



Stellungnahme

Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

I. Vorbemerkung

Das Bundeskabinett hat am 28. September 2016 den Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (RegE, GWB-E) vorgelegt. Damit soll insbesondere die Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union („Richtlinie 2014/104/EU“, RL) in deutsches Recht umgesetzt werden.

Dokumenten Nr.
D 0824

Datum
03.11.2016

Seite
1 von 33

Das deutsche Kartelldeliktsrecht gilt in der EU spätestens seit der 7. GWB-Novelle als führend. Seither gab es in Deutschland auch eine beachtliche Ausweitung der Prozess- und Regulierungspraxis ohne signifikante Defizite. Die Bedeutung der Richtlinie 2014/104/EU liegt deshalb primär darin, in anderen EU-Staaten den in Deutschland bereits erreichten Stand erst herzustellen. Unverändert muss das Aufbrechen von Kartellen Priorität genießen, zu dem Compliance-Anstrengungen und Kronzeugenanträge entscheidende Beiträge leisten. Compliance-Anstrengungen müssen deshalb entlastende Wirkungen bei den Sanktionen haben. Ebenso sollte eine schnelle Schadensregulierung einen entlastenden Effekt aufweisen.

Ein „Gold-Plating“, wie die Einführung einer nicht in der Richtlinie vorgesehenen und dem kontinentaleuropäischen Rechtssystem völlig fremden „pre-trial-discovery“, wird durch die überwiegende Mehrheit in der Industrie klar abgelehnt. Die Gefahr von Ausforschungsbeweisen (fishing expeditions) wäre groß. Außerdem würde ein vorgelagertes Beweisverfahren voraussichtlich mehrere Jahre in Anspruch nehmen, bevor das eigentliche Schadensersatzverfahren betrieben werden könnte.

Neben der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU weitet das Kabinett die Novelle auch auf weitere Bereiche aus. Der Gesetzentwurf sieht insbesondere „Defizite des nationalen Regelungsrahmens bei der Rechtsnachfolge sowie bei Konzernstrukturen“, die aus Sicht des Kabinetts eine Anpassung im GWB erforderlich machen. Gänzlich falsch liegt der Gesetzentwurf, indem er ohne Not, insbesondere ohne europarechtlichen Anlass, durch die vorgeschlagene Einführung einer verschuldensunabhängigen Konzernhaftung grundlegende Rechtsprinzipien deutschen Haftungs- und Gesellschaftsrechts opfert.

Dies ist aus Sicht der Industrie der Streitigste Punkt in der Novelle. Der „Versuch eines Kartellbeteiligten im Wurstkartell, sich durch mehrstufige Umstrukturierungen der Haftung für ein Bußgeld in dreistelliger Millionenhöhe zu entziehen“ wird herangezogen, um eine ausufernde Haftung nicht an Kartellverstößen Beteiligter zu begründen. Dies geschieht auf verfassungsrechtlich nicht zulässige Weise und ohne zu beachten, dass der „Wurstfall“ im Wesentlichen einen Ausnahmefall darstellt. Gesellschaftliche Umstrukturierungen mit dem Ziel, einem Kartellbußgeld zu entgehen, toleriert auch die Industrie nicht. Eine gesetzliche Lücke, die Umstrukturierungen begünstigt, bestand seit der 8. GWB-Novelle, die einige Lücken geschlossen, andere aber bewusst offen gelassen hatte.

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281408
F: +493020282408

Internet
www.bdi.eu

E-Mail

U.Suchsland@bdi.eu

N.Rossmann@bdi.eu

Die vorgeschlagenen Regelungen zur Konzernhaftung gehen nicht nur weit über das Schließen dieser Lücke hinaus. Die Konzernhaftung wird vielmehr dafür gar nicht benötigt, da Defizite allein auf der Rechtsnachfolgeseite aufgetreten sind und auch nur dort behoben werden sollten, nämlich bei den bislang lückenhaft gebliebenen Rechtsnachfolgeregelungen des § 30a OWiG. Defizite bei Konzernstrukturen sind, anders als behauptet, indes nicht ersichtlich. Die vorgeschlagene Einführung einer verschuldensunabhängigen Konzernhaftung im Bußgeldrecht verstößt gegen den Schuldgrundsatz, dem als Ausformung des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang zukommt. Eine Bußgeldverantwortlichkeit der Konzernmutter darf nicht allein auf Kartellrechtswidrigkeiten von Organen einer Tochtergesellschaft zurückgeführt werden.

Das international anerkannte Haftungsprivileg für die juristische Person, das die Möglichkeit zur Delegation von Verantwortung innerhalb von Unternehmensstrukturen herstellt, schafft Investitionsanreize seitens der Unternehmen und damit volkswirtschaftliche Wettbewerbsvorteile. Das ist der eigentliche Sinn von Haftungsbeschränkungen, den der Gesetzentwurf leichtfertig aufs Spiel setzt. Die Beseitigung des Haftungsprivilegs für die juristische Person wäre mit gravierenden Folgekosten verbunden. Die Haftungsbeschränkung soll der eingeschränkten Lenkungsfunktion im Konzern Rechnung tragen. Die Aufhebung der Haftungsbeschränkung würde in Folge zu nicht effizienten Faktorallokationen, Kapitalabflüssen (etwa in Form von Rückstellungen) sowie zu einer Rückführung an riskanteren Investitionen, z.B. der Bildung von Joint Ventures, führen. Investitionen würden im Umfang voraussichtlich deutlich geringer ausfallen.

Der Gesetzgeber wäre gut beraten, den Vorschlag zur Einführung einer Konzernhaftung im Bußgeldrecht nicht – oder allenfalls verfassungskonform – umzusetzen. Eine verfassungskonforme Umsetzung setzt nach Art. 20 Abs. 3 GG im Einklang mit dem Schuldprinzip ein eigenes Verschulden der Organe der Konzernobergesellschaft („Konzernmutter“) voraus.

Die äußerst komplexe und kontroverse Frage der Einführung einer Konzernhaftung sollte vor allem nicht im zeitlich eng gesetzten Rahmen der 9. GWB-Novelle, sondern – wenn überhaupt – in einem gesonderten Gesetzgebungsprozess beraten werden. Aufgrund der Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU muss die 9. GWB-Novelle bis zum 27. Dezember 2016 in Kraft treten. Für die Einführung einer Konzernhaftung ist jedoch keine Frist vorgegeben. Da der Gesetzentwurf in § 81 Abs. 3 b-c GWB-E bereits Regelungen zur Verhinderung von Bußgeldausfällen aufgrund gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen vorschlägt, entfällt damit auch der Druck, zusätzlich noch eine Konzernhaftung einzuführen. Sie wird für das Schließen der so genannten „Wurstlücke“ ohnehin nicht gebraucht. Aufgrund der erheblichen Implikationen für das deutsche Gesellschaftsrecht insgesamt ist hier eine breitere politische Debatte erforderlich und nicht die Einführung einer – noch dazu verfassungswidrigen – Regelung versteckt im Rahmen der Umsetzung der europäischen Schadensersatzrichtlinie, die zu nichts Geringerem als einem Paradigmenwechsel im deutschen Konzernhaftungsrecht führen würde und im diametralen Widerspruch zu geltenden gesellschafts- und konzernrechtlichen Strukturprinzipien steht.

Der BDI hatte mit seinem „Diskussionspapier EU-Kartellschadensersatz“ vom 13. Januar 2016, seiner Positionierung zum Referentenentwurf vom 26. Juli 2016 sowie mit dem vom ihm beauftragten Gutachten zu „Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht“ von Prof. Dr. Stefan Thomas und Prof. Dr. Hauke Brettel zur Abwendung der antizipierten grundgesetzwidrigen Pläne bereits im Vorfeld der 9. GWB-Novelle konstruktive und dogmatisch schlüssige Regelungsvorschläge unterbreitet, die im Entwurf leider weder aufgegriffen noch in der Begründung angesprochen werden.¹

¹ Thomas/Brettel, „Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit“, <https://www.mohr.de/en/book/compliance-und-unternehmensverantwortlichkeit-im-kartellrecht-9783161546525>; Kurzfassung abrufbar unter: http://bdi.eu/media/presse/presse/downloads/20160414_Kurzfassung_Rechtsgutachten_Kartellrecht.pdf

1) Bußgeldverfahren	S. 3
a) Einführung einer verschuldensunabhängigen Konzernhaftung in das Kartellbußgeldrecht (§ 81 Abs. 3 a GWB-E).....	S. 3
b) Gesamtrechtsnachfolge (§ 81 Abs. 3 b GWB-E).....	S. 15
c) Wirtschaftliche Nachfolge (§ 81 Abs. 3 c GWB-E).....	S. 15
d) Gesamtschuld (§ 81 Abs. 3 e GWB-E).....	S. 16
e) Ausfallhaftung im Übergangszeitraum (§ 81 a GWB-E).....	S. 17
2) Marktbeherrschung	S. 17
a) Klarstellungen für digitale Märkte (§ 18 GWB-E)	S. 17
i) Vorliegen eines Marktes bei Unentgeltlichkeit der Leistung (§ 18 Absatz 2 a GWB-E).....	S. 17
ii) Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auf digitalen Märkten (§ 18 Absatz 3 a GWB-E).....	S. 18
b) Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB).....	S. 19
i) Entfristung des Verkaufs unter Einstandspreis im Lebensmittelhandel (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB).....	S. 19
ii) Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht (§ 20 Abs. 2 GWB).....	S. 20
3) Presse (§ 30 Absatz 2 b GWB-E)	S. 20
4) Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie (§§ 33 ff GWB-E)	S. 21
a) Schadensvermutung und –schätzung (§ 33 a Abs. 2 und 3 GWB-E).....	S. 21
b) Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde (§ 33 b GWB-E).....	S. 21
c) Einwand der Schadensabwälzung (§ 33 c GWB-E).....	S. 22
d) Gesamtschuldnerische Haftung (§ 33 d GWB-E).....	S. 24
e) Wirkungen des Vergleichs (§ 33 f GWB-E).....	S. 25
f) Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (§ 33 g GWB-E).....	S. 25
g) Verjährung (§ 33 h GWB-E).....	S. 29
5) Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff GWB-E)	S. 29
6) Bundeskartellamt (§ 53 GWB-E)	S. 33
7) Erfüllungsaufwand	S. 33

1) Bußgeldverfahren

a) Einführung einer verschuldensunabhängigen Konzernhaftung in das Kartellbußgeldrecht (§ 81 Abs. 3 a GWB-E)

- Der RegE plädiert dafür, dass zukünftig im Rahmen der kartellrechtlichen Bußgeldhaftung eine an den europäischen Unternehmensbegriff angelehnte verschuldensunabhängige Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Töchter eingeführt werden soll. Die Einführung einer solchen quasi-automatischen, verschuldensunabhängigen und dem deutschen Gesellschafts- und Kartellrecht fremden Konzernmutterhaftung lehnt die deutsche Industrie bis auf einen Mitgliedsverband ab.² Die Diskussion um die Einführung einer verschuldensunabhängigen Konzernhaftung sollte losgelöst von der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU erfolgen. Für eine derart *folgeschwere Gesetzesänderung* ist eine *breitere politische Debatte erforderlich*, die nicht die engen Zeitvorgaben der Umsetzung der Richtlinie einhalten muss.

² Agv MoVe (Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister e.V.) ist der Ansicht, dass für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche der unionsrechtliche Unternehmensbegriff zugrunde zu legen ist.

- Ohne jeden Zweifel ist eine effektive Durchsetzung rechtskräftig verhängter Kartellbußgelder von hoher Bedeutung für den deutschen Rechtsstaat und den Haushalt. Doch schon bei der Frage, bei wem diese Bußgelder einzutreiben sind, muss dem Rechtsstaatsprinzip Genüge getan werden. Genau dies ist jedoch in den Vorschlägen des Gesetzentwurfs zur Einführung einer Konzernhaftung in das GWB nicht der Fall. Nur vordergründig geht es – jedenfalls bei der Einführung der Konzernmutterhaftung – um das Schließen einer bestehenden Rechtslücke, die unter dem Begriff der „Wurstlücke“ bekannt geworden ist.³

Wenn Unternehmen sich legal so umstrukturieren können, dass sie einem verhängten Bußgeld im Nachhinein entgehen, mag dies ein tatsächliches Problem darstellen, zu dessen Lösung der Gesetzgeber aufgerufen ist. Im Fall der „Wurstlücke“ wird allerdings eine Gesetzesänderung erwogen, die unnötig weit und nach deutschen Maßstäben verfassungswidrig ist.

Denn anstatt nur gezielte Regelungen zur Bußgeldhaftung im Falle einer Rechtsnachfolge oder einer wirtschaftlichen Nachfolge zu treffen, soll darüber hinaus auch eine Regelung in das GWB Einzug halten, nach der die Konzernmutter künftig – auch ohne eigenes Aufsichtsverschulden und ohne erfolgte Umstrukturierungsmaßnahmen – für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen haftet. Konkret sieht § 81 Abs. 3 a GWB-E vor, dass Konzernmütter, die auf Tochterunternehmen, in denen eine Leitungsperson einen Kartellverstoß begangen hat, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben, ebenfalls Adressat eines Bußgeldes sein können. Der unbestimmte Rechtsbegriff des „bestimmenden Einflusses“ entstammt dabei der Praxis des EuGH und der Europäischen Kommission, die eine Haftung der am Kartellverstoß nicht beteiligten Konzernmutter über die „wirtschaftliche Einheit“ konstruieren, welche als Zurechnungsobjekt für Bußgeldverfügungen allerdings keine Entsprechung im europäischen Primärrecht gefunden hat.

Zweifel an Rechtskonformität der EU-Praxis zur Konzernhaftung

- Indem die Rechtsprechung des EuGH die bloße Eigentümerstellung ausreichen lässt, verlässt sie die primärrechtlichen Legitimationsgrundlagen der Art: 101 ff AEUV, die ein wettbewerbswidriges Verhalten und nicht nur die Eigentümerstellung adressieren. Ihre Kontrolle nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (Art: 6 EMRK) steht noch aus.

Deutschen verfassungsrechtlichen Maßstäben des Schuldprinzips kann bestenfalls eine Haftung genügen, die eine Aufsichtspflichtverletzung der Obergesellschaft, beispielsweise durch unzureichende Compliance-Maßnahmen, zum Haftungsanlass nimmt.

Die europäische Praxis wird von weiten Kreisen als nicht rechtskonform erachtet, da sie gegen rechtsstaatliche Grundsätze wie den Gesetzesvorbehalt, den Schuldgrundsatz und die Unschuldsvermutung verstößt. Es ist hinzuzufügen, dass die vom RegE in der Begründung zitierten Entscheidungen europäischer Gerichte für den deutschen Gesetzgeber weder bindend noch notwendigerweise mit deutschem (Verfassungs-) Recht vereinbar sind.

³ Von zwei Unternehmen des sogenannten „Wurst-Kartells“, die vormals Teil der „Zur Mühlen“-Gruppe waren, konnten die Bußgelder in Höhe von rund 120 Mio. EUR nicht beigetrieben werden, da sie infolge von gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsmaßnahmen rechtlich nicht mehr existierten.

- Die Einführung einer solchen *verschuldensunabhängigen* Konzernhaftung in das deutsche Recht würde, wie das Gutachten der Professoren Thomas und Brettel herausgearbeitet hat, gegen elementare Grundsätze des deutschen Verfassungsrechts verstoßen, insbesondere gegen den *Schuldgrundsatz*, dem Verfassungsrang zukommt. In der Begründung des RegE wird allerdings schon bezweifelt, ob sich auch Unternehmen auf diesen Grundsatz berufen können, da dieser im „Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie“ stehe. Anders als die Monopolkommission (in ihrem Sondergutachten Nr. 72) verkennt das Kabinett jedoch, dass das Schuldnerfordernis auch vom verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet wird, auf den sich auch juristische Personen berufen können. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem explizit entschieden, dass der Grundsatz „*nulla poena sine culpa*“ im Ordnungswidrigkeitenrecht für juristische Personen gilt (BVerfGE 20, 323 ff.). Dies zieht auch die Monopolkommission nicht in Zweifel.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 20, 323 ff.) darf bei der Verhängung einer Geldstrafe gegenüber einer juristischen Person keine Zurechnung des Verhaltens von Personen, die nicht Organe oder Mitarbeiter der juristischen Person sind, stattfinden. Diese Maxime gilt bis heute unverändert im nationalen Recht. Einen Hinweis auf diese einschlägige und ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts suchte man im Referentenentwurf vergebens. Im Regierungsentwurf wird nun auf S. 100 lapidar unter Hinweis auf die von den Gutachtern Brettel und Thomas und vom BDI angeführte Rechtsprechung behauptet, dass sie nicht ausschliesse, „*die materielle Verantwortlichkeit bewusst vom einzelnen Rechtsträger zu lösen und auf das Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit zu beziehen und dessen Rechtsträger als Teil dieser Einheit gesamtschuldnerisch einstehen zu lassen.*“ Als Argument dafür wird vorgetragen, dass juristische Personen und Personenvereinigungen keine vorgegebene Größe darstellten, sondern Zweckgebilde seien, die in einheitlich gelenkten Unternehmen jederzeit verändert werden könnten.

