

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWE)
Referat IB1 – Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik,
Kartellrecht, wettbewerbspolitische Fragen der Digitalisierung
Referatsleiter Dr. Thorsten Käseberg
Alt-Moabit 101 d
11019 Berlin

Per E-Mail: Thorsten.Kaeseberg@bmwe.bund.de

www.studienvereinigung.de

Benrather Str. 18-20
40213 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:
Maximilianhöfe | Maximilianstrasse 13
80539 München | Deutschland
Tel: +49 89 24243-0
ingo.brinker@studienvereinigung.de

19. Juni 2026

Entwurf eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (12. GWB-Novelle)

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen

A. Die Studienvereinigung Kartellrecht

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht („**Studienvereinigung**“) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und dem mehr als 1.600 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz angehören. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen in Verfahren vor der Europäischen Kommission („**Kommission**“) und den nationalen Kartellbehörden sowie vor nationalen und europäischen Gerichten.

B. Einleitung

- 2 Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie („**BMWE**“) hat am 4. Juni 2026 den Entwurf eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („**12. GWB-Novelle**“) veröffentlicht („**Entwurf**“ oder „**GWB-E**“).¹ Mit dem Entwurf will das BMWE die effektive Anwendung des Kartellrechts sicherstellen und die Verfahren schneller und effizienter ausgestalten (Entwurf, S. 1). Im Folgenden nimmt die Studienvereinigung zu den einzelnen Teilen des Entwurfs Stellung.

¹ <https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/2026/20260529-entwurf-eines-zwoelften-gesetzes-zur-aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf>.

C. Stellungnahme zu den einzelnen Teilen des Entwurfs

I. § 32h GWB-E (Vergabescreening)

- 3 Nach dem Entwurf wird das Bundeskartellamt erstmals zur verdachtsunabhängigen, systematischen Datenauswertung mittels Screening-Methoden im Oberschwellenbereich ermächtigt (§ 32h GWB-E). Außerdem werden die Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, die hierfür erforderlichen Daten zu allen Bewerbern und Bietern an den Datenservice Öffentlicher Einkauf zu übermitteln (§ 114 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 GWB-E).
- 4 Das vorgesehene Vergabescreening ist grundsätzlich ein valides Instrument, das auch in anderen Jurisdiktionen in ähnlicher Form eingesetzt wird. Zu befürchten ist nach dem aktuellen Entwurf allerdings eine zu weite Ausdehnung von Durchsuchungen und anderen Ermittlungsmaßnahmen zur Aufklärung algorithmisch bestimmter Auffälligkeiten in den Daten. Der Entwurf enthält keine Vorgaben dazu, welche Anforderungen an Hinweise in den gescreenten Daten zu stellen sind, damit diese zu einer Verfahrenseinleitung und Ermittlungsmaßnahmen, wie etwa einer Durchsuchung, führen können. Bisher gilt, dass die Anordnung einer Durchsuchung einen durch konkrete Tatsachen begründeten Verdacht eines Kartellrechtsverstößes voraussetzt. Die bloße Vermutung hingegen genügt nicht. Hier besteht nun abstrakt die Gefahr, dass die Eingriffsschwelle faktisch gesenkt wird, wenn bereits jede Datenauffälligkeit einen derartigen Verdacht begründen würde. Bei der Bewertung sind die besonderen Belastungen für Unternehmen und der damit verbundene Grundrechtseingriff zu berücksichtigen, wenn sie durchsucht werden.
- 5 Daher empfiehlt die Studienvereinigung, dass in der Norm klargestellt wird, dass das algorithmische oder statistische Screening-Verfahren lediglich Risikoindikatoren erzeugen kann, jedoch nicht automatisch einen Anfangsverdacht begründen kann. Insoweit muss es einen Mechanismus in Form von menschlicher Kontrolle geben, durch den geprüft wird, ob das festgestellte Risiko tatsächlich einen Anfangsverdacht begründet und eine Verfahrenseinleitung rechtfertigt. Das kann nach den Anforderungen der Verordnung (EU) 2024/1689 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz je nach eingesetztem Screening-Tool auch rechtlich verpflichtend sein.
- 6 Es wäre zudem im Sinne effektiven Rechtsschutzes ratsam, wenn das Bundeskartellamt im Gesetzesentwurf verpflichtet wird, Leitlinien zu erlassen, die die Funktionsweise der verwendeten Screening-Methoden transparent darlegen. Durch eine Konsultation zu diesen Leitlinien könnte verhindert werden, dass zu viele falsche Treffer durch einen gerade im Anfangsstadium zu unpraktikablen Ansatz generiert werden, etwa weil Spezifika wie Bietergemeinschaften und Nachunternehmen nicht korrekt berücksichtigt werden.
- 7 Positiv zu würdigen ist, dass die Datenaufbewahrung und -löschung in den Sätzen 2 bis 4 berücksichtigt wurde. Die grundsätzliche Fünf-Jahres-Frist mit einer verfahrensgebundenen Verlängerung für anhängige Verfahren trägt dem Grundsatz der Datensparsamkeit Rechnung. Allerdings ist

zu bedenken, dass fünf Jahre ein verhältnismäßig langer Zeitraum dafür sind, dass kein konkretes Verdachtsmoment gegeben ist.

- 8 Bei Einführung dieser Maßnahme sind die Kapazitäten des Bundeskartellamts zu berücksichtigen. Der Entwurf sieht Einsparungen bei der Behörde vor. Die neue operative Daueraufgabe zur systematischen Auswertung von Vergabedaten wird mittel- und langfristig allerdings Ressourcen erfordern, insbesondere in Form technischer Infrastruktur. Zudem müssen die Erkenntnisse des Screenings weiterhin durch Personal überprüft werden.

II. § 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Halbsatz 1, Nr. 2 lit. b) GWB-E (fusionskontrollrechtliche Umsatzschwellen)

- 9 Die Studienvereinigung begrüßt die im Entwurf vorgesehene Anhebung sämtlicher Umsatzschwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle grundsätzlich.

1. Weltweite Umsatzschwelle und erste Inlandsumsatzschwelle

- 10 Die Erhöhung der weltweiten Umsatzschwelle auf EUR 750 Mio. (+ 50 %) und der ersten Inlandsumsatzschwelle auf EUR 75 Mio. (+ 50 %) ist sachgerecht und geeignet, die Unternehmen (insbesondere mittelständische Unternehmen) und das Bundeskartellamt von unnötigem Aufwand zu entlasten, ohne den wettbewerbspolitischen Schutz zu gefährden. Die Entlastungswirkung ist erheblich: Das BMWK rechnet mit einer Reduktion der Anmeldungen um ca. 13–14 % bzw. ca. 120 Verfahren pro Jahr (Entwurf, S. 24).

