



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 8 März 2019

Positionspapier der Bundesrechtsanwaltskammer zur 10. GWB-Novelle

Erarbeitet vom Ausschuss Kartellrecht

RA Dr. Matthias Karl (Berichtersteller)
RA Dr. Moritz Wilhelm Lorenz (Berichtersteller)
RA Dr. Andreas Lotze (Berichtersteller)
RA Dr. Martin Schwarz (Berichtersteller)
RAin Dr. Dominique Wagener (Berichtersterterin)
RA Dr. Markus Wirtz, LL.M. (Vorsitzender und Berichtersteller)

RAin Daniela Neumann, Bundesrechtsanwaltskammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Zu der anstehenden 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (10. GWB-Novelle) gibt die BRAK die folgenden Anregungen:

A. Zusammenfassung

1. Einstweilige Anordnungen der Kartellbehörden sind ein Bestandteil der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung und in Zeiten beschleunigter Wirtschaftsprozesse insbesondere auch aufgrund der Digitalisierung vermehrt zur Sicherung wirksamen Wettbewerbs zu verwenden. Hierzu sollten der Kartellbehörde bessere Mittel in die Hand gegeben werden. Dies steht auch im Einklang mit den Anforderungen der ECN+-Richtlinie¹.

Hierzu gehört, dass im Tatbestand von § 32 a GWB die Möglichkeit einer Anordnung ("kann") in eine Sollvorschrift umgewandelt wird ("soll"), wenn prima facie die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht. Die Unternehmen sind durch die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes geschützt. Die Haftung der Kartellbehörden sollte auf Fälle beschränkt werden, in denen zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung offensichtlich ungerechtfertigte, ungeeignete oder unverhältnismäßige Maßnahmen ergriffen wurden. Ansonsten besteht das Risiko, dass eine Kartellbehörde von den eingeräumten Handlungsmöglichkeiten in der Praxis wenig Gebrauch machen würde.

2. In der Fusionskontrolle kann den vom Bundeskartellamt beklagten hohen Fallzahlen durch eine Änderung der Aufgreifschwelle wirksam begegnet werden.

Hierzu kann die Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Ziffer 2 GWB dahingehend geändert werden, dass im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 40 Mio. und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 20 Mio. erzielt haben muss, um eine Fusionskontrollpflicht auszulösen (auch § 35 Abs. 1 a GWB sollte auf die gleichen Werte angepasst werden).

Um wettbewerblich problematische Transaktionen besser zu erfassen, könnte im Gegenzug die Schwelle des Gegenleistungswerts in § 35 Abs. 1 a GWB von EUR 400 Mio. auf EUR 250 Mio. abgesenkt werden.

Zur weiteren Entlastung des Bundeskartellamts von unbedeutenden Kleinfällen bietet sich zudem die Anhebung der sogenannten Anschlussklausel in § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB auf EUR 30 Mio. an.

Zudem hält es die Bundesrechtsanwaltskammer für erwägenswert, § 36 Abs. 1 Satz 2 GWB dahingehend zu ergänzen, dass eine Untersagung zu unterbleiben hat, wenn das Unternehmen auf einem Markt tätig ist, in dem sich in den zurückliegenden fünf Jahren das Gesamtmarktvolumen im Inland um mehr als 50% reduziert hat (Märkte unter Konsolidierungsdruck) und zugleich das übernommene Unternehmen in den letzten drei Jahren jeweils in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 275 HGB einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und das Unternehmen ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Auf diese Weise kann disruptiven Marktentwicklungen, die zu einem massiven Konsolidierungsdruck in einer Branche geführt haben, in wettbewerblich unschädlicher Weise begegnet werden.

¹ Amtsblatt EU vom 14.01.2019, L1 11/1

Im Rahmen der Fusionskontrolle erscheint schließlich eine Präzisierung der Bagatellmarktklausel in § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 2 GWB wünschenswert. Hier sollte eine gesetzliche Übernahme der vom BGH formulierten "Bündeltheorie" aufgenommen werden, wonach mehrere Bagatellmärkte dann hinsichtlich der Berechnung des Marktvolumens zu addieren sind, wenn diese durch ein erkennbares Maß an Angebotsumstellungsflexibilität gekennzeichnet sind und die für die Märkte relevanten Anbieter und Nachfrager im Wesentlichen identisch sind, die Produkte oder Dienstleistungen über dieselben Vertriebswege abgesetzt und diese einheitlich vermarktet werden. In diesem Zuge sollte die Bagatellmarktgrenze von derzeit EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. Inlandsmarktvolumen angehoben werden, um den inflationsbedingten Wertentwicklungen der letzten 20 Jahre Rechnung zu tragen.

3. Im Bereich des Kartellschadensersatzes sollte den Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Auslegung von § 33 g GWB (Offenlegungsanspruch) dadurch begegnet werden, dass der Offenlegungsanspruch sich nur auf die erst nach dem 26.12.2016 in Kraft getretene Anspruchsgrundlage des § 33 a GWB bezieht (Ergänzung von § 186 Abs. 4 GWB). Hierdurch vermeidet der deutsche Gesetzgeber problematische Rückwirkungsregelungen, weil § 33 g GWB einen materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch beinhaltet.

Hinsichtlich der Kostentragung bei Offenlegungsansprüchen sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass § 33 g Abs. 7 GWB abschließend ist und Kosten der Offenlegung nicht nachgelagert als "Kosten des Rechtsstreits" im Sinne von § 91 ZPO erstattungsfähig sind. Ähnlich wie auch § 811 Abs. 2 Satz 1 BGB darf auch die vom Gesetzgeber gewählte materiell-rechtliche Kostentragungsregelung des § 33 g Abs. 7 GWB nicht durch prozessuale Kostenerstattungsregelungen (§ 91 ZPO) ausgehebelt werden.

Anpassungsbedarf sieht die Bundesrechtsanwaltskammer auch für §§ 89a Abs. 3 und 89 b Abs. 1 GWB.

4. Etwaigen Reformüberlegungen im Zusammenhang mit dem Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum "New Deal for Consumers" tritt die Bundesrechtsanwaltskammer für den Bereich des Kartellrechts entgegen. Für das Kartellrecht sind die Überlegungen zum kollektiven Rechtsschutz nicht tauglich. Auch ein auf Entschädigung oder Erstattung des Kaufpreises in Art. 6 RL-E ausdrücklich vorgesehener Abhilfebeschluss müsste wegen des Erfordernisses einer individuellen Schadensfeststellung auf jeden einzelnen Geschädigten gewissermaßen „heruntergebrochen“ werden; von einer Verfahrensvereinfachung wäre daher mitnichten auszugehen.
5. Für die Umsetzung der sogenannten ECN+-Richtlinie² bietet sich nach Meinung der Bundesrechtsanwaltskammer grundsätzlich eine Verortung im GWB an. Die Bundesrechtsanwaltskammer unterbreitet in dieser Stellungnahme konkrete Vorschläge und Anregungen zur Umsetzung der ECN+-Richtlinie durch den deutschen Gesetzgeber.

² Amtsblatt EU vom 14.01.2019, L1 11/1

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung	2
B.	Verfahrensbeschleunigung und einstweilige Anordnungen	6
	I. Tatbestand	6
	II. Haftung	7
C.	Anregungen zur Optimierung der deutschen Fusionskontrolle	7
	I. Einleitung	7
	II. Einzelne Vorschläge	8
	1. Maßnahmen zur Arbeitsentlastung: Verringerung der Fallzahlen	8
	a) Maßnahme	8
	b) Begründung	8
	2. Materiell-rechtlicher Maßstab	9
D.	Klarstellungsbedarf im Bereich des Kartellschadensersatzes	11
	I. Definition zeitlicher Anwendungsbereich der Offenlegungsvorschriften der §§ 33g, 89b GWB.....	11
	II. Kostentragung bei Offenlegungsansprüchen.....	11
	III. Differenzierung zwischen Offenlegung von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften	12
	IV. Zeitlicher Anwendungsbereich der Vorschrift zur Begrenzung der Gegenstandswerte im Fall der Streitverkündung	12
E.	Kein Handlungsbedarf mit Blick auf den Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum „New Deal for Consumers“	13
	I. Entwurf für das Kartellrecht nicht tauglich.....	13
	II. Kompetenzdefizit.....	13
	III. Bereits jetzt bestehender effektiver Rechtsschutz: Bindungswirkung, Beweiserleichterungen und Möglichkeit exakter Schadenskompensation	14
	IV. Alternative des Vergleichs?	14
	V. Sog. „Erpressungspotential“ der Verbandsklage	14
	VI. Szenario konkurrierender Verbandsklagen.....	15
F.	Missbrauchsaufsicht	16
G.	Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/01 des Europäischen Parlaments und Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes (nachfolgend „RL“)	16
	I. Einleitung	16
	II. Kommentierung.....	16
	1. Art. 3 – Grundrechte / Vorkehrungen.....	16

2.	Art. 4 – Unabhängigkeit	17
3.	Artikel 6 bis 9 – Befugnisse der Wettbewerbsbehörden	18
	a) Artikel 6 und 7 – Durchführung von Nachprüfungen	19
	b) Artikel 8 – Auskunft	20
	aa) Artikel 8 Sätze 1 und 2 (Auskunftsrechte gegenüber betroffenen Unternehmen)	20
	bb) Artikel 8 Satz 3 (Auskunftsrechte gegenüber anderen natürlichen und juristischen Personen)	21
	c) Artikel 9 – Interviews	21
4.	Artikel 13 Absätze 1 und 2 – Geldbußen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen	22
	a) Artikel 13 Absatz 1 – Geldbußen für Kartellverstöße	22
	b) Artikel 13 Absatz 2 – Geldbußen für sonstige Verstöße	22
	c) Artikel 13 Absatz 5 – Begriff des Unternehmens	23
5.	Artikel 14 und 15 – Berechnung der Geldbußen und Höchstbetrag.....	23
	a) Artikel 14 Absatz 1 – Bußgeldzumessung	23
	b) Artikel 14 Absatz 2 – Berücksichtigung von einvernehmlichen Vergleichszahlungen bei der Bußgeldberechnung	24
	c) Artikel 14 Absätze 3 und 4 und Artikel 15 Absatz 2 – Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen	24
6.	Artikel 17 bis 23 – Kronzeugenbehandlung	25
	a) Artikel 17 Absatz 21 und Artikel 18 Absätze 2 und 3 – Kronzeugenprogramm für „geheime Kartelle“ und sonstige Kartellrechtsverstöße	25
	b) Artikel 18 Absatz 3 – Vorlage zusätzlicher Beweismittel ohne Auswirkungen auf die Bußgeldbemessung für den Antragsteller	26
7.	Artikel 23 – Zusammenwirken von Kronzeugenprogrammen und Sanktionen gegen natürliche Personen	26

B. Verfahrensbeschleunigung und einstweilige Anordnungen

Eine wesentliche Voraussetzung der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung ist das zeitnahe Einschreiten der zuständigen Behörden. Die Abstellung missbräuchlicher Praktiken nach Jahren ungestörter Durchführung verfehlt ihr wettbewerbliches Ziel. Auch durch hohe Bußgelder kann bereits verlorenes wettbewerbliches Potential nicht wiederbelebt werden.

In Anbetracht des erheblichen Zeitraums, der zwischen der Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens und seinem Abschluss liegen kann, erachten wir die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen als ein wichtiges Instrument für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung. Andernfalls bleibt es dem betroffenen Unternehmen unbenommen, die von der Kartellbehörde vorläufig als kartellrechtswidrig eingeordneten Praktiken fortzuschreiben³. In Anbetracht dieses Befunds erstaunt es, dass Europäische Kommission und Bundeskartellamt von ihren Möglichkeiten, einstweilige Maßnahmen zu erlassen – Art. 8 VO 1/2003, § 32a GWB – und damit dieser Zwischenphase zu begegnen, bisher nur in äußerst geringem Umfang Gebrauch machen. Diese Praxis steht im Gegensatz zu den Anforderungen, die die ECN+-Richtlinie formuliert⁴. Aus diesem Grund besteht Änderungsbedarf.