Es ist erstaunlich, wie wenig Begründungsaufwand für den Dreh- und Angelpunkt der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einführung einer Konzernhaftung aufgewendet wird. Eine wirtschaftliche Einheit ist selbst nicht handlungsfähig, nicht rechtsfähig und auch nicht schuldfähig. Mangels Schuldfähigkeit stellt sie auch kein geeignetes Zuordnungsobjekt für das Verschulden agierender Personen dar.

Es muss vielmehr die individuelle Verantwortung jeder einzelnen beteiligten Konzerngesellschaft begründet werden. Außerhalb der Zurechnung des Verschuldens natürlicher Personen als Organwalter an ihre rechtsfähigen Verbände ist es aufgrund des Schuldprinzips unzulässig, fremdes Verschulden einem anderen Rechtssubjekt zuzurechnen. Dies ist vollkommen unabhängig von der Frage, ob Rechtssubjekte veränderbar sind. Selbstverständlich sind sie das. Dies ist jedoch kein tragfähiges Argument dafür, dass man einer juristischen Person das Verschulden einer anderen juristischen Person oder deren Organwalter zurechnen darf. Eine Verschuldenszurechnung zwischen eigenständig schuldfähigen Rechtssubjekten ist aufgrund des höchstpersönlichen Charakters der Schuld unzulässig.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 20, 323 ff.) verwirft gerade jenes „Funktionsträgerprinzip“, das der Gesetzentwurf nun über die so genannte „wirtschaftliche Einheit“ konstruieren möchte. Nach dem Bundesverfassungsgericht kann es daher nicht in Betracht kommen, den Schuldgrundsatz (die Begründung spricht von „materieller Verantwortlichkeit“) von der einzelnen juristischen Person abzulösen, indem man von einer akzessorischen Haftung aller Rechtsträger für einen gemeinsam gehaltenen Betrieb ausgeht.

Es fehlt zudem an einer Begründung, weshalb die Angehörigkeit eines Rechtsträgers zu einer übergeordneten Einheit zum Entfallen des individuellen Grundrechtsschutzes eines Teils der Einheit, d.h. der Konzernobergesellschaft, führen sollte. Eine solche Begründung gibt es schlicht nicht. Die Grundrechtseigenschaft der Konzernmutter fällt nicht weg, sie löst sich nicht auf, sie wird auch nicht übertragen. Das Kabinett berührt diese Frage nicht.

Nach Art. 20 Abs. 3 GG bedarf es somit eines vorwerfbaren Verhaltens der Konzernmutter – Konzernmütter dürfen also nur bei *eigenem Verschulden* in Haftung genommen werden. Eine Bestrafung bzw. Bebußung wegen des Fehlverhaltens von Mitarbeitern anderer juristischer Personen liefe hingegen auf eine Sanktionierung juristischer Personen unabhängig von deliktischer Verantwortlichkeit hinaus. Dies ist mit dem Grundgesetz unvereinbar.

- Die vorgeschlagene Haftung der Muttergesellschaft stellt nach der Begründung zum RegE eine *statische bzw. akzessorische Gesellschafterhaftung* dar. Eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Zurechnung von Fehlverhalten von Leitungspersonen der Tochter auf die Mutter soll nicht stattfinden – sie wäre nach der BGH-Rechtsprechung im Fall „Versicherungsfusion“ auch unzulässig. Da ein Fehlverhalten bzw. eine Pflichtverletzung von Organen oder anderen Leitungspersonen der Mutter für § 81 Abs. 3a GWB-E nicht vorausgesetzt wird, ist die Tat aus Sicht der Mutter bzw. der Anteilseignerin auch nicht vermeidbar und damit entgegen § 1 Abs. 1 OWiG auch nicht vorwerfbar. Die verfassungsrechtliche Unvereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz ist deshalb offensichtlich.
- Das Kabinett erkennt in der Begründung des RegE auf S. 100 zumindest an, dass der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* Anwendung findet und damit auch ein gerechtes Verhältnis zwischen Buße und „Vorwerfbarkeit der Ordnungswidrigkeit“ gegeben sein muss. Gleichzeitig wird aber lapidar behauptet, dass die Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktion nach § 81 Abs. 3a „zugleich rechtsstaatliche und grundrechtliche Prämissen“ bewahre. Es verwundert, dass in der Begründung viele wiederholte Behauptungen zur Zulässigkeit einer solchen Regelung getroffen werden, ohne dass sich das Kabinett – mit Ausnahme der Zweifel, ob das Schuldprinzip auf Unternehmen Anwendung finden könne – mit den ihm bereits zuvor bekannten gewichtigen Argumenten zur Verfassungswidrigkeit überhaupt im Ansatz auseinandersetzt.

Vermutung aus der AKZO-Rechtsprechung verstößt gegen deutsche Verfassungsprinzipien

- Nach der europäischen Rechtsprechung (*AKZO*) wird das Vorliegen eines bestimmenden Einflusses (*EU-Terminologie*) im Fall von (nahezu) 100 % Beteiligungen vermutet. Diese Vermutung ist auf europäischer Ebene faktisch nicht zu widerlegen, wodurch es zu einer quasi-automatischen Konzernhaftung kommt. Auch wird eine intensive Einflussnahme von Muttergesellschaften auf die Einhaltung des Wettbewerbsrechts durch ihre Tochter- bzw. Joint Venture-Gesellschaften im Sinne von gelebter Compliance als Indiz für einen „bestimmenden Einfluss“ angesehen, was jegliche Bemühungen seitens der Unternehmen, konzernweite Compliance-Systeme zu installieren, schon im Ansatz konterkariert. Der BDI hatte schon in seiner Positionierung zum Referentenentwurf darauf hingewiesen, dass *Vermutungsregelungen im deutschen Bußgeldrecht nicht zulässig* sind. Dies hat die Bundesregierung in ihrer Begründung zur 7. GWB-Novelle mit Verweis auf die Protokollerklärung MD 75/02 zur Verabschiedung der VO 1/2003 auch ausdrücklich erklärt. Im deutschen Straf- und Bußgeldrecht gilt die Unschuldsumutung „*in dubio pro reo*“. Bei Bußgeldverfahren, auf die in Deutschland die Vorschriften des Ordnungswidrigkeitengesetzes in Verbindung

mit der Strafprozessordnung Anwendung finden, muss die Kartellbehörde zudem den Sachverhalt von Amts wegen ermitteln. Für den Kartellverstoß trägt sie die Darlegungslast, die formale und materielle Beweislast und damit auch verbleibende Zweifel. Würden die europäischen Vermutungsregelungen im deutschen Bußgeldverfahren Anwendung finden, könnte sowohl der Amtsermittlungsgrundsatz als auch der Grundsatz „*in dubio pro reo*“ ausgehebelt werden, dem in Deutschland Verfassungsrang zukommt und der in der EU-Grundrechtscharta garantiert wird. Es ist insofern richtig, dass jetzt im RegE klargestellt wird, dass die europäische Vermutungsregelung mit Hinblick auf den „bestimmenden Einfluss“ nicht greifen kann. Der Referentenentwurf hatte zu dieser Frage noch Still-schweigen bewahrt. Die Konstellation des „bestimmenden Einflusses“ soll nun in Form eines „Erfahrungssatzes“ in die freie tatrichterliche Überzeugung einfließen können. Beim neuen Haftungskonzept soll eine „europafreundliche Auslegung“ maßgeblich sein, wobei zum „übernommenen Inhalt“ nicht nur der Begriff des „Unternehmens“ als solcher, sondern auch „die Merkmale, die an das europäische Konzept und die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Unternehmensbegriff anknüpfen (wie etwa die Merkmale einer bestimmenden Einflussnahme in § 81 Absatz 3a ...)“ gehören sollen.

- Warum das Kabinett bei der Beobachtung, dass die in der EU-Rechtsprechung herausgebildete Vermutungsregelung aus verfassungsrechtlichen Gründen mit deutschem Haftungsrecht nicht kompatibel wäre, stehenbleibt und nicht auch angesichts einschlägiger verfassungsrechtlicher Rechtsprechung die entsprechenden Schlussfolgerungen für das umstrittene Haftungskonzept zieht, ist indes nicht einsichtig.

Konzernhaftung führt zu einer Strukturhaftung für sämtliche Mehrheitsgesellschafter: Haftung die Regel, Ausnahmen nicht denkbar (strengeres deutsches Recht)

- Hochproblematisch ist ebenfalls, dass die Anlehnung an den europäischen Unternehmensbegriff im Ergebnis auf eine *Strukturhaftung für sämtliche Mehrheitsgesellschafter* hinausläuft, die nach deutschem Recht damit künftig sogar *noch strenger bzw. weitgehender* sein würde als nach europäischem Kartellrecht. Denn die aus der umfassenden Definition des bestimmenden Einflusses resultierende (faktische, zugleich aber tatsächlich unwiderlegbare) Vermutung einer wirtschaftlichen Einheit erfasst nicht nur 100%ige Konstellationen wie im europäischen Recht, sondern *praktisch jedes herrschende Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG*.

Für eine Haftung soll künftig nach Maßgabe des RegE maßgeblich sein, ob (1) eine einheitliche Leitung im Sinne einer bestimmenden Einflussnahme auf die generelle Geschäftspolitik aufgrund einer kapitalmäßigen Verflechtung dergestalt besteht, dass dadurch die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung eröffnet wird und (2) diese einheitliche Leitung auch tatsächlich ausgeübt wird. Für die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung sei es – unter Heranziehung der vielfältigen Kasuistik der europäischen Gerichte – ausreichend, wenn die Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen ergebe, dass die Mutter bestimmenden Einfluss auf die generelle Geschäftspolitik der Tochter ausübe, diese also ihr Marktverhalten nicht autonom bestimme. Insbesondere könne Einfluss in Bezug auf Unternehmensstrategie, Betriebspolitik, Betriebspläne, Investitionen, Kapazitäten, Finanzausstattung, Personalwesen und Rechtsangelegenheiten das Marktverhalten der Tochter beeinflussen. Schon die Ausübung der Funktion als Leitungs- und Koordinierungsinstanz führe dazu, dass ein bestimmender Einfluss auf die Tochter ausgeübt werde. Auf ein Kennen oder Kennenmüssen der konkreten Ordnungswidrigkeit auf Seiten der Obergesellschaft oder eine Einflussnahme im konkreten Fall komme es nicht an.

Mit diesem Verständnis haftet *praktisch und ausnahmslos jedes herrschende Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG für Verstöße ihrer Töchter* - ein viel weitgehender Ansatz als im europäischen Recht. Der Konzernvorstand einer herrschenden Gesellschaft im Sinne von §§ 15 ff. AktG ist nach deutschem Konzern- bzw. Gesellschaftsrecht zur Erfüllung seiner Leitungsaufgaben nämlich verpflichtet, ein Mindestmaß an Kontroll- und Leitungsmaßnahmen konzernweit zu ergreifen. Bei diesen Mindestaufgaben der Konzernleitung handelt es sich namentlich um eine konzernweite Finanzierung (einschließlich der Pflicht, seine Tochtergesellschaften ordnungsgemäß mit Kapital auszustatten und dieses auch zu erhalten), konzernweite Personalentscheidungen, welche die Konzernleitung sichern, ein konzernweites Controlling und Risikoüberwachungssystem (vgl. § 91 Abs. 2 AktG) eine konzernweite Compliance-Ordnung und ein konzernweites Informationssystem.⁴

Ferner sind zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen im Bereich der Rechnungslegung, einschließlich der Abschlussprüferpflichten, entsprechende konzernweit zu ergreifende Maßnahmen, wie etwa die vom sog. Bilanzzeit unterlegte Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses mit den einhergehenden Konsolidierungs- und Buchführungsaufgaben zur Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Konzerns zwingend erforderlich. Das bedeutet, dass künftig die Konzernmutter- bzw. jede Obergesellschaft im Vertragskonzern, aber auch in faktischen Konzernen bzw. bei reinen Finanzholdings als „Leitungs- und Koordinierungsinstanz“ angesehen wird (werden muss) und allein deshalb haftet – also Haftung *ohne jede Beteiligung, Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis* an Kartellverstößen der Tochter, aber auch ohne dass eine Einflussnahme auf strategische oder operative Entscheidungen bei der Tochtergesellschaft vorliegen müsste.

Das bedeutet zugleich, dass für die Frage der Konzernhaftung eine *Differenzierung* in herrschende Unternehmen, die tatsächlich auf die Strategie und das Marktverhalten ihrer Tochter Einfluss nehmen und solchen, die ohne Ausübung einer solchen Konzernleitung ihre gesetzlichen Pflichten als Obergesellschaft wahrnehmen, *nicht erfolgen* wird, d. h. die *Haftung der Konzernobergesellschaft wird zur absoluten Regel, Ausnahmen sind kaum vorstellbar*. Dies führte zu einer *akzessorischen statischen Strukturhaftung der Mutter*, die schon aus den dargestellten konzernrechtlichen Gründen nicht akzeptabel wäre.

Begründung für neues Haftungsregime unzureichend und falsches Verständnis von Konzernführung

- In der Begründung des RegE heißt es, dass durch die Neuregelung eine Anpassung des bußgeldrechtlich verantwortlichen Zuweisungsobjektes an die wirtschaftlichen Realitäten erfolge. Nicht das einzelne Rechtssubjekt, sondern der Konzern nehme *Einfluss auf den Wettbewerbsprozess*, da sich der Konzern durch einen eigenständigen Willensbildungsprozess bezüglich der Unternehmensstrategie und des Marktverhaltens auszeichne. Rechtstatsächlich sei der Konzern oder sein Geschäftsbereich – nicht die einzelne juristische Person - der maßgebliche „Ort des Willensbildungsprozesses“. Diese Behauptung verkennt aber zunächst in rechtlicher Hinsicht, insbesondere in Bezug auf Kapitalgesellschaften, die vom Gesellschafts- und Konzernrecht gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten. Nach den §§ 15 ff. AktG besteht für ein herrschendes Unternehmen zwar Pflichten, ein Mindestmaß an Kontroll- und Leitungspflichten auszuüben,

⁴ vgl. OLG Jena NZG 2010, 226 - rechtmäßige Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers, weil dieser seinen Überwachungspflichten im Hinblick auf nachgeordnete Konzerngesellschaften nicht nachgekommen sei. Vgl. dazu auch Seyfarth, Vorstandsrecht § 8 Rz. 25, 26; Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, S. 660, 669 ff. m.w.N.

es ist jedoch nicht verpflichtet, die Unternehmensstrategie des einzelnen Tochterunternehmens oder deren Marktverhalten zu bestimmen. Dies wird durch die weitgehende Definition des „bestimmenden Einflusses“ vom RegE ignoriert.

- Die unterstellte Form der Konzernführung entspricht darüber hinaus auch nicht der wirtschaftlichen Realität. Die *Vorstellung vom umfassend zentral gelenkten Einheitskonzern, der Strategie und Marktverhalten seiner Töchter bestimmt* („Ort des Willensbildungsprozesses für die Strategie oder das Marktverhalten“), *wird weder großen, global operierenden und tief gestaffelten Konzernen noch kleineren oder dezentralen bzw. etwa durch eine Finanzholding gesteuerten Unternehmen gerecht*. Wenn der Mehrheitseigentümer beispielsweise eine Stiftung mit nur einer Handvoll Mitarbeitern wäre, würde ein „bestimmender Einfluss“ gleichwohl unterstellt. Auch daran zeigt sich, dass das künftige Haftungsregime nicht nur rechtliche Probleme aufwirft, sondern auch von falschen Tatsachen ausgeht.

Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips: Haftungsdurchgriff auf das Vermögen der Mutter nicht mehr nur in Ausnahmefällen

- In der Begründung des RegE bestätigt das Kabinett, dass durch die Konzernhaftung nach § 81 Abs.3a GWB-E das im deutschen Recht fundamentale *Trennungsprinzip* durchbrochen wird, und zwar ohne dass dafür weitere Voraussetzungen – wie etwa Umgehungs- oder Missbrauchstatbestände - aufgestellt würden. Dies stellt, wie dargelegt, nicht nur einen Verstoß gegen das verfassungsmäßige Schuldprinzip dar, sondern steht auch im krassen Gegensatz zur gefestigten Rechtsprechung des BGH zum Stellenwert des Trennungsprinzips.⁵

⁵ „Das im Recht der juristischen Personen verankerte Trennungsprinzip beruht auf der zuordnungsrechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen im Verhältnis zu ihren Gesellschaftern. Juristische Person und Gesellschafter stehen sich, was die Zuordnung ihrer Rechte und Pflichten wie auch ihres Vermögens anbetrifft, grundsätzlich wie Dritte gegenüber.“ Heider, MüKo-AktG, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 47; „Rechtsprechung und Lehre haben vielmehr schon früh erkannt, dass eine unreflektierte Anwendung des Trennungsprinzips zu Ergebnissen führen kann, die mit der geltenden Rechtsordnung nicht vereinbar sind.“ Heider, aaO mit Verweis auf st Rspr.: „Grundlegend RGZ 99, 232, 234; st Rspr., BGHZ 20, 4, 12; 22, 226, 230; 26, 31, 33 f.; 29, 385, 392 f.; 54, 222, 224; 68, 312, 314 ff.; 78, 318, 333“; „So wird in Rechtsprechung und Lehre eine Durchbrechung des Trennungsprinzips insbesondere in den Fällen erwogen, in denen die Rechtsfigur der juristischen Person von den dahinterstehenden Gesellschaftern rechtsmissbräuchlich verwendet wird, oder dann, wenn Treu und Glauben oder der Zweck der im Einzelfall anzuwendenden Norm eine Einschränkung der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person gebieten.“ Heider, aaO; „Regelmäßig haftet daher für Verbindlichkeiten eines eingetragenen Vereins nur dieser selbst und nicht die hinter ihm stehenden Vereinsmitglieder (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 54, 222, 224 m.w.Nachw.; 78, 318, 333). (...) Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Durchbrechung dieses Trennungsgrundsatzes nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen rechtsmissbräuchlich ist (vgl. BGHZ 54, 222, 224 m.w.Nachw.1; 78, 318, 333).“ BGH DNotZ 2008, 542; „Einer juristischen Person darf ein mit ihren sämtlichen Mitgliedern geschlossener Vergleich dann entgegengehalten werden, wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit einen Rechtsmissbrauch darstellt.“ BGH NJW 1959, 1082, 1083; „Gem. § 13 II GmbHG haftet für die Verbindlichkeiten der GmbH den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen. Auch die Gläubiger einer Einmann-GmbH können sich grundsätzlich nur an das Gesellschaftsvermögen und nicht an den alleinigen Gesellschafter halten, weil die GmbH, auch wenn sich alle Geschäftsanteile durch Abtretung in einer Hand vereinen, juristische Person bleibt und daher nicht mit ihrem alleinigen Gesellschafter identisch ist (BGHZ 22, 226 [229] = NJW 1957, 181; Senat WM 1958, 460; w. Nachw. bei Hachenburg-Mertens, GmbHG, 7. Aufl., § 13 Anh. I Rdnr. 2). Ein unmittelbarer Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Kräfte ist allerdings ausnahmsweise zulässig, wenn schwerwiegende Gesichtspunkte aus Treu und Glauben das erfordern (BGHZ 22, 226 [230] = NJW 1957, 181; BGHZ 31, 258 [271] = NJW 1960, 285; Senat, WM 1958, 460; WM 1961, 1103). Denn die Rechtsfigur der juristischen Person kann nur in dem Umfang Beachtung finden, in dem ihre Verwendung der Rechtsordnung entspricht (BGHZ 20, 4 [14] = NJW 1956, 785).“ BGH NJW 1977, 1449; „(...) denn es darf zwar über die Rechtsfigur einer juristischen Person nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden (BGHZ 54, 222 [224] = NJW 1970, 2015 m. w. Nachw.). Regelmäßig ist daher sowohl eine Haftung des hinter einer juristischen Person stehenden Berechtigten (Gesellschafter) für die

Ein *Haftungsdurchgriff* auf das Vermögen der Mutter bzw. Obergesellschaft ist nach deutschem Recht - unabhängig vom Rechtsgrund des Anspruchs, also sowohl für vertragliche als auch für gesetzliche bzw. deliktische Ansprüche - *generell ausgeschlossen, es sei denn, ein solcher Durchgriff ist bei Umgehungs- oder Missbrauchsfällen (nach Treu und Glauben) ausnahmsweise geboten.*

- Die Haftungsbeschränkung bei Konzerngesellschaften gehört zu den Fundamentalprinzipien moderner Wirtschaftsordnungen; dies gilt auch für 100%ige Töchter. Bei der Aktienrechtsreform 1965 wurden letztmals in Deutschland legislatorische Versuche abgebrochen, dieses Grundprinzip auszuhebeln. Europäisch wurde die Haftungsbeschränkung durch die Einpersonen-Gesellschaft-Richtlinie (89/667/EG v. 21.12.1989, jetzt 2009/102/EG) sekundärrechtlich abgesichert. Vorübergehende Relativierungen der Haftungsbeschränkung durch eine zu weit gehend rechtsfortbildende Konzernhaftung hat der BGH mit „*Trihotel*“ vor einigen Jahren auf *existenzvernichtende Eingriffe* reduziert. Die Gegenauffassung ist – gesellschaftsrechtlich gesehen – absolut isoliert.
- Mit gutem Grund haften in Deutschland – bis auf eng konturierte Ausnahmefälle, wie z. B. unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtung – daher bislang die Gesellschafter nicht für Gesellschaftsverbindlichkeiten, sondern nur die Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Der *Schutz des Vermögens des herrschenden Unternehmens* im Außenverhältnis wird zum Gläubigerschutz kompensiert durch die das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bzw. herrschendem und abhängigen Unternehmen betreffenden Vorschriften im Gesellschafts- und Konzernrecht. Dabei handelt es sich namentlich um die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften sowie das Regelungsregime im Vertragskonzern (Verlustübernahmepflicht, Sicherheitsleitung bei Beendigung §§ 302, 303 AktG) sowie im faktischen Konzern (Nachteilsausgleichspflicht, § 311 AktG). Diesen Grundsatz stellt der RegE nun auf den Kopf.
- Die Neufassung des § 81 Abs. 3 a GWB-E würde also dazu führen, dass in einem Einzelbereich des Bußgeldrechts ein gewachsenes und austariertes System ausgehebelt und das geltende Trennungsprinzip durchbrochen wird. Die daraus folgenden Konsequenzen müssten dem Gesetzgeber bewusst und von ihm gewollt sein, wenn es zu solch weit reichenden Änderungen kommen sollte. Die Bedeutung dieser Materie spricht für einen wohl überlegten Schritt und nicht für einen „Schnellschuss“ des Gesetzgebers.

Das auf dem Trennungsprinzip fußende Haftungsprivileg für die juristische Person ist international anerkannt. Nur in Ausnahmefällen begründeter Art kann es durchbrochen werden, z.B. *Piercing the Corporate Veil*. Das international anerkannte Haftungsprivileg für die juristische Person, das die Möglichkeit zur Delegation von Verantwortung innerhalb von Unternehmensstrukturen herstellt, schafft Investitionsanreize seitens der Unternehmen und damit volkswirtschaftliche Wettbewerbsvorteile. Das ist der eigentliche Sinn von Haftungsbegrenzungen, den der Gesetzentwurf leichtfertig aufs Spiel setzt. Die Aufgabe des Trennungsprinzips wäre mit gravierenden Folgekosten verbunden. Die Haftungsbegrenzung soll der eingeschränkten Lenkungsfunktion im Konzern Rechnung tragen. Die „bewusste Lösung vom gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip“ würde zu nicht effizienten Faktorallokationen, Kapitalabflüssen (etwa in Form

Schulden der juristischen Person (BGHZ 68, 312 (314 ff.) = NJW 1977, 1449 m. w. Nachw.) als auch umgekehrt die Haftung der juristischen Person für Verbindlichkeiten des hinter ihr stehenden Berechtigten (Gesellschafter) ausgeschlossen.

Eine Ausnahme muss jedoch dann gelten, wenn die Anwendung dieses Grundsatzes zu Ergebnissen führen würde, die mit Treu und Glauben nicht in Einklang stehen, und wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen einen Rechtsmissbrauch bedeutet (BGHZ 54, 222 (224) = NJW 1970, 2015).“; BGH NJW 1981, 522, 525.

von Rückstellungen) sowie zu einer Rückführung an riskanteren Investitionen, z. B. der Bildung von Joint Ventures, führen. Investitionen würden im Umfang deutlich geringer ausfallen.

Kein Harmonisierungszwang und keine Verletzung des „effet utile“

- Eine *Angleichung an das europäische Recht*, für die der RegE plädiert, ist ohne nähere stichhaltige Begründung *keinesfalls ein „Wert“ an sich*. Damit ist schon gar nicht eine Blankovollmacht für den Gesetzgeber verbunden. Angesichts mindestens gleichrangiger Sanktionsmöglichkeiten im deutschen Recht ist auch das *Effektivitätsgebot* des Europäischen Rechts (*effet utile*), das der RegE ebenfalls bemüht, *nicht gefährdet*.

Der RegE behauptet dennoch auf S. 100 ohne nähere Begründung, dass die Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktion nach § 81 Absätze 3 a bis 3 e GWB-E dem europäischen Effektivitätsgebot Rechnung trage. Einem Aspekt „Rechnung zu tragen“ impliziert eine Notwendigkeit dazu. Anzeichen für eine geringere Effektivität des deutschen Rechts im Vergleich zum europäischen Sanktionsrecht sind jedoch nicht ersichtlich. So ist z. B. die mögliche Bußgeldhöhe vergleichbar mit der EU-Ebene. Gemäß § 81 Abs. 4 Satz 3 GWB können bis zu 10 % des in der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung als Geldbuße verhängt werden. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als so genannte wirtschaftliche Einheit operieren. *Das deutsche Kartellsanktionsrecht* steht dem europäischen in seiner Effizienz damit nicht nach und ist *teilweise*, so zum Beispiel bei der Verhängung von Bußgeldern gegenüber natürlichen Personen (Managern), *sogar schärfer*.

Der Effektivitätsgrundsatz besagt lediglich, dass gewährleistet werden muss, dass im nationalen Recht effiziente Sanktionen und Durchsetzungsmechanismen greifen. Er verbietet insbesondere den nationalen Rechtsordnungen nicht, eigene Zurechenbarkeits- und Haftungsmaßstäbe beizubehalten – dies wurde aktuell auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung im Fall *Silostellgebühren III/Maxit* seitens des BGH bestätigt. Art. 5 VO 1/2003 sieht schließlich ebenfalls keine Pflicht zur Vollharmonisierung der kartellrechtlichen Durchsetzungsinstrumente vor. Auch bei Anwendung des europäischen Kartellrechtes durch nationale Behörden und Gerichte bleibt das nationale Ordnungswidrigkeiten- und Sanktionsrecht maßgeblich.

Dem *effet utile*-Grundsatz genügt die Geltendmachung der Bußgeldforderung gegenüber der zuwiderhandelnden Tochtergesellschaft. Die Durchbrechung des Trennungsprinzips und damit die kartelldeliktische Haftung der Muttergesellschaft kann damit nicht begründet werden.

Außerdem verkennt der Gesetzentwurf, dass es sich – zumindest nach EU-Verständnis – bei der Konzernhaftung auf EU-Ebene nicht um eine strafähnliche Maßnahme handelt. Nach deutschem Recht ist dies aber der Fall. Eine Ausrichtung am europäischen System geht somit von falschen Prämissen aus, die mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein Strafrechtssystem nicht im Einklang steht.

Deutsches Verfassungsrecht setzt Übernahme von EU-Recht Grenzen

- Das Gutachten der Professoren Thomas und Brettel zeigt sehr eindringlich, dass „das EU-Recht im nationalen Raum dort auf eine unüberwindliche Grenze stößt, wo nicht mehr ein *„im Wesentlichen dem grundgesetzlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet“* ist.“ Der Kerngehalt der Verfassung, wozu der Schuldgrundsatz gehört, darf jedenfalls nicht angetastet werden. Damit stößt selbst der Ef-

fektivitätsgrundsatz – wenn man ihn denn als verletzt sehen will, wie es der Gesetzentwurf offensichtlich tut – im deutschen Recht an verfassungsrechtliche Grenzen. Er gilt in Deutschland keinesfalls schrankenlos, wie schon der Bundesgerichtshof festgestellt hat. So hat der BGH die These, nach der das EU-Sekundärrecht den Maßstab für die Mitgliedstaaten bilde, klar verworfen, z. B. in Bezug auf die 10 % Bußgeldgrenze, die das EU-Recht als Kappungsgrenze auslegt. Im *Grauzement*-Urteil weist der BGH darauf hin, dass die Auslegung als Kappungsgrenze mit der deutschen Verfassung nicht vereinbar sei. Nach dem Grundsatz *nulla poena sine lege* darf die 10 % Grenze in verfassungskonformer Auslegung nur als Obergrenze eines Bußgeldrahmens verstanden werden. Damit ist klar festgestellt worden, dass der „Goldstandard“ der Kartellverfahrensverordnung VO 1/2003 nicht für das deutsche Recht gilt. Es gibt *gerade keinen automatisierten Gleichklang zwischen der Auslegung der VO 1/2003 und dem deutschen Sanktionsrecht*. Und man wird wohl kaum sagen können, dass die BGH-Rechtsprechung in Sachen *Grauzement* den *effet utile*-Grundsatz verletzt.

„Wurstlücke“ muss auf Ebene der Rechtsnachfolge geschlossen werden

- Es ist wichtig zu erkennen, dass die *Lösung zur Schließung der „Wurstlücke“* auf der Ebene der *Rechtsnachfolge* liegt und *nicht auf der haftungsbegründenden Seite*. Es werden in der Begründung des RegE auch keine konkreten Konstellationen oder Fälle vorgetragen, die außerhalb der Rechtsnachfolgefälle auf Umsetzungsdefizite oder fehlende Effektivität der Kartellverfolgung in Deutschland schließen lassen.

Natürlich ist es richtig, vom Grundsatz den Rechtsnachfolger eines Unternehmens, das Bußgeldadressat ist und als solches nicht mehr existiert, haften zu lassen (§ 81 Abs. 3 b GWB-E). Dafür hatte der BDI von Anfang an plädiert, denn auch die Wirtschaft erkennt ausdrücklich einen Regelungsbedarf an, um die so genannte „Wurstlücke“ zu schließen – selbst wenn es sich bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen zur Umgehung eines Bußgeldes um absolute Ausnahmefälle handeln dürfte. *Gegen ein Unternehmen verhängte Kartellbußgelder sind zu zahlen und dürfen nicht durch Verschiebung, Verschmelzung oder Abstoßung einzelner Unternehmensteile ins Leere laufen*. Es ist ebenfalls konsequent, den wirtschaftlichen Nachfolger (§ 81 Abs. 3 c GWB-E) in die bußgeldrechtliche Verantwortung miteinzubeziehen. Damit sind aber bereits alle denkbaren Fälle der Umstrukturierung oder des Wegfalls des Bußgeldadressaten erfasst. Schon aus diesen Gründen bedarf es keiner weitergehenden Konzernhaftung, um die „Wurstlücke“ oder auch eine vermeintliche „Gerechtigkeitslücke“ (S. 87 der Begründung) im Hinblick auf unterschiedliche Möglichkeiten von Unternehmen zur Umstrukturierung zu schließen.

- Hinzu kommt, dass sich auch die Konzernmutter umstrukturieren könnte, um einem Bußgeld zu entgehen; dies zeigt bereits, dass die *Konzernhaftung* ein *ungeeignetes und untaugliches Mittel* ist, Umstrukturierungen zu verhindern. Die Durchgriffshaftung auf die Konzernmutter hat damit faktisch auch *keinen weiteren Sinn, als einen zweiten solventen Schuldner hinzuzugewinnen*. Damit privilegiert der Fiskus sich selbst. Dies kommt in der Begründung des RegE auch recht unverblümt zum Ausdruck, wenn von der Möglichkeit einer „geringen Finanzausstattung“ der Tochter durch die Konzernleitung gesprochen wird. Bei der Novellierung des GWB darf man sich aber nur insofern von Wunschdenken leiten lassen, als dieses verfassungsgemäß durchsetzbar ist. Haushalterische Gesichtspunkte müssen dabei zurückstehen.
- Gläubiger von Unternehmen, die die konzernrechtlich gegebene Gestaltungsfreiheit, auch bezüglich der Finanzausstattung innerhalb des Konzerns, im Einklang mit der Rechtsordnung ausnutzen, werden bereits heute ausreichend geschützt durch die Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung.

