteiligte Gesellschaft in die Insolvenz gehen lässt, obwohl das Vermögen im Gesamt-Unternehmen noch vorhanden ist.

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

---

<sup>1</sup> Vgl. Pressemitteilung vom 19.10.2016: Verfahren gegen Gesellschaften der ClemensTönnies-Gruppe eingestellt – Bußgelder in Höhe von 128 Mio. Euro entfallen in Folge von Umstrukturierungen.

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

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

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

Sanktionierung nicht sichergestellt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Februar 2013, Rs. C 681/11 – *Schenker*).

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

regelmäßig erreicht. Die Regelung des § 30 OWiG greift jedoch bei großen Konzernen, die ein einheitliches Unternehmen im Sinne des Kartellrechts bilden, zu kurz. Ökonomisch betrachtet kommen die aus der Tat erlangten Vorteile dort nicht allein der nach außen handelnden Gesellschaft, sondern der gesamten unternehmerischen Einheit zugute.

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

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

- Auch die Verantwortlichkeit des Rechtsnachfolgers und des wirtschaftlichen Nachfolgers ist geboten und sollte im Gleichklang zum Europäischen Konzept ausgestaltet werden. Deshalb sollte, anders als nach den allgemeinen Regeln des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts (§ 30 Absatz 2a OWiG), keine Begrenzung auf den Wert des übernommenen Vermögens und die dem Vorgänger gegenüber angemessene Geldbuße erfolgen. Zu Recht weist die Begründung darauf hin, dass nach der europäischen Rechtsprechung im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge die Aktiva und Passiva einschließlich der bußgeldrechtlichen Haftung für Kartellverstöße auf den Nachfolger übergehen und dies auch dort gilt, wo eine Geldbuße noch nicht (rechtskräftig) festgesetzt wurde. Dass Veränderungen in der Zusammensetzung des Unternehmens und dem damit verbundenen Unternehmensumsatz im Einzelfall nicht zu unbilligen Ergebnissen führen, kann im Rahmen der Bußgeldzumessung ausgehend vom Unternehmensbegriff angemessen gewährleistet werden. Dies sieht der Regierungsentwurf in dem ergänzten § 81 Absatz 4a GWB-E nunmehr ausdrücklich vor.
- Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Lösung beinhaltet erkennbar keine verschuldensunabhängige Haftung sowie keine Haftung für fremdes Verschulden. Geldbußen drohen weiterhin nur dann, wenn ein schuldhaftes Fehlverhalten eines Angestellten mit Leitungsfunktion im Unternehmen nachweisbar ist. Lediglich der Kreis der Bußgeldverantwortlichen wird bei einheitlich gelenkten Unternehmen weiter gezogen und den rechtstatsächlichen Verhältnissen angepasst. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass juristische Personen keine vorgegebene Größe sind, sondern menschengemachte Zweckgebilde. Ihre Struktur und Organisation im Konzern wird von der Unternehmensleitung ausgestaltet und kann jederzeit verändert werden. Die Zuweisung

von Verantwortlichkeit sollte daher auf die unternehmerische Einheit bezogen werden. Diejenigen Rechtsträger, die das Unternehmen der Zuwiderhandlung betreiben oder es als Gesamtrechtsnachfolger oder wirtschaftliche Nachfolger fortführen, repräsentieren das verantwortliche Unternehmen. Ihre gesamtschuldnerische Zahlungsverpflichtung beinhaltet somit keine Haftung für ein „fremdes“ Verschulden.

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass im Regierungsentwurf mit § 81a GWB-E eine Ausfallhaftung für den Übergangszeitraum vorgesehen ist, um entleerenden Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen bis zu einer vollen Wirksamkeit der oben dargestellten Neuregelung entgegen zu wirken. Dem Entwurf ist beizupflichten, dass hiermit kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Bußgeld- und Sanktionsvorwurf verbunden ist. Die Regelung ermöglicht nur eine Ausfallhaftung nach entleerenden Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen bis zur vollen Wirksamkeit der Neuregelung. Es handelt sich um ein rein haftungsrechtliches Entstehen für die Bußgeldverantwortlichkeit durch den Rechtsnachfolger bzw. die neue Muttergesellschaft, das nicht gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Denn die Ausfallhaftung knüpft an ein der Tat nachgelagertes Ereignis an, namentlich das nach Einleitung des Bußgeldverfahrens veranlasste Erlöschen der verantwortlichen Gesellschaft oder eine anderweitige Verschiebung von Vermögen, die zur Folge hat, dass das Bußgeld nicht festgesetzt oder vollstreckt werden kann, also das Vermögen des Bußgeldverantwortlichen sich verringert. Auch der für das Verfahren vorgesehene Rückgriff auf die Vorschriften für die Festsetzung und Vollstreckung einer Geldbuße erscheint sachgerecht, um die Geltung hoher Schutzstandards für die Haftenden zu gewährleisten und eine problemlose Verbindung mit dem Bußgeldverfahren zu ermöglichen.