Vor allem in der digitalen Ökonomie kommt einer zeitnahen Untersagung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen aufgrund der Schnelllebigkeit der Märkte eine zentrale Bedeutung zu. Die Fortsetzung von Behinderungspraktiken während eines mehrjährigen kartellrechtlichen Verfahrens kann den Wettbewerb langfristig zum Erliegen bringen. Die zeitnahe Sicherstellung von Interoperabilität oder Datentransportabilität ist im Einzelfall eine wirtschaftliche Überlebensvoraussetzung für Konkurrenzangebote. Ähnlich verhält es sich im Fall von Kopplungspraktiken z. B. bei plattformbasierten Produkten oder Dienstleistungen. Gerade in frühen Marktphasen können diese Verhaltensweisen dem koppelnden Unternehmen einen wettbewerblichen Vorsprung verschaffen, der ohne zeitnahe Intervention der Kartellbehörden nicht aufgeholt werden kann und zu einer dauerhaften Vermachtung ganzer Leistungsbereiche führt.

Bei einer Modernisierung des Kartellrechts, die auch verfahrensrechtliche Aspekte einbezieht, sollte daher ein wesentliches Augenmerk auf der moderaten Stärkung einstweiliger Maßnahmen liegen⁵.

I. Tatbestand

Ein erster Ansatzpunkt ist die Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen. In § 32a GWB wäre das "kann" durch ein „soll“ zu ersetzen⁶.

³ Sofern das Bundeskartellamt ein Verwaltungsverfahren führt, besteht nicht einmal das Risiko einer Bußgeldsanktion.

⁴ Richtlinie (EU) 2019/1 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019 L 11/3, Erwägungsgrund 38 und Art. 11.

⁵ Vgl. Erwägungsgrund 38 ECN+-RL: "Einstweilige Maßnahmen können ein wichtiges Mittel darstellen, um sicherzustellen, dass die betreffende Zuwiderhandlung während einer laufenden Untersuchung den Wettbewerb nicht ernsthaft und irreversibel schädigt. Sie sind ein wichtiges Mittel, um Marktentwicklungen zu vermeiden, die durch eine Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde am Ende des Verfahrens nur sehr schwer wieder rückgängig zu machen wären. (...)"

⁶ § 32a Abs. 1 GWB lautet derzeit: "Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ersten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen."

Damit ginge der deutsche Gesetzgeber über das hinaus, was Art. 11 ECN+-RL fordert, was ihm aber möglich ist⁷ und aufgrund der bisherigen Erfahrungen auch erforderlich erscheint. Denn es ist nicht zu erkennen, aus welchem Grund sich die Praxis des Bundeskartellamts, die weitgehend auf einstweilige Maßnahmen verzichtet, ansonsten zukünftig ändern sollte.

Gleichwohl blieben die Kartellbehörden auch hier verpflichtet, im Einzelfall die involvierten gegenläufigen Interessen ausgerichtet am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. So muss insbesondere gegeneinander abgewogen werden, welche Schäden bei ungehinderter Fortführung der monierten Verhaltensweisen zu erwarten sind, wie schwer eine einstweilige Anordnung in das unternehmerische Geschäftsmodell des betroffenen Unternehmens eingreift und wie sicher die gegenwärtigen tatsächlichen und rechtlichen Erkenntnisse hinsichtlich des vorläufig als missbräuchlich eingestuftens Verhaltens sind.

Die Notwendigkeit einer Befristung folgt bereits heute aus § 32a Absatz 2 GWB. Dies entspricht den Vorgaben der ECN+-Richtlinie (Art. 11).

Rechtsschutz ist durch die Möglichkeit der Beschwerde nach §§ 63, 65 GWB gegeben, die (wie von Art. 11 Abs. 2 ECN+-RL verlangt) auch vorläufigen Rechtsschutz beinhaltet.⁸

II. Haftung

Darüber hinaus erscheint es geboten, die haftungsrechtlichen Konsequenzen ungerechtfertigter einstweiliger Anordnungen explizit zu adressieren. Bestehende Unsicherheiten bei der Haftung der Kartellbehörde für „falsche“ einstweilige Anordnungen dürften sich als erhebliches Hemmnis beim praktischen Einsatz des Instruments erweisen. Hierbei muss selbstverständlich ebenso ein angemessener Ausgleich zwischen der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung und dem effektiven Schutz unternehmerischer Rechte gefunden werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, die haftungsrechtlichen Folgen einer Fehlentscheidung ausdrücklich im GWB zu regeln. Auf diese Weise könnten die besonderen Schwierigkeiten, die mit einer vorläufigen kartellrechtlichen Bewertung regelmäßig verbunden sind, passgenau adressiert werden. Während die Haftung der Kartellbehörde für fehlerhafte einstweilige Anordnungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden sollte, erachten wir es als angemessen, die Haftung auf „zum Zeitpunkt ihres Erlasses offensichtlich ungerechtfertigte, ungeeignete oder unverhältnismäßige Maßnahmen“ zu beschränken.

C. Anregungen zur Optimierung der deutschen Fusionskontrolle

I. Einleitung

Das System der deutschen Fusionskontrolle ist aus der Sicht der Anwaltschaft insgesamt ein gut funktionierendes Instrument einer präventiven Wettbewerbspolitik mit der Zielsetzung offener Märkte sowie der Verhinderung dominanter Marktpositionen durch externes Wachstum. Insoweit werden keine grundlegenden Änderungsbedürfnisse gesehen, die das System insgesamt in Frage stellen oder einen tiefgreifenden Paradigmenwechsel erfordern.

⁷ Vgl. Erwägungsgrund 38 ECN+-RL: "Es steht den Mitgliedstaaten frei, die nationalen Wettbewerbsbehörden mit umfassenderen Befugnissen zur Auferlegung einstweiliger Maßnahmen auszustatten."

⁸ § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB

Es zeigen sich aber Anpassungsbedürfnisse, um einzelne bestehende Schwächen im Hinblick auf verfahrens- aber auch materiell-rechtliche Fragestellungen zu beseitigen. Als Hauptkritikpunkte sind aus der Sicht der Anwaltschaft anzusprechen die fast schon permanente Arbeitsüberlastung der Kartellbehörde, die eine effektive Verfahrensführung oder die zügige Klärung von Voranfragen behindert, sowie ein unzureichender Bewertungsmaßstab, mit dem auf die disruptiven Änderungen im deutschen Wirtschaftsgeschehen durch Globalisierung und Digitalisierung zu reagieren ist.

II. Einzelne Vorschläge

1. Maßnahmen zur Arbeitsentlastung: Verringerung der Fallzahlen

a) Maßnahme

In der anwaltlichen Beratungspraxis, aber auch in Stellungnahmen der Kartellbehörde selbst, wird festgestellt, dass die deutsche Fusionskontrolle durch eine zu hohe Zahl von anmeldepflichtigen Vorhaben gekennzeichnet ist, die eine extreme Arbeitsbelastung für das Bundeskartellamt mit sich bringt. Eine Reduzierung der Fallzahl um erkennbar unproblematische Fälle würde die Arbeitsbelastung der Behörde deutlich reduzieren. Ein Versuch der Entlastung wurde durch das dritte Mittelstandsentlastungsgesetz vom 17.03.2009 unternommen, das zusätzlich zur bestehenden EUR 25 Mio.-Schwelle eine zweite Inlandumsatzschwelle von EUR 5 Mio. eingeführt hatte. Nach gut 10 Jahren kann gezeigt werden, dass eine echte Entlastung dadurch nicht eingetreten ist. Es ist ein gangbarer Weg, die Zahl tendenziell unbedeutender Transaktionen durch Anhebung der Umsatzschwellen mit Bezug zum Inlandumsatz zu reduzieren. Der Vorschlag lautet daher, die Umsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Ziff. 2 GWB anzuheben. Der Text könnte lauten:

„2. Im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 40 Mio. und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 20 Mio. erzielt haben.“

Die korrespondierende Anpassung in § 35 Abs. 1a) GWB sollte vergleichbar erfolgen, also eine Anhebung von EUR 25 Mio. auf EUR 40 Mio. und von EUR 5 Mio. auf EUR 20 Mio.

b) Begründung

Durch die Anhebung der Schwellenwerte wird letztlich dem Inflationsausgleich Rechnung getragen und der Entwicklung der Wirtschaft hin zu größeren Einheiten entsprochen. Aus der Sicht der Anwaltschaft können so mit hoher Wahrscheinlichkeit 150-250 Anmeldungen pro Jahr eingespart werden. Die Gefahr, dass durch die Anhebung wettbewerblich problematische Transaktionen nicht mehr der Fusionskontrolle unterliegen, erscheint unwesentlich. Transaktionen, bei denen der Umsatz des erworbenen Unternehmens unter EUR 20 Mio. liegt, kann bei vernünftiger Betrachtungsweise keine marktbeherrschende Stellung hervorrufen, die zu einer gesamtwirtschaftlich nachteiligen Entwicklung führen kann.

Durch den Erhalt der angepassten Vorschrift von § 35 Abs. 1a) GWB bleibt auch voll gewährleistet, dass dem fusionskontrollrechtlichen Zugriff nicht diejenigen Transaktionen entzogen sind, bei denen Startups ohne nennenswerten Umsätze durch die etablierten Marktspieler aufgekauft werden, um sich entstehende Wettbewerber unmittelbar vom Leib zu halten.

Die Anwaltschaft sieht hier auch die Möglichkeit, die Schwelle des Gegenleistungswerts auf EUR 250 Mio. abzusenken, um hier möglicherweise eine effektivere Kontrolle zu ermöglichen. Hier wäre wichtig, in Erfahrung zu bringen, welche Fallzahlen dem Bundeskartellamt bisher über die Aufgreifschwelle von § 35 Abs. 1a) GWB zugegangen sind. Insgesamt kann so ohne großen

gesetzgeberischen Aufwand eine Reduzierung der Fallzahlen und ohne Risiko für die Wirksamkeit der Fusionskontrolle in den neu entstehenden Märkten erreicht werden.

Eine weitere Anpassung zur Entlastung in der Kartellbehörde von tendenziell unbedeutenden Kleinfällen wäre die Anhebung der Anschlussklausel in § 35 Abs. 2 Satz 1 GWB. Hier wäre die Empfehlung, die Umsatzschwelle auf weltweit EUR 30 Mio. anzuheben.

Es wird darauf hingewiesen, dass für den Fall eines gravierenden Zusammenschlussproblems, das aufgrund der Anhebung der Umsatzschwellen nicht geprüft werden könnte, die Verweisungsmöglichkeit nach Art. 22 FKVO bestehen bleibt.

2. Materiell-rechtlicher Maßstab

In verschiedenen Branchen hat sich durch Globalisierung und Digitalisierung ein kurzfristiger massiver Anpassungsdruck in bestimmten Branchen ergeben, der schon zu erheblichen Konsolidierungsbewegungen in traditionellen Märkten geführt hat. Beispiele sind aus der Branche der Printmedien bekannt. Gedruckte Lexika sind durch Onlineangebote in einem Zeitraum von knapp 10 Jahren aus dem Marktgeschehen verdrängt worden. Klassische Printmedien werden durch Onlineangebote und Social Media immer weiter ersetzt und zu erheblichem Umfang in ihrer Existenz bedroht. Die Konsolidierung der Unternehmen in absterbenden Märkten ist häufig davon gekennzeichnet, dass ein Innovationspotential im bestehenden Markt nicht existiert, sondern disruptiv andere Marktformen bestehende Geschäftsmodelle komplett ablösen oder kurzfristig obsolet machen.