Vermittelnder Vorschlag: Einführung einer Konzernaufsichtspflicht

- Der Gesetzgeber muss sich im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsvorhabens genau überlegen, ob er die hochgradig umstrittene Durchgriffshaftung der europäischen Verwaltungs- und Spruchpraxis, die noch dazu mit Vermutungen operiert, die faktisch nicht zu widerlegen sind und daher der Unschuldsvermutung entgegenstehen, in das deutsche Recht übernehmen möchte. Dies könnte bei verschuldensunabhängiger Ausgestaltung nur durch *Verfassungsbruch* geschehen. Von dem hohen Preis, das in Deutschland gewachsene gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip und das Rechtsträgerprinzip durch die Hintertür vermeintlich notwendiger Regelungen im Kartellrecht aufzugeben und damit womöglich Präzedenzwirkungen für das gesamte Gesellschaftsrecht und andere Rechtsbereiche, etwa das Ordnungswidrigkeitenrecht, auszulösen, ganz zu schweigen.
- Falls der Gesetzgeber sich nicht mit dem Schließen der „Wurstlücke“ begnügen will (§ 81 Abs. 3 b und c GWB-E sind dafür vorgesehen, wenn auch zu weitgehend) und stattdessen durch die Einführung einer Konzernhaftung noch „Netz und doppelten Boden“ einziehen möchte, wäre in jedem Fall eine *verfassungskonforme Lösung* vorzuziehen. Hier schlägt das von Thomas und Brettel vorgelegte Gutachten zu „Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht“ einen alternativen Regelungsansatz vor, der verfassungskonform ist und zudem *bessere Präventionsanreize zur Verhinderung von Kartellverstößen* beinhaltet als der Vorschlag des Kabinetts in 81 Abs. 3 a GWB-E.⁶ Danach würde nicht eine Strukturverantwortung der Muttergesellschaft fingiert, sondern eine Bußgeldverhängung von der *Verletzung konkreter Verhaltens- und Aufsichtspflichten der Mutter abhängig* gemacht. Dies stünde *mit dem Schuldprinzip im Einklang*, da Konzernmütter nur bei eigenem Verschulden ihrer Organe und Mitarbeiter in Haftung genommen werden dürfen. Hierdurch ließe sich auch die *Durchführung von Compliance-Programmen stärker berücksichtigen*. Durch die Anordnung einer Konzernaufsichtspflicht könnten zudem zusätzliche Anreize zur Vermeidung von Verstößen im Konzern gesetzt werden.

Compliance-Defence

- In diesem Zusammenhang weist der BDI erneut auf die große Bedeutung von Compliance-Bemühungen durch Unternehmen hin, die bislang durch Gesetzgeber und Kartellbehörde nicht ausreichend gewürdigt werden. Wettbewerbswidriges Verhalten wird häufig erst durch unternehmensinterne Compliance-Systeme aufgedeckt und angezeigt. Aus diesem Grund sollte der Gesetzgeber ausreichende Anreize für die Einführung von umfassenden und effektiven Compliance-Maßnahmen schaffen und im Ordnungswidrigkeitenrecht ausdrücklich festlegen, dass konzernweite umfassende und effektive Compliance-Bemühungen bußgeldmindernd wirken. Die Bundesregierung hatte 2015 den Prüfauftrag erteilt, ob gesetzliche Vorgaben zur verbindlichen Berücksichtigung von Compliance im Kartellrecht einen zusätzlichen Anreiz für wirksamere Compliance-Maßnahmen der Unternehmen bieten (Drucksache 18/5210 - Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2013/2014). Bedauerlicherweise geht der RegE auf diese – schon seit langem durch die deutsche Wirtschaft erhobene – Forderung nicht ein.

Ernsthafte Bemühungen, die ein Unternehmen auf sich nimmt, um Kartellverstöße zu verhindern, sollten bußgeldmildernd berücksichtigt werden, so wie es beispielsweise bereits in Großbritannien, Frankreich oder Italien, aber auch in Kanada, Australien oder seit kurzem in den USA geschieht. Dies würde eine deutliche Anreizwirkung für die Einführung von Compliance-Maßnahmen bieten

⁶ Vgl. Fn.1

und damit wettbewerbskonformes Verhalten in den Mittelpunkt jeder Unternehmensstrategie stellen. Effektive Compliance erhöht die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei Zuwiderhandlungen im Unternehmen und hat damit nicht nur positive Auswirkungen auf die Aufdeckung und Verfolgung von bestehenden Kartellen, sondern auch unter Präventionsgesichtspunkten. Compliance-Programme haben unternehmensintern ein hohes Abschreckungspotential.

Eine Honorierung in diesem Bereich würde zeigen, dass Kartellbehörden ernsthaft daran gelegen wäre, wettbewerbsförderndes Verhalten zu stärken. Aufgabe der Kartellbehörden ist es schließlich nicht nur, einzelne Zuwiderhandlungen zu ahnden, sondern auch das Verhalten der Unternehmen im Sinne der Grundsätze des Wettbewerbsrechts zu lenken. Trotzdem fehlt es bislang an einer entsprechenden Honorierung von Compliance-Maßnahmen durch das Bundeskartellamt.

Bei der Bußgeldbemessung ist stets das *Vor- und Nachtatverhalten* des Bußgeldadressaten zu berücksichtigen. Hierzu zählt auch die Durchführung oder die nachträgliche Einführung von Compliance-Maßnahmen, die als deutliches Bekenntnis der Unternehmensleitung zur Rechtstreue aufgefasst werden können. Fälle, in denen die Führungsebene eines Unternehmens alle Möglichkeiten ergreift, um wettbewerbskonformes Verhalten durchzusetzen, und in denen es dennoch zu einem Kartellrechtsverstoß durch einen Mitarbeiter kommt, sind weniger streng zu beurteilen als Fälle, in denen die Unternehmensleitung keine Schritte zur Verhinderung möglicher Verstöße unternommen hat oder selbst an der Verletzung beteiligt war.

- Es sollte auch explizit klar gestellt werden, dass konzernweite umfassende und effektive Compliance-Bemühungen keinesfalls bußgelderhöhend wirken oder als Nachweis oder Indiz für die bußgeldrechtliche (Mit-)Haftung eines Mutterunternehmens für seine Tochterunternehmen herangezogen werden können. Anderenfalls würden die Bemühungen zur Einführung von Compliance-Programmen ins Gegenteil verkehrt.

Gefahr der Anwendung der Konzernhaftung jenseits des Kartellrechts (Gebot der „Einheit der Rechtsordnung“)

- Interessant ist, dass der RegE von der ebenfalls angedachten Konzernhaftung der Mutter *im Kartellzivilrecht* im Falle von Kartellschadensersatzklagen wieder Abstand genommen hat – aufgrund rechtsstaatlicher Bedenken des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Warum das BMJV zwar in der zivilrechtlichen Haftung Bedenken angemeldet hat, bei der an sich problematischeren und insbesondere an Strafrechtsgrundsätzen zu messenden Bußgeldhaftung allerdings im Vorfeld nicht widersprochen hat, erschließt sich nicht.

Mit der *Einheit der Rechtsordnung* im Blick ist es erfahrungsgemäß jedoch *nur ein kleiner Schritt, die verschuldensunabhängige Konzernhaftung künftig auch auf andere Rechtsgebiete zu übertragen*. Das wäre das Ende der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person und ihres Haftungsprivilegs. Warum sollte im Umweltrecht oder in jedem anderen beliebigen Recht etwas anderes gelten?

Auch dort lässt sich mit der gleichen (schwachen) Begründung behaupten, die Konzernmutter sei der Ort der Willensbildung, indem etwa über Investitionsentscheidungen für den Bau von Produktionsanlagen entschieden werde, von denen dann Umweltgefahren ausgehen. Auch dort gilt aber das haftungsrechtliche Grundprinzip, nachdem nur ein konkretes Fehlverhalten - eine vermeidbare zurechenbare schuldhaftige Pflichtverletzung bzw. Zuwiderhandlung - eine bußgeldrechtliche Inanspruchnahme begründen kann und nicht die bloße Stellung als Obergesellschaft eines Konzerns. Die im RegE vorgesehene Konzernhaftung ist daher nichts weniger als ein Dammbbruch, nämlich der Anfang vom Ende der juristischen Person im deutschen Recht. Massive negative Auswirkungen auf die Attraktivität des Standorts Deutschland sind zu befürchten.

Der Gesetzgeber wird auf die Vorschläge des Kabinetts eine weitsichtige Antwort finden müssen, die nicht von vorneherein den Makel der Verfassungswidrigkeit in sich trägt.

b) Gesamtrechtsnachfolge (§ 81 Abs. 3 b GWB-E)

Soweit sich die Regelung auch auf den Gesamtrechtsnachfolger des nach § 81 Abs. 3 a GWB-E angedachten Haftungssubjekts der Konzernmutter bezieht, ist dies abzulehnen: Wenn bereits die Konzernhaftung nicht verfassungskonform ist, kann auch eine Rechtsnachfolgehaftung für diese Verantwortlichkeit nicht in Frage kommen.

Indem § 81 Abs. 3 b GWB-E nun auch die Konzernmutter miteinbezieht, ist ein Erwerber der Konzernobergesellschaft nun stets einer potentiellen Haftung ausgesetzt, selbst und in voller Höhe für Kartellrechtsverstöße der Untergesellschaften einzustehen zu müssen, unabhängig davon, ob er etwas von dem Kartellverstoß wusste. Das erscheint zu weitgehend.

Problematisch ist zudem zum einen, dass die in § 30 Abs. 2a Satz 2 OWiG vorgesehene Begrenzung der Rechtsnachfolgehaftung auf den Wert des übernommenen Vermögens entfallen soll und zum anderen, dass diese Begrenzung nun auch bei einer Rechtsnachfolge nach § 30 Abs. 2 a Satz 1 OWiG keine Geltung mehr entfalten soll, wenn eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 1 bis 3 zugrunde liegt. Der (partielle) Gesamtrechtsnachfolger haftet somit unbeschränkt für die durch eine andere Gesellschaft begangene Kartelltat. Die Neuregelung in § 81 Abs. 4 GWB-E ist in dem Zusammenhang nicht hilfreich, da diese Vorschrift lediglich verhindern soll, dass sich die Geldbuße infolge des Erwerbs durch einen nicht beteiligten Dritten sogar noch erhöht. Sie verhindert nicht eine Anpassung des Bußgelds bei einem im Wert deutlich verringerten übernommenen Vermögens.

Die Begrenzung der Haftung auf den Wert des übernommenen Vermögens in § 30 Abs. 2a OWiG war seinerzeit im Rahmen der 8. GWB-Novelle vorgenommen worden, um „insbesondere auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung [zu] tragen“.⁷ Eine tragende Begründung dafür, warum der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nun hinfällig soll, gibt der Gesetzentwurf nicht.

c) Wirtschaftliche Nachfolge (§ 81 Abs. 3 c GWB-E)

Es ist nachvollziehbar, dass das Kabinett Vorschläge vorlegt, um die „Wurstlücke“ zu schließen und vergleichbare Fallkonstellationen ein für alle Mal zu verhindern. Gleichwohl ist zu befürchten, dass die hier gefundene Lösung, nach der der wirtschaftliche Nachfolger voll, das heißt ohne Beschränkung auf den Wert des übernommenen Vermögens, für nicht aufgedeckte Kartellverstöße haftet, zu weitgehend ist. Da sich Kartellverstöße in aller Regel nicht im Rahmen der üblichen Due Diligence Prüfung entdecken lassen, wird die Neuregelung zu erweiterten Risikoabwägungen bei M&A-Transaktionen führen und wirtschaftlich sinnvolle Vermögensübertragungen, wie z. B. Käufe von Vermögensgegenständen aus der Insolvenz, erheblich erschweren. Auch Haftungsfreistellungen zugunsten des Erwerbers werden angesichts möglicher erheblicher Bußgeldrisiken womöglich nicht mehr zum Erwerb führen, da jene zeitlich limitiert sind und ganz von der Bonität des Verkäufers abhängen – im Ergebnis eine schwere Hypothek für M&A-Transaktionen.

Fraglich ist darüber hinaus, ob der Begriff der „wirtschaftlichen Nachfolge“ für Konstellationen, in denen ein konzernexterner Erwerber das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführt, hinreichend bestimmt ist. Die Vorschrift soll eingeführt werden, um über die Rechtsprechung des BGH zu Fällen der (Nahezu-)Identität hinauszugehen. Sie setzt auf dem unionsrechtlich etablierten Grundsatz der

⁷ Vgl. BT-Drucksache 17/11053, S. 22

wirtschaftlichen Kontinuität auf. Laut Begründung geht es etwa um *asset deals*, bei denen der Veräußerer bzw. frühere Betreiber rechtlich fortfällt oder wirtschaftlich nicht mehr existent ist, also keine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt. Diese Präzisierung lässt sich allerdings dem Wortlaut von § 81 Abs. 3 c GWB-E nicht entnehmen. Offen ist beispielsweise, ob nach § 81 Abs. 3 c GWB-E tatsächlich das gesamte Unternehmen veräußert worden sein muss oder ob die Vorschrift auch zur Anwendung kommt, wenn der Veräußerer bzw. ehemalige Betreiber noch existent ist und – etwa in einem anderen Geschäftsfeld – weiterhin wirtschaftlich tätig ist. Fraglich ist, ob in einem solchen Fall Anforderungen an den Umfang der Veräußerung zu stellen sind und ob die Vorschrift damit einen neuen gesetzlichen Haftungstatbestand für grundsätzlich jeden *asset* (und auch *share*) *deal*, bei dem ein Unternehmensteil (weitestgehend/vollständig) veräußert wird, schafft.

Mangels gegenteiliger Klarstellung kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass bereits jede (teilweise) Übertragung eines kartellbefangenen Geschäftsbereichs für die Auslösung einer (vollen) Bußgeldhaftung reicht – unabhängig davon, ob die Tätergesellschaft rechtlich – und ggf. wirtschaftlich – noch fortbesteht.

d) Gesamtschuld (§ 81 Abs. 3 e GWB-E)

Der neue § 81 Absatz 3 e GWB-E sieht vor, dass mehrere juristische Personen oder Personenvereinigungen, gegen die nach den Absätzen 3 a, 3 b oder 3 c wegen derselben Ordnungswidrigkeit Geldbußen festgesetzt werden, als Gesamtschuldner haften. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass hier eine Gesamtschuld im Sinne des §§ 421 BGB gemeint sein soll. *Das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht kennt jedoch bislang keine „gesamtschuldnerische“ Haftung für Bußgelder bzw. Strafen.* Dies ist ein rein zivilrechtliches Rechtsinstitut, das sich nicht mit den Grundprinzipien des deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts (persönliche Sanktionierung schuldhaften Verhaltens) deckt. Auch hier würden die Vorschläge des Wirtschaftsministeriums zu einem völlig neuen Rechtsinstitut im Ordnungswidrigkeitenrecht führen.

Sofern die europäische Praxis zur Auslegung herangezogen werden sollte, ist zu betonen, dass die gesamtschuldnerische Geldbuße im europäischen Kartellbußgeldrecht nach deutschem Rechtsverständnis eine Ahndung darstellt. Es handelt sich nicht um einen rein vermögensrechtlichen Haftungsdurchgriff in der Weise, dass gegen einen Rechtsträger eine Geldbuße festgesetzt und die gesamtschuldnerische Haftung alleine gegenüber einem anderen Rechtsträger angeordnet wird. Der Gesamtschuldanordnung kommt mithin strafverschärfende Wirkung zu. Aus Sicht der juristischen Person ist mit der Gesamtschuldanordnung die Haftung für fremde Schuld verbunden. Die Abwälzung der Insolvenzgefahr von der EU-Kommission auf die „wirtschaftliche Einheit“ führt zu einer im Verhältnis zur Einzelgeldbuße höheren finanziellen Belastung der Vermögensmassen der „wirtschaftlichen Einheit“, die sich auch in der Handelsbilanz der Unternehmen zeigt.