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

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

Novelle angestrebte Neuregelung der Bußgeldverantwortlichkeit in § 81 Absätze 3a bis c GWB-E lässt eine flankierende Anpassung der Auskunftsbefugnisse als geboten erscheinen. Die vorgesehene Einbeziehung lenkender Konzernmütter sowie von (rechtlichen und wirtschaftlichen) Nachfolgern auf Basis des europäischen Unternehmensbegriffs wird in der Praxis nur dann erfolgreich umzusetzen sein, wenn sich die Auskunftspflichten nicht nur auf Umsatzzahlen, sondern auch auf Unternehmensstrukturen und ihre Umgestaltung erstrecken. Aus Sicht des Bundeskartellamts trifft die vorgeschlagene Regelung einen angemessenen Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Ahndung von Kartellrechtsverstößen und der Wahrung der Verteidigungsinteressen. Die flankierenden Regelungen ermöglichen eine deutlich schnellere und effektivere Sachverhaltsaufklärung und machen aufwendige Durchsuchungen allein zur Unternehmensstruktur entbehrlich, ohne die Verfahrensstellung der betroffenen juristischen Personen und Personenvereinigungen zu gefährden. Denn die vorgeschlagenen Verpflichtungen betreffen allein Auskünfte zur objektiven Unternehmensstruktur und deren Veränderungen im Zeitablauf, während es bezüglich des Nachweises der Tat bei den allgemeinen Regeln bleibt.

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

sprechend gelten, eine sehr viel weitergehende Tatsachenaufklärung auch des Tatvorwurfs mittels bußgeldbewehrter Auskunftsschreiben für zulässig befunden (EuGH, Urteil v. 18.10.1989, 374/87 – *Orkem*; Urteil v. 29.06.2006, C-301/04 P – *SGL Carbon*). Der demgegenüber äußerst begrenzte Umfang der hier vorgeschlagenen Auskunftspflicht spricht zusätzlich für ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK (vgl. dazu EGMR, Urteil v. 29.06.2007, Appl. Nos. 15809 und 25624/02, Rz. 58 – *O'Halloran und Francis/UK*).

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

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

## **B. Verbesserung des wettbewerbsrechtlichen Rahmens für die digitale Wirtschaft**

Die im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Klarstellungen in § 18 GWB sowie die Ergänzung der Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle entsprechen sehr weitgehend den Empfehlungen des Think Tank Internetplattformen des Bundeskartellamts. Dieser ist in seinem Arbeitspapier zur *Marktmacht von Plattformen und Netzwerken* zu dem Ergebnis gekommen, dass das vorhandene kartellbehördliche Instrumentarium für den Umgang mit Plattformen und Netzwerken in der digitalen Wirtschaft grundsätzlich geeignet ist. Zur weiteren Verbesserung des rechtlichen Rahmens hat der Think Tank einzelne Ergänzungen und Präzisierungen vorgeschlagen, die auch bereits im Grünbuch *Digitale Plattformen* des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie enthalten sind. Dazu gehört insbesondere eine Anpassung der Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle, die den Be-

sonderheiten der digitalen Wirtschaft Rechnung trägt. Das alleinige Anknüpfen der Fusionskontrollpflicht an Umsatzschwellen hat sich in der jüngeren Vergangenheit als nicht ausreichend erwiesen, um die für den Wettbewerb relevanten Zusammenschlüsse in der digitalen Wirtschaft zu erfassen. Es wurde daher ein zusätzliches kaufpreisbezogenes Aufgreifkriterium vorgeschlagen, um die wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses in der digitalen Wirtschaft besser abzubilden. Das Bundeskartellamt begrüßt, dass der Regierungsentwurf entsprechende Regeln vorsieht.

## **I. Märkte ohne Entgelt**

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

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

## **II. Marktbeherrschungskriterien**

Schon in seiner jüngeren Fallpraxis hat das Bundeskartellamt bei der Beurteilung der Marktstellung von digitalen Plattformen die Erkenntnisse der ökonomischen Forschung berücksichtigt, soweit sie für die kartellbehördliche Praxis anwendbar waren. Im Rahmen der konzeptionellen Arbeit des Think Tank und aus dieser Praxis heraus hat das Bundeskartellamt Marktmachtkriterien entwickelt, die zur Bewertung der Marktstellung digitaler Plattformen und Netzwerke geeignet sind. Mit der Aufnahme dieser Kriterien in einem Absatz 3a soll die Praxis nach dem Vorschlag des Entwurfs nun eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erhalten. Die Generalklausel des § 18 Absatz 3 GWB lässt zwar be-

reits eine Berücksichtigung der nach dem Entwurf für einen Absatz 3a vorgesehenen Kriterien zu. Eine klarstellende gesetzliche Ausgestaltung der speziellen Marktmachtkriterien für Plattformen und Netzwerke erscheint dennoch aus Sicht der Rechtsanwender sinnvoll. Das Bundeskartellamt hat sich deshalb bereits in seinen aus den Ergebnissen des Think Tanks abgeleiteten Handlungsempfehlungen für eine solche Klarstellung ausgesprochen.