Häufig sind Konsolidierungsschritte einem geordneten Marktaustritt geschuldet und führen in eng abgegrenzten Märkten der traditionellen Geschäftsmodelle zu erheblichen Marktanteilsadditionen. Für das Wettbewerbsgeschehen ist das regelmäßig nicht nachteilig, da sich alternative Geschäftsmodelle, basierend auf modernen, häufig digitalen Technologien etabliert und auch gegen die traditionelle Form des Geschäftsmodells bereits durchgesetzt haben. Das Bundeskartellamt geht aber häufig nicht von einheitlichen Märkten des traditionellen und innovativen Sektors aus und sieht die Untersagungsvoraussetzungen in den „Old Economy Märkten“ als gegeben an. Dies führt zu wettbewerblich fragwürdigen Ergebnissen.

In § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 GWB ist bereits eine Regelung enthalten, die diesem Marktgeschehen für Zeitungs- und Zeitschriftenverlage besonders Rechnung trägt.

Vor diesem Hintergrund sollte erwogen werden, ob nicht eine generelle Ausnahme von der Pflicht zur Untersagung gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB eingreifen sollte, um diejenigen Zusammenschlüsse zu privilegieren, bei denen eine Konsolidierung hin zum Marktaustritt erfolgt. In Analogie zum jetzigen § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 GWB könnte eine Formulierung ergänzt werden, nach der eine marktbeherrschende Stellung nicht zur Untersagung führt, wenn das Unternehmen auf einem Markt tätig ist, in dem sich in den zurückliegenden fünf Jahren das Gesamtmarktvolumen im Inland um mehr als 50 % reduziert hat. In Anlehnung an § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 GWB sollte der Nachweis gefordert werden, dass das übernommene Unternehmen in den letzten drei Jahren jeweils in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 275 HGB einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und das Unternehmen ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre.

Der weitere Satz, der in § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 GWB aufgeführt ist, dass nachgewiesen werden muss, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte, sollte nicht aufgenommen werden. Das deutsche Fusionskontrollrecht soll keine Anreize dafür schaffen, dass Unternehmen gezwungen sind, sich an Erwerber aus Drittstaaten zu veräußern, die dann kein langfristiges Interesse am

Wettbewerbsgeschehen im europäischen Markt haben, sondern nur kurzfristig Know-how über bestimmte Produktionstechniken erwerben wollen, um diese dann in die Heimatländer der Erwerber zu transferieren, um dort dann kostengünstig die Produktion weiterzuführen, bis die Geschäftstätigkeit dann ganz obsolet geworden ist.

Durch diese Regel wäre auch sichergestellt, dass nicht individuelle Fehlentwicklungen eines Unternehmens privilegiert sind und schon allein die Tatsache, dass drei Jahre in Folge Verluste geschrieben werden, eine Sonderbehandlung in der Fusionskontrolle ermöglicht. Die Voraussetzung, die entscheidend für die Bildung des Privilegs ist, ist die disruptive Änderung des Marktgeschehens, die daran zu messen ist, dass das Inlandsvolumen des Gesamtmarkts innerhalb von fünf Jahren um 50 % reduziert worden ist. Dadurch werden die Märkte erfasst, in denen neue Materialien, Technologien, Produktions- oder Vertriebsformen zu einer disruptiven Einwirkung auf das traditionelle Marktgeschehen geführt haben. Mit dieser Privilegierung wird auch keine unzulässige Industrie- oder Strukturkonservierung betrieben, sondern lediglich ein geordneter Ausstieg aus dem Markt ermöglicht. Das Wettbewerbsgeschehen ist durch das Entstehen völlig neuer Geschäftsmodelle und Marktformen gewährleistet. Die Tatsache eines radikalen Abschmelzens des Marktvolumens zeigt, dass das Marktgeschehen sich dynamisch in eine neue Form entwickelt und der geordnete Abschied aus dem bisherigen Geschäftsmodell nicht zu langfristigen strukturpolitisch unerwünschten Konservierungen führt. Der Fall von gedruckten Lexika, Wörterbüchern oder Fernsehern mit Röhrenbildschirmen wäre daher von der Untersagungspflicht ausgenommen. Dies könnte zu einer weiteren Entschlackung in der Arbeitsbelastung der Kartellbehörde mit Fällen aus der „Old School Economy“ führen und gibt Kapazitäten frei, um die Kartellrechtsthemen der Industrie 4.0 zeitgemäß zu bearbeiten.

In diesem Zusammenhang wäre auch eine Präzisierung der Bagatellmarktklausel in § 36 Abs.1 Satz 2 Ziff. 2 GWB wünschenswert. Langwierige Prüfungen, ob ein Bagatellmarkt vorliegt oder nicht, nur um dann im Ergebnis in doch recht kleinen Märkten entweder untersagen zu können oder nicht, sind eine Ressourcenverschwendung.

Es sollte eine gesetzliche Festlegung zur Bündeltheorie aufgenommen werden. Dabei könnte auf die Rechtsprechung des BGH zurückgegriffen und so verhindert werden, dass eine künstliche Zersplitterung von Märkten in kleine einzelne Bagatellmärkte erfolgen würde. Eine Formulierung könnte in § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 2 GWB lauten:

- (oder einen Fall des § 35 Abs. 1a) ...
- „... oder um zwei oder mehrere sachlich oder örtlich abgrenzbare Märkte, soweit diese durch ein erkennbares Maß an Angebotsumstellungsflexibilität gekennzeichnet sind und die für die Märkte relevanten Anbieter und Nachfrager im Wesentlichen identisch sind, die Produkte oder Dienstleistungen über dieselben Vertriebswege abgesetzt und diese einheitlich vermarktet werden ... und ... soweit sie gemeinsam mehr als EUR [15 Mio.] Umsatzvolumen im Inland aufweisen.“

Insgesamt erscheint es auch angemessen, die Bagatellmarktgrenze von bisher EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. Inlandsmarktvolumen anzuheben. Die letzte Anhebung ist in der 6. GWB-Novelle 1998 erfolgt, als die bis dahin geltende Bagatellmarktklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 3 GWB mit einem Wert von DM 10 Mio. auf einen Betrag von EUR 15 Mio. angehoben worden ist. Nach Ablauf von 20 Jahren erscheint eine Anhebung der Bagatellmarktklausel auf einen Wert von EUR 20 Mio. im Hinblick auf die Entwicklung der Gesamtwirtschaft und der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung eines Markts von weniger als EUR 20 Mio. Volumen sachgerecht.

D. Klarstellungsbedarf im Bereich des Kartellschadensersatzes

I. Definition zeitlicher Anwendungsbereich der Offenlegungsvorschriften der §§ 33g, 89b GWB

Im Rahmen der 9. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber die Offenlegungsvorschriften nach Art. 5 der Kartellschadensersatzrichtlinie in den §§ 33g, 89b GWB umgesetzt. Unklar ist insoweit der zeitliche Anwendungsbereich dieser Vorschriften. In einem Beschluss vom 03.04.2018 hat das OLG Düsseldorf die Anwendbarkeit des § 33g Abs. 1 GWB auf vor dem 26.12.2016 entstandene Schadensersatzansprüche wegen Kartellverstößen verneint. In einem Beschluss vom 07.05.2018 hat das OLG Düsseldorf die Anwendbarkeit der Vorschrift auf laufende Schadensersatzverfahren bejaht. Nach der Übergangsvorschrift des § 186 Abs. 4 GWB ist der Offenlegungsanspruch nach § 33g GWB in Rechtsstreitigkeiten anzuwenden, in denen nach dem 26.12.2016 Klage erhoben wurde. Das OLG Düsseldorf argumentierte zunächst, dass die Vorschrift des § 33g GWB sich nur auf Ansprüche nach § 33a GWB beziehe. Diese Anspruchsgrundlage ist erst durch die 9. GWB-Novelle eingeführt worden.

Es besteht hier ein Widerspruch zwischen dem Wortlaut des § 33g GWB und der Übergangsregelung des § 186 Abs. 4 GWB. Diese wäre überflüssig, wenn der Offenlegungsanspruch des § 33g GWB sich nur auf die erst nach dem 26.12.2016 in Kraft getretene Anspruchsgrundlage des § 33a GWB bezöge. Dies könnte im Zuge der Novelle klargestellt werden. Da der deutsche Gesetzgeber in § 33g GWB eine nicht lediglich verfahrensrechtliche Regelung geschaffen hat, sondern zugleich einen materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch, vermeidet die hier vorgeschlagene Lösung auch Probleme einer rückwirkenden Anwendung.⁹

II. Kostentragung bei Offenlegungsansprüchen

§ 33g Abs. 7 GWB enthält eine – von der Kartellschadensersatzrichtlinie nicht geforderte und in ihren Konsequenzen (Verhinderung privaten Rechtsschutzes infolge der Beträchtlichkeit der Aufwendungen) zweifelhafte – Regelung zur Kostentragung bei der Erfüllung eines Offenlegungsanspruchs. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann der Offenlegungsschuldner von dem Offenlegungsgläubiger den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Zu dieser Regelung stellt sich die Frage, ob es sich damit um eine endgültige Kostenzuweisung unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits handelt, in Bezug auf welchen die Offenlegung verlangt wird, oder ob es sich bei den Kosten der Offenlegung um Kosten des Rechtsstreits im Sinne des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO handelt. Diese wären von der in dem Schadensersatzprozess unterliegenden Partei zu tragen. Auch ein materieller Kostenerstattungsanspruch des Kartellgeschädigten nach § 33a Abs. 1 GWB käme in Betracht.¹⁰ Hier wäre eine Klarstellung im Wortlaut des § 33g Abs. 7 GWB hilfreich. Bei dieser wird zu berücksichtigen sein, dass die Norm im deutschen Recht wertungsjuristisch mit ähnlichen Vorschriften (vgl. § 811 BGB sowie die Verweise auf diese Norm insbesondere in den §§ 140 c Abs. 4 PatG, 24 c Abs. 4 GebrMG, § 46 a Abs. 4 DesignG, § 19 a Abs. 4 MarkenG) verwandt ist und widersprechende Ergebnisse vermieden werden sollten.

Hierzu ist zunächst – erstens – hinsichtlich des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs folgendes auszuführen: Aufgrund des § 91 ZPO sind nur „Kosten des Rechtsstreits“ erstattungsfähig. Dazu gehören grundsätzlich zwar auch vor- und außerprozessuale Kosten. Dies gilt aber lediglich bei sog.

⁹ Vgl. zur Rückwirkungsproblematik bei der Umsetzung der materiell-rechtlichen Regelungen in Art. 9 und 10 SE- RL GA Kokott, Schlussanträge vom 17.01.2019, Rs. C-637/17 "Cogeco Communications/Sport TV Portugal u.a.", R. 60 ff.

¹⁰ So etwa Kahlenberg/Heim, BB 2017, 1155, 1160; Petrasincu, WuW 2016, 330, 333; Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 291.

Prozessbezogenheit, die zumindest dann nicht gegeben ist, wenn die Entscheidung über das „Ob“ des Prozesses zum Zeitpunkt der Aufwendung noch nicht getroffen ist, der Prozess also gewissermaßen noch nicht konkret bevorsteht. Bei Offenlegungsverlangen im Vorfeld eines Schadensersatzprozesses dürfte es sich deshalb schon aus diesem Grund nicht um prozessbezogene Kosten handeln. Das Vorfeld dürfte in aller Regel – noch – von einer möglichen vorprozessualen Streitbeilegung durch Vergleich geprägt sein. Gerade dies war auch der gesetzgeberische Grund dafür, die Geltendmachung des Anspruchs bereits vor dem Hauptprozess zu ermöglichen. Selbst wenn der Offenlegungsanspruch bei bereits feststehender späterer Klageerhebung auf Schadensersatz oder sogar parallel zum laufenden Schadensersatzverfahren gestellt werden sollte – ein wenig realitätsnahes Szenario –, dürfte sich am Ergebnis nichts ändern. Darauf deutet eine Parallele zu § 811 Abs. 2 BGB hin. Dort ist anerkannt, dass die erstatteten Kosten nicht im Wege der Prozesskostenerstattung zurückgefordert werden können. Dies wurde gerade damit begründet, dass die materiell-rechtliche Kostentragungsregelung – § 811 Abs. 2 S. 1 BGB, hier § 33g Abs. 7 GWB – nicht durch die prozessuale Kostenerstattung ausgehebelt werden dürfe. Was – zweitens – den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch anbetrifft, dürfte die Regelung des § 33g Abs. 7 GWB abschließend sein, so dass ein solcher nicht besteht¹¹. Demnach sollte die Klarstellung so erfolgen, dass die Norm des § 33g Abs. 7 GWB abschließend ist.