In der Praxis der EU-Kommission findet die Anordnung der Gesamtschuld auch keine Stütze im Wortlaut der Bußgeldnorm. Damit verstößt sie gegen den auch im Unionsrecht zu beachtenden demokratischen Wesentlichkeitsgrundsatz und das Analogieverbot. Hinzu kommt, dass der Gesamtschuldanordnung *de lege lata* als auch *de lege ferenda* höherrangige Rechtsstaatsgrundsätze wie die individuelle Verantwortlichkeit und Zumessung der Strafen sowie Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsätze entgegenstehen. Der *nulla poena sine lege*-Grundsatz ist ebenfalls auf die Gesamtschuldanordnung anwendbar. Geldschulden dürften nach unserem Rechtsverständnis daher nur in Form von Teilschulden gegenüber den verschiedenen Rechtsträgern auferlegt werden. Eine Haftungsverteilung wäre nach deutschem Recht vorrangig auf der Basis der Abwägung von Verursachungs- und Verschuldensbeiträgen vorzunehmen.

e) **Ausfallhaftung im Übergangszeitraum (§ 81 a GWB-E)**

§ 81 a GWB-E versucht für einen Übergangszeitraum, also bis zur vollen Wirksamkeit der Neuregelung nach § 81 Abs. 3 a bis c GWB-E, Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen entgegenzuwirken.

Nach dem Rückwirkungsverbot darf das Gesetz keine Anwendung auf Kartelltaten finden, die bei Inkrafttreten bereits beendet waren. Hier soll das Gesetz aber gerade auf solche beendeten Taten Anwendung finden, weshalb sich Fragen stellen, ob nicht auch die Festsetzung eines „Haftungsbetrags“ einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot enthält, da eine Haftung auch bei bereits beendeten Kartelltaten ansetzen soll. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ist vielmehr wahrscheinlich. Schließlich soll auf der Grundlage dieser Regelung eine Geldzahlungspflicht angeordnet werden können, die an § 30 OWiG anknüpft und auch den Regelungen zur Verjährung der Ordnungswidrigkeit sowie zu Festsetzung, Vollstreckung und Höhe der Geldbuße folgt. Man kann den Begriff „Ausfallhaftung“ daher auch als „bloße Semantik“ titulieren, wie dies bereits Autoren im Schrifttum getan haben.⁸ Ihr „ahnender“ Charakter - schließlich ist es eine verschuldensunabhängige Haftung auf der Grundlage des Kartellordnungswidrigkeitenrechts, um eine lückenlose Bußgeldvollstreckung bei Kartelltaten zu ermöglichen – wird durch eine beschwichtigende Wortwahl wie „rein haftungsrechtliches Einstehenmüssen für die Bußgeldverantwortlichkeit“ und Beteuerungen, dass „ein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf“ damit „nicht verbunden“ sei, zwar verschleiert, aber nicht aufgehoben.

Die Begründung, dass nur durch eine Ausfallhaftung dem europarechtlichen Effektivitätsgebot Rechnung getragen werden kann und nur dadurch der Vollzug des Kartellrechts sichergestellt werden kann, trägt aus den gleichen Erwägungen wie oben unter II. 1.a nicht. Dass es für das Vorliegen eines „bestimmenden Einflusses“ nun auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens ankommen soll, steht wiederum mit dem Schuldgrundsatz im Widerspruch, weil zu dem Zeitpunkt das Kartell – für die Anwendung dieser Vorschrift – schon beendet ist. Es kommt also gar nicht darauf an, ob die Mutter zum Zeitpunkt des Verstoßes einen „bestimmenden Einfluss“ ausgeübt hatte. Es wird wieder ganz lapidar unterstellt, dass die Tochter wirtschaftlich nicht autonom ihr Marktverhalten bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Mutter befolgt. Diese Annahme erfolgt undifferenziert. Hier werden erneut sämtliche (unterschiedliche) Konzernsachverhalte „über einen Kamm geschert“.

2) **Marktbeherrschung**

a) **Klarstellungen für digitale Märkte (§ 18 GWB-E)**

Die Digitalisierung führt zu neuen Herausforderungen in der Wettbewerbspolitik. Damit Kartellbehörden und Gerichte mit der technologischen Entwicklung Schritt halten können, schlägt der RegE in §§ 18 Abs. 2 a und 18 Abs. 3 a GWB-E neue Konzepte zur Prüfung des Vorhandenseins eines Marktes und zur Feststellung der Marktstellung eines Unternehmens vor.

i) **Vorliegen eines Marktes bei Unentgeltlichkeit der Leistung (§ 18 Absatz 2 a GWB-E)**

Nach dem Vorschlag des Kabinetts soll im Rahmen der GWB-Novelle klargestellt werden, dass es der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, wenn eine Leistung unentgeltlich erbracht wird. Das OLG Düsseldorf hatte die Annahme eines Marktes im Falle unentgeltlicher Dienstleistungen zuletzt in einem *obiter*

⁸ Vgl. Mäger/von Schreitter, DER BETRIEB 2016 S. 2164

dictum verneint, während Bundeskartellamt und auch Europäische Kommission darin in jüngsten Untersuchungen kein Hindernis gesehen hatten.

Seite
18 von 33

Es bleibt zu beobachten, ob die Rechtsprechung die Besonderheiten mehrseitiger Märkte und die dort bestehenden indirekten Netzwerkeffekte zwischen den einzelnen Marktteilnehmern ausreichend beachtet. Dies wäre erforderlich, um die Marktstellung und das Marktverhalten der Beteiligten angemessen zu würdigen. Bestimmte Leistungsbeziehungen dürfen dabei nicht ausgeklammert werden. Vielmehr müssen die Substitutionsbeziehungen in allen wettbewerblich relevanten Aspekten materiell gewürdigt werden. Die Festlegung, wie stark eine Marktseite monetarisiert werden soll oder nicht, wird je nach Geschäftsmodell und Stärke der bestehenden indirekten Netzwerkeffekte durch das jeweilige Unternehmen getroffen. Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf scheint die Frage, ob ein relevanter Markt vorliegt oder nicht, von dieser individuellen Unternehmensentscheidung abzuhängen.

Der BDI ist der Auffassung, dass die Unentgeltlichkeit einer Leistung kein Argument gegen eine umfassende Würdigung der Marktstrukturen und wettbewerblichen Wirkungen sein darf. Um Marktmacht und Verhaltensweisen von Akteuren in mehrseitigen Märkten angemessen würdigen zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Nutzergruppen. Es sollten, wie gesagt, nicht bestimmte Leistungsbeziehungen ausgeklammert werden. Dies gilt insbesondere auch für die Beurteilung von sogenannten mehrseitigen Märkten samt etwaiger direkter und indirekter Netzwerkeffekte. So haben beispielsweise in der Vergangenheit das Bundeskartellamt und die Gerichte einschließlich des BGH die Netzwerkeffekte und die Zuschauerquoten im Rahmen der Beurteilung der wettbewerblichen Wirkungen auf den Anzeigemärkte im Bereich des frei-empfangbaren Fernsehens (free-tv) berücksichtigt. Weiterhin hält das OLG Düsseldorf auch in der Entscheidung, auf die sich die Bundesregierung beruft, die Netzwerkeffekte des relevanten Hotelportals insofern nach Art 101 AEUV und § 1 GWB für relevant, wie sie die Beurteilung der funktionellen Austauschbarkeit mit einem Konkurrenzprodukt, welches möglicherweise vergleichbare Eigenschaften hat, aber einen deutlich kleineren Abnehmerkreis aufweist, beeinflussen. Vor diesem Hintergrund sollte der Gesetzgeber überlegen, ob eine klarstellende Regelung tatsächlich erforderlich ist oder der weiteren Rechtentwicklung durch die Gerichte überlassen werden kann.

ii) Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auf digitalen Märkten (§ 18 Absatz 3 a GWB-E)

Es ist anzuerkennen, dass die Bundesregierung die gewachsene Bedeutung der digitalen Märkte erkennt und das Wettbewerbsrecht aufgrund veränderter Marktrealitäten anpassen möchte. Der BDI unterstützt grundsätzlich die Einführung eines Prüfkatalogs, der für Wettbewerbsbehörden und Gerichte, aber auch für Unternehmen, zu größerer Rechtssicherheit bezüglich der besonderen Gegebenheiten auf digitalen Märkten führt. Bei den in Absatz 3 a eingeführten Kriterien handelt es sich um spezielle Faktoren und wettbewerbsökonomische Konzepte, die im Rahmen einer adäquaten Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf mehrseitigen Märkten berücksichtigt werden sollen. Wie im deutschen Kartellrecht seit jeher üblich, ist eine weitere Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung und Fallpraxis der Kartellbehörden erforderlich.

Die Vorschriften sollten für Unternehmen, Gerichte und Behörden einen klaren Mehrwert schaffen. Bereits jetzt entspricht es der gängigen Praxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte, im Rahmen der Gesamtwürdigung zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung Wechselbarrieren, Größenvorteile, Zugang zu Input und Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen.

Das Kabinett weist darauf hin, dass Marktmacht sich nicht in Preissetzungsspielräumen spiegeln muss, sondern auch auf exklusivem Datenzugriff und daraus entstehenden Marktzutrittsschranken beruhen kann. Unabhängig einer Definition relevanter Datenmärkte und des Begriffs der „Daten“, spielt jedenfalls der Zugang zu Daten eine entscheidende Rolle, um funktionierenden Wettbewerb auf den digitalen Märkten der Zukunft zu sichern. Gleichzeitig muss es aber dabei bleiben, dass Marktzutrittsschranken nur dann eine Marktbeherrschung begründen können, wenn sie ein Ausmaß erreichen, dass ein – so ständige Praxis des Bundeskartellamtes wie auch der Gerichte – vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum (hinsichtlich von Preisen oder anderen Wettbewerbsparametern) besteht und zwar sowohl gegenüber den Wettbewerbern als auch gegenüber den Abnehmern. Der BDI weist darauf hin, dass sichergestellt werden muss, dass die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller gegebenen Umstände erfolgt. Die Feststellung, dass nur einzelne Kriterien des Prüfkatalogs vorliegen, darf für sich genommen keinen Rückschluss auf die Marktbeherrschung eines Unternehmens erlauben.

b) Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)

i) Verkauf unter Einstandspreis im Lebensmittelhandel (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB)

- Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis soll nun entfristet werden. Darüber hinaus schlägt § 20 Abs. 3 Satz 3 GWB-E eine Definition des Einstandspreises vor. Ob und unter welchen Umständen Verkäufe unter Einstandspreis aus wettbewerblicher Sicht zu missbilligen sind, wird in Deutschland seit mehr als zwei Jahrzehnten kontrovers erörtert. Der BDI hatte sich bereits im Rahmen der 8. GWB-Novelle nicht nur für ein Auslaufen dieser bislang befristeten branchenspezifischen Sondervorschrift ausgesprochen, sondern auch für die Abschaffung des allgemeinen Verbots von Untereinstandspreisen. Eine Entfristung wird daher abgelehnt.

Das gesetzliche Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis ist aus ordnungspolitischen Gründen verfehlt und beinhaltet – im Verhältnis zum EU-Recht – einen deutschen Sonderweg. Verkäufe unter Einstandspreis können darüber hinaus sehr viele unterschiedliche Facetten haben. Sie können eingesetzt werden, um Mitbewerber zu behindern oder aus dem Markt zu drängen, sind aber auch für kaufmännische Zwecke wie die Lagerräumung einsetzbar, gegen die keine Einwände zu erheben sind. Das eine vom anderen zu unterscheiden, ist bisher noch nicht überzeugend gelungen.

- Hinzu kommt, dass das Verbot in der Praxis aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe mit großen Auslegungs- und Anwendungsproblemen behaftet ist. Besonders schwierig ist es in den meisten Fällen, den Einstandspreis zu berechnen. Es bleibt abzuwarten, ob durch die vorgeschlagene Definition hier mehr erreicht werden kann. Man sollte nicht zu viel Hoffnung in den Vorschlag setzen. Auch sind die Ausnahmen von dem Verbot des Unter-Einstandspreisverkaufs zu eng.
- Die durch das Grundgesetz garantierte Wettbewerbs- und Berufsausübungsfreiheit sollte nur in dem absolut erforderlichen Maße beschränkt werden dürfen, das für einen Ausgleich divergierender berechtigter Interessen der verschiedenen Marktseiten zwingend notwendig ist. Im Grunde kann es an der Rechtmäßigkeit des Verhaltens nur fehlen, wenn die Preisgestaltung des marktbeherrschenden oder überlegenen Unternehmens keine vernünftigen betriebswirtschaftlichen Gründe erkennen lässt und nur das Ziel verfolgt, kleine

und mittlere Wettbewerber ernsthaft zu behindern. Andernfalls wäre das Unternehmen verpflichtet, seine eigenen Interessen an einer wettbewerbsgemäßen Gestaltung der Verkaufspreise zugunsten von anderen Unternehmen zu opfern.

ii) Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht (§ 20 Abs. 2 GWB)

Das Bundeskabinett hat einige Verschärfungen vorgenommen. Zum einen soll schon die Aufforderung zur Vorteilsgewährung selbst einen Missbrauch von Marktmacht darstellen. Zum anderen soll für mehr Transparenz bei der Beurteilung der Forderung gesorgt und der Verhältnismäßigkeit zwischen Vorteil und Grund Rechnung getragen werden. Der BDI spricht sich dafür aus, die Vorschrift des § 20 Abs. 2 GWB rechtssicher und praxistauglicher auszugestalten. Auch die Europäische Kommission hatte Deutschland dazu aufgefordert, dass die Regelungen zur Bekämpfung unfairer Handelspraktiken in Deutschland in der Praxis effektiv angewandt werden können (COM(2016) 32 final).

Grund ist insbesondere die jüngere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in Sachen *Edeka/Hochzeitsrabatte* (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.11.2015, VI-Kart 6/14 (V)), die zu großer Unsicherheit bei den Herstellern geführt hat und eine Anwendung des Anzapfverbotes nach § 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB deutlich erschwert. Ein fairer Wettbewerb zwischen Herstellern und Händlern ist aufgrund der hohen Nachfragemacht der Händler und der hohen Konzentration in Märkten wie dem Lebensmitteleinzelhandel oftmals nicht gegeben. Der Gesetzgeber sollte hier für die nötige Verhaltenskontrolle sorgen, um einer etwaigen missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht Grenzen zu setzen. Aufgrund der hohen Nachfragemacht der Händler kann ein Level Playing Field während der Vertragsverhandlungen dann nicht mehr gegeben sein, wenn der Hersteller bei der Vermarktung seines Produkts zur Einwilligung in die durch den Händler auferlegten Konditionen gezwungen wird. Es ist vorstellbar, dass die neu eingeführten Kriterien die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung künftig erleichtern. Zumindest geben sie Hinweise auf das Fehlen der sachlichen Rechtfertigung. Erforderlich wäre eine objektive Angemessenheitsprüfung der Verhandlungssituation und der Verhandlungsergebnisse.

3) Presse (§ 30 Absatz 2 b GWB-E)

Die Ausnahme vom Kartellverbot des § 1 GWB für eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen sieht der BDI kritisch.

In der Begründung heißt es dazu auf S. 59: *„Positive Änderungen erscheinen dabei insbesondere durch eine Zusammenarbeit im Anzeigen- und Werbegeschäft, beim Vertrieb, der Zustellung und der Herstellung von Zeitungen und Zeitschriften sowie der diese reproduzierenden oder substituierenden Produkte im Sinne von § 30 Absatz 1 Satz 2 erreichbar.“*

Für Ausnahmen vom Kartellverbot sollten fundierte rechtspolitische Gründe, mindestens aber ein Marktversagen vorliegen. Es sollte genau geprüft werden, ob auf dieser Grundlage eine Stärkung der wirtschaftlichen Grundlage der beteiligten Presseverlage eine Ausnahme tatsächlich rechtfertigt. Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass sich eine Zusammenarbeit solcher Verlage ganz allgemein im Anzeigen- und Werbegeschäft nachteilig für werbungstreibende Industrieunternehmen auswirken würde, wenn Absprachen über Anzeigenpreise bzw. entsprechende Nachlässe oder gar gemeinsame Preislisten vorbereitet werden könnten. Es könnten indes auch kleinere Verlage von der Kartellausnahme betroffen sein, wenn größere Verlage im

avisierten Sinn miteinander kooperierten. Die Zusammenarbeit der Verlage in der Marktforschung, besonders zur Werbewirksamkeit, dagegen ist insofern sicher unkritisch und auch für Werbungtreibende nützlich.

4) Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie (§§ 33 ff GWB-E)

a) Schadensvermutung und –schätzung (§ 33 a Abs. 2 und 3 GWB-E)

- In Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU wird gemäß § 33 a Abs. 2 GWB-E widerleglich vermutet, dass ein Kartell, das nun gesetzlich definiert wird, einen Schaden verursacht. Die nationalen Richter erhalten die Befugnis, den Schadensumfang nach § 287 ZPO zu schätzen (Abs. 3).