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

### **III. Fusionskontrolle**

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

Ziel der Regelung ist es, gesamtwirtschaftlich bedeutende Transaktionen zu erfassen. Sie erlaubt die wettbewerbliche Prüfung von Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft werden, deren Umsätze in Deutschland bisher unter 5 Millionen Euro liegen. Diese Fälle sind nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich nicht anmelde- und kontrollpflichtig, obwohl der hohe Kaufpreis häufig ein Zeichen für das Vor-

handensein innovativer Geschäftsideen mit einem hohen wettbewerblichen Marktpotential ist. Im Falle der Anmeldepflicht nach Einführung einer kaufpreisbezogenen Aufgreifschwelle soll der zusätzliche Verwaltungsaufwand für die betroffenen Unternehmen so gering wie möglich bleiben. Aus Sicht des Bundeskartellamts ist der durch eine fusionskontrollrechtliche Prüfung entstehende Aufwand vergleichsweise gering. Die Informationsanforderungen einer deutschen Fusionskontrollanmeldung sind im internationalen Vergleich äußerst niedrig. Außerdem beträgt die Verfahrensdauer für eine Freigabe im Vorprüfverfahren oft weniger als die gesetzlich vorgesehene Frist von einem Monat. Dies ist dabei der Normalfall eines Fusionskontrollverfahrens, da eine vertiefte Prüfung nur in wenigen Fällen erforderlich ist.

Um den Aufwand für die Wirtschaft darüber hinaus auf das zwingend erforderliche Maß zu beschränken und zugleich zu gewährleisten, dass hinreichend bedeutende Sachverhalte weitgehend erfasst werden, kommt der Höhe des Schwellenwerts eine entscheidende Bedeutung zu. Der im Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf leicht erhöhte Wert von € 400 Mio. (§ 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB-E) bleibt aus Sicht des Bundeskartellamts in einem vernünftigen Rahmen und lässt nach derzeitiger Einschätzung keine hohen Fallzahlen erwarten. Das Bundeskartellamt und die Monopolkommission hatten jeweils mit € 500 Mio. einen noch etwas höheren, aber in der Größenordnung vergleichbaren Wert vorgeschlagen. Letztlich wird erst die Praxis zuverlässig zeigen können, in welchem Ausmaß Transaktionen durch die neue Aufgreifschwelle fusionskontrollpflichtig werden. Daher ist die vorgesehene Evaluierung der Vorschrift zu begrüßen, die ein ggf. erforderliches Nachsteuern bei dem Schwellenwert ermöglicht.

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass die Formulierung des notwendigen Inlandsbezugs der Transaktion („*local nexus*“) im Regierungsentwurf neu gefasst wurde. Mit dem Abstellen auf das Zielunternehmen der Transaktion und dem weiteren Erfordernis einer nicht nur potentiellen, sondern tatsächlichen erheblichen Tätigkeit im Inland sollte das Ziel erreicht werden, möglichst viele Zusammenschlüsse eindeutig aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle auszuschließen, die keine Auswirkungen in Deutschland erwarten lassen.

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

#### **IV. Kooperation mit Landesmedienanstalten und Datenschutzbeauftragten**

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

Positiv ist aus Sicht des Bundeskartellamtes auch, dass zuletzt im Rahmen der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz diskutierte weitergehende Vorschläge zur Berücksichtigung von Medienvielfaltsgesichtspunkten in kartellbehördlichen Verfahren keinen Eingang in den Regierungsentwurf gefunden haben. Als branchenübergreifender Rahmen des Wettbewerbsprozesses nimmt das Kartellrecht Medien- und Werbeangebote und die dahinter stehenden Unternehmen mit dem Ziel des Schutzes des wirtschaftlichen Wettbewerbs in den Blick. Es unterscheidet sich damit von Regeln, die unmittelbar die Meinungsvielfalt schützen und vorherrschende Meinungsmacht verhindern sollen. Der mitunter konstatierte Konflikt zwischen den Regelungsbereichen ist jedoch nicht zu

erkennen. Kooperationen von Medienunternehmen wie die Gründung gemeinsamer Filmplattformen können zwar im Einzelfall problematisch sein, so insbesondere bei Preisabsprachen zwischen direkten Wettbewerbern. In den bisher vertieft behandelten Fällen waren aber jeweils kartellrechtskonforme Ausgestaltungen möglich. Gesetzliche Vorgaben zur Berücksichtigung medienpolitischer Belange wären in diesem System behördlicher Rechtsdurchsetzung mit umfassender gerichtlicher Kontrolle ein Fremdkörper. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zum europäischen Recht, welches auf überregionale Kooperationen ohnehin regelmäßig anwendbar bliebe.