III. Differenzierung zwischen Offenlegung von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften

Die Vorschrift des § 89b Abs. 1, 2 GWB wird kritisiert, weil im Hinblick auf die Offenlegung von Beweismitteln mit § 142 ZPO bereits eine Regelung vorhanden ist, für deren Anwendung es keines materiell-rechtlichen Anspruchs der begünstigten Partei bedarf. § 89b Abs. 1 GWB sollte vom Wortlaut her dahingehend eingeschränkt werden, dass § 142 ZPO auch auf die Erteilung von Auskünften anzuwenden ist.

IV. Zeitlicher Anwendungsbereich der Vorschrift zur Begrenzung der Gegenstandswerte im Fall der Streitverkündung

Klärungsbedürftig ist auch der zeitliche Anwendungsbereich des § 89a Abs. 3 GWB, der die Begrenzung der Summe der Gegenstandswerte der einzelnen Nebenintervenienten auf den Wert des Streitgegenstands der Hauptsache vorsieht. Die Vorschrift geht nicht auf die Kartellschadensersatzrichtlinie zurück, so dass diese nicht zur Auslegung herangezogen werden kann. Nach dem Wortlaut gilt die Vorschrift nur für Ansprüche nach § 33a GWB. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den zeitlichen Anwendungsbereich der Vorschrift durch den Verweis allein auf § 33a GWB regeln wollte. Dies ergibt der Vergleich mit der bereits erörterten Norm des § 33g Abs. 1 GWB und der dafür vorhandenen Übergangsvorschrift. Auch widerspräche es der Argumentation des BGH in der Sache Grauzement II zur Anwendung der Vorschriften zur Verjährungshemmung auf Altfälle. Aus diesem Grund bleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz, dass Verfahrensvorschriften auch auf Altfälle Anwendung finden. Dies sollte jedoch in § 89a Abs. 3 GWB deutlicher zum Ausdruck kommen.

¹¹ Vgl. Fiedler/Niermann, NZKart 2017, 497, 501 ff.

E. Kein Handlungsbedarf mit Blick auf den Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum „New Deal for Consumers“

Zu den Defiziten des Richtlinienvorschlags COM (2018) 184 final vom 11.04.2018¹² ist bereits von vielen Seiten Stellung genommen worden. Die insoweit geäußerten Bedenken lassen sich kurz wie folgt zusammenfassen:

- So wird schon die Regelungskompetenz der Kommission zu Recht in Frage gestellt, da der Entwurf tief in nationale Zivilrechtssysteme eingreift. Bei grenzüberschreitenden Verbraucherverstößen greift zudem die CPC-Verordnung (2017/2394/EU), die gerade erst überarbeitet worden ist.
- Eine Beschränkung der Verfahren auf die Kläger bzw. Verbraucher, die ein Mandat zur Klageerhebung erteilt haben („Opt in“) ist nicht vorgesehen.
- Mit den klägerfreundlichen Regeln zur Kostentragung und Beweisoffenlegung wird die bislang bestehende prozessuale Waffengleichheit einseitig verschoben.

Der Bundesrechtsanwaltskammer ist daran gelegen, frühzeitig darauf hinzuweisen, dass es einer Ausweitung des Verbandsklagerechts im Sinne der Einbeziehung des Kartellschadensersatzrechts nicht bedarf, da es ein insoweit bereits bewährtes, mit der 9. GWB-Novelle modifiziertes System des Schadensausgleichs gibt. Ergänzend sei hierzu noch auf folgende Punkte hingewiesen:

I. Entwurf für das Kartellrecht nicht tauglich

Der Anwendungsbereich der Richtlinie (nachfolgend „RL-E“) beschränkt sich auf das rechtliche Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern („b2c“), Art. 1 RL-E. Kartellrecht ist jedoch vornehmlich Unternehmensrecht. Die RL soll daher gemäß Art. 2 (1) RL-E i.V.m. Anhang I auf allgemeine Kartellverstöße zutreffend nicht anwendbar sein.

Vielfach sind zwar gerade kleine und mittlere Unternehmen Kartellopfer. Diese sind aber nicht in gleichem Maße rational desinteressiert wie Verbraucher. Der eigentliche Grund der Einführung der Verbandsklage trifft auf sie also nicht zu. Wertungen oder gar Regeln, die in anderem Kontext entwickelt worden sind, können nicht unbesehen auf einen anderen Sachverhaltstypus übertragen werden.

Konzeptionell taugt der RL-E für eine Lösung des Problems des Schadensersatzes und der Schadensverteilung auf mehreren, verschiedenen Marktstufen nicht, wie es für das Kartellrecht indes charakteristisch ist.

II. Kompetenzdefizit

Es entspricht gesichertem, durch Rechtsprechung des EuGH bekräftigtem Verständnis, dass die Vorschriften der Art. 101 ff. AEUV subjektive Rechte statuieren, die jedoch durch nationale Rechtsvorschriften durchzusetzen sind. Deshalb ist es – im Rahmen des Effektivitäts- und Äquivalenzgebots – allein Aufgabe der nationalen Gesetzesverfasser, die notwendigen Voraussetzungen und Instrumente einer effektiven Rechtsdurchsetzung und Schadenskompensation im Zivil- und Zivilprozessrecht zu schaffen.

¹² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG.

III. Bereits jetzt bestehender effektiver Rechtsschutz: Bindungswirkung, Beweiserleichterungen und Möglichkeit exakter Schadenskompensation

Was die Bindungswirkung eines Verbandsklageverfahrens anbetrifft, so hat die frühere Bundesregierung dazu schon Folgendes festgehalten:

„Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass Verbraucherinnen und Verbraucher ihre Schadensersatzansprüche möglichst effektiv durchsetzen können sollen. Um diesem Anliegen Rechnung zu tragen, bedarf es für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche jedoch keiner (Instrumente kollektiven Rechtsschutzes). Bereits seit 2005 haben bestandskräftige Entscheidungen der deutschen und EU-Wettbewerbsbehörden eine Bindungswirkung ... (vgl. § 33 Absatz 4 GWB bzw. § 33b GWB-E)...“

Zwar sieht der Richtlinienvorschlag anders als das bestehende Musterverfahren bei Kapitalanlagen (KapMuG) in Art. 6 ausdrücklich einen auf Entschädigung oder Erstattung des Kaufpreises gerichteten sog. „Abhilfebeschluss“ vor. Die Behauptung allerdings, eine Gesamtschadenshöhe könne in einem kollektiven Verfahren vorab festgestellt und sodann auf die einzelnen Geschädigten gleichsam heruntergebrochen werden (so wohl Mengden, NZKart 2018, 398, 401 f.), erscheint als idealisiert und realitätsfern:

Veräußern Kartellanten ein homogenes Massengut an nachfolgende Marktstufen – bzw. Produzenten sachlich verschiedenster Güter – und veräußern die darauf tätigen Abnehmer die verarbeiteten, gänzlich unterschiedlichen Produkte an mehrere nachfolgende, wiederum sachlich und örtlich ganz verschiedene Marktstufen weiter, so können auf jeder Marktstufe die verschiedensten Schäden entstehen, die sich nach unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten und ökonomischen Bestimmungsfaktoren richten. Soll diese ein einziges Gericht auf die Klage eines einzelnen Verbands hin – und unter Berücksichtigung so komplexer, einzelfallabhängiger und ökonomisch schwieriger Fragen wie des passing on – in angemessener Frist und zu angemessenen Rechtsdurchsetzungskosten beurteilen können?

IV. Alternative des Vergleichs?

Auch die in Art. 8 RL-E vorgesehene detaillierte Regelung zum Vergleichsschluss zwischen dem Kollektivkläger und dem betroffenen Unternehmen würden den durch Kartellabsprachen Geschädigten bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht weiterhelfen. Kein kollektives Rechtsschutzverfahren kann gleichsam über den Kopf jedes Einzelnen geschädigten Unternehmens hinweg und mit für ihn paternalistisch-bindender Wirkung geführt werden. Deshalb sieht Art. 8 (6) S. 2 RL-E im Grunde zu Recht vor, die im Vergleich vereinbarten Maßnahmen sollten „unbeschadet etwaiger zusätzlicher Rechtsschutzansprüche“ der Betroffenen gelten.

Allerdings ist gerade diese Einschränkung für die in Anspruch genommenen Unternehmen untragbar. Sie müssten mit einer Vielzahl von Einzelklagen rechnen, obwohl ein Vergleich doch gerade zu Rechtsfrieden und -sicherheit für sie führen soll.

V. Sog. „Erpressungspotential“ der Verbandsklage

Mit diesen generellen Bedenken (zuletzt etwa Geissler, GWR 2018, 189, 191) steht zu befürchten, dass das Missbrauchsrisiko durch die Ausweitung der kollektiven Rechtsschutzinstrumente steigt und eine vergleichbare Situation zu jener in den USA entsteht (sog. American Rule of Costs; contingent fee). Sammelklagen lassen sich medial massiv inszenieren und instrumentalisieren, um Unternehmen – schon hinsichtlich ihrer Reputation – unter Druck zu setzen. Die dadurch bewirkten wirtschaftlichen

Einbußen dieser Unternehmen können die als Ersatz zu leistenden Zahlungen um ein Vielfaches übersteigen.

VI. Szenario konkurrierender Verbandsklagen

Der RL-E geht offenbar davon aus, dass es nur zu einer einzigen Repräsentativklage kommen wird, mit der dann ein Verletzungstatbestand umfassend abgehandelt wird. Im kartellrechtlichen Sinn wäre ein Kartell damit durch eine Repräsentativklage an einem Gerichtsstand zivilrechtlich abzuwickeln, an dem es zu einer Entscheidung kommt, die hinsichtlich sämtlicher nur denkbarer Schäden eine möglichst exakte Schadenskompensation zulässt oder vorbereitet.

Dies ist unrealistisch. Es müssten Regelungen über konkurrierende Kartell-Verbandsklagen auch verschiedener „qualifizierter Einrichtungen“ i.S.d. Art. 4 (1) RL-E getroffen werden. Wegen des jeweils unterschiedlichen Klägers wäre der Streitgegenstand trotz desselben Sachverhalts nicht identisch; präjudizielle oder rechtskräftige Wirkungen schieden insoweit aus.

Angesichts der Gefahr divergierender Entscheidungen wäre es nicht hinnehmbar, eine Vielzahl von Klagen gegen denselben Beklagten (Kartellanten) wegen desselben Sachverhalts zuzulassen. Dies gilt umso mehr, als schon nur eine Verbandsklage naturgemäß den Anspruch in sich trägt, eine umfassende Erledigung der Angelegenheit herbeizuführen.

Es gibt bislang keine tauglichen, konsentierten Lösungsansätze, wie die Gefahr paralleler Verbandsklagen mit daraus resultierenden negativen Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen gelöst werden kann. Die deutsche Musterfeststellungsklage verfährt beispielsweise nach dem Prioritätsprinzip, nach dem eine rechtshängige Musterfeststellungsklage alle weiteren zum selben Gegenstand gegen denselben Beklagten sperrt (§ 610 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ein solches Windhundprinzip erscheint aber als wenig brauchbar, da man mit einer schnell und oberflächlich erhobenen Klage alle möglichen weiteren, sorgfältig erarbeiteten sperren oder z.B. durch einen im Interesse des Schädigers agierenden Verband die Rechtsdurchsetzung auf längere Zeit gleichsam torpedieren könnte.