2. Zweite Inlandsumsatzschwelle

- 11 Die geplante geringfügige Anhebung der zweiten und in der Praxis häufig entscheidenden Inlandsumsatzschwelle von EUR 17,5 Mio. auf EUR 20 Mio. (ca. 14 %) hält die Studienvereinigung hingegen für unzureichend. Im Schwellenwertgefüge wäre eine solch geringfügige Anhebung inkonsistent: Während der Entwurf die weltweite und die erste Inlandsumsatzschwelle konsequent um jeweils 50 % anhebt – gestützt auf denselben Inflations- und Wachstumsmaßstab seit 2021 und dasselbe Ziel, die Wirtschaft weiter zu entlasten und behördliche Ressourcen gezielter und effizienter einzusetzen (Entwurf, S. 33) –, bleibt die zweite Inlandsumsatzschwelle nahezu unverändert. Dies verfehlt das erklärte Entlastungsziel, da gerade diese Schwelle für mittelständische Transaktionen typischerweise der aufgreifbegründende Faktor ist. Die gleichzeitige erhebliche Anhebung der Gebührenhöchstgrenzen (Vorprüfverfahren: +33 %, Hauptprüfverfahren: +67 %; dazu auch unten, Rn. 60) verschärft den regressiven Effekt zusätzlich: Unternehmen knapp oberhalb der zweiten Inlandsumsatzschwelle werden für wettbewerblich unproblematische Vorhaben künftig potenziell deutlich stärker belastet. Auch systematisch ist die niedrige zweite Inlandsumsatzschwelle inkohärent mit der Einführung von Phase 0 als gezieltem Screening-Instrument sowie mit der Neugestaltung des § 35 Abs. 1 GWB, die die zweite Inlandsumsatzschwelle zum alleinigen

Abgrenzungskriterium für rein umsatzbasierte Zusammenschlüsse erheben soll (näher dazu unten, Rn. 15 ff.).

- 12 Das vom Gesetzgeber implizit angeführte Schutzlückenargument – eine stärkere Anhebung erhöhe die Gefahr, künftig einige wettbewerblich kritische Unternehmenszusammenschlüsse auf Regionalmärkten nicht prüfen zu können (Entwurf, S. 34) – überzeugt nicht. Auf Regionalmärkten mit geringem Marktvolumen kann die Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB) greifen, sodass eine Untersagung materiellrechtlich ohnehin ausgeschlossen ist und die vorgelagerte Anmeldepflicht keinen wettbewerbspolitischen Mehrwert entfaltet, sondern ausschließlich Verfahrenskosten verursacht. Auch der Verweis auf die bereits erfolgte Anhebung in der 10. GWB-Novelle (Entwurf, S. 34) verfängt aus Sicht der Studienvereinigung nicht, da es sich dabei lediglich um die Nachholung einer historisch unterlassenen Anpassung handelte und nicht um eine Vorwegnahme künftiger Novellierungen.
- 13 Im europäischen Vergleich liegt die geplante Anhebung um nur 14 % außerdem deutlich unter dem aktuellen Trend: Frankreich hebt seine individuellen Inlandsumsatzschwellen um 60 % (auf EUR 80 Mio.), Irland die zweite Inlandsumsatzschwelle um 50 % (auf EUR 15 Mio.) an. Auch die absoluten Schwellenwerte anderer Mitgliedstaaten – Niederlande (EUR 30 Mio.), Belgien (EUR 40 Mio.), Spanien (EUR 60 Mio.), Italien (EUR 35 Mio.) – liegen sämtlich über dem geplanten Niveau in Deutschland, obwohl Deutschland die größte Volkswirtschaft der EU ist. Die zweite Inlandsumsatzschwelle sollte nach Ansicht der Studienvereinigung daher auf mindestens EUR 25 Mio. angehoben werden, um eine konsistente, verhältnismäßige und im internationalen Vergleich angemessene Reform zu gewährleisten.
- 14 Darüber hinaus könnte darüber diskutiert werden, zumindest in der Zukunft einen dynamischen Anpassungsmechanismus einzuführen, der das BMW-E ermächtigt, die Schwellenwerte durch Rechtsverordnung an die gesamtwirtschaftliche Entwicklung und Inflation anzupassen. Ein solcher Mechanismus, der beispielsweise an den Verbraucherpreisindex geknüpft werden könnte, hat sich in anderen Jurisdiktionen, etwa den USA und Kanada, bewährt. Er würde verhindern, dass die Schwellenwerte durch Inflation und allgemeines Umsatzwachstum schleichend an Trennschärfe verlieren und dass der Gesetzgeber „nur“ infolge derartiger Entwicklungen zur Anpassung des GWB „gezwungen“ ist.

III. § 35 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB-E (Transaktionswertschwelle)

- 15 Hinsichtlich des zweiten Aufgreifkriteriums der deutschen Fusionskontrolle – der Transaktionswertschwelle – sieht der Entwurf umfangreiche Änderungen sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen für eine Anmeldepflicht (dazu 1. bis 8.) als auch in Bezug auf das Verfahren bei Anmeldungen (dazu IV.) vor (§ 35 Abs. 1a GWB bzw. § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 lit. b) GWB-E und § 39 Abs. 1 Satz 2, Abs. 7 und 8 GWB-E):

1. Absehen von der Einführung eines Call-in-Rechts

- 16 Die Studienvereinigung begrüßt die Entscheidung des BMW, kein echtes Call-in-Recht zu schaffen, und nimmt den Ansatz des Entwurfs zur Kenntnis, durch die Anpassung der Transaktionswertschwelle (i) die Schwellenwerterhöhung bei den Umsatzschwellen teilweise zu kompensieren und (ii) das Thema *killer acquisitions* weiterhin wettbewerbspolitisch zu adressieren. Die Entscheidung gegen ein echtes Call-in-Recht hält die Studienvereinigung für richtig: Auch das Bundeskartellamt hat im Vorfeld der Novelle auf die erheblichen Bedenken gegen solche Modelle im Hinblick auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit hingewiesen.² Die Einbeziehung materieller Prüfmaßstäbe wie des SIEC-Test oder von Marktanteilsschwellen in die formelle Fusionskontrolle würde die Grenze zwischen formeller und materieller Kontrolle (weiter) verwischen und die Beurteilung der Anmeldepflicht für Unternehmen erheblich erschweren.

2. Nichtanhebung der Schwelle von EUR 400 Mio. für die Gegenleistung

- 17 Anders als die Umsatzschwellen in § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a) GWB-E soll die Schwelle von EUR 400 Mio. für die Gegenleistung nach dem Entwurf unverändert bleiben. Wenngleich dem Entwurf das Bestreben zugrunde liegt, den Anwendungsbereich der deutschen Fusionskontrolle in bestimmten Bereichen (namentlich: *killer acquisitions*) zu erweitern, erscheint eine Nichtanpassung der Gegenleistungsschwelle angesichts der Anhebung der Umsatzschwellen weder sachgerecht noch konsequent.³ Denn der ausweislich des Entwurfs vielfach gestiegene Umsatz der Unternehmen dient häufig als Ausgangspunkt für verschiedene Methoden zur Unternehmensbewertung und damit für die Bestimmung der Gegenleistung. Zudem ist es seit der Einführung der Transaktionswertschwelle im Jahr 2017 insoweit durchaus zu relevanten Entwicklungen gekommen.