Aus Sicht des Bundeskartellamts unproblematisch ist hingegen die in den Regierungsentwurf (§ 40 Absatz 4 Satz 3 GWB-E) aufgenommene Regel, wonach vor einer Untersagung in Verfahren, die den Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter betreffen, das Benehmen mit der KEK herzustellen ist. Denn bei solchen Zusammenschlüssen besteht eine Parallelität zwischen der Medienkonzentrationskontrolle der KEK und der Zusammenschlusskontrolle des Bundeskartellamts und ist ein enger Austausch dementsprechend sinnvoll.

### **C. Kartellrechtsausnahme für Presseverlage**

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

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

Abs. 2b S. 1 GWB-E freigestellt sind, können unter Umständen, sobald der zwischenstaatliche Handel berührt ist, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung mit Bußgeldern belegt werden. Die Schwelle für die Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums als Anwendungsvoraussetzung des Art. 101 AEUV ist einzelfallbezogen zu beurteilen. Dabei sind die Anforderungen an die Feststellung der Zwischenstaatlichkeit - auch nach der Rechtsprechung des EuGH - nicht besonders hoch und ist eine trennscharfe und rechtssichere Abgrenzung kaum möglich.

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

Verlagsbereich von dem Kartellverbot auszunehmen. Hierunter könnten auch Preis- oder Gebietsabsprachen fallen, soweit sie die Stärkung der wirtschaftlichen Basis ermöglichen. Ein Erfordernis der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge, wie dies noch bei der im Gesetzgebungsverfahren zur 7. GWB-Novelle vorgeschlagenen Regelung gefordert wurde, und wie es nach § 3 GWB auch von Mittelstandskartellen verlangt wird, sieht die vorgeschlagene Regelung nicht vor. Es wird auch nicht explizit die Existenzsicherung eines der beteiligten Verlage gefordert, wie es bei Sanierungsfusionen von Presseverlagen nach § 36 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 GWB der Fall ist.

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

#### **D. Forderungen nach weiteren branchenbezogenen Sonderregelungen**

Über die im Regierungsentwurf bereits enthaltene Sonderregelung für Pressekooperationen hinaus werden im Gesetzgebungsverfahren Forderungen nach weiteren branchenbezogenen Ausnahmevorschriften erhoben. Über die fehlende Rechtfertigung der kon-

kreten Wünsche im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (unter I.) und der Sparkassen und Genossenschaftsbanken (unter II.) hinaus ist dies aus Sicht des Bundeskartellamts eine höchst problematische Entwicklung. Denn zum einen droht mit immer neuen Ausnahmereichen eine sukzessive Aushöhlung des GWB, die dessen Funktion und Glaubwürdigkeit als allgemeinen Ordnungsrahmen der deutschen Wirtschaft erheblich beeinträchtigt. Zum anderen würde auch der bisher aus guten Gründen angestrebte Gleichlauf mit den EU-Regeln, insbesondere dem im Primärrecht verankerten Art. 101 AEUV zunehmend aufgegeben.

## **I. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten**

Die vom Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 25. November 2016 aufgestellte Forderung nach einem besonderen Freistellungstatbestand für Kooperationen im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist sachlich nicht gerechtfertigt und aus verschiedenen Gründen zurückzuweisen:

- Dem besonderen Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Anstalten wird im geltenden Recht bereits umfänglich Rechnung getragen. Es ist im Rundfunkstaatsvertrag wie im Kartellrecht seit langem anerkannt, dass sich bei der Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Anstalten zwei Bereiche unterscheiden lassen: Im Vordergrund steht die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags, der nach § 11 RStV darin besteht, als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen. Daneben dürfen die Anstalten jedoch auch kommerziell tätig werden und ihre Leistungen für Dritte im Wettbewerb anbieten. Hierbei sollen sie nach den Wertungen des Rundfunkstaatsvertrages unter Marktbedingungen agieren (§ 16a RStV). Dieser Zweiteilung trägt die kartellrechtliche Praxis Rechnung. Soweit die Anstalten im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrages tätig werden, wird ihre Tätigkeit durch die Kartellaufsicht nicht beschränkt. Nur wenn sie den öffentlich-rechtlichen Bereich verlassen und kommerziell tätig werden, müssen sie sich marktkonform verhalten und an den Regeln messen lassen, die auch für jedes andere Unternehmen gelten. Hierzu zählt dann auch das Kartellrecht.

- Die daraus resultierende eingeschränkte Anwendbarkeit des Kartellrechts wird von der aktuellen Rechtsprechung nicht in Frage gestellt. Der jetzt geltend gemachte Regelungsbedarf wird maßgeblich mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in einem zivilrechtlichen Streit um Einspeiseentgelte für das Kabelnetz begründet. Diese Entscheidung rechtfertigt aber nicht den Schluss, dass die Erfüllung des Tatbestands von § 1 GWB und ein Eingreifen des Bundeskartellamtes in zahlreichen Kooperationsverhalten wahrscheinlich sind. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die eine besondere Situation betraf, nämlich die Nachfrage nach einer Vorleistung, die eindeutig und unmittelbar (auch) der kommerziellen Betätigung zu Gute kommt. Eine Aufgabe der oben dargestellten, grundsätzlichen Unterscheidung – keine Kartellaufsicht im öffentlich-rechtlichen Bereich – ist damit nicht verbunden.
- Dort, wo das Kartellrecht Anwendung findet, sind mit dieser Anwendung auch keine unverhältnismäßigen Belastungen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk verbunden. Die allgemeinen Regeln eröffnen erhebliche Spielräume für Kooperationen. Dies gilt insbesondere, wenn es (wie die Begründung des Bundesratsvorschlages ausführt) darum gehen soll, dass Effizienzvorteile generiert werden, die letztlich den Verbraucherinnen und Verbrauchern zu Gute kommen und hierzu keine überschießenden Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart werden. In solchen Fällen greift die Freistellung nach § 2 GWB und bedarf es keiner Sonderregelung. Dementsprechend geht auch die Begründung davon aus, dass zahlreiche Kooperationsformen bereits jetzt freistellungsfähig sein dürften. Soweit in der Stellungnahme des Bundesrats eine „erhebliche Rechtsunsicherheit“ geltend gemacht wird, da „bislang keine umfassende Entscheidungspraxis der zuständigen Behörden und Gerichte“ bestehe, überzeugt dies nicht. Eine gewisse Unsicherheit ist im System der Selbstveranlagung angelegt und trifft alle Unternehmen gleichermaßen. Das Bundeskartellamt hat den Rundfunkanstalten jedoch signalisiert, dass es jederzeit zu Gesprächen über konkrete Kooperationsvorhaben bereit ist.
- Im Ergebnis würde die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung demgegenüber keinen Gewinn an Rechtssicherheit bewirken, sondern neue Abgrenzungsfragen aufwerfen. Denn von ihr erfasst werden soll gerade eine Zusammenarbeit der

Rundfunkanstalten „im Bereich ihres Funktionsauftrags“. In der Begründung des Vorschlags wird konkretisierend ausgeführt, dass die Regelung „nur für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags“ gelte, „nicht aber für kommerzielle Aktivitäten wie insbesondere den E-Commerce-Bereich, die Werbung, das Sponsoring sowie das Merchandising“. An der auch im Rundfunkrecht selbst (§ 16a RStV, s.o.) enthaltenen Wertung, dass die Anstalten sich im Bereich ihrer kommerziellen Tätigkeit unter Marktbedingungen bewegen sollen, will die Vorschrift offensichtlich nichts ändern. Dies bedeutet zum einen, dass Vorhaben wie die Schaffung einer gemeinsamen kommerziellen Video-on-Demand-Plattform von der vorgeschlagenen Regelung nicht erfasst wären (unabhängig von der weiteren Frage der Anwendbarkeit europäischen Rechts). Mediatheken der öffentlich-rechtlichen Anstalten hingegen wurden vom Bundeskartellamt bereits bisher nicht der unternehmerischen Betätigung zugerechnet und bedürfen insoweit keiner Ausnahme (vgl. Projekt „Germany’s Gold“, Fallbericht vom 23.02.2015). Es bedeutet zum anderen, dass bei Tätigkeiten, die gleichermaßen mit dem Funktionsauftrag wie mit der kommerziellen Betätigung verbunden sind, weiterhin im Einzelfall zu beurteilen wäre, ob sie dem Kartellrecht unterfallen.

- Eine erhebliche zusätzliche Unsicherheit würde daraus resultieren, dass das europäische Kartellverbot in Art. 101 AEUV in seinem sachlichen Gehalt unberührt bliebe und wegen des Vorrangs des europäischen Primärrechts auch unberührt bleiben muss. Die für seine Anwendung erforderliche Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird bei Kooperationen von ARD und ZDF vielfach naheliegen, weil und soweit diese sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedsstaates erstrecken.

## **II. Sparkassen und Genossenschaftsbanken**

Neben den Sonderregeln für die Presse und öffentlich-rechtliche Sendeanstalten sind aktuell auch Kartellrechtsausnahmen für Sparkassen und Genossenschaftsbanken in der Diskussion. Auch angesichts der nicht zu leugnenden Herausforderungen, denen sich die Kreditwirtschaft aktuell gegenüber sieht, ist ein Bedarf hierfür nicht ersichtlich.