Auch ist vorgeschlagen worden, bei konkurrierenden Klägern auf eine Einigung unter diesen sowie ersatzweise auf eine Auswahl des am besten geeigneten Klägers durch das Gericht zu setzen (vgl. auch § 9 Abs. 2 KapMuG). Doch die Rechtslage ist hier nicht dem KapMuG vergleichbar, weil kartellrechtlich typischerweise sehr viele verschiedene Gruppen von Anspruchstellern, die sich über sehr viele verschiedene Marktstufen verteilen, betroffen und geschädigt sind. Realistischerweise wird deshalb oft die Auswahl eines Interessenverbandes die Bevorzugung einer Gruppe und ihrer Interessen implizieren.

F. Missbrauchsaufsicht

Überlegungen zur Reform der Missbrauchsaufsicht sind grundsätzlich zu begrüßen. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat sich zu einzelnen Fragestellungen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 betreffend den Reformbedarf im Bereich des (EU-) kartellrechtlichen Missbrauchsrechts im November 2018 geäußert. Auf die Stellungnahme nehmen wir Bezug. Weitere inhaltliche Aspekte wird die Bundesrechtsanwaltskammer ansprechen, sobald sich die Überlegungen des Gesetzgebers für die Reform der deutschen Missbrauchsaufsicht weiter konkretisiert haben.

G. Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/01 des Europäischen Parlaments und Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes (nachfolgend „RL“)

I. Einleitung

Die folgenden Anregungen der Bundesrechtsanwaltskammer zur Umsetzung der sogenannten ECN+-RL¹³ („RL“) orientieren sich an der chronologischen Reihenfolge der Artikel der RL. Die Kommentierung erfolgt punktuell mit Bezug auf die aus anwaltlicher Sicht aktuell relevantesten Regelungsbereiche und adressiert nicht jeden Artikel der RL.

II. Kommentierung

1. Art. 3 – Grundrechte / Vorkehrungen

Im einleitenden Kapitel II (Grundrechte) verweist Art. 3 (Vorkehrungen) ausdrücklich darauf, dass die Ausübung der den Kartellbehörden durch die RL eingeräumten Befugnisse in Kartellverfahren in Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts – wozu insbesondere die EMRK gehört – und der Grundrechte-Charta der EU in Einklang stehen müssen (Art. 3 Abs. 1). Explizit wird auch erwähnt, dass die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen im Hinblick auf die Verteidigungsrechte der Unternehmen treffen müssen (Art. 3 Abs. 2). Zu den Verteidigungsrechten der Unternehmen wird beispielhaft ihr Anspruch auf rechtliches Gehör und ihr Recht auf wirksame Rechtsbehelfseinlegung vor Gericht genannt.

Die Verteidigungsrechte der Unternehmen umfassen aber unter anderem auch das vom Europäischen Gericht anerkannte Recht des Unternehmens, nicht zu Auskünften gezwungen werden zu können, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste¹⁴, auch wenn ihnen damit – anders als betroffenen natürlichen Personen – kein generelles Aussageverweigerungsrecht zusteht (siehe Punkt 3.2 unten).

Im Hinblick auf die Bestimmungen in Art. 3 hat der nationale Gesetzgeber deshalb bei der Umsetzung der Vorgaben zu den Befugnissen der Kartellbehörden in Kapitel IV der RL, insbesondere von § 6 Abs. 1 lit. e und Art. 8 (dazu siehe Punkt 3. unten), sicher zu stellen, dass gegenüber den Befugnissen der Kartellbehörden die Verteidigungsrechte der Betroffenen in angemessener Form gewährleistet werden. Mit anderen Worten dürfen über die RL die Befugnisse der Kartellbehörden nicht ausgeweitet werden, ohne dass die grundgesetzlich verankerten Verteidigungsrechte betroffener Unternehmen, die nach der Intension des Europäischen Richtliniengebers nicht Gegenstand der RL sein sollten

¹³ ABl. EU v. 14.1.2019, L1 11/1

¹⁴ EuGH, Urt. v. 18.10.1989, 374/87, Rn. 35 – *Orkem*

(vgl. Art. 1 Abs. 1) und entsprechend darin nicht im Einzelnen geregelt sind, nach den geltenden nationalen Vorgaben weiterhin ein adäquates Gegengewicht darstellen. Dies gebietet auch der allgemein anerkannte Grundsatz der „Waffengleichheit“.

Da die Vorgaben der RL zu großen Teilen den Verfahrensregelungen für die Kommission gemäß der Rats-Verordnung Nr. 1/2003 („VO 1/2003“) nachgebildet sind, berücksichtigen sie nicht, dass in Deutschland im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren nicht nur Unternehmen, sondern auch natürliche Personen als Betroffene bebußt werden können (im Einzelnen dazu im Zusammenhang mit den von der RL vorgesehenen Befugnissen gemäß Art. 6 bis 8 siehe Punkt 3. unten). So kommt es auch, dass sich in Art. 3 Abs. 2 keine Erwähnung der Verteidigungsrechte betroffener natürlicher Personen (in Abgrenzung zu den dort erwähnten Unternehmen) findet. Das bedeutet für den deutschen Gesetzgeber, dass die auf dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gegründeten Verteidigungs- und Verfahrensrechte dieser betroffenen natürlichen Personen, die sich einfachgesetzlich insbesondere in der StPO wieder finden, durch die Vorgaben der RL nicht eingeschränkt werden dürfen. Insbesondere die Befugnisse der Kartellbehörden im Kapitel IV sind durch den deutschen Gesetzgeber so umzusetzen, dass dadurch ihre bestehenden, grundgesetzlich verankerten Verteidigungsrechte unberührt bleiben.

Zusammengefasst heißt dies für den deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung, dass bei etwaigen Anpassungen und insbesondere Erweiterungen zu bestehenden nationalen Vorschriften zu unterscheiden ist, ob diese ein von den Wettbewerbsbehörden geführtes (i) Verwaltungsverfahren oder ein (ii) Kartellordnungswidrigkeiten- bzw. Bußgeldverfahren betreffen, und sofern es sich um Bestimmungen zum Bußgeldverfahren handelt, ob diese (a) an der vermeintlichen Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, oder (b) an der vermeintlichen Zuwiderhandlung beteiligte natürliche Personen, oder sogar (c) dritte, nichtbeteiligte Unternehmen oder (d) dritte, nichtbeteiligte natürliche Personen betreffen. Denn je nach den in Grundrechten verankerten Verfahrensgrundsätzen und Verteidigungsrechten der betreffenden Kategorien von Beteiligten können dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung engere oder weniger enge Grenzen gesetzt sein.

2. Art. 4 – Unabhängigkeit

Das Bundeskartellamt („**BKartA**“) ist nach der Konzeption des GWB eine politisch unabhängige Bundesoberbehörde, so dass das deutsche Recht den Vorgaben des Art. 4 im Grundsatz gerecht wird.

Allerdings sollte § 52 GWB gestrichen und die Weisungsfreiheit der Beschlussabteilungen des BKartA in § 51 GWB gesetzlich klargestellt werden.

Nach Art. 4 Abs. 2 lit. b ersuchen die Mitarbeiter und Mitglieder der Kartellbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bzw. ihrer Befugnisse im Zusammenhang mit der Anwendung der Art. 101, 102 AEUV weder um Weisungen von der Regierung oder einer anderen öffentlichen oder privaten Stelle noch nehmen sie solche Weisungen an.

Nach bisherigem deutschen Recht wird aus der Zugehörigkeit des BKartA zum Geschäftsbereich des BMWi demgegenüber dessen Kompetenz hergeleitet, dem BKartA Weisungen erteilen zu können. Die ganz herrschende Meinung sieht davon nicht nur allgemeine Weisungen, d.h. Richtlinien für die Entscheidung einer unbestimmten Vielzahl von Fällen, sondern auch die Weisungsgebundenheit im

Einzelfall als gedeckt an:¹⁵ Aus der vertikalen Struktur der Verwaltung sowie dem Subordinationsprinzip folge ein Weisungsrecht der übergeordneten Instanz gegenüber der untergeordneten Instanz. Daraus wird z.B. hergeleitet, dass eine Beschlussabteilung zur Einleitung von Maßnahmen nach § 32 GWB oder zur Verfahrenseinstellung gezwungen werden könne.¹⁶ Zwar sind solche Weisungen bislang – soweit ersichtlich – noch nie ergangen. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs genügt eine gefestigte Verwaltungspraxis allein aber nicht, um die Pflicht zur effektiven Richtlinienumsetzung zu erfüllen.¹⁷

§ 52 GWB wäre deshalb nach den Vorgaben der RL zu streichen und an dessen Stelle die Freiheit des BKartA und seiner Beschlussabteilungen von Weisungen ausdrücklich hervorzuheben.

3. Artikel 6 bis 9 – Befugnisse der Wettbewerbsbehörden

Die in den Art. 6–8 enthaltenen Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden differenzieren – anders als im deutschen Recht – nicht zwischen Befugnissen im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren. Die Besonderheit des deutschen Rechts gegenüber dem Kartellverfahrensrechtsregime der Kommission gemäß VO 1/2003, dessen Regelungen offensichtlich als Vorlage für die RL dienten, und anderer Mitgliedstaaten sowie der Konzeption der RL besteht nämlich darin, dass es zweispurig ausgestaltet ist: Neben dem förmlichen Verwaltungsverfahren (§§ 54 ff. GWB), das den Kartellbehörden verwaltungs- und entscheidungsrechtliche Anordnungsbefugnisse gewährt, können die Kartellbehörden ein Bußgeldverfahren (§§ 81 ff. GWB) einleiten. Verwaltungs- und Bußgeldverfahren unterscheiden sich: Das Bußgeldverfahren richtet sich nach den Bestimmungen für Ordnungswidrigkeitenverfahren (gemäß OWiG), weil es strafverfahrensähnliche Qualität hat, so dass auch diverse strafprozessuale Vorschriften (gemäß StPO) zur Anwendung kommen (§ 46 Abs. 1 OWiG), während das Verwaltungsverfahren im Grundsatz im GWB verankert ist. Nach der Terminologie der RL wird nicht zwischen Verwaltungs- und Bußgeldverfahren unterschieden. Nach der noch von der Kommission verwendeten Terminologie in ihren Erläuterungen zur Verhängung von Geldbußen gemäß Kapitel V (vgl. Seite 20 der Begründung zum vorausgehenden Richtlinien-Vorschlag der Kommission vom 22.03.2017, COM(2017) 142 final (nachfolgend „RL-Vorschlag der Kommission“) fiel das deutsche Bußgeldverfahren wohl noch in die Kategorie der „strafrechtsähnlichen Verfahren“ (in ihrer englischsprachigen Umfrage im Rahmen der Konsultationsphase verwendete die Kommission dafür den Begriff der „criminal/misdemeanour“-Systeme). Diese Terminologie wird jedoch in der RL nicht mehr verwendet.

Selbst wenn der Wortlaut der RL im Hinblick auf die Definition des „Verfahrens“ in Art. 2 (9), die angesichts der dort aufgeführten Anordnungsbefugnisse auf ein Verwaltungsverfahren beschränkt zu sein scheint, sowie der Bezugnahme in Art. 3 auf dieses Verfahren und die Befugnisse (Kapitel IV) nicht eindeutig ist, scheinen die in Art. 6 bis 8 vorgesehenen Befugnisse grundsätzlich für alle Kartellverfahren der Wettbewerbsbehörden zu gelten, einerlei ob sie – im Fall von Deutschland – im Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenverfahren geführt werden. Ausdrücklich ausgenommen von den Regelungen der RL sind nur Verfahren mit strafrechtlichen Sanktionen (vgl. Art. 2 Abs. 6 a.E. und Art. 12 Abs. 4).

Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber einzelne Vorschriften, die die Befugnisse der Kartellbehörden regeln, anzupassen. Das gilt beispielsweise für die das Verwaltungsverfahren betreffende

¹⁵ FK-KartR/Cappellari, Stand Dez. 2015, § 52 Rn. 4; Immenga/Mestmäcker/Klaue, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2014, § 51 Rn. 11

¹⁶ Immenga/Mestmäcker/Klaue, 5. Aufl., 2014, § 51 Rn. 15

¹⁷ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-281/11, Rn. 101, 105 – *Kommission/Polen*; EuGH, Urt. v. 30.6.2016, C-648/13, Rn. 78 f. – *Kommission/Polen*; König, NZKart 2017, 397, 399

Bestimmung des § 59 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 GWB. Denn die dort genannten Betretungs-, Einsichts- und Prüfungsrechte erstrecken sich – anders als es Art. 7 Abs. 1 vorgibt – bisher nicht auf Privatwohnungen, Grundstücke und Fahrzeuge von Mitarbeitern. Allerdings müssten derartige Betretungs-, Einsichts- und Prüfungsrechte gegenüber Mitarbeitern den für Durchsuchungen bei natürlichen Personen in Verwaltungsverfahren geltenden Vorgaben gerecht werden (siehe § 59 Abs. 4 GWB; siehe auch Punkt 3.1 unten).

Bei Anpassungen durch den deutschen Gesetzgeber betreffend die Verfahrensregelungen für im Ordnungswidrigkeitenverfahren geführte Kartellverfahren ist darauf zu achten, dass diese sich in die im OWiG bzw. der StPO (§ 46 Abs. 1 OWiG) vorgesehenen Verfahrensvorschriften, soweit sie auf grundgesetzlich verankerten Verfahrensgrundsätzen beruhen, einpassen, vor allem etwaige in der RL vorgesehene Ergänzungen zu den Verfahrensbefugnissen der Kartellbehörden die im Ordnungswidrigkeitenverfahren vorgesehenen Verfahrensgrundrechte zum Schutz der Betroffenen und Nebenbetroffenen einschließlich ihrer Verteidigungsrechte nicht beschneiden. Denn angesichts der Sanktionsmöglichkeiten im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren haben diese Verteidigungsrechte einen besonders hohen Stellenwert, insbesondere die im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründeten Verteidigungsrechte betroffener natürlicher Personen.

a) Artikel 6 und 7 – Durchführung von Nachprüfungen

Diese Normen ermächtigen zu „Nachprüfungen“ bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Art. 6) sowie Dritten einschließlich Mitarbeitern (Art. 7). Sie sind den Vorschriften zu Nachprüfungen im Kommissionsverfahren, Art. 20 und 21 VO 1/2003, nachgebildet. Umsetzungs- bzw. Regelungsbedarf durch den deutschen Gesetzgeber besteht insoweit nicht. Für Bußgeldverfahren sind Durchsuchungsbefugnisse bereits nach den strafprozessualen Maßgaben (§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 102 ff. StPO) und für das Verwaltungsverfahren nach § 59 Abs. 4 GWB vorgesehen. In der Praxis führen die Kartellbehörden Durchsuchungen grundsätzlich nach den strafprozessualen Regelungen (§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 102 ff. StPO) durch. Grundlage dieser Durchsuchungen ist der Verdacht auf ordnungswidriges Handeln im Sinne von § 81 Abs. 1 bis 3 GWB, womit die Kartellbehörden im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren ermitteln. Damit ist - in Abgrenzung zu einem bloßen Kartellverwaltungsverfahren - ein anderer Rechte- und Pflichtenkatalog für sowohl die Ermittlungsbehörde als auch für die betroffenen Unternehmen/Personen eröffnet.

Bei der Umsetzung der Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. c muss beachtet werden, dass im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren natürliche Personen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach §§ 47 Abs. 1 OWiG, 55 StPO haben, wenn die Gefahr besteht, dass sie selbst wegen der Tatvorwürfe, die Grundlage für die Nachprüfungen sind, verfolgt werden können. Es kommt in der Praxis regelmäßig vor, dass erst nach erfolgter Durchsuchung beim Unternehmen Verfahrenseinleitungen gegen natürliche Personen, d.h. Organe und Angestellte des durchsuchten Unternehmens, als Betroffene des Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens erfolgen, die zuvor allenfalls den Status von Zeugen gehabt haben. Das Auskunftsverweigerungsrecht darf angesichts der möglichen Folgen für diese natürlichen Personen durch die Vorgaben in Art. 6 Abs. 1 lit. c keinesfalls beschnitten werden. Es ist Ausfluss des Verfahrensgrundrechts, dass sich niemand selbst bezichtigen muss (nemo tenetur-Grundsatz) und hat deshalb einen sehr hohen Stellenwert.

Da im EU-Verfahren die Verfolgung von Kartellrechtsverstößen auf Unternehmen beschränkt ist und natürliche Personen keine Geldbußen fürchten müssen, ist eine Übertragung des in Art. 20 Abs. 2 lit. e VO 1/2003 geregelten Fragerechts betreffend „Erläuterungen von Fakten und Unterlagen“ in das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenverfahren problematisch. Die Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. e ist aber offensichtlich der Bestimmung in Art. 20 Abs. 2 lit. e VO 1/2003 nachgebildet. Selbst bei der Ausübung des Fragerechts durch die Kommission im EU Verfahren (gemäß Art. 20 Abs. 2 lit. e VO

1/2003) kommt es in der Praxis regelmäßig zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Fragen der Kommission über das zulässige Maß hinausgehen und befragte Vertreter des betroffenen Unternehmen bei einer Beantwortung der Fragen das Unternehmen belasten könnten; insoweit steht auch dem Unternehmen selbst der *nemo tenetur*-Grundsatz zur Seite.¹⁸ Im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren wären verbleibende Unsicherheiten betreffend die Reichweite eines Fragerechts untragbar, weil die befragten natürlichen Personen möglicherweise selbst Betroffene sind oder noch werden können und eine Pflicht zur Beantwortung von Fragen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. e mit ihren Verteidigungsrechten unvereinbar ist.

Richtigerweise umfasst die in Art. 7 geregelte Nachprüfungsbefugnis in nichtbetrieblichen Räumlichkeiten, wozu auch private Räumlichkeiten von Unternehmensvertretern und -mitarbeitern gehören, kein Fragerecht (Art. 7 Abs. 3, der nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. e verweist). Nichts anderes darf dann aber gelten für Unternehmensvertreter und -mitarbeiter die anlässlich einer Nachprüfung im Unternehmen befragt werden.

Zu begrüßen ist die Klarstellung in Art. 6 Abs. 3, die in dem vorausgehenden RL-Vorschlag der Kommission noch nicht enthalten war, dass nationale Regelungen betreffend das Erfordernis einer vorausgehenden gerichtlichen Autorisierung von Durchsuchungen bei betroffenen Unternehmen hiervon unberührt bleiben. Damit ändert sich für Deutschland nichts: Betroffene Unternehmen dürfen grundsätzlich nur bei Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung durchsucht werden (§ 105 StPO). Für Durchsuchungen bei natürlichen Personen und Dritten ist das Erfordernis einer gerichtlichen Durchsuchungsanordnung in Art. 7 Abs. 2 vorgesehen, und war auch bereits zuvor im RL-Vorschlag der Kommission enthalten.

b) Artikel 8 – Auskunft

Die Mitgliedstaaten müssen nach Art. 8 gewährleisten, dass nationale Wettbewerbsbehörden („NWB“) Unternehmen sowie Unternehmensvereinigungen verpflichten können, alle für die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV erforderlichen Informationen innerhalb einer festgesetzten Frist zu erteilen. Zu begrüßen ist, dass Art. 8, im Unterschied zu der ursprünglichen Regelung im RL-Vorschlag der Kommission, jetzt auch in Satz 2 die Klarstellung enthält, dass Auskunftersuchen verhältnismäßig sein müssen und deren Empfänger (Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen) nicht zum Eingestehen eines Kartellrechtsverstoßes zwingen dürfen.

Bei der Umsetzung ist zwischen Auskunftsrechten gegenüber Unternehmen (Art. 8 Sätze 1 und 2) und gegenüber „sonstigen natürlichen und juristischen Personen“ (Art. 8 Satz 3) zu unterscheiden:

aa) Artikel 8 Sätze 1 und 2 (Auskunftsrechte gegenüber betroffenen Unternehmen)

Im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren sind Auskunftspflichten betroffener Unternehmen (juristische Personen und Personenvereinigungen) gegenüber der Kartellbehörde derzeit nur in § 81b GWB geregelt. Die Auskunftspflichten beschränken sich auf Informationen, die der Kartellbehörde zur Festsetzung der Geldbuße bzw. des Haftungsbetrags dienen. Gegenstand der Auskunftspflichten sind beispielsweise Informationen über die Unternehmensstruktur (Nr. 3), etwa über Beteiligungsverhältnisse, Gesellschafts- und Unternehmensverträge. Zudem müssen Unternehmen Auskünfte über Nachfolgekonstellationen erteilen (Nr. 4), wie z.B. die Übertragung und den Erhalt von Vermögenswerten sowie die Veränderung der rechtlichen Ausgestaltung eines Unternehmens. Allerdings bezieht sich diese Auskunftsverpflichtung lediglich auf sog. tatferne Daten

¹⁸ EuGH, Urt. v. 18.10.1998, 374/87 – *Orkem*; 29.6.2006, C-301/04, Rn. 39 ff. – *SGL Carbon*

und bleibt damit hinter den Anforderungen des Art. 8 (Satz 1), der sich auf „alle für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV erforderlichen Informationen“ bezieht und damit auch sog. tatnahe Daten umfasst, zurück. Der deutsche Gesetzgeber hat § 81b GWB aufgrund des nemo tenetur-Grundsatzes, der auch im kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenrecht gilt, restriktiv formuliert, obwohl das verfassungsrechtlich nicht geboten war. Denn das Gebot, sich nicht selbst belasten zu müssen, gründet im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, auf das sich Unternehmen nicht gemäß Art. 19 Abs. 3 GG berufen können.¹⁹ Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber über die Grundrechte-Charta der EU auch den vom Europäischen Gericht anerkannten Verteidigungsrechten von Unternehmen Rechnung zu tragen, insbesondere wie im Fall Orkem (EuGH, Urt. v. 18.10.1998, 374/87; siehe oben) entschieden.

Deshalb darf der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 8 Sätze 1 und 2 – und in Ergänzung zu der bestehenden Regelung des § 81b GWB – den Kartellbehörden keine schrankenlosen Auskunftsrechte gegenüber Unternehmen einräumen.

Dies gilt auch für das kartellbehördliche Verwaltungsverfahren gegen Unternehmen. Derzeit besteht über die Verweisungsregelung in § 59 Abs. 5 GWB auf § 55 StPO ein Auskunftsverweigerungsrecht für auskunftspflichtige Unternehmen bzw. ihre Vertretungsberechtigten.

bb) Artikel 8 Satz 3 (Auskunftsrechte gegenüber anderen natürlichen und juristischen Personen)

Bei der Umsetzung von Auskunftsrechten gegenüber „anderen natürlichen und juristischen Personen (Art. 8 Satz 3) hat der Gesetzgeber den Besonderheiten des deutschen Ordnungswidrigkeitenverfahren Rechnung zu tragen, in dem nicht nur Unternehmen, sondern auch handelnde Personen als Betroffene von den Kartellbehörden beußt werden können. Soweit die Vorgaben der RL Auskunftsrechte „natürliche Personen“ betreffen, dürfen die im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren geltenden, grundgesetzlich verankerten Verteidigungsrechte der betroffenen natürlichen Personen nicht eingeschränkt werden, etwa das Recht des Betroffenen, keine Aussage in der Sache zu machen. Auch die nichtbetroffenen natürlichen Personen zustehenden Verteidigungsrechte, etwa sämtliche Zeugnisverweigerungsrechte nach § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 52 bis 55 StPO sind zu gewährleisten.

c) Artikel 9 – Interviews

Das erstmals in der RL enthaltene Recht der Kartellbehörden, Vertreter von Unternehmen sowie natürliche Personen, die Informationen über Kartellrechtsverstöße haben könnten, zu Gesprächsterminen (im Englischen „Interviews“) zu laden, bedarf jedenfalls im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren keiner weiteren Umsetzung in das deutsche Recht. Denn schon jetzt können die Kartellbehörden diese Personengruppen als Zeugen oder Betroffene zu Vernehmungen laden. Im Verwaltungsverfahren wären die Auskunftsrechte in § 59 GWB dahingehend zu ergänzen. Da die Regelung in Art. 9 lediglich ein Recht zur Ladung vorsieht, nicht jedoch eine Pflicht der geladenen Personen, eine Aussage in der Sache zu machen, begegnet sie auch keinen Bedenken im Hinblick auf die Verfahrens- und Verteidigungsrechte der geladenen Personen.