3. Keine Subsidiarität; Anwendung auch auf „reife Märkte“

- 18 Durch die systematische Eingliederung der Transaktionswertschwelle in § 35 Abs. 1 GWB möchte das BMW klarstellen, dass die Transaktionswertschwelle nicht nur *subsidiär* Anwendung findet, wenn die Umsatzerlöse des zu erwerbenden Unternehmens keinen adäquaten Rückschluss auf dessen Marktposition und wettbewerbliches Potenzial zulassen. Die zur derzeitigen Transaktionswertschwelle vertretene, gegenteilige Ansicht, die sich u.a. auf die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle⁴ und den vom Bundeskartellamt veröffentlichten, inzwischen zurückgezogenen Leitfaden zur Transaktionswertschwelle⁵ stützen konnte, hat der Bundesgerichtshof („BGH“) bereits in der

² Bundeskartellamt, Hintergrundpapier – Arbeitskreis Kartellrecht, 9. Oktober 2025, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AKK_2025/AK_Kartellrecht_2025_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 17 ff.

³ Der Faktor, um den die Transaktionswertschwelle die Umsatzschwellen übersteigt, wird durch die vorgesehenen Änderungen nochmals geringer.

⁴ BT-Drs. 18-10207, S. 75.

⁵ Bundeskartellamt/Bundeswettbewerbsbehörde, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG), Stand August 2025, Rn. 99 f.

Meta/Kustomer-Entscheidung in weiten Teilen eingeschränkt⁶. Nach dem BGH ist nämlich jedenfalls dann, wenn *auch* andere als sog. „reife Märkte“ betroffen sind, davon auszugehen, dass der Umsatz das wettbewerbliche Potenzial des zu erwerbenden Unternehmens offensichtlich nicht adäquat reflektiert. Der Entwurf geht insoweit sogar noch einen Schritt weiter und meint offenbar, dass auch bei der ausschließlichen Betroffenheit „reifer Märkte“ keine Subsidiarität bestehe (dazu und zu dem Folgenden Entwurf, S. 34).

- 19 Diese Ausweitung begegnet aus Sicht der Studienvereinigung erheblichen Bedenken. Die Transaktionswertschwelle wurde bei ihrer Einführung mit der 9. GWB-Novelle 2017 eng auf den Schutz innovativer, noch umsatzschwacher Unternehmen in dynamischen Märkten ausgerichtet – vornehmlich junge Digitalunternehmen und Unternehmen aus dem Bereich privater Forschung und Entwicklung (v.a. aus dem medizinischen oder pharmazeutischen Bereich), deren Umsätze ihr tatsächliches wettbewerbliches Potenzial nicht widerspiegeln. Dieser ursprüngliche Zweck der Transaktionswertschwelle wird durch die beträchtliche Erweiterung auf „reife Märkte“ grundlegend verändert. Angesichts der allein angeführten Begründung des Gesetzesentwurfs, nach der es auch auf „reifen Märkten“ Innovationen mit disruptivem Potenzial geben könne, erscheint die Schlussfolgerung, eine generelle Anwendung der Transaktionswertschwelle sei geboten, überschießend. Denn hier wird von einem Einzelphänomen auf einen systemischen Regelungsbedarf geschlossen. Der Zusammenhang zwischen dem Transaktionswert und dem Disruptionspotenzial der Transaktion wird dadurch im Regelfall überzeichnet (dazu auch sogleich unter 4.). Die Erweiterung erfolgt ohne belastbare empirische Evidenz dafür, dass auf reifen Märkten in nennenswertem Umfang strukturelle Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Zusammenschlüsse unterhalb der Umsatzschwellenwerte auftreten.
- 20 Die Studienvereinigung regt daher an, vor einer solchen Gesetzesänderung jedenfalls die Notwendigkeit der Ausweitung empirisch zu überprüfen. Ohne eine solche empirische Grundlage entstehen für betroffene Unternehmen zusätzliche Rechtsunsicherheit und erhebliche Belastungen.

4. Zweifelhafte Ausgangsthese des Entwurfs und des BGH in der *Meta/Kustomer*-Entscheidung

- 21 Im engen Zusammenhang dazu steht die – auch dem Entwurf zugrundeliegende – Grundannahme, dass ein Transaktionswert von über EUR 400 Mio. beim Kauf eines umsatzschwachen Unternehmens grundsätzlich ein starkes Indiz dafür sei, dass die Umsätze des Zielunternehmens dessen wettbewerbliches Potenzial in Deutschland nicht entsprechend widerspiegeln, sodass die Umsätze keinen Hinweis auf eine möglicherweise bevorstehende disruptive Marktveränderung in Deutschland darstellen könnten.⁷ Diese Prämisse ist jedoch „schief“, weil sich die EUR 400 Mio. auf den *weltweiten* Transaktionswert beziehen, während die Umsatzschwäche des Zielunternehmens auf

⁶ BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 46 – *Meta/Kustomer*.

⁷ Entwurf, S. 34; BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 37, 46 – *Meta/Kustomer*.

Deutschland bezogen wird. In die gleiche unzutreffende Richtung geht die Bemerkung des Entwurfs (S. 35), dass bislang nicht ersichtlich sei, dass die Transaktionswertschwelle Exit-Strategien von Start-ups verhindert hätte, und dies daher auch in Zukunft – durch die Ausweitung der deutschen Fusionskontrolle – nicht zu erwarten sei. Dies kann ebenfalls nicht überzeugen. Denn wenn es um die Planung eines zukünftigen Exits geht, werden die Gründer alle relevanten Aspekte prüfen, wobei die (deutsche) Fusionskontrolle durchaus eine Vorfeldwirkung entfalten kann. Dieser Ausgangspunkt prägt danach ein fehlgeleitetes Vorverständnis, wonach für eine Anmeldepflicht zu den EUR 400 Mio. „eigentlich nicht mehr viel hinzukommen muss“.

5. Völkerrechtliche Anforderungen

- 22 Der Entwurf führt aus, dass die derzeitige Regelung bezogen auf die aktuelle Inlandstätigkeit des Zielunternehmens den bereits völkerrechtlich erforderlichen Inlandsbezug des Zusammenschlusses sicherstelle (Entwurf, S. 35). Das entspricht den Ausführungen in der Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle.⁸ Sodann verweist der Entwurf darauf, dass die Monopolkommission vorgeschlagen habe, das Kriterium der Inlandstätigkeit zu streichen oder erheblich anzupassen (Entwurf, S. 35). Darauf setzt der Entwurf dann auf, ohne das Völkerrecht noch einmal ausdrücklich zu erwähnen. Die vorgeschlagene Neuregelung setzt dabei die Anforderungen für eine Anmeldepflicht weiter herab, ohne dass ersichtlich wäre, dass sich an den völkerrechtlichen Vorgaben etwas geändert hätte.

6. Ausweitung auf die voraussichtliche (zukünftige) Inlandstätigkeit des Zielunternehmens

- 23 Die Studienvereinigung ist vor diesem Hintergrund nicht davon überzeugt, dass die vorgesehene Ausweitung der Transaktionswertschwelle im Hinblick auf eine voraussichtliche (zukünftige) Inlandstätigkeit des Zielunternehmens ohne jeden Zweifel mit den völkerrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren ist. Bezeichnenderweise hat selbst das Bundeskartellamt in jüngerer Zeit darauf hingewiesen, dass sich „die Frage der künftigen Inlandstätigkeit nur schwer rechtssicher definieren lässt“ und „Rechtsstreitigkeiten und höchstrichterliche Entscheidungen zu dieser Frage sehr wahrscheinlich“ seien.⁹
- 24 Darüber hinaus hält die Studienvereinigung die geplante Ausweitung zudem bereits nicht für erforderlich. Es ist nämlich schon unklar, ob und inwieweit es einer solchen in die Zukunft gerichteten Betrachtung tatsächlich bedarf. Der BGH hat den Anwendungsbereich der Transaktionswertschwelle in der *Meta/Kustomer*-Entscheidung¹⁰ jüngst bereits erheblich ausgedehnt und den Anwendungsbereich als „äußerst weit“ qualifiziert. Nach der Entscheidung ist nur der Erwerb von

⁸ BT-Drs. 18-10207, S. 72.

⁹ Bundeskartellamt, Hintergrundpapier – Arbeitskreis Kartellrecht, 9. Oktober 2025, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AKK_2025/AK_Kartellrecht_2025_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 16.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 29 ff. – *Meta/Kustomer*.

Zielunternehmen mit lediglich marginaler Inlandstätigkeit nicht von der Transaktionswertschwelle erfasst.¹¹ Der BGH hat insbesondere klargestellt, dass sich eine erhebliche Inlandstätigkeit auch aus sonstigen charakteristischen Merkmalen der Dienstleistung mit Bezug zu inländischen Märkten ergeben kann, selbst wenn keine inländischen Kunden vorhanden sind.¹² Die kumulierten Änderungen – BGH-Rechtsprechung und Änderungen durch die 12. GWB-Novelle – dürften dazu führen, dass es in den meisten Fällen kaum möglich sein wird, eine erhebliche Inlandstätigkeit des Zielunternehmens hinreichend robust auszuschließen.

- 25 Soweit der Entwurf darauf verweist, dass das Bundeskartellamt die Fälle *Microsoft/OpenAI* und *Microsoft/Inflection* nicht habe prüfen können, geht dies zudem jedenfalls teilweise fehl. Denn das Bundeskartellamt, welches das Tatbestandsmerkmal in seinen ursprünglichen Leitlinien enger ausgelegt hat, als es der BGH in der *Meta/Kustomer*-Entscheidung getan hat, hatte in diesen Fällen nach intensiver Prüfung selbst entschieden, die Fälle nicht weiterzuverfolgen und es ggf. auf ein gerichtliches Verfahren ankommen zu lassen.
- 26 In der formellen Fusionskontrolle haben Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit einen besonders hohen Stellenwert. Zuständigkeitsfragen sollten einfach handhabbar bleiben und nicht von unsicheren Prognosen abhängen. Die Einführung qualitativer und zukunftsbezogener Kriterien – wie der „voraussichtlichen“ Inlandstätigkeit – kann zu erheblicher zusätzlicher Unsicherheit für die Zusammenschlussbeteiligten führen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Erwerber typischerweise keinen Einblick in etwaige Markteintrittsplanungen des Zielunternehmens für nationale Märkte wie Deutschland haben. Ferner weist die Studienvereinigung darauf hin, dass gerade in neuartigen und innovativen Branchen, auf deren Schutz die Transaktionswertschwelle vornehmlich abzielt, die Frage nach einem zukünftigen Markteintritt häufig spekulativ und mit erheblicher Volatilität verbunden ist. Wenngleich (Start-up-)Unternehmen strategische Pläne für einen zukünftigen Markteintritt in Deutschland oder anderswo hegen mögen, werden derartige Expansionspläne erfahrungsgemäß – oftmals auch kurzfristig – aufgegeben oder geändert. Vor diesem Hintergrund sollte grundsätzlich überdacht werden, ob die fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht an einen zukünftigen Markteintritt des Zielunternehmens zu knüpfen ist.

7. Konkretisierung des in § 185 Abs. 2 GWB festgeschriebenen Auswirkungsprinzips

- 27 Soweit der Gesetzgeber dennoch auf die voraussichtliche (zukünftige) Inlandstätigkeit des Zielunternehmens abstellen möchte und in § 35 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB-E eine Konkretisierung des in § 185 Abs. 2 GWB festgeschriebenen Auswirkungsprinzips (vor-)sehen möchte (Entwurf, S. 36), löst dies nach Ansicht der Studienvereinigung jedenfalls folgende Bedenken aus:

¹¹ BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 48 – *Meta/Kustomer*.

¹² BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 32 ff. – *Meta/Kustomer*.

- Erstens ist der im Entwurf (S. 36) wiedergegebene **allgemeine Maßstab zu § 185 Abs. 2 GWB** aus der Kommentierung bei *Immenga/Mestmäcker* – anders als der Entwurf es suggeriert – nicht unumstritten. Vielmehr bestehen durchaus abweichende, gewichtige Auffassungen in der Literatur.¹³ So geht es insbesondere um die Frage, ob es erforderlich ist, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung im Inland tatsächlich auswirkt, oder ob es ausreicht, dass sie sich im Inland auswirken kann bzw. geeignet ist, den inländischen Wettbewerb zu beschränken. Eine ausdrückliche Entscheidung des BGH, dass insoweit die bloße Eignung reicht, liegt (soweit ersichtlich) nicht vor.¹⁴ Die in diese Richtung deutenden Ausführungen aus der *Meta/Kustomer*-Entscheidung¹⁵ weisen insofern jedenfalls einen klaren Bezug zu den *gegenwärtigen* Aktivitäten des Unternehmens auf. Vor diesem Hintergrund erscheint auch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber den für den „local nexus“ geltenden Maßstab – auch gegenüber dem Test nach *Meta/Kustomer* – überhaupt erheblich weiter absenken kann, wenn der BGH in der *Meta/Kustomer*-Entscheidung bereits entschieden hat, dass § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB (in seiner jetzigen Fassung) und § 185 Abs. 2 GWB bereits *de lege lata* jedenfalls sehr nahe beieinanderliegen.¹⁶
- Hinzu kommt – zweitens –, dass der Entwurf das in der Rechtsprechung des BGH zu § 185 Abs. 2 GWB (bzw. dessen Vorgängernormen) an sich klar herausgestellte Kriterium der **Unmittelbarkeit**¹⁷ – dem auch eine zeitliche Komponente zuzuschreiben sein dürfte – nicht aufgreift bzw. dieses jedenfalls stark abschwächt, soweit auf die *voraussichtliche* Inlandstätigkeit abgestellt wird (Entwurf, S. 36).¹⁸
- Drittens erscheint bedenklich, dass durch das neue Tatbestandsmerkmal („im Inland tätig ist oder voraussichtlich werden wird“) und dessen **begriffliche Divergenzen** zu § 185

¹³ Siehe etwa Bechtold/Bosch, GWB, 11. Aufl. 2025, § 185 GWB Rn. 19.

¹⁴ Siehe aber OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008 – VI-Kart 8/07 (V), BeckRS 2009, 02378 Rn. 28: „Die im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung muss aufgrund konkreter Umstände geeignet sein, den inländischen freien Wettbewerb unmittelbar und spürbar zu beeinträchtigen“.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 37 – *Meta/Kustomer*: „Ausgehend von den gegenwärtigen wettbewerblichen Aktivitäten des Zielunternehmens und deren charakteristischer Eigenschaften ist daher zu beurteilen, ob seine Tätigkeit einen Bezug zum Inland aufweist, der generell geeignet sein kann, aufgrund des Zusammenschlussvorhabens wettbewerbliche Gefahrenlagen für (auch) im Inland belegene Märkte zu begründen. Insoweit sind die gegenwärtigen wettbewerblichen Aktivitäten für die Zwecke ihrer geographischen Zuordnung anhand geeigneter objektiver Kriterien einer wertenden Betrachtung zu unterziehen, wobei der Gesetzgeber bei der Einführung der Transaktionswertschwelle davon ausgegangen ist, dass die Kriterien, die Aussagekraft für die Inlandsaktivität haben, je nach Branche und Marktreife variieren können, gleichzeitig jedoch alle objektiven und quantifizierbaren Kriterien ausscheiden, die an den Umsatz des Zielunternehmens oder an dessen Wert anknüpfen (BT-Drucks. 18/10207, S. 75)“.

¹⁶ Siehe etwa BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 37 – *Meta/Kustomer*: „Die nach § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB geforderte Inlandstätigkeit konkretisiert den in der Kollisionsnorm des § 185 Abs. 2 GWB allgemein vorausgesetzten Inlandseffekt [...]“.

¹⁷ Siehe grundlegend BGH, Beschluss vom 29.5.1979 – KVR 2/78, BeckRS 1979, 106383 Rn. 18; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008 – VI-Kart 8/07 (V), BeckRS 2009, 02378 Rn. 28.

¹⁸ Insoweit besteht auch ein Unterschied zur *Meta/Kustomer*-Entscheidung des BGH, in welcher der BGH auf die gegenwärtige, auf das Inland bezogene Tätigkeit abgestellt hat (Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 40 – *Meta/Kustomer*).

Abs. 2 GWB weitere Unsicherheiten zulasten der Normadressaten bzw. zugunsten des Bundeskartellamts geschaffen werden könnten. „Tätigkeit“ und „Auswirkungen“ sind keine Synonyme.¹⁹

- Viertens sollte klargestellt werden, dass sich die vorzunehmende **Auswirkungsanalyse** jedenfalls auf den Erwerb durch den **konkreten Erwerber** zu beschränken hat und es nicht ausreicht, dass der Erwerb des Zielunternehmens durch *irgendein* Unternehmen die Voraussetzungen der Auswirkungsanalyse erfüllt.²⁰
- Fünftens erscheinen einige der im Entwurf genannten (auf S. 36) **Beispiele** und Anhaltspunkte für eine (jedenfalls voraussichtliche) Inlandstätigkeit (Entwurf, S. 36)²¹ **jedenfalls teilweise zu weitgehend**, da bei einigen der genannten Aspekte – insbesondere dem Freiwerden von Produktionskapazitäten im Inland durch Verlagerungen ins Ausland – der erforderliche Inlandsmarktbezug, der im Grundsatz durch einen Absatz an die Marktgegenseite zum Ausdruck kommt,²² fraglich erscheint.

8. Zukünftige Inlandstätigkeit – Prognosezeitraum

- 28 Für den Fall, dass der Gesetzgeber trotz der vorstehend geäußerten Bedenken eine Ausweitung auf die voraussichtliche (zukünftige) Inlandstätigkeit des Zielunternehmens vornehmen möchte, sollte dies aus Sicht der Studienvereinigung jedenfalls auf Fälle mit hoher Eintrittswahrscheinlichkeit innerhalb eines eng bemessenen Prognosezeitraums begrenzt werden. Der vom BMW vorgetragene, regelmäßig zweijährige, aber bis zu fünfjährige Prognosezeitraum (Entwurf, S. 37) erscheint deutlich zu lang bemessen.
- 29 Gegen einen derart langen Prognosezeitraum sprechen erstens die in Rn. 26 dargestellten Unsicherheiten und Volatilitäten in Bezug auf etwaige Markteintrittsplanungen des Zielunternehmens. Soweit der Entwurf jedenfalls in Ausnahmefällen auch einen Zeithorizont von drei bis fünf Jahren für möglich hält (Entwurf, S. 37), begegnet dies zudem im Hinblick auf die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle und der – noch weitergehenden – Aufladung der formellen Fusionskontrolle mit Unsicherheiten sowie Elementen der materiellen Prüfung erheblichen Bedenken.²³ Für eine Verkürzung des relevanten Prognosezeitraums spricht

¹⁹ Ähnliches gilt in Bezug auf das Merkmal der Erheblichkeit: Vor dem Hintergrund, dass der Entwurf ausführt, die *Meta/Kustomer*-Entscheidung des BGH weiterentwickeln zu wollen (Entwurf, S. 35), und dass „erheblich“ (i.S.v. § 35 Abs. 1a GWB bzw. § 35 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB-E) und „spürbar“ (i.S.d. Rechtsprechung zu § 185 Abs. 2 GWB) keine Synonyme sind, bleibt unklar, ob an das Merkmal der Erheblichkeit fortan noch niedrigere Anforderungen gestellt werden sollen.

²⁰ Vgl. insoweit die jedenfalls teilweisen unklaren Ausführungen des BGH in der *Meta/Kustomer*-Entscheidung (Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 42–44 – *Meta/Kustomer*).

²¹ Derartige Aufzählungen sind im Sinne der Rechtssicherheit grundsätzlich zu begrüßen.

²² Vgl. auch BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 33 – *Meta/Kustomer* („*Inanspruchnahme eines Angebots des Zielunternehmens durch Kunden im Inland*“).

²³ Siehe dazu auch BGH, Beschluss vom 17.6.2025 – KVR 77/22, BGHZ 244, 142 Rn. 39 – *Meta/Kustomer*.

auch der allgemein anerkannte Grundsatz, dass der Prognosezeitraum in der materiellen Fusionskontrolle von den Markt- und Wettbewerbsbedingungen abhängt, sodass dann, wenn sich abzeichnet, dass diese in der Zukunft starken Änderungen unterworfen sein werden, ein kürzerer Prognosezeitraum (als der typische Prognosezeitraum) zur Anwendung kommt.²⁴ Gerade in der von der Transaktionswertschwelle primär adressierten Digitalwirtschaft hebt der Gesetzgeber selbst stets die Dynamik und Schnelligkeit hervor, die für eine Verkürzung des Prognosezeitraums auf maximal ein Jahr spricht.

- 30 Abgesehen davon stellen sich auch verschiedene rein praktische Fragen: Wenn generell eine Entlastung des Bundeskartellamts erzielt werden soll, ist fraglich, ob das Abstellen auf eine Prognose geeignet ist. Der natürliche Reflex im Markt dürfte nämlich sein, dass ein sehr großer Teil von Transaktionen zukünftig aus Gründen „größter anwaltlicher Sorgfalt“ zumindest ein Anzeigeverfahren durchlaufen wird, auch wenn es noch kein Geschäft in Deutschland gibt. Es stellt sich zudem die Frage, wie Zusammenschlussparteien damit umgehen sollen, wenn sich kurzfristig, z.B. nach Signing, ein ursprünglich unvorhersehbar signifikantes Inlandsgeschäft, z.B. durch einen großen Auftrag eines deutschen Kunden, ergibt. Zumindest müssten dann wohl sämtliche Entscheidungsgrundlagen für die Frage „kein zukünftiges Geschäft in Deutschland“ gerichtsfest intern dokumentiert werden.

IV. § 39 Abs. 1 Satz 2, Abs. 7 und 8 GWB-E (Anzeigeverfahren)

- 31 Der Entwurf des neuen Anzeigeverfahrens erscheint grundsätzlich sachgerecht,²⁵ teilweise sieht die Studienvereinigung jedoch noch Nachbesserungs- bzw. Klärungsbedarf:

1. Inhalt der Anzeige

- 32 Der vorgesehene Inhalt der Anzeige legt den beteiligten Unternehmen nicht unerhebliche Pflichten auf, die denen einer „regulären“ Fusionskontrollanmeldung durchaus nahekommen. Um dem Bundeskartellamt eine (Vor-)Prüfung innerhalb von zwei Wochen zu ermöglichen – und auch im Vergleich zu den Anforderungen in anderen Jurisdiktionen (insbesondere der EU) –, erscheinen die geforderten Angaben – sollte es in der gelebten Praxis des Bundeskartellamts bei diesen bleiben – jedoch grundsätzlich sachgerecht und verhältnismäßig.
- 33 Unklar und im Ergebnis zu weitgehend erscheint allerdings die in der Gesetzesbegründung vorgesehene Pflicht, die strategischen und wirtschaftlichen Beweggründe der Transaktion durch interne Dokumente zu belegen (Entwurf, S. 39). Im Gesetzestext und in der derzeitigen Praxis findet diese

²⁴ Siehe etwa KG, Beschluss vom 21.7.1995 – Kart 19/94, BeckRS 1996, 240 Rn. 13 – *Vorratsanmeldung*; Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rn. 12.

²⁵ Das Modell entspricht im Grundsatz der bereits im Hintergrundpapier des Bundeskartellamts zum Arbeitskreis Kartellrecht 2025 skizzierten Option einer „erweiterten Transaktionswertschwelle mit Call-In-Element“, die eine vereinfachte Anzeige mit einem kurzen Vollzugsverbot verbinden sollte, um den Aufwand für Unternehmen und Behörde zu begrenzen und eine Fokussierung auf prima facie problematische Fälle zu ermöglichen.

Pflicht keine Entsprechung. Auch wenn derartige interne Dokumente dem Bundeskartellamt in einigen Fällen möglicherweise dabei helfen können, zu einer schnellen Ersteinschätzung zu kommen, sieht die Studienvereinigung – mit Blick auf die Erfahrungen aus anderen Jurisdiktionen – Bedenken hinsichtlich einer unnötigen und unverhältnismäßigen Aufladung des neuen Anzeigeverfahrens. Denn zum einen ist die Identifizierung, Sichtung und Zusammenstellung derartiger Dokumente aufseiten der Unternehmen (und deren Rechtsberatern) erfahrungsgemäß mit beträchtlichem Aufwand verbunden. Zum anderen ist die Analyse der etwaig vorgelegten Dokumente durch das Bundeskartellamt ebenfalls sehr arbeitsintensiv, weil solche Dokumente häufig einen großen Umfang haben und hochgradig kontextbezogen zu interpretieren sind. Dem vom BMW vorgesehenen – schlanken und unbürokratischen (siehe etwa Entwurf, S. 1) – Anzeigeverfahren würde die Einführung einer solchen grundsätzlichen Pflicht aus Sicht der Studienvereinigung zuwiderlaufen. Eine starre Vorlagepflicht scheint auch nicht sachgerecht, weil es dem Bundeskartellamt ja stets freisteht, die Dokumente im Einzelfall anzufordern.

- 34 Fraglich erscheint zudem, ob der fehlende Verweis auf § 39 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3a GWB in § 39 Abs. 7 GWB-E (Angaben zu Art und zum Umfang der Tätigkeit im Inland) sachgerecht ist. Denn daraus dürfte folgen, dass vorgesehen ist, dass sich das Bundeskartellamt mit dem Inlandsbezug des Zusammenschlusses in Phase-0-Verfahren gar nicht beschäftigen (müssen) wird, wenn gleich ein solcher Bezug bereits aus völkerrechtlicher Sicht die Grundvoraussetzung für die kartellbehördliche Prüfung ist (siehe oben, Rn. 22).

2. Verfahrensablauf

- 35 In Bezug auf den Verfahrensablauf dürfte jedenfalls für Unternehmen aus der Digitalwirtschaft davon auszugehen sein, dass das Bundeskartellamt eine Anmeldepflicht in Phase 0 allenfalls in Einzelfällen verneinen dürfte, da die häufig komplexe Prüfung digitaler Angebote (vgl. auch Entwurf, S. 38) innerhalb der zweiwöchigen Frist kaum abschließend zu bewältigen sein wird. Entscheidend ist daher, wie die aus der Neuregelung für betroffene Unternehmen folgenden Nachteile zu bewerten sind und ob diese – unter Berücksichtigung der bestehenden Regelung – verhältnismäßig erscheinen. Sofern der Aufwand für die Phase-0-Anzeige moderat bleibt und das Bundeskartellamt die Zweiwochenfrist nicht zwingend voll ausschöpfen muss (so auch Entwurf, S. 38), ist der Grundansatz des BMW zu begrüßen, zumal die in der Phase-0-Anzeige gemachten Angaben für die spätere Anmeldung wiederverwertet werden können.

- 36 Im Detail wirft die Regelung jedoch auch einige Fragen auf:

- **Verhältnis zur Anmeldung:** Es ist unklar, wie sich die obligatorische Phase 0 zur Möglichkeit einer Direktanmeldung verhält. Zum einen sollte ausdrücklich klargestellt werden,

dass eine Phase-0-Anzeige nicht erforderlich ist, wenn die Unternehmen ohnehin eine Anmeldepflicht nach den „normalen“ Umsatzschwellenwerten annehmen.²⁶ Zum anderen kann (bei alleiniger Anmeldepflicht nach der Transaktionswertschwelle) in vielen Fällen – insbesondere, wenn Unternehmen eine zügige Freigabe im regulären Verfahren anstreben – ein praktisches Bedürfnis bestehen, die Phase 0 zu „überspringen“ und unmittelbar anzumelden. Ein solches Szenario kommt auch in Betracht, wenn die Zusammenschlussbeteiligten der Ansicht sind, dass es mangels hinreichender Inlandstätigkeit des Zielunternehmens an einer Anmeldepflicht fehlt. Denn dieser Aspekt dürfte nach dem Entwurf nicht zum Prüfprogramm des Phase-0-Verfahrens zählen (siehe oben, Rn. 34). Vor diesem Hintergrund regt die Studienvereinigung an, einen solchen „Opt-Out“ ausdrücklich zuzulassen und in § 39 Abs. 1 Satz 2 GWB-E etwa folgenden klarstellenden Halbsatz aufzunehmen: „es sei denn, die beteiligten Unternehmen melden den Zusammenschluss unmittelbar nach Abs. 3 an“. Dies könnte auch verhindern, dass die Phase 0 in Fällen durchlaufen werden muss, in denen sie keinen zusätzlichen Nutzen bringt und lediglich zu zusätzlichem Mehraufwand und Zeitverlust führt.

- **Spürbare Aufwandsminderung zweifelhaft:** In der Praxis werden Unternehmen vorsorglich ohnehin vielfach die Vorbereitung einer vollständigen Anmeldung parallel zur Phase 0 vorantreiben, um im Falle einer Mitteilung des Bundeskartellamts nach § 39 Abs. 8 GWB-E nicht zusätzlich Zeit zu verlieren, oder im „vorweggenommenen Gehorsam“ in der Phase-0-Anzeige sogar direkt umfangreichere Angaben machen, die eine Vollständigkeit i.S.d. § 39 Abs. 3 GWB herbeiführen würden. Eine spürbare Verminderung des tatsächlichen Vorbereitungsaufwands ist daher fraglich.

- 37 Die vorgesehene Einführung der Phase 0 führt nach der derzeit vorgesehenen Ausgestaltung daher tendenziell zu einer Verlängerung der Gesamtverfahrensdauer und zu zusätzlichen Belastungen. Eine Möglichkeit, dem entgegenzuwirken, wäre aus Sicht der Studienvereinigung auch, in Fällen, in denen zuvor ein Phase-0-Verfahren durchlaufen wurde, eine Verkürzung der Phase-1-Frist – etwa auf drei Wochen statt eines Monats – vorzusehen. Denn das Bundeskartellamt kann bereits ab dem Zeitpunkt der Phase-0-Anzeige ermitteln und die materielle Prüfung jedenfalls teilweise vornehmen. Zwischen der Entscheidung des Bundeskartellamtes, dass eine Anmeldung erforderlich ist, und der tatsächlichen Anmeldung wird zudem typischerweise ein gewisser Zeitraum liegen, den das Bundeskartellamt ebenfalls für die materielle Prüfung (oder jedenfalls Teile davon) nutzen kann. Die über die Phase-0-Anzeige hinausgehenden Angaben der vollständigen Anmeldung können für die materielle Prüfung durch das Bundeskartellamt zwar hilfreich sein, dürften aber in vielen Fällen nicht derart entscheidend sein, dass ohne sie eine jedenfalls weitgehende materielle Prüfung unmöglich wäre. Allerdings sollte eine etwaige Verkürzung der Phase-1-Frist in

²⁶

Die Studienvereinigung versteht die Ausführungen im Entwurf grundsätzlich so, dass das Phase-0-Verfahren *nur* zu durchlaufen ist, wenn keine Anmeldepflicht nach den „normalen“ Umsatzschwellenwerten besteht.

diesen Fällen nicht dazu führen, die inhaltlichen Anforderungen an die – bewusst schlank gehaltene – Phase-0-Anzeige zu erhöhen.

3. Prüfungsmaßstab

- 38 Der Prüfungsmaßstab in Phase 0 lautet, ob die Einleitung eines Hauptprüfverfahrens offensichtlich ausgeschlossen ist (§ 39 Abs. 8 Satz 2 GWB-E). Dieses Kriterium erscheint sachgerecht, zumal andere (infolge der *Meta/Kustomer*-Entscheidung) denkbare Kriterien – etwa Anknüpfungen an das wettbewerbliche Potenzial der zusammengeschlossenen Einheit infolge des Zusammenschlussvorhabens – weniger zweckmäßig erscheinen.

V. § 56 GWB-E (Anhörung)

- 39 Der bisherige § 56 GWB wird neu gefasst und auf drei Vorschriften, die neuen §§ 56 bis 56b GWB-E, aufgeteilt. Der neue § 56 GWB-E entspricht inhaltlich dem bisherigen § 56 Abs. 1 und 2 GWB.
- 40 Sinnvoll erschiene es, in § 56 Abs. 2 GWB-E eine Legaldefinition, zumindest aber eine gewisse Konkretisierung des Begriffs der „berührten Wirtschaftskreise“ aufzunehmen, da dieser Begriff in der Praxis teilweise Auslegungsschwierigkeiten bereitet (zuletzt z.B. im „50+1-Verfahren“, wo sich die Frage stellte, ob es für die Beiladung relevante Eigeninteressen bestimmter Gesellschaften im Konzern geben kann). Sinnvoll könnte z.B. eine Konkretisierung dahingehend sein, dass zu den berührten Wirtschaftskreisen „insbesondere Wettbewerber sowie Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Marktstufen“ zählen.

VI. § 56a GWB-E (öffentliche mündliche Anhörung)

- 41 Die Neuregelung der öffentlichen Anhörung in § 56a GWB-E trägt zu Recht dem Umstand Rechnung, dass das bisherige Instrument der mündlichen Verhandlung in der Praxis zu förmlich und wenig flexibel ausgestaltet war und seit rund 20 Jahren keine praktische Anwendung mehr gefunden hat. Die nun vorgesehene öffentliche mündliche Anhörung stellt demgegenüber ein zeitgemäßes, flexibleres und stärker partizipativ ausgerichtetes Verfahrensinstrument dar, das grundsätzlich zu begrüßen ist. Es eröffnet die Möglichkeit, den Austausch zwischen Kartellbehörde, Verfahrensbeteiligten und betroffenen Wirtschaftskreisen frühzeitig zu fördern und damit die Entscheidungsgrundlage in besonders relevanten Verfahren zu verbreitern.
- 42 Kritisch anzumerken ist jedoch die Unbestimmtheit der Neuregelung in mehreren praktisch relevanten Punkten: Da eine öffentliche mündliche Anhörung der sorgfältigen Vorbereitung durch alle Beteiligten bedarf, sollte eine Mindestladungsfrist vorgesehen werden. Ferner sollte eine Audioaufzeichnung vorgesehen werden. Vor allem aber sollte gesetzlich sichergestellt werden, dass die Anhörung unparteiisch und unabhängig durchzuführen ist. Es sollte daher erwogen werden, die Leitung der Anhörung einem neu einzurichtenden Anhörungsbeauftragten zu übertragen nach dem

Vorbild des Anhörungsbeauftragten in Wettbewerbsverfahren der Kommission²⁷. Dieser sollte nicht nur die öffentlichen mündlichen Anhörungen durchführen, sondern – dem europäischen Vorbild folgend – über das rechtliche Gehör, den Zugang zur Akte, den Schutz vertraulicher Informationen und die Wahrung von Fristen in Kartellverfahren wachen. Um dies abzusichern, wäre eine Berichtspflicht an eine geeignete unabhängige Stelle zu etablieren.

- 43 In den Fällen des § 56a Abs. 2 GWB-E, d.h. in Verfahren nach § 32f Abs. 3 S. 1 bzw. Abs. 4 GWB, soll die öffentliche Anhörung „so früh wie möglich“ stattfinden, um die Sichtweisen eines großen Interessenkreises zu erfassen. Dies ist jedoch zu unbestimmt. Die bisherige Regelung des § 56 Abs. 7 S. 2 GWB sah die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung „nach Einleitung des Verfahrens“ vor, was jedoch in der Praxis nicht immer eingehalten wurde (Beispiel: im § 32f-Verfahren „Kraftstoffe“ hat selbst 15 Monate nach dessen Einleitung noch keine öffentliche mündliche Verhandlung stattgefunden). Damit die Anhörung die ihr zugeordnete Funktion erfüllen und die in § 32f Abs. 7 GWB vorgesehene Soll-Frist von 18 Monaten für das gesamte Verfahren eingehalten werden kann, erscheint eine Konkretisierung dahingehend sinnvoll, dass die Anhörung in den Fällen des § 32f Abs. 3 S. 1 bzw. Abs. 4 GWB „spätestens sechs Monate nach Einleitung des Verfahrens“ stattzufinden hat.

VII. § 56b Abs. 1 GWB-E (Rechte der Beigeladenen)

- 44 Nach der Gesetzesbegründung soll es „im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde [stehen], ob und in welcher Form sie zu diesem Zweck den Sachverhalt und ihre Bewertung gegenüber den einfach Beigeladenen offenlegt.“ Das widerspricht der Rechtsprechung des BGH. Danach ist die Kartellbehörde verpflichtet, Beigeladene über entscheidungserhebliche Tatsachen und die vorläufige rechtliche und ökonomische Bewertung zu informieren. Das der Kartellbehörde zustehende Ermessen bezieht sich allein darauf, in welcher Form sie dieser Verpflichtung nachkommt.²⁸ Sonst kann ein Beigeladener sein rechtliches Interesse, im Verfahren Stellung zu nehmen, nicht wahrnehmen.
- 45 Aus praktischer Sicht erscheint es kritisch, die Akteneinsicht des einfach Beigeladenen dem Ermessen der Kartellbehörde zu überlassen, wie dies heute bereits nach der Rechtsprechung und künftig nach § 56b Abs. 1 der Fall ist. Auch künftig würde zwar gelten, dass ein genereller Ausschluss des Akteneinsichtsrechts für Beigeladene nicht zulässig ist; vielmehr muss die Kartellbehörde im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen, ob das Interesse des Beigeladenen an der Akteneinsicht überwiegt. Das ist jedoch schwierig bis unmöglich, weil möglicher verfahrensförderlicher Vortrag des Beigeladenen erst durch angemessene Akteneinsicht ermöglicht wird. Ein wirksames Akteneinsichtsrecht ist Voraussetzung dafür, dass Beigeladene ihr Branchenwissen und ihre Marktkennntnis zielgerichtet in das Verfahren einbringen können. Erst auf Grundlage einer

²⁷ Beschluss des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13.10.2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren, ABl. 2011 L 275/29.

²⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 20.2.2024 – KVB 69/23, BGHZ 240, 1 Rn. 26 – *Google-Automotive*.

hinreichenden Kenntnis des Verfahrensstoffs ist eine substantiierte und verfahrensfördernde Stellungnahme möglich. Die Kartellbehörde kann regelmäßig nicht bereits im Vorfeld abschließend beurteilen, welchen Beitrag ein Beigeladener leisten wird. In der Praxis läuft die Beteiligung Beigeladener mitunter leer, weil Akteneinsicht mit der Begründung versagt wird, der Antragsteller könne keinen wesentlichen Beitrag zum Verfahren leisten. Eine solche Beurteilung birgt die Gefahr, den Nutzen der Beiladung vorwegzunehmen und den Zugang zu den für eine sachgerechte Stellungnahme erforderlichen Informationen unangemessen zu verkürzen. Grundsätzlich sollte Beigeladenen daher eine möglichst weitgehende Akteneinsicht gewährt werden. Nur bei hinreichender Informationsgrundlage besteht eine effektive Waffengleichheit.²⁹

- 46 Daher sollte die Einschätzung, ob die Stellungnahme eines Beigeladenen verfahrensförderlich sein kann, nicht allein dem Ermessen der Kartellbehörde vorbehalten bleiben. Vielmehr sollte dem Antragsteller regelmäßig Akteneinsicht zu gewähren sein. Eine Versagung jedweder Akteneinsicht sollte nur bei einem erkennbar missbräuchlichen Antrag zulässig sein.

VIII. § 56b Abs. 2 GWB-E (Versagung Akteneinsicht)

- 47 Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem aktuellen § 56 Abs. 4 GWB. Die Novelle sollte dazu genutzt werden, um die weitreichende Ausnahme für interne Unterlagen auf das erforderliche Maß zu begrenzen und die bislang schwierige Abgrenzung zwischen internen Unterlagen und sonstigen Aktenbestandteilen klarer zu fassen. Zum Schutz des Beratungsgeheimnisses dürfte es ausreichen, Entscheidungsentwürfe von der Akteneinsicht auszunehmen. Sonstige vorbereitende Unterlagen sollten demgegenüber grundsätzlich zugänglich sein, da sie Hinweise auf eine fehlerhafte Entscheidungsgrundlage enthalten können. Dies gilt jedenfalls im gerichtlichen Verfahren, wenn Entscheidungsfehler gerügt oder von Amts wegen geprüft werden. Vorzugswürdig wäre jedoch eine Zugänglichmachung bereits im behördlichen Verfahren.
- 48 Daher sind die nach § 56b Abs. 2 S. 2 GWB-E pauschal von der Akteneinsicht ausgenommenen Unterlagen zu konkretisieren. Insoweit ist auf die Rechtsprechung des BGH im Fall Luft-hansa/BKartA zu verweisen: Wenn es zulässig ist, dass die Kartellbehörde zur Ausübung des Aufgreifermessens vor Einleitung des Verfahrens Informationen anderer Behörden einholt und sich mit diesen austauscht,³⁰ dann dürfen diese für das Verfahren relevanten Aktenbestandteile nicht vom Einsichtsrecht ausgenommen sein, auch wenn es sich um behördeninterne Unterlagen handelt³¹.

²⁹ Vgl. zur Bedeutung der Akteneinsicht