- Dies gilt zunächst für den Bereich der Zusammenschlüsse verschiedener, insbesondere benachbarter Sparkassen. Hier ist eine differenzierte Betrachtung anzustellen. In jüngerer Zeit wurden zwei Vorhaben in einem schnellen und wenig bürokratischen Verfahren freigegeben (Fusion der Sparkassen Peine und Goslar mit Sparkasse Hildesheim; Fusion der Sparkasse Ingolstadt mit Sparkasse Eichstätt). Das Bundeskartellamt hat dabei dem gesetzlich verankerten Regionalprinzip Rechnung getragen und die Beteiligten nicht als potentielle Wettbewerber angesehen. In anderen Fällen dagegen, in denen beteiligte Sparkassen gerade nicht auf ihren regionalen Wirkungskreis beschränkt waren, wurde in früheren Verfahren allerdings auch eine Untersagung ausgesprochen (B4-15/11, Untersagung im Fall Haspa/Kreissparkasse Lauenburg). Dies zeigt, dass es sich bei der Fusionskontrolle in diesem Bereich nicht um eine überflüssige Formalie handelt.
- Begründet werden die Forderungen mit dem Wunsch nach einer stärkeren Zusammenarbeit und einer Konsolidierung bei vorgelagerten Dienstleistungen („back office“-Leistungen). Konkreter Anlass dürfte das Fusionskontrollverfahren DSGF Deutsche Servicegesellschaft für Finanzdienstleister mbH („DSGF“) / Sparkassen-Marktservice GmbH („SMS“) sein, in dem die Anmeldung am 2. Mai 2016 kurz vor Erlass einer Untersagungsentscheidung zurückgenommen wurde.
- Der Wunsch nach einer Konsolidierung im Bereich der vorgelagerten Dienstleistungen rechtfertigt jedoch keine generelle Kartellrechtsausnahme: Die allgemeinen Regeln erlauben bereits vielfältige Kooperationen. Sofern der DSGVO fehlende Rechtssicherheit beklagt, wird eine Herausforderung angesprochen, die im kartellrechtlichen System der Selbstveranlagung alle Unternehmen betrifft. Das Bundeskartellamt ist aber stets zu Gesprächen über konkrete Vorhaben bereit. Zu beachten ist dabei, dass eine Konsolidierung für die Abnehmer – hier die Sparkassen – nicht in jedem Fall vorteilhaft ist: Ein einziger Anbieter mag von Größenvorteilen und Synergieeffekten profitieren, Monopolisten tendieren aber zu Ineffizienzen und Trägheit – höhere Preise und weniger Innovationen können die Folge sein. Das DSGF/SMS-Verfahren hat zudem gezeigt, dass Sparkassen auf Grund des steigenden Kostendrucks heute vermehrt das Instrument der Ausschreibung nutzen und damit den Wettbewerb auch innerhalb des Sparkassenverbunds für sich

spielen lassen. Wegen der bereits vorhandenen Einbindung in gemeinsame IT-Systeme etc. sind die Institute häufig auf Anbieter aus dem Sparkassenbereich angewiesen – werden diese zusammengefasst, hat das einzelne Institut kaum noch Ausweichmöglichkeiten.

- Eine Ausnahme könnte auch neue gemeinsame Angebote für Endkunden, etwa im Bereich mobiler Zugangs- oder Bezahlssysteme („Apps“), betreffen. Auch hier ist es aber angemessen, diese im Einzelfall zu betrachten. Ein gemeinsames Vorgehen kann den Wettbewerb fördern, indem etwa auch kleineren Instituten ein Markteintritt ermöglicht wird, wie es beim Projekt „YOMO“ der Fall war, das vom Bundeskartellamt positiv begleitet wurde. Gerade bei Kooperationen im Bereich neuer digitaler Dienste muss das Bundeskartellamt aber weiterhin in der Lage sein, wettbewerbsbeschränkende Vorhaben, die sich zum Beispiel zu Lasten privater neuer Geschäftsmodelle auswirken, zu prüfen.
- Schließlich ist zu beachten, dass mit einer Ausnahme für Sparkassen und Genossenschaftsbanken ein großer Teil der deutschen Kreditwirtschaft (der z.B. rund 70 % der Girokonten ausmacht) vom (nationalen) Kartellrecht freigestellt würde. Es ist nicht auszuschließen, dass die Sparkassen damit insgesamt wieder verstärkt in den Fokus des Europarechts rücken.

## **E. Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie**

Die Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU in deutsches Recht ist einer der wesentlichen Anlässe für die GWB-Novelle. Das Bundeskartellamt sieht die von den Neuregelungen, insbesondere durch die nun erleichterte Informationsbeschaffung, ausgehende Verbesserung des rechtlichen Rahmens für Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen positiv. Private Schadensersatzklagen gewährleisten einen Ausgleich der kartellbedingten Vermögensverschiebungen und ergänzen damit die behördliche Kartellverfolgung. Es ist zu erwarten, dass die vorgeschlagenen Regelungen die Position der Geschädigten bei der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen Rechtsverletzer stärken werden.

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

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

## **I. Akteneinsicht**

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

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

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

## **II. Berücksichtigung der Interessen der öffentlichen Kartellverfolgung**

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

### **III. Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen**

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

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

Um diese Gefahr zu verringern, empfiehlt es sich aus Sicht des Bundeskartellamts, ein zentrales Gericht zu bestimmen, das über das Vorliegen und die Reichweite von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen entscheidet. Diese Fragen bieten sich für eine Konzentration des Gerichtsstands in besonderer Weise an. Denn die Entscheidung ist vollkommen abstrakt und unabhängig von dem zugrundeliegenden Schadensersatzprozess zu entscheiden. Eine Verhältnismäßigkeitsabwägung ist auf der Ebene der Entscheidung über das Vorliegen und die Reichweite eines solchen geschützten Beweismittels nicht erforderlich und vom Richtliniengeber auch nicht vorgesehen.

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

## **F. Verschärfung der Regeln zum Anzapfverbot und zum Verkauf unter Einstandspreis**

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass der Regierungsentwurf sich bei den besonderen Missbrauchsvorschriften auf einige klarstellende Ergänzungen beschränkt. Es warnt vor zu hohen Erwartungen an die Missbrauchskontrolle als mögliches Gegengewicht zur zunehmenden Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel. Verhaltensvorgaben für marktmächtige Unternehmen mögen zwar über konkrete Verfahren hinaus eine gewisse „Vorfeldwirkung“ entfalten, können aber eine wirksame Strukturkontrolle nicht ersetzen.

## **I. Neufassung des sog. Anzapfverbots**

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Neufassung des § 19 Absatz 2 Nummer 5 GWB („Anzapfverbot“) enthält aus Sicht des Bundeskartellamts sachlich richtige Klarstellungen, die einen sinnvollen Beitrag zu besserer Anwendbarkeit der Vorschrift leisten können. Große Bedeutung kommt insofern jedoch auch der ausstehenden höchstgerichtlichen Klärung der bisherigen Rechtslage anlässlich des EDEKA-Konditionenverfahrens zu. In dem Verfahren hat der Bundesgerichtshof kürzlich die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14) zugelassen. Welche praktische Relevanz die Norm künftig erhalten wird, bleibt deshalb abzuwarten.

## **II. Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis**

Nach dem Vorschlag des Regierungsentwurfs soll § 20 Absatz 3 GWB dahingehend geändert werden, dass eine ausdrückliche Definition des Einstandspreises aufgenommen wird. Die vorgeschlagene Formulierung entspricht dem Verständnis und der früheren Praxis des Bundeskartellamts und adressiert einige der Anwendungsprobleme, die aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf resultieren.

Es bleibt aus Sicht des Bundeskartellamts jedoch fraglich, ob mit dem Instrument des Verbots des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB) erreicht werden kann, dass die Position der verbliebenen Wettbewerber der großen Lebensmitteleinzelhandelsketten als alternative Abnehmer von Lebensmittelerzeugern gestärkt wird. Große Lebensmitteleinzelhandelsketten werden trotz des Verbots auch weiterhin in der Lage sein, zu deutlich besseren Konditionen einzukaufen als ihre kleineren Wettbewerber. In der Folge werden sie auch zu niedrigeren Preisen verkaufen können, ohne dabei unter dem Einstandspreis zu liegen.

## **G. Zuständigkeiten des Bundeskartellamts im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes**

Über die im Regierungsentwurf enthaltenen Vorschläge hinaus gibt es Überlegungen, das vorliegende Gesetzgebungsverfahren dazu zu nutzen, die behördliche Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes zu stärken und dem Bundeskartellamt Befugnisse in diesem Bereich zuzuweisen. In der Diskussion ist eine punktuelle Ergänzung des bewährten Systems der zivilrechtlichen Durchsetzung, die insbesondere auf Durchsetzungsdefizite in der digitalen Wirtschaft zielt.

Das Bundeskartellamt unterstützt diese Vorschläge, die das vorhandene und funktionierende System des individuellen und kollektiven Rechtsschutzes auf dem Zivilrechtsweg nicht ersetzen, sondern nur in Einzelfällen um behördliche Durchsetzungsinstrumente ergänzen sollen.

Bereits jetzt bestehen zahlreiche Berührungspunkte zwischen Kartellrecht und wirtschaftlichem Verbraucherschutz<sup>2</sup>. So stehen Verbraucher und ihre Interessen als relevante Marktgegenseite im Fokus der Ermittlungen vieler Kartell- und Fusionskontrollverfahren. Zum direkten Schutz von Verbraucherinteressen kommt es in Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Preise, wie sie das Bundeskartellamt in den letzten Jahren in den Bereichen Wasser, Heizstrom und Fernwärme geführt hat. In diesen Verfahren konnten Rückerstattungen an die Verbraucher oder Preissenkungen für die Zukunft in erheblicher Höhe durchgesetzt werden. Der Missbrauchskontrolle unterfällt bereits heute auch die Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen und der Einhaltung sonstiger rechtlicher Bestimmungen. Insoweit würden Doppelstrukturen geschaffen, wenn die Durchsetzung des Kartellrechts und die behördliche Durchsetzung allgemeinen Verbraucherrechts auseinander fallen würden. Dass Wettbewerbsbehörden für den Verbraucherschutz die richtige Instanz sind, zeigen auch die Beispiele vieler anderer Länder, die die Befugnisse ihrer Kartellbehörden um vergleichbare Kompetenzen erweitert haben<sup>3</sup>.

Grundsätzlich ist das in Deutschland etablierte System des individuellen und kollektiven Rechtsschutzes auf dem Zivilrechtsweg ein erfolgreiches Modell, das keiner flächendeckenden behördlichen Ergänzung bedarf. Wo einzelne Verbraucher ihre Rechte nicht wahrnehmen können oder wollen, führen insbesondere die von den Verbraucherzentralen geführten Verfahren zur Abstellung einer Vielzahl von Verstößen bzw. zur Klärung der damit verbundenen rechtlichen Fragen.

In Einzelfällen können aber auch die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes an ihre Grenzen stoßen. Dies gilt insbesondere für die digitale Wirtschaft, in der in der durch einen einzelnen Rechtsbruch mitunter eine sehr hohe Zahl an Verbrauchern geschädigt

---

<sup>2</sup> Das Bundeskartellamt hat sich auf der diesjährigen Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht mit dem Thema „Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?“ auseinandergesetzt und ein Arbeitspapier zu dem Tagungsthema veröffentlicht ([http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/11\\_10\\_2016\\_Tagung\\_Arbeitskreis\\_Kartellrecht.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/11_10_2016_Tagung_Arbeitskreis_Kartellrecht.html)).

<sup>3</sup> So haben unter den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union etwa Dänemark, Irland, Italien, die Niederlande, Ungarn und das Vereinigte Königreich eine gemeinsame Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörde. In Österreich nimmt die Bundeswettbewerbsbehörde die Aufgabe der Durchsetzung des Verbraucherrechts nach der CPC-Verordnung wahr. Außerhalb Europas haben etwa Australien, Südkorea und die USA eine gemeinsame Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörde.

wird. Dies erscheint etwa dort denkbar, wo sich die Geltendmachung der Ansprüche einzelner Verbraucher nicht lohnt (rationale Apathie bei Streuschäden), in schnelllebigen Bereichen (insbesondere digitale Wirtschaft), bei Vollstreckungshindernissen, Informationsasymmetrien oder monopolartigen Stellungen einzelner Anbieter. In diesen Bereichen können klassische behördliche Instrumente einen Mehrwert haben. So wäre es etwa denkbar, Verstöße über Abstellungsanordnungen mit Sofortvollzug schneller zu beenden und Verbrauchern auch in der Breite zu einer schnelleren Durchsetzung ihrer Rechte zu verhelfen.

Behördliche Durchsetzung sollte nicht an die Stelle des Zivilrechtswegs treten und der Durchsetzung der Ansprüche einzelner Verbraucher dienen. Sie muss sich auf systematische Verstöße mit großer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung und Verfahren mit entsprechender Signalwirkung konzentrieren.

Die vorgeschlagene Fokussierung auf die digitale Wirtschaft ist nachvollziehbar. Lücken bei der Durchsetzung verbraucherschützender Vorschriften werden in der aktuellen Diskussion insbesondere beim Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen über das Internet gesehen. Die dynamische Entwicklung neuartiger Geschäftsmodelle, die starke Stellung einzelner „Intermediäre“ und Defizite bezüglich der Transparenz der Angebote begründen hier neue Informations- und Machtungleichgewichte zu Lasten der Verbraucher. Das Bundeskartellamt hat in Bezug auf die digitale Wirtschaft in den vergangenen Jahren aus seiner laufenden Praxis heraus starke Kompetenzen aufgebaut. Kartell- oder Missbrauchsverfahren wurden und werden bspw. gegen Amazon, Apple, Facebook, HRS, Booking und viele andere Digitalunternehmen geführt. Weitere Branchenkenntnis wird über den Bereich der Fusionskontrolle aufgebaut, wo eine Vielzahl von Fällen die wettbewerbliche Analyse digitaler Plattformen betraf.

Neben dem Verhältnis zur zivilrechtlichen Durchsetzung und den dort tätigen Verbänden wäre auch die Beziehung zu bereits vorhandenen behördlichen Kompetenzen im Bereich des Verbraucherschutzes in den Blick zu nehmen, um eine sinnvolle Aufgabenverteilung zu gewährleisten.