¹⁹ Vgl. BVerfG, Urt. 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96, Rn. 83 f

4. Artikel 13 Absätze 1 und 2 – Geldbußen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

Zur Harmonisierung der Durchsetzungsmaßnahmen, konkret der Sanktionsmöglichkeiten der NWB innerhalb der Europäischen Union, ist die Regelung in Art. 13 grundsätzlich zu begrüßen.

a) Artikel 13 Absatz 1 – Geldbußen für Kartellverstöße

Zwar sind in Deutschland die Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 mit den bestehenden Bußgeldvorschriften für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (§ 81 Abs.4 GWB) bereits erfüllt. Allerdings müsste in konsequenter Umsetzung der RL in das deutsche Recht künftig auch den Kartellbehörden in der Rechtsmittelinstanz, d.h. im bußgeldrechtlichen Einspruchsverfahren gegen behördliche Bußgeldentscheidungen vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf eine Rolle als Verfahrensbeteiligte – neben der Generalstaatsanwaltschaft – eingeräumt werden. Die Regelung § 82 a Abs. 1 GWB reicht also nicht mehr aus.

b) Artikel 13 Absatz 2 – Geldbußen für sonstige Verstöße

Die Vorgaben des Art. 12 Abs. 2 machen eine nicht unerhebliche Anpassung der deutschen Bußgeldbestimmungen, soweit sie Unternehmen betreffen, notwendig, weil die darin aufgeführten Fallgruppen, die weitgehend mit denen in Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 übereinstimmen, nach deutschem Recht bislang nicht bußgeldbewehrt sind. Derzeit können sich Unternehmen und Unternehmensvereinigungen in Ordnungswidrigkeitenverfahren grundsätzlich auf dieselben weitreichenden strafprozessualen Verfahrens- und Verteidigungsrechte berufen, wie sie natürlichen Personen zustehen. Denn nach der Systematik des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts sind Unternehmen nur über das Handeln ihrer Leitungspersonen für Kartellrechtsverstöße haftbar (§ 30 Abs. 1 OWiG). Beruft sich also eine Leitungsperson des betroffenen Unternehmens auf den nemo tenetur-Grundsatz, so wirkt sich das auch auf die die Haftungsmöglichkeit des Unternehmens aus.

Die Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 (aber auch diejenigen in Art. 6 ff.; siehe oben) würden in ihrer Umsetzung für das deutsche Bußgeldverfahren bedeuten, dass sich in demselben Verfahren die Befugnisse der Kartellbehörden einerseits sowie die Verfahrens- und Verteidigungsrechte der betroffenen Parteien, andererseits unterscheiden, je nachdem ob es sich bei den Betroffenen um Unternehmen oder um natürliche Personen handelt. Das wird praktisch angesichts der gegebenen Verknüpfung der Haftung von Unternehmen und handelnden natürlichen Personen im geltenden Kartellordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 Abs. 1 OWiG) Probleme aufwerfen. So könnte beispielsweise bei einer wortgetreuen Umsetzung der Regelung in Art. 13 Abs. 2 lit. d gegen das betroffene Unternehmen ein Bußgeld verhängt werden, weil eine Leitungsperson des Unternehmens bei einer Befragung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. e im Rahmen einer Durchsuchung zulässigerweise ihr grundgesetzlich verankertes Aussageverweigerungsrecht (als Betroffene) oder Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO (als Zeugin) geltend macht. Dass dieses Ergebnis rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwider läuft, ist offensichtlich. Deshalb wird es am Gesetzgeber sein, die Regelungen zur Umsetzung von des Art. 12 Abs. 2 verfassungskonform in der Weise auszuformen, dass sie nicht mit den bestehenden, grundgesetzlich verankerten Verfahrensgrundsätzen und Verteidigungsrechten der verschiedenen Beteiligten im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren unvereinbar sind. In jedem Fall müssen auch gegen erweiterte Befugnisse der Kartellbehörden gegenüber Unternehmen, die sich insbesondere aus der Grundrechte-Charta und EMRK ergebenden Verteidigungsrechte der Unternehmen garantiert werden (siehe dazu schon Punkte 1. und 3. oben).

Die Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 lassen sich lediglich für die reinen Verwaltungsverfahren der Kartellbehörden (§ 54 ff. GWB) unproblematisch in Deutschland umsetzen, sofern nach aktuellem Recht nicht ohnehin bereits entsprechende Sanktionsvorschriften in § 81 Abs. 2 GWB bestehen, etwa § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB betreffend unrichtige Angaben auf förmliche Auskunftsverlangen der Kartellbehörden (vgl. dazu Art. 13 Abs. 2 lit. d) und § 81 Abs. 2 Nr. 2 a GWB betreffend einstweilige Anordnungen und Verpflichtungszusagen (vgl. dazu Art. 13 Abs. 2 lit. f).

c) Artikel 13 Absatz 5 – Begriff des Unternehmens

Die Vorgaben dieser Regelung hat der deutsche Gesetzgeber im Grundsatz im Rahmen der 9. GWB-Novelle mit der Einführung von § 81 Abs. 3a GWB erfüllt. Der Umsetzungsanforderung nach Art. 13 Abs. 5 steht nicht entgegen, dass nach § 81 Abs. 3a GWB die Muttergesellschaft der juristischen Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, nur dann bebußt werden kann, wenn diese unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss auf die betroffene juristische Person oder Personenvereinigung ausgeübt hat. Der Nachweis einer tatsächlichen Einflussnahme ist nach den grundgesetzlich verankerten Verfahrensgrundsätzen im Ordnungswidrigkeitenverfahren Voraussetzung für die Verhängung einer Geldbuße gegen die Muttergesellschaft.

5. Artikel 14 und 15 – Berechnung der Geldbußen und Höchstbetrag

a) Artikel 14 Absatz 1 – Bußgeldzumessung

Art. 14 Abs. 1 RL stellt für die Bußgeldzumessung auf die Schwere und Dauer des Verstoßes ab. Die Regelung entspricht damit Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 und § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB.

Weitere Bußgeldzumessungskriterien enthält das deutsche Recht etwas unsystematisch in § 81 Abs. 4a GWB und § 17 Abs. 3 und 4 OWiG ("Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft", "wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters" bzw. "des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung", "wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat").

Keinen Bezug nimmt das Gesetz auf den tatbezogenen Umsatz, der aber in der Praxis des Bundeskartellamts eine wesentliche Rolle spielt. Dies hat unter anderem dazu geführt, dass sich die Bußgeldpraxis des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf maßgeblich auseinanderentwickelt haben.

Die Umsetzung der RL gibt dem deutschen Gesetzgeber die Gelegenheit, diese Divergenz zwischen behördlicher und gerichtlicher Praxis wieder in Einklang zu bringen. So heißt es in Erwägungsgrund 47 der RL:

"Zu den Faktoren, die berücksichtigt werden könnten, zählen unter anderem die Art der Zuwiderhandlung, der gemeinsame Marktanteil aller betreffenden Unternehmen, der räumliche Umfang der Zuwiderhandlung, die Frage, ob die Zuwiderhandlung tatsächlich durchgeführt wurde, der mit der Zuwiderhandlung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehende Gesamtumsatz mit Waren und Dienstleistungen des Unternehmens sowie die Größe und die Marktstärke des betreffenden Unternehmens."

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer sollte erwogen werden, die Bußgeldzumessungskriterien einheitlich in § 81 Abs. 4a GWB zu regeln und dabei insbesondere auch die oben genannten Kriterien aus Erwägungsgrund 47 der RL zu übernehmen.

b) Artikel 14 Absatz 2 – Berücksichtigung von einvernehmlichen Vergleichszahlungen bei der Bußgeldberechnung

Die Regelung in Art. 14 Abs. 2 ist zu begrüßen. Bei der Bußgeldzumessung sollte zugunsten des haftenden/betroffenen Unternehmens mildernd berücksichtigt werden, wenn dieses bereits vorher eine Schadensersatzzahlung in Folge eines Vergleichs mit einer vermeintlich durch die Zuwiderhandlung geschädigten Person geleistet hat. Zwar handelt es sich hierbei nur um eine „Kann“-Vorschrift. Der deutsche Gesetzgeber sollte jedoch diesen Vorschlag jetzt im deutschen Recht (z.B. in Ergänzung zu der Zumessungsregelung in § 81 Abs. 4a GWB) umsetzen, nachdem er bei der Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie (2014/104/EU, dort Art. 18 Abs. 3) im Rahmen der 9. GWB-Novelle diese Chance zunächst hat verstreichen lassen. Das würde der Klarstellung dienen, selbst wenn bei der Bußgeldzumessung dieses positive Nachtatverhalten der betroffenen Unternehmen von der Kartellbehörde und den Gerichten auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung berücksichtigt werden könnte.

c) Artikel 14 Absätze 3 und 4 und Artikel 15 Absatz 2 – Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen

Art. 14 Abs. 3 und 4 haben die unionsrechtliche Regelung des Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 zum Vorbild. Mit Ausnahme der Bestimmungen in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB, der neben Unternehmen auch Unternehmensvereinigungen nennt, enthält das deutsche Recht derzeit weder Regelungen zur Bemessung von Geldbußen für Unternehmensvereinigungen noch zur Haftungsübernahme durch die Mitgliedsunternehmen im Falle einer Insolvenz der Unternehmensvereinigung, so dass noch eine Umsetzung der Bestimmungen in Art. 14 Abs. 3 und 4 und Art. 15 Abs. 2 erforderlich ist.

Die Haftungsübernahmeregelungen in Art. 14 Abs. 4 sind allerdings als „Kann“-Vorschriften ausgestaltet, und zwar dergestalt, dass es den Kartellbehörden gesetzlich ermöglicht werden soll, Geldbußen von insolventen Unternehmensvereinigungen direkt von (gewissen) Mitgliedsunternehmen zu verlangen. Wichtig ist die Umsetzungsvorgabe in Art. 14 Abs. 4 Satz 3, wonach sich jedes Mitgliedsunternehmen, das für eine Haftungsübernahme in Betracht kommt, in der dargestellten Form exkulpieren können muss.

Die Haftung für Geldbußen von Mitgliedsunternehmen sollte im Sinne einer Gesamtschuld der Mitgliedsunternehmen ausgestaltet werden, wie sie das Unionsrecht im Falle mehrerer Bußgeldschuldner und auch das deutsche Recht in § 81 Abs. 3e GWB kennt.

Was den Höchstbetrag für Geldbußen für Unternehmensvereinigungen nach Art. 15 Abs. 2 Satz 1 betrifft, stellt dies eine einschneidende Änderung gegenüber der aktuellen Rechtslage in Deutschland dar. Die in Ergänzung zu § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB auch für Unternehmensvereinigungen geltende Regelung in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB zur Bußgeldobergrenze muss deshalb angepasst werden, soweit sie Unternehmensvereinigungen betrifft. Denn die Regelung in § 81 Abs. 4 Satz 3 GWB zur Umsatzermittlung der wirtschaftlichen Einheit findet auf Unternehmensvereinigungen keine Anwendung. In der Praxis gilt für die Bußgeldbemessung für Unternehmensvereinigungen regelmäßig die Maximalbuße von EUR 1 Mio. gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB, weil Unternehmensvereinigungen als eingetragene Vereine (e.V.) oftmals nur geringe Umsatzerlöse (insb. Mitgliedsbeiträge) erzielen.