Die gesetzliche Definition des Begriffs „Kartell“ entspricht zwar weitgehend Art. 2 Nr. 14 RL, ist jedoch angesichts ihrer Unschärfe nicht gänzlich geeignet, die Vermutungswirkung tatsächlich auf „Kartelle“ zu beschränken. Unter die Nr. 4 „gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen“ kann im Prinzip alles fallen, was auch nur „entfernt gegen andere Wettbewerber gerichtet ist“. Bei Nr. 4 sollte in der Begründung daher klar gestellt werden, welche Fallgruppen darunter fallen oder in keinem Fall darunter fallen dürften.

- Der BDI erachtet es als richtig, dass die Vermutung nicht auch die Höhe des Schadens und die Frage, ob der Kläger vom Kartell betroffen ist, erfasst.⁹

Eine restriktive Umsetzung der Richtlinie war geboten, da es aus Sicht des BDI schon keinen ökonomischen Nachweis dafür gibt, dass tatsächlich alle Kartelle automatisch zu einem Schaden führen. Es ist auch nicht ersichtlich, warum alle Kartelle, von Hard-Core-Kartellen bis zu Grauzonenfällen, gleich behandelt werden sollten. Die Auswirkungen, beispielsweise auf den Preis eines Produktes, können in diesen Fällen erheblich variieren.

Die Begrenzung in Art. 17. Abs. 1 S. 2 RL, die eine Schätzung daran knüpft, dass „erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat, es jedoch praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Höhe des erlittenen Schadens aufgrund der vorhandenen Beweismittel genau zu beziffern“, fehlt in § 33 a Abs. 2 GWB-E und sollte explizit aufgenommen werden.¹⁰

- Es sollte in der Begründung zum RegE noch dargestellt werden, auf welche Weise die Vermutung widerlegt werden kann. Weiter sollte klargestellt werden, dass Gerichte zur Schadensschätzung auch eine Beweisaufnahme, ein Sachverständigengutachten oder eine Vernehmung des Beweisführers anordnen können.

b) Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde (§ 33 b GWB-E)

- Die Richtlinie 2014/104/EU sieht vor, dass Wettbewerbsverstöße, die in bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden oder Rechtsmittelinstanzen festgestellt wurden, vor Gerichten desselben Mitgliedstaates als unwiderlegbar festgestellt gelten. Im Falle der Entscheidung durch eine Behörde oder Rechtsmittelinstanz eines anderen Mitgliedstaates gilt jedoch nur ein Anscheinsbeweis. Die Umsetzung der Richtlinie sollte zum Anlass genommen werden, den zu weitgehenden § 33 Abs. 4 S. 1 GWB (übernommen in § 33 b GWB-E) zu korrigieren und den Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten nur noch eine Anscheinsbeweiskwirkung zukommen zu lassen.¹¹

⁹ a.A. Agv MoVe, der die Festschreibung eines Mindestschadensersatzes fordert.

¹⁰ a.A. Agv MoVe, der keinen Änderungsbedarf angezeigt sieht.

¹¹ a.A. Agv MoVe, der keinen Änderungsbedarf angezeigt sieht.

Der BDI hatte stets darauf hingewiesen, dass eine solche weitgehende Bindungswirkung problematisch ist, solange es innerhalb der EU noch an gleichen Mindeststandards für die Durchführung von behördlichen Kartellverfahren einschließlich ihrer gerichtlichen Überprüfbarkeit fehlt. Darüber hinaus bestehen im Verwaltungsprozess und Zivilprozess oftmals unterschiedliche Beweisanforderungen.

- Im Falle des Beibehaltens einer Bindungswirkung müsste nach BDI-Verständnis aus rechtsstaatlichen Gründen diese in einigen Fällen zumindest eingeschränkt werden, z. B. bei neuem Tatsachenvortrag oder wenn offensichtliche Fehler bei der Tatsachenermittlung stattgefunden haben. Sie müsste ganz ausgeschlossen werden, wenn die Verteidigungsrechte des Beklagten, einschließlich des Rechts auf Gehör, im ersten Prozess nicht gewahrt worden wären. Dies folgt schon aus grundrechtlichen Erwägungen. Es bedarf hier einer entsprechenden Klarstellung.

c) Einwand der Schadensabwälzung (§ 33 c GWB-E)

- Entgegen der Richtlinie, die in Art. 3 Abs. 3 explizit festschreibt, dass die Geltendmachung vollständigen Schadensersatzes nicht zu einer Überkompensation führen darf, ist diese Gefahr im RegE nicht gebannt. Es fehlt an entsprechenden Regelungen, eine doppelte Inanspruchnahme des Beklagten in sämtlichen Fallkonstellationen (also insbesondere bei mehreren Verfahren auf verschiedenen Vertriebsstufen) auszuschließen. Insbesondere fehlt es an einer Umsetzung von Art. 15 RL, der darauf abzielt, eine Mehrfachbelastung des Beklagten zu vermeiden und eine bessere Koordinierung von Kartellschadensersatzklagen zu ermöglichen.
- Die Vermutung zugunsten des mittelbaren Abnehmers, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde (§ 33 c Absatz 2 GWB-E), birgt in der Zusammenschau mit der Vermutung zugunsten des unmittelbaren Abnehmers der kartellierten Waren/Dienstleistungen, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat (§ 33 a Absatz 2 GWB-E), die Gefahr einer Über-/Mehrfachkompensation des Schadens. Dies ist insbesondere bei *non-liquet*-Entscheidungen in verschiedenen zeitlich versetzten Gerichtsprozessen an unterschiedlichen Gerichtsstandorten zu befürchten. Der BDI hatte bereits im Vorfeld des Referentenentwurfes einige Vorschläge unterbreitet, die einer Umsetzung von Art. 15 RL dienen könnten:
 - Zentrale bundesweite Zuständigkeit für Kartellschadensersatzklagen bei LG und OLG Düsseldorf mit entsprechender Aufstockung von Ressourcen,
 - Einrichtung von Kartellfachgerichten,
 - zentrales, nach Möglichkeit EU-weites nicht-öffentliches elektronisches Register für Kartellschadensersatzklagen und diesbezügliche kartellbehördliche Entscheidungen mit automatischen Meldungen an die und von den zuständigen Gerichten,
 - weitergehende Möglichkeiten von Verfahrensverbindungen, ggf. in Verbindung mit öffentlichen Bekanntmachungen und Ausschlussfristen,
 - Möglichkeit einer öffentlichen Streitverkündung an *Unbekannt* mit Fristsetzung zur Herbeiführung der Nebeninterventionswirkung,
 - keine Geltung der Beweiserleichterungen für indirekte Abnehmer nach Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie, sofern der Beklagte glaubhaft auf einen vorherigen Prozess in derselben Sache verweist.

- Die Vermutungsregelungen in § 33 c Abs. 2 und 3 GWB-E begünstigen nicht nur eine mehrfache Inanspruchnahme des Beklagten. Sie entsprechen in ihrer Ausgestaltung darüber hinaus nicht dem deutschen Rechtsverständnis. Im RegE soll nun zugunsten eines mittelbaren Abnehmers vermutet werden, dass der Preisaufschlag unter den Voraussetzungen des § 33 c Abs. 2 Nr. 1-3 GWB-E auf ihn abgewälzt wurde. Allerdings soll die Vermutung der Schadensabwälzung keine Anwendung finden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde (§ 33 c Abs. 3 GWB-E). Laut Begründung soll diese Glaubhaftmachung nur durch den Beklagten möglich sein, nicht auch durch den unmittelbaren Abnehmer (wie noch im Referentenentwurf vorgesehen).

§ 33 c Abs. 2 GWB-E setzt damit die Beweisanforderungen aus Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie „wird davon ausgegangen“ als Vermutung und nicht als Fall eines gesetzlich angeordneten Anscheinsbeweises um. Die Richtlinie ist indes dogmatisch nicht eindeutig, indem sie „Anscheinsbeweis“ (Begründungserwägung 41 der Richtlinie) und „Vermutung“ anscheinend synonym verwendet. Hieraus folgt, dass auch der Begriff der „Glaubhaftmachung“ anscheinend nicht technisch gemeint ist und geringere Anforderungen als den Vollbeweis beinhaltet. Es sollte daher zumindest in der Begründung zum RegE klargestellt werden, dass für die Nichtanwendung der Weiterwälzungsannahme in § 33 c Abs. 3 GWB-E dann auch nur das Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ wie im Rahmen von § 294 ZPO gelten sollte.

- Laut Begründung wirkt die Vermutung in § 33 c Abs. 2 GWB-E ausschließlich zugunsten mittelbarer Abnehmer, nicht aber zugunsten des Beklagten. Sofern es bei der Vermutungsregelung bleiben sollte, sollte zumindest überlegt werden, diese Vermutungswirkung auch zugunsten des Kartellanten auf diesen zu erstrecken, soweit dieser im Vorprozess des direkten Abnehmers die passing-on-defence geltend machen möchte. Denn wenn im Erstprozess der Beweis des Weiterwälzungseinwands seitens des Kartellanten nicht erfolgreich geführt werden kann und nach Beweislastgrundsätzen in dieser Frage zu seinen Lasten entschieden wird, muss es als zweifelhaft gelten, ob dieser Umstand dem indirekten Abnehmer in einem Folgeprozess noch entgegengehalten werden kann; denn dort greift dann die Weiterwälzungsvermutung des § 33 c Abs. 2 GWB-E, die dem Kartellanten im Erstprozess nicht zur Verfügung stand und die auch eine mögliche Nebeninterventionswirkung bzw. Streitverkündungswirkung im Folgeprozess überwinden würde. Im Schrifttum wird teilweise vorgeschlagen, dass die Weiterwälzungsvermutung im Prozess des indirekten Abnehmers als glaubhaft widerlegt angesehen werden sollte, wenn der Kartellant im Prozess des direkten Abnehmers die Weiterwälzung nicht beweisen konnte und der indirekte Abnehmer als Streitverkündeter hieran bereits beteiligt war. Allein die Streitverkündung dürfte – anders als die Begründung des RegE dies auf S. 116 angibt – jedoch nicht erfolgreich vor dem Risiko mehrfacher Inanspruchnahme schützen. Um diesem Missstand abzuwehren, sind verschiedene Varianten denkbar (s. oben).
- Darüber hinaus ist die gewählte Formulierung hinsichtlich der Anforderungen an die Nichtanwendung der Abwälzungsvermutung sehr weit gefasst und könnte ggf. mittels Regelbeispielen schärfer konturiert werden. Die Abwälzungsvermutung zugunsten des mittelbaren Abnehmers begünstigt diesen vergleichsweise stark, da eine Schadensweiterwälzung in der Praxis regelmäßig nur sehr schwer festzustellen, nachzuweisen oder glaubhaft zu machen sein wird. Vor diesem Hintergrund sollten im Gegenzug die Anforderungen an die vom Beklagten vorzutragenden Tatsachen, die zu einer Nichtanwendung der Vermutung führen, klarer in der gesetzlichen Regelung (sowie ggf. in der Begründung des Gesetzes) herausgearbeitet werden.

- Hinzu kommt, dass der mittelbare Abnehmer, welcher sich als Kläger auf die Schadensabwälzung beruft, gemäß Artikel 14 Absatz 1 RL „in angemessener Weise Offenlegungen von dem Beklagten (Kartellschädiger) oder von Dritten (dem unmittelbaren Abnehmer) verlangen“ können soll. Welche spezifische Anforderungen hier an die Darlegungslast des Klägers im Hinblick auf die Geltendmachung seines Offenlegungsanspruches zu stellen sind, regeln §§ 33 c, 33 g, 89 b GWB-E insofern nicht. Im Ergebnis bleibt es hier den Zivilgerichten überlassen, den unbestimmten Rechtsbegriff „in angemessener Weise“ im Wege der Rechtsprechung klarer zu konturieren. Auch hierzu böte sich eine konkretere Ausgestaltung des gesetzlichen Tatbestandes bzw. durch eine ergänzende Erläuterung in der Begründung des Gesetzes an.
- Insgesamt zeigt sich, dass aufgrund der vorgenannten Unschärfen in der Richtlinienumsetzung im Zusammenhang mit Ansprüchen von mittelbaren Abnehmern damit zu rechnen ist, dass die Zivilgerichte aufgrund ihrer *möglichen Parallelbefassung mit Follow-On-Klagen* von mittelbaren/unmittelbaren Abnehmern zum gleichen Kartellgegenstand zu *materiell widersprüchlichen Ergebnissen* gelangen können und dadurch Möglichkeiten einer Über-/Mehrfachkompensation des Schadens eröffnet werden.

d) Gesamtschuldnerische Haftung (§ 33 d GWB-E)

- Nach bisherigem deutschem Recht bestimmt sich der Binnenausgleich zwischen Gesamtschuldnern (Kartellanten) anhand der Umstände des Einzelfalls, worunter der Bundesgerichtshof insbesondere die individuellen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge subsumiert. Dies soll entsprechend § 33 d Abs. 2 GWB-E im Prinzip so bleiben. Die Auslegung des Haftungsverhältnisses wird damit weiterhin der Rechtsprechung überlassen. Immerhin werden in der Begründung Kriterien, wie der Marktanteil, der Umsatz oder der Mehrerlös angesprochen. Wichtig ist auch die *Rolle im Kartell*, etwa die als Anführer oder Mitläufer. Der Unsicherheit, was unter „relativer Verantwortung“ zu verstehen ist (Art. 11 Abs. 5 RL), sollte der Gesetzgeber mit Regelbeispielen begegnen. Hiervon kann bei erkennbarer Unbilligkeit abgewichen werden. Eine solche Regelung würde die einvernehmliche Streitbeilegung erleichtern. Ein Rechtsverletzer, der in Höhe seiner Lieferanteile oder Bezugsanteile Schadensersatz an Geschädigte geleistet hat, muss dann nicht mehr befürchten, einen darüber hinausgehenden Ausgleich im Innenverhältnis leisten zu müssen.
- § 33 d Abs. 3 GWB-E enthält eine Privilegierung für kleine und mittlere Unternehmen hinsichtlich der gesamtschuldnerischen Haftung. Nicht nachvollziehbar ist, warum kleinen und mittleren Unternehmen eine Haftungsprivilegierung gewährt werden soll, *natürlichen Personen* hingegen nicht. Während auf EU-Ebene nur juristische Personen gegen das Kartellrecht verstoßen können, können dies im Anwendungsbereich des GWB auch natürliche Personen. Sie machen sich hierdurch zugleich schadensersatzpflichtig und haften nach § 33 d gesamtschuldnerisch. Als Gesamtschuldner kann eine einzelne natürliche Person mit riesigen Schadensersatzforderungen konfrontiert werden. Dazu werden der natürlichen Person die finanziellen Mittel nach Zahlung des Schadensersatzes bzw. nach der Zwangsvollstreckung fehlen. Zudem wird gegen große Unternehmen ein Innenregress in den seltensten Fällen durchgesetzt werden können. Es sollte erwogen werden, die Haftungsprivilegierung auch auf natürliche Personen zu erstrecken.

e) Wirkungen des Vergleichs (§ 33 f GWB-E)

- § 33 f GWB-E setzt nur Art. 19 Abs. 1 bis 3 RL um. Der BDI begrüßt, dass der RegE nun in der Begründung die Klarstellung enthält, dass eine „außergerichtliche“ Einigung auch solche einvernehmlichen Streitbelegungen erfasst, die im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens geschlossen wurden.
- Art. 18 Abs. 3 RL wird bedauerlicherweise nicht umgesetzt. Die Richtlinie sieht vor, dass eine Schadensersatzzahlung, die infolge eines Vergleichs geleistet wird, bevor die Wettbewerbsbehörde die Verhängung einer Geldbuße beschließt, als mildernder Umstand gewertet werden kann. Das ist auch vor dem Hintergrund richtig, dass Bußgelder und Schadensersatzleistungen in ihrer Kumulation nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen insgesamt überfordern sollten. Eine *schnelle Schadensregulierung müsste deshalb bußgeldreduzierend wirken*, eine Widerrufsregelung für Bußen sicherstellen, dass bei wirtschaftlicher Überforderung die Kompensation der Geschädigten Vorrang vor den fiskalischen Folgen des Bußgelds hat. Der Gesetzgeber sollte Art. 18 Abs. 3 RL daher umsetzen. Die Übernahme einer solchen Regelung würde die Inanspruchnahme des Verfahrens der alternativen Streitbeilegung, wie nach der Richtlinie beabsichtigt, weiter fördern.
- Eine Bußgeldreduzierung sollte darüber hinaus aber auch in Betracht kommen, wenn eine Schadensersatzzahlung im Rahmen eines Vergleichs erst nach Abschluss des Bußgeldverfahrens geleistet wird. Vergleichsverhandlungen werden oft erst im Rahmen von Schadensersatzklagen ernsthaft geführt. Dabei handelt es sich meist um "follow-on"-Verfahren, die erst nach der Bußgeldentscheidung beginnen. Hinzu kommt, dass die vorgesehene fünfjährige Verjährungsfrist nicht dazu angetan ist, eine schnelle Vergleichsfindung zu befördern. In vielen Fällen dürfte zunächst der Verjährungseintritt abgewartet werden, bevor unternehmensintern über die Bereitschaft zu Vergleichen entschieden wird: Denn erst zu diesem Zeitpunkt ist das Ausmaß aller angemeldeten Schadensersatzansprüche bekannt, und entsprechend können dann solidere Berechnungen zu Kosten und Nutzen von Vergleichszahlungen angestellt werden.
- Der BDI befürwortet die Regelungen in § 33 f Abs. 1 S. 4 und Abs. 2 GWB-E. Diese Regelungen, nach denen der sich vergleichende Rechtsverletzer vollständig von seiner Haftung gegenüber dem sich vergleichenden Geschädigten befreit werden kann und auch keinen Ausgleichsansprüchen aus dem Innenverhältnis zu den übrigen Rechtsverletzern ausgesetzt ist, sind zweckmäßig, um Vergleichsanreize zu steigern.
- Sollten die Kartellanten ihre interne Haftungsverteilung vertraglich regeln, so kann diese bei Vergleichen mit Geschädigten nur beachtet werden, wenn die Geschädigten zustimmen. Dies sollte ebenfalls klargestellt werden.

f) Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (§ 33 g GWB-E)

- Bei der Umsetzung der Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln spielt die Frage, inwiefern die prozessuale Waffengleichheit zwischen den Parteien gewahrt bleiben kann, eine entscheidende Rolle. Weitreichende Offenlegungsverpflichtungen belasten Unternehmen in besonderem Maße. Schadensersatzklagen ohne ausreichende Substanz könnten mittels solcher Offenlegungsanordnungen dazu genutzt werden, beklagte Unternehmen unter Druck zu setzen, beispielsweise um Vergleichszahlungen zu erzwingen oder um Einblick in sensitive Daten zu erhalten. Das Interesse der Geschädigten, notwendige Informationen für die

erfolgreiche Rechtsdurchsetzung zu erlangen ist hier mit dem Interesse der Kartellanten in Einklang zu bringen, sog. Ausforschungsbeweise („*fishing expeditions*“) zu vermeiden.

- Die Ausformung des Anspruchs auf Herausgabe auf Beweismittel soll nun als materiell-rechtlicher Anspruch und auch unabhängig von einem rechtshängigen Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden können (§ 33 g Abs. 1 und 2 GWB-E, vgl. Begründung S. 69). Dies geht über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. In der Begründung des RegE wird zudem lediglich konstatiert, dass dieses „Gold Plating“ vorgenommen wird, eine Begründung für diesen signifikanten Kurswechsel fehlt jedoch.

Ein vom Schadensersatzprozess losgelöster und diesem vorgelagerter Auskunftsanspruch (*pre-trial-discovery*) ist nach Ansicht der überwiegenden Mehrheit in der Industrie nicht erforderlich und auch nicht wünschenswert.¹² Die *pre-trial-discovery* ist ein spezielles Element des Common Law und mit den kontinental-europäischen Zivilrechtssystemen nicht vereinbar. Nach deutscher Rechtstradition hat jede Partei die sie begünstigenden Tatsachen vorzubringen. Es werden völlig falsche Anreize dafür gesetzt, aussichtslose Klagen auf den Weg zu bringen, wenn nicht der Kläger seinen Vortrag im Einzelnen begründen muss, sondern der Beklagte dazu verpflichtet wird, umfangreiche Dokumente beizubringen. Dies führt dazu, dass der Kläger aus seiner Verpflichtung, substantiiert vorzutragen, entlassen würde. Die Gefahr von „*fishing expeditions*“ wäre groß. Außerdem würde ein vorgelagertes Beweisverfahren voraussichtlich mehrere Jahre in Anspruch nehmen, bevor das eigentliche Schadensersatzverfahren betrieben werden könnte.

Würde ein selbständiger und weit gefasster materieller Rechtsanspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln geschaffen, bedeutete dies darüber hinaus *bei einem Rechtsstreit mit Anspruchstellern aus anderen EU-Mitgliedstaaten*, die einen solchen materiellen Anspruch nicht kennen, dass zu Lasten in Deutschland verklagter Unternehmen eine *Waffenungleichheit* entstünde.

- Der BDI hatte sich bereits im Vorfeld dafür ausgesprochen, den unbestimmten Begriff „Kategorie von Beweismitteln“ möglichst eng zu definieren (Art. 5 Abs. 2 RL), damit diese Regelung nicht zu genereller Ausforschung missbraucht werden könnte. Nach § 33 g Abs. 1 und 2 GWB-E sollen nun die Beweismittel herausgegeben werden, die für die Erhebung und Verteidigung von und gegen Schadensersatzansprüche „erforderlich“ sind, wenn die Beweismittel „so genau bezeichnet“ werden, „wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist“. Zwar ist „erforderlich“ ein unbestimmter ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff, allerdings dürften die herauszugebenden Beweismittel in der Tat stets im konkreten Einzelfall zu bestimmen sein, da jeder Fall anders gelagert ist. Es ist daher besser, die Ausfüllung dieses Begriffs in diesem Fall den Gerichten zu überlassen.
- § 33 g Abs. 2 S.2 GWB-E: Nicht sinnvoll erscheint es, eine Nichtfeststellungsklage gegenüber einem potentiellen Schadensersatzkläger davon abhängig zu machen, dass der Kläger den der Klage zugrundeliegenden Verstoß nicht bestreitet. Dies könnte nach unserer Einschätzung allenfalls auf Rechtsverletzer zutreffen, die lediglich einen Passing-On-Einwand geltend machen wollten oder auf einen Kartellaußenseiter, der sich dem Ersatz von Umbrellaschäden ausgesetzt sehen könnte, wenn der Kartellverstoß von einem anderen begangen worden ist. Sollte die Vorschrift auf sämtliche potentiellen Anspruchsgegner (die Begründung

¹²a.A. Agv MoVe, der der Ansicht ist, dass ein dem Schadensersatzprozess vorgelagerter Auskunftsanspruch bzw. die vorprozessuale Offenlegung von Beweismitteln notwendig sei.

spricht schon weitergehend von „mutmaßlichen Schädigern“, S. 70) eines Schadensersatzanspruchs zutreffen, würde sie ins Leere laufen, denn ein „Nichtbestreiten“ würde einem Schuldeingeständnis bzw. einer Selbstbezeichnung gleichkommen, die von einem potentiellen Anspruchsgegner nicht zu erwarten sein werden. Soll tatsächlich „Waffengleichheit“ hergestellt werden, wovon die Begründung spricht, werden voraussichtlich nur die oben angesprochenen Randgruppen von der Möglichkeit einer Nichtfeststellungsklage Gebrauch machen. Selbst ein Kronzeuge wird dies nicht tun, sofern er dadurch weitere Zivilrechtsklagen indizieren würde.

- § 33g Absatz 3 GWB-E schließt die Herausgabe von Beweismitteln aus, „soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist“. Bei der Abwägung ist u.a. „der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen“ als abwägungsrelevanter Belang benannt (wobei dieser in der Praxis regelmäßig einschlägig sein dürfte). Es bleibt hier aber offen, welche Informationen konkret substantiell als schutzwürdig einzustufen sind. Auch aus der prozessualen Einkleidung des Anspruches (aus § 33g GWB-E) in § 89b Absatz 6 und 7 GWB-E ergeben sich hierzu keine ergänzenden Anhaltspunkte. Insgesamt wären eine konkretere Ausgestaltung der abwägungsrelevanten Belange sowie deren Gewichtung im Rahmen der Abwägungsentscheidung des Gerichts wünschenswert.

Die Erwägung in der Begründung (S. 72), dass in einigen Fällen der Auskunftsanspruch gegenüber einer Herausgabe von Beweismitteln besser der Zielsetzung genüge und für den Verpflichteten „häufig weniger belastend“ sei, sollte als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den Gesetzestext selbst aufgenommen werden.

- Zu § 33 g Abs. 4 GWB-E: Es ist richtig, dass Vergleichsausführungen und Unternehmenserklärungen, die im Rahmen eines Kronzeugenprogramms in den Besitz einer Wettbewerbsbehörde gelangt sind, einem besonderen Schutz vor Offenlegung unterfallen sollen. Die Kronzeugenprogramme sollen so wenig wie möglich gefährdet werden.

Es ist richtig, die „Kronzeugenerklärung“ zu definieren (§ 33 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB-E). Es wäre sinnvoll, die „Kronzeugenerklärung“ auch auf Kopien der von der Kronzeugenerklärung umfassten Dokumente und Zitate daraus zu erstrecken, selbst wenn diese sich im Besitz der Parteien oder Dritter befinden.

Das gesamte Kronzeugenverfahren sollte über die Privilegierung des Kronzeugen bei der Gesamtschuld in § 33 e GWB-E hinaus gesetzlich normiert werden.

- Der BDI befürwortet die Regelung in § 33 g Abs. 5 GWB-E, wonach Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person oder Personenvereinigung eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren oder die von einer Wettbewerbsbehörde im Laufe ihres Verfahrens erstellt wurden, Mitteilungen der Wettbewerbsbehörden an die Beteiligten und zurückgenommene Vergleichsausführungen vor der Herausgabe bis zum vollständigen Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens geschützt werden.¹³ Allerdings sollte der Schutz bis zum Zeitpunkt einer bestandskräftigen Behördenentscheidung erstreckt werden.
- § 33 g Abs. 6 S. 2 GWB-E ist zu streichen. Die Zeugnisverweigerungsrechte nach § 383 Abs. 1 und § 384 ZPO sollten bestehen bleiben, um sicherzustellen, dass keine schutzwürdigen Geheimnisse offenbart werden müssten. Die Anordnung der Herausgabe oder zur Erteilung von Auskünften durch ein Gericht macht die Geheimnisse nicht weniger schutzwürdig als ohne gerichtliche Anordnung.

¹³ a.A. Agv MoVe, der den Kronzeugenschutz der Richtlinie für ausreichend bzw. bereits als zu weitgehend erachtet.

- In § 33 g Abs. 6 S. 3 GWB-E sollte explizit klargestellt werden, dass unter den Begriff „Rechtsanwalt“ auch der *Syndikusrechtsanwalt* fällt. Gemäß dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte lautet die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)“. Auch Syndikusanwälten sollte ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen, wenn sie mit ihrer Aussage das Unternehmen bezichtigen würden. Dies ist für Syndikusrechtsanwälte gerade erst mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung vom 21.12. 2015 eingeführt worden. Im Reg-E, BT-Drs. 18/5201, S. 37 heißt es dazu: *„So steht dem Syndikusrechtsanwalt beispielsweise im Zivilprozess ein Zeugnisverweigerungsrecht und daraus abgeleitet das Recht zu, einer gerichtlichen Anordnung zur Urkundenvorlegung nicht nachzukommen (§ 383 Absatz 1 Nummer 6 ZPO, § 142 Absatz 2 ZPO). Dies kann auch im Zusammenhang mit vergleichbaren Regelungen im ausländischen Zivilverfahrensrecht Bedeutung erlangen, beispielsweise im Hinblick auf sogenannte „Pre-Trial Discovery-Verfahren“ nach US-amerikanischem Recht.“* Sollte der RegE die Geltung des Zeugnisverweigerungsrechts für Syndikusanwälte ausnehmen wollen, würde dies zu schweren Verwerfungen im Berufsbild der ansonsten den niedergelassenen Anwälten in Rechten und Pflichten (!) gleichgestellten Syndikusanwälte führen, die in ihrer fachlich unabhängigen und eigenverantwortlichen Tätigkeit behindert sein könnten. Letztere wird aber gerade eingefordert, um das Berufsbild des Syndikusanwaltes zu erfüllen.
- Auch sollte das *Selbstbezeichnungsverbot* in vollem Umfang und explizit anerkannt werden. Unternehmen sollen nicht an ihrer eigenen Überführung aktiv mitwirken müssen. Die Grenze des Auskunftsrechts und der Anordnung der Urkundenvorlage gemäß § 142 ZPO ist das Recht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen. Das Selbstbezeichnungsverbot gilt auch für Unternehmen. Der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezeichnung ergibt sich für juristische Personen aus dem Rechtsstaatsprinzip, auf welches sich auch juristische Personen berufen können (s. oben unter Kapitel II 1 a). Im Ergebnis kommt den Organen juristischer Personen ein Auskunftsverweigerungsrecht entweder unmittelbar oder analog §§ 46 Abs. 1 OWiG i.V. m. 55 Abs. 2 StPO dann zu, wenn die Gefahr einer Bußgeldverhängung gegen die juristische Person besteht.¹⁴ Dieses Recht beinhaltet, nicht aktiv an der Aufdeckung und dem Nachweis eines eigenen Gesetzesverstößes mitwirken zu müssen, sondern schweigen zu dürfen.
- Zur Wahrung der Vertraulichkeit der offenzulegenden Informationen erscheint die Einführung von „confidentiality rings“ wünschenswert, bei denen nur die Prozessparteien Einsicht in die Beweisdokumente erhalten und sich verpflichten, die entsprechenden Informationen nicht weiterzugeben, zu veröffentlichen und nur für das betreffende Verfahren zu nutzen. Dies wäre eine Verbesserung zu den bisher bestehenden Möglichkeiten, nach §§ 172 Nr. 2, 174 Abs. 3 GVG die Öffentlichkeit auszuschließen und den anwesenden Parteivertretern eine Schweigepflicht aufzuerlegen. Ein Vergleich bietet sich auch mit den Vorlage- und Besichtigungsansprüchen im Patentverletzungsprozess an. Dort können die Gerichte Geheimhaltungsanordnungen und Stillschweigegebote erlassen (§ 140c Abs. 3 S. 2 PatG), die die beteiligten Rechts- und Patentanwälte binden.
- Es wird vom BDI ausdrücklich abgelehnt, dass bei einer bindenden Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde die Herausgabe der Beweismittel und Erteilung von Auskünften im Wege der einstweiligen Verfügung auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 der ZPO bezeichneten Voraussetzungen angeordnet werden kann (§ 89 b Abs. 5, S.1 GWB-E). Es besteht kein

¹⁴ Wiedemann, in: Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. § 57, Rz 38; Klaue, in: Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. § 59, Rz, 39-41.

Grund, von den Anforderungen an eine einstweilige Verfügung in diesem Zusammenhang abzuweichen. Dies gilt umso mehr als § 33 b GWB-E über den Regelungsgehalt der RL bereits weit hinausgeht, was kritisch zu sehen ist (s. oben).

g) Verjährung (§ 33 h GWB-E)

- Es ist positiv zu bewerten, dass der Beginn der Verjährungsfrist nun an die Beendigung des Verstoßes geknüpft werden soll (§ 33 h Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 2 GWB-E). Der BDI ist auch der Ansicht, dass eine absolute Verjährungsfrist nach wie vor sinnvoll ist (§ 33 h Abs. 4 GWB-E).¹⁵
- Die Problematik, dass eine Gewährleistung des Gesamtschuldnerausgleichs, wie in Art. 11 Abs. 5 S. 1 der Richtlinie vorgesehen, nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH oft bereits verjährt sein dürfte, bevor die Geschädigten überhaupt Schadensersatzansprüche geltend machen, dürfte mit dem vorgeschlagenen § 33 h Abs. 7 GWB-E nunmehr behoben werden. Dies gilt dementsprechend auch für die Ansprüche des § 426 Abs. 2 BGB. Es ist richtig, dass für den Gesamtschuldnerausgleich bei Kartellschadensersatz der *Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt der Zahlung an den Geschädigten oder der rechtskräftigen Feststellung eines Zahlungsanspruchs* dem Grunde und der Höhe nach verschoben werden („Befriedigung eines Schadensersatzanspruchs“).
- Für das Ende der Hemmung wird die bestands- und rechtskräftige Entscheidung einer anderweitigen Erledigung des Verfahrens (z. B. der unbedingten Zusage der Bußgeldfreiheit zugunsten des Kronzeugen) gleichgestellt, damit die Verjährungshemmung auch hinsichtlich des Kronzeugen aufgehoben wird (§ 33 h Abs. 6, S.2 GWB-E). Dies wird mit Blick auf den Gesamtschuldnerausgleich befürwortet, da nach dem Vorschlag nun nicht mehr andere Verjährungsfristen für den Kronzeugen und den Kartellanten gelten, der das Verfahren durch ein „Settlement“ einvernehmlich beendet.

5) Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff GWB-E)

- Der RegE sieht im neuen § 35 Abs. 1 a GWB-E eine neue Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle vor. Das Kabinett schlägt vor, dass Zusammenschlüsse künftig bei Überschreitung eines Gegenleistungswerts von 400 Mio. € angemeldet werden müssen, selbst wenn ein Unternehmen keinerlei Umsatz auf dem deutschen Markt erzielt. Voraussetzung soll neben der Umsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E lediglich sein, dass eines der Unternehmen mehr als 25 Mio. € Umsatz im Inland erzielt hat und das zu erwerbende Unternehmen „in erheblichem Umfang“ im Inland tätig ist

Der BDI lehnt die Einführung einer neuen an die Gegenleistung anknüpfenden Anmeldeschwelle als unnötig und wettbewerbspolitisch verfehlt ab. Die neue Anmeldeschwelle würde die erst 2009 mit dem Dritten „Mittelstandsentlastungsgesetz“ eingeführte zweite Inlandsumsatzschwelle entwerten und zu einem Mehr an bürokratischem Aufwand für die Unternehmen führen, ohne dass ein wettbewerbspolitischer Bedarf erkennbar wäre. Im Ergebnis droht wegen eines einzigen angeblichen Präzedenzfalls (augenscheinlich *Facebook/WhatsApp*) eine systemfremde Vermischung des EU-Aufgreifsystems der umsatzbasierten Anmeldeschwellen mit dem US-System („size of transaction“).

¹⁵ a.A. Agv MoVe, der sich für die Abschaffung der kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist ausspricht.

- Durch die Änderung wird die mühsam erkämpfte zweite Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. € Umsatz in den Fällen aushebelt, in denen der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. € beträgt. Begründet wird die Neuregelung mit neuen Entwicklungen im „digitalen Wirtschaftsbereich“, in dem Angebote entweder in einer Übergangszeit unentgeltlich oder aber an eine Kundengruppe unentgeltlich, an eine andere entgeltlich erbracht werden. Hier würde eine Lücke im System der Fusionskontrolle bestehen. Der im RegE gefundene Weg passt aber nicht auf das beschriebene Problem und hätte erhebliche Nebenwirkungen.
- So ist die Marktrelevanz des Erwerbs eines bisher ganz oder zum Teil unentgeltlich tätigen Unternehmens immer eine Frage des Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens, nicht seines Umsatzes allein in Deutschland. Erst durch die Gegenüberstellung des weltweiten Umsatzes des zu erwerbenden Unternehmens mit dem Gesamttransaktionswert lässt sich eine mögliche Diskrepanz feststellen. Hierfür die zweite Inlandsumsatzschwelle zu opfern, bedeutet, unabhängig vom Ausmaß der Betroffenheit Deutschlands eine Auffangzuständigkeit des Bundeskartellamts für Transaktionen mit keinem oder geringem betroffenem Umsatz im Inland, aber mit einem relativ hohen Kaufpreis zu begründen.

Anders als noch der RefE sieht der RegE nun zwar vor, dass das zu erwerbende Unternehmen, für das keine Umsatzschwelle vorgeschrieben wird, „in erheblichem Umfang“ im Inland tätig sein muss. Dies genügt jedoch nicht, um die Bedenken der Wirtschaft bezüglich unnötiger Bürokratiekosten und Anmeldepflichten trotz geringer Betroffenheit Deutschlands aufzuheben. Die Frage, wann eine Tätigkeit „in erheblichem Umfang“ ausgeübt wird, lässt sich, trotz der in der Begründung genannten Fallbeispiele, nicht eindeutig beantworten. Es ist auch auffällig, dass die Bundesregierung für das positive Fallbeispiel erneut den Fall *Facebook/WhatsApp* bemüht. Daneben werden nach der aktuellen Formulierung auch Fälle erfasst, in denen zwar das zu erwerbende Unternehmen sowohl in erheblichem Umfang im Inland tätig ist, wie auch einen Inlandsumsatz von mehr als 25 Mio. € aufweist, in denen aber das oder die anderen beteiligten Unternehmen weder Umsatz noch irgendeine Tätigkeit im Inland haben – also Übernahmen, in denen sich jeglicher Inlandsbezug auf ein einziges beteiligtes Unternehmen bezieht. Internationale Großtransaktionen mit nur geringer Berührung Deutschlands würden auf diese Weise wieder unter die deutsche Fusionskontrolle gebracht. Nur in manchen Ländern mit weniger entwickelten Kartellrechtsordnungen gibt es auch heute noch keine ausreichende Anknüpfung an einen Inlandsbezug. Es wäre daher unerwünscht, wenn ausgerechnet der deutsche Gesetzgeber, der aus gutem Grund nachträglich eine zweite Inlandsumsatzschwelle eingeführt hatte, mit negativem Beispiel voranginge und diese zweite Inlandsumsatzschwelle wieder entwerten würde. Dies würde auch den Bemühungen des ICN für eine weltweite Einführung eines lokalen Nexus in der Fusionskontrolle widersprechen.

- Auch der dem Kabinett als Vorbild dienende US-amerikanische „size of transaction test“ sieht eine Inlandsumsatzschwelle vor. Anders als nach dem Vorschlag des RegE wird in den USA die Beschränkung der Anmeldepflicht auf Zusammenschlüsse, die sich in den USA wettbewerblich auswirken und somit über einen lokalen Nexus verfügen, durch ergänzende Voraussetzungen für „acquisitions of foreign assets or voting securities of foreign issuers“ sichergestellt (16 C.F.R. §§ 802.50 und 802.51). Danach kommt eine Anmeldepflicht in den USA für den Erwerb von ausländischen Vermögenswerten bzw. von Anteilen an ausländischen Unternehmen nur dann in Betracht, wenn das Zielunternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz in den USA von (aktuell) mehr als 78,2 Mio. USD erzielt oder Vermögenswerte in den USA von (aktuell) mehr als 78,2 Mio.

USD besessen hat. Für „foreign to foreign transactions“ liegen die Schwellenwerte deutlich darüber. Anders als in der Begründung zum RegE dargestellt, spielen Umsatzerlöse und Bilanzsummen der Zusammenschlussbeteiligten in den USA damit sehr wohl eine Rolle.

- Im Ergebnis würde nach den Vorschlägen des RegE zukünftig auch in vielen Fällen, in denen keine wettbewerblichen Auswirkungen auf Deutschland zu erwarten sind und somit kein lokaler Nexus besteht, eine Anmeldepflicht zu bejahen sein. Für Unternehmen mit einem weltweiten Umsatz von mehr als 500 Mio. € und einem Umsatz von mehr als 25 Mio. € in Deutschland (d. h. größere mittelständische Unternehmen aufwärts) hinge bei zukünftigen Unternehmensübernahmen mit einem Kaufpreis von mehr als 400 Mio. € die Anmeldepflicht nur noch davon ab, ob das Zielunternehmen in nicht unerheblichem Umfang in Deutschland tätig ist.

Keine Systemlücke – aber hohe Kosten für Unternehmen

- Die in der Begründung des RegE angegebene Systemlücke würde voraussetzen, dass es jährlich eine signifikante Anzahl an M&A-Transaktionen gibt, die bislang aufgrund zu niedriger Umsätze nicht anmeldepflichtig waren, sich aber in Deutschland auf den Wettbewerb auswirken und daher entweder vom Bundeskartellamt oder von der Europäischen Kommission vorab geprüft werden sollten. Eine derartige signifikante Anzahl an M&A Transaktionen ist aber nicht ersichtlich und wird auch durch das Kabinett nicht konkreter benannt. Der immer wieder angeführte Fall *Facebook/WhatsApp* allein reicht nicht aus, um Strukturänderungen in der Fusionskontrolle im beabsichtigten Ausmaß zu rechtfertigen.
- Dies steht auch nicht in Relation zu den zu erwartenden Kosten für die Unternehmen. Dass lediglich drei Fälle im Jahr zusätzlich geprüft werden würden, ist eine reine Schätzung des Kabinettes und erscheint angesichts der Vielfalt der Industrien und vorstellbaren Szenarien unrealistisch. Viele Unternehmen werden ihre Zusammenschlüsse aufgrund der mit der neuen Regelung verbundenen Unsicherheiten vorsorglich anmelden. Die damit verbundenen Kosten auf Seite betroffener Zusammenschlussparteien werden laut Begründung zum RegE in eklatanter Weise unterschätzt. Die Gesetzesbegründung stellt allein auf Kosten für Rechtsberatung ab. Sie verkennt jedoch die Kosten durch unternehmensinternen Aufwand für Prüfung, Ermittlung von Daten, Hemmung und Ablenkung des Geschäfts während und durch ein laufendes Fusionskontrollverfahren, die zeitliche Verzögerung der Durchführung der Transaktion, etc.
- Es wäre wettbewerbspolitisch richtig gewesen, erst statistisch signifikante Daten zur Überprüfung der Lückenthese zu erheben, um dann auf dieser Basis eine fundierte Entscheidung zu treffen. Stattdessen wird ohne näher substantiierten Anlass die Einführung einer neuen Anmeldeschwelle vorgeschlagen, deren wettbewerbspolitische Bedürftigkeit im Nachgang geprüft werden soll. Derartige zusätzliche bürokratische Hürden für Unternehmensübernahmen auf Kosten der Wirtschaft verdienen bereits vor Verabschiedung eine eingehendere Untersuchung durch den Gesetzgeber auf ihre tatsächliche Notwendigkeit.

Kaufpreis ist kein geeignetes Aufgreifkriterium

- Das Abstellen auf den Kaufpreis als neues Aufgreifkriterium („Gegenwert“) wäre ein tiefgehender Systembruch in der deutschen Fusionskontrolle. Kaufpreise haben nicht immer etwas mit der tatsächlichen Marktmacht eines Unternehmens zu tun, sondern sind vielfach „politische“ Preise, die etwa gezahlt werden, um einen Konkurrenten, der vielleicht einmal ein ernsthafter Wettbewerber werden könnte, vom Markt zu kaufen. Auch wenn kaum Umsatz vorhanden ist,

wird gleichwohl ein Kaufpreis gezahlt, der jedenfalls mit Blick auf den Umsatz kaum gerechtfertigt erscheint. Eine direkte Marktrelevanz ist damit aber nicht verbunden.

- In Fällen, in denen die Parteien eine „Earn-Out“-Klausel vereinbaren, kann der zunächst niedrige Kaufpreis je nach Leistung des akquirierten Unternehmens im späteren Verlauf auch noch ansteigen. Auch in innovationsgetriebenen Branchen gibt es häufig Vertragskonstellationen, bei denen der Wert der Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht konkret feststeht. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen Rechte an Produkten übertragen werden, die sich noch im Stadium der Forschung oder Entwicklung befinden. Bis zur Vermarktung können mehrere Jahre vergehen; möglicherweise scheitert das Projekt auch ganz. Die Gegenleistung bei derartigen Transaktionen besteht typischerweise in Pauschalzahlungen beim Vertragsschluss und weiteren Teilzahlungen („Meilensteinzahlungen“), die von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden. Dies kann das Erreichen einer weiteren Phase im Entwicklungsprozess sein, die Erteilung von erforderlichen Genehmigungen oder Zulassungen oder, im Fall des Erreichens der Marktreife, das Erreichen bestimmter Umsatzschwellen.

Es wäre sehr schwierig und mit großen Unsicherheiten behaftet, wenn man bei Abschluss eines entsprechenden Vertrages zur Prüfung einer fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht den Wert der möglichen Meilensteinzahlungen berechnen müsste. Eine Schätzung des Kaufpreises durch das Kartellamt muss in jedem Fall ausgeschlossen werden – anderenfalls könnten die Unternehmen selbst nicht rechtssicher feststellen, ob eine Transaktion der Fusionskontrolle unterliegt oder nicht.

Hilfsweise: Rechtssichere Ausgestaltung

- Hilfsweise sollte der Vorschlag der Bundesregierung zumindest rechtssicher ausgestaltet werden. Zur Prüfung einer ausreichenden Berührung Deutschlands im Rahmen einer am Gegenwert orientierten Aufgreifschwelle sollte zumindest auf einen gegebenenfalls auf Deutschland allokierten Transaktionswert oder auf den *Asset Value* der in Deutschland erworbenen Vermögensgegenstände abgestellt werden.
- Der Begriff der „Gegenleistung“ müsste besser definiert werden. Insbesondere ist klarzustellen, dass der Wert der Gegenleistung nur insoweit zu berücksichtigen ist, als er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Stichtagsregelung) klar bestimmbar ist, um keine Rechtsunsicherheit beispielsweise in Fällen einer „Earn-Out“-Klausel aufkommen zu lassen.
- Die im RegE vorgeschlagene Schwelle einer Gegenleistung von mehr als 400 Mio. € ist im Vergleich zu der im Referentenentwurf vorgeschlagenen 350 Mio. €-Schwelle zwar erhöht worden, aber immer noch zu niedrig. Soweit das Kabinett in seiner Begründung darauf verweist, dass nur wenige Start-up-Übernahmen in den letzten Jahren höhere Kaufpreise erzielten, wird verschwiegen, dass eine Vielzahl an sonstigen M&A-Transaktionen – innerhalb und insbesondere außerhalb von Deutschland – über dieser Schwelle liegen. Gerade für letztere sollte die Anmeldepflicht auf Zusammenschlüsse beschränkt werden, die sich im Inland wettbewerbslich auswirken und somit über einen hinreichenden lokalen Nexus verfügen. Zudem würde eine Schwelle von 400 Mio. € nicht nur eine Vielzahl an M&A-Transaktionen aus dem Digital-, Pharma- und Technologiesektor erfassen, die laut Begründung des RegE im Fokus der Bundesregierung stehen, sondern darüber hinaus auch Transaktionen in anderen Industrien betreffen.
- Anders als noch der RefE sieht der RegE nun zumindest nicht mehr vor, dass es ausreicht, dass eines der Unternehmen mit einem Inlandsumsatz von unter

5 Mio. € im Inland tätig ist "oder voraussichtlich tätig werden wird". Für die Frage einer Anmeldepflicht sollten systematisch keine Zukunftsprognosen herangezogen werden. Andernfalls müsste damit gerechnet werden, dass aufgrund der Ungewissheit hinsichtlich der möglichen Inlandstätigkeit eine Anmeldung stets "vorsorglich" eingereicht werden würde; die Zahl der Anmeldungen würde über das prognostizierte Maß der Anmeldungen dabei bei Weitem hinauschnellen.

6) Bundeskartellamt (§ 53 GWB-E)

Die derzeit vom Bundeskartellamt ausgeübte Praxis, Fallberichte zu ausgewählten Entscheidungen mit Verzögerung zu veröffentlichen, wird vereinzelt als unbefriedigend angesehen, wie auch der zu geringe Informationsgehalt der Pressemitteilungen. Vor diesem Hintergrund ist zu befürworten, dass das Bundeskartellamt nun angehalten werden soll, jede Bußgeldentscheidung zu veröffentlichen. Es sollte überlegt werden, diese Vorgabe verpflichtend auszugestalten. Nach Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2014/104/EU liegt eine Veröffentlichungspflicht zudem auf der Linie des Richtlinienetzgebers.

7) Erfüllungsaufwand

Der RegE beziffert den jährlichen Erfüllungsaufwand der Wirtschaft auf 420.000 €, fiktiv bezogen auf drei zusätzliche Zusammenschlusskontrollanmeldungen pro Jahr. Erstens dürfte der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft höher sein, da die Fiktion nicht realistisch ist. Die neue zusätzliche Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle wird eine Vielzahl an M&A-Transaktionen aus verschiedenen Industrien, auch jenseits des Digital-, Pharma- und Technologiesektors, erfassen (s. oben). Die Gesetzesbegründung stellt zudem allein auf Kosten für Rechtsberatung ab. Sie verkennt damit die Kosten durch den unternehmensinternen Aufwand für die Prüfung und Ermittlung von Daten, die Hemmung und Ablenkung des Geschäfts während und durch ein laufendes Fusionskontrollverfahren sowie die zeitliche Verzögerung der Durchführung der Transaktion.