Mit der Umsetzung des Art. 15 Abs. 2 Satz 1 wird sich der Höchstbetrag der Geldbuße für Unternehmensvereinigungen künftig wesentlich erhöhen, weil er sich aus der Summe der (im Geschäftsjahr vor der Bußgeldentscheidung erzielten) weltweiten Gesamtumsatzerlöse derjenigen Mitgliedsunternehmen ergibt, die auf dem von der Zuwiderhandlung der Unternehmensvereinigung betroffenen Markt tätig sind. Wichtig ist dabei, dass Art. 15 Abs. 2 Satz 2 vorsieht, dass die finanzielle

Haftung des einzelnen Mitgliedsunternehmens den Höchstbetrag der Geldbuße von 10% des weltweiten Gesamtumsatzes im Jahr vor der Behördenentscheidung (gemäß Art. 15 Abs. 1) nicht überschreiten darf. Diese Beschränkung ist richtigerweise so zu verstehen und entsprechend umzusetzen, dass die 10%-Bußgeldobergrenze für das einzelne Mitgliedsunternehmen (vgl. § 80 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 GWB) in der Summe auch dann nicht überschritten werden darf, wenn dieses nicht nur für die Geldbuße der Unternehmensvereinigung finanziell aufzukommen hat, sondern auch selbst über § 30 Abs. 1 OWiG Bußgeldschuldner für dieselbe Tat ist.

6. Artikel 17 bis 23 – Kronzeugenbehandlung

Es ist zu bedauern, dass nach wie vor kein „One-stop-Shop“-System zur Stellung von Kronzeugenanträgen innerhalb der EU eingeführt werden soll. Erst dadurch würde in der Praxis die Stellung von Kronzeugenanträgen bei internationalen Kartellen wesentlich erleichtert werden. Die Möglichkeit von Kurzanträgen bei den NWB gemäß Art. 22 ist insoweit nur ein erster Schritt in die richtige Richtung, wobei in Deutschland die Praxis der Stellung von Kurzanträgen (bislang auch „pro forma“-Anträge genannt) gegenüber dem Bundeskartellamt bei gleichzeitiger Antragstellung gegenüber der Kommission als der vermeintlich eigentlich zuständigen Kartellbehörde bereits gut funktioniert.

Im Ausgangspunkt bedeuten die Vorgaben zu Kronzeugenprogrammen in der RL für die Umsetzung in deutsches Recht, dass das Kronzeugenprogramm des Bundeskartellamts (Bekanntmachung Nr. 9/2006 vom 07.03.2006 - „Bonusregelung“), an das sich das Bundeskartellamt derzeit allein nach dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung gebunden sieht, künftig Gesetzescharakter erhalten muss. Damit werden künftig zugunsten der Kronzeugen auch die verfügbaren Stufen von Kooperationsabschlägen (derzeit 100%, bis zu 50%) für Zwecke der Bußgeldbemessung gesetzlich festgeschrieben sein. Im Falle der Einspruchseinlegung gegen den behördlichen Bußgeldbescheid sollte dann aber auch das Oberlandesgericht Düsseldorf an die so gesetzlich geregelten Kooperationsabschläge im Rahmen seiner eigenen Bußgeldzumessungsentscheidung gebunden sein. Das wäre zur Erhöhung der Rechtssicherheit im Rechtsmittelverfahren zu begrüßen.

a) Artikel 17 Absatz 21 und Artikel 18 Absätze 2 und 3 – Kronzeugenprogramm für „geheime Kartelle“ und sonstige Kartellrechtsverstöße

Es ist zu begrüßen, dass in Art. 17 Abs. 1 – im Unterschied zum RL-Vorschlag der Kommission – nunmehr klar gestellt ist, dass die Kronzeugenprogramme der Mitgliedstaaten zum einen neben „geheimen Kartellen“ (siehe Art. 17 Abs.1) auch für sonstige Kartellrechtsverstöße gelten können, und sie zum anderen auch natürlichen Personen zugutekommen können. Denn der Übergang von geheimen zu nichtgeheimen Kartellen kann fließend sein, etwa wenn die im engen Kreis abgesprochenen Preise zwecks Umsetzung und gegenseitiger Überwachung im Internet veröffentlicht werden. Eine Beschränkung auf geheime Kartelle würde deshalb die Anwendung der Kronzeugenprogramme in der Praxis nicht unerheblich erschweren, jedenfalls aber zum Gegenstand von Diskussionen machen. Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber, wie dies bereits in der aktuellen Bonusregelung des Bundeskartellamtes angelegt ist, in der künftigen Gesetzesregelung keine Beschränkung des Kronzeugenprogramms auf „geheime Kartelle“ vornehmen.

Zur Erhöhung der Rechtssicherheit und im Interesse der Kohärenz wäre es wünschenswert, wenn der deutsche Gesetzgeber die Gelegenheit nutzt, die Anwendbarkeit des Kronzeugenprogramms künftig nicht auf Kartelle zu beschränken, sondern auch auf sonstige Zuwiderhandlungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, also insbesondere vertikale Vereinbarungen bzw. abgestimmte Verhaltensweisen zu erweitern. Damit würden auch Abgrenzungsprobleme zwischen horizontalen und vertikalen Kartellrechtsverstößen, etwa im Bereich sternförmiger Absprachen über mehrere

Absatzstufen (sog. „Huband-Spoke“ Kartelle), insoweit an Relevanz verlieren. Zudem hat das „Lebensmitteleinzelhandelsverfahren“ des BKartA, dem sog. Vertikal-Fall, den praktischen Bedarf nach einer Kooperationsmöglichkeit auch bei vertikalen Absprachen gezeigt (vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 15.12.2016).

b) Artikel 18 Absatz 3 – Vorlage zusätzlicher Beweismittel ohne Auswirkungen auf die Bußgeldbemessung für den Antragsteller

In Abgrenzung zur Vorlage von Beweismitteln mit „erheblichem Mehrwert“, was gemäß Art. 18 Abs. 2 Voraussetzung für die Bußgeldermaßigung zugunsten des Antragstellers ist, geht es bei den in Art. 18 Abs. 3 behandelten Beweismitteln zu zusätzlichen Tatsachen, die die Kartellbehörde in die Lage versetzen, höhere Bußgelder zu verhängen, nicht um den Nachweis der Zuwiderhandlung als solcher, sondern um Tatsachen für Zwecke der Bußgeldzumessung. Art. 18 Abs. 3 stellt nunmehr – in Abgrenzung zum RL-Vorschlag der Kommission – klar, dass die so erwiesenen zusätzlichen Tatsachen bei der Bußgeldbemessung nicht zulasten des Antragstellers verwendet werden dürfen. Ein Beispiel hierfür wäre, wenn ohne die zusätzlichen Tatsachen nur ein verbotener Preisinformationsaustausch zwischen Wettbewerbern, nicht aber eine Preisabsprache nachgewiesen werden könnte, was für die Schwere der Tat und damit die Bußgeldzumessung relevant ist. Praktisch kann die Einstufung der vom Kronzeugen gelieferten Beweise in die eine oder andere Kategorie Schwierigkeiten bereiten.

Für die Umsetzung in deutsches Recht bedeutet die Vorgabe in Art. 18 Abs. 3 eine Konkretisierung der grundsätzlich im Ermessen der Kartellbehörden liegenden individuellen Bußgeldzumessung unter Berücksichtigung von Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung sowie der individuellen Schuld (§ 81 Abs. 4 Satz 6 GWB, § 17 Abs. 4 OWiG).

7. Artikel 23 – Zusammenwirken von Kronzeugenprogrammen und Sanktionen gegen natürliche Personen

Die Regelungen in Art. 23 Abs. 1 bis 5, die gegenüber dem RL-Vorschlag der Kommission umfassend ergänzt wurden, sind zu begrüßen. Sie bedeuten für die Umsetzung in Deutschland, dass in Fällen, in denen ein Unternehmen einen Antrag auf Bußgelderlass gestellt hat, auch seine derzeitigen oder früheren Mitarbeiter und Organmitglieder vollumfänglich vor Sanktionen wegen ihrer Beteiligung am antragsgegenständlichen Kartell geschützt sind, sofern das Unternehmen der erste Antragsteller ist und damit vollständigen Bußgelderlass erzielt (vgl. Art. 17 Abs. 2 lit. c) und sie aktiv mit den Kartellbehörden zusammenarbeiten. Ausdrücklich miterfasst in diesen Fällen sind auch strafrechtliche Sanktionen für das kartellrechtswidrige Verhalten (Art. 23 Abs. 2).

Dass bedeutet für die Umsetzung in das deutsche Recht, dass in Fällen von wettbewerbswidrigen Absprachen bei Ausschreibungen (Submissionsbetrug, § 298 StGB) die Mitarbeiter und Organmitglieder des Unternehmens über einen Kronzeugenantrag straffrei gestellt werden und nicht mehr in separaten Strafverfahren von der jeweils zuständigen Staatsanwaltschaft verfolgt werden können. Dies entspricht der mit Art. 22 verfolgten Zielsetzung der Kommission (siehe Begründung zum RL-Vorschlag der Kommission, Seite 22). Nach aktueller Rechtslage in Deutschland schützt der Kronzeugenantrag des Unternehmens dagegen nur derzeitige und ehemalige Mitarbeiter und Organmitglieder vor etwaigen Bußgeldern für eine Kartellbeteiligung im Ordnungswidrigkeitenverfahren, nicht jedoch hinsichtlich einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Submissionsbetrugs. Die Umsetzung würde also eine Ausweitung der aktuell nicht auf Submissionsabsprachen anwendbaren strafrechtlichen Kronzeugenregelung nach § 46 b StGB erfordern, wie dies bereits in Österreich im dortigen § 209b StPO geregelt ist. Sie ist aus Sicht der Rechtsanwaltschaft zu begrüßen, weil es dadurch im Hinblick auf die Frage der

Kooperationsbereitschaft und Stellung eines Kronzeugenantrags bei den Kartellbehörden zwischen dem Unternehmen und dessen Leitungspersonen nicht zwangsläufig – angesichts unterschiedlicher Sanktionsrisiken – zu Interessenswiderstreiten kommt und dadurch die Entscheidung für eine Kooperation mit den Kartellbehörden in der Praxis einfacher wird.

Voraussetzung für diesen umfassenden Schutz von Mitarbeitern und Organmitgliedern des Kronzeugen vor Sanktionen (einschließlich strafrechtlicher Sanktionen) ist – folgerichtig – deren aktive Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden (Art. 23 Abs. 1 lit. b). Dieser umfassende Schutz vor Sanktionen sollte Mitarbeitern und Organmitgliedern gleichermaßen zustehen, wenn nicht das Unternehmen, sondern sie selbst einen Kronzeugenantrag bei den Kartellbehörden gestellt haben. Die aktuelle Bonusregelung des Bundeskartellamtes eröffnet auch natürlichen Personen die Möglichkeit für einen Kronzeugenantrag, dabei sollte es auch nach Umsetzung der RL bleiben. Auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 1, Abs. 2 ergibt, sollte es deshalb für die Behandlung natürlicher Personen keinen Unterschied machen, wer den Kronzeugenantrag bei den Kartellbehörden stellt.

Darüber hinaus sollte die Umsetzung in das nationale Recht entsprechend der Regelung in Art. 23 Abs. 3 sicher stellen, dass Mitarbeiter und Organmitglieder von Unternehmen selbst dann entweder sanktionsfrei ausgehen oder – unter Berücksichtigung des tatsächlichen Kooperationsbeitrags der natürlichen Person zur Aufklärung des Verstoßes – zumindest von einer Ermäßigung bei den Sanktionen (in beiden Fällen auch in strafrechtlicher Hinsicht) profitieren können, wenn das Unternehmen nicht als erster Beteiligter einen Kronzeugenantrag gestellt hat (vgl. Art. 23 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. a).

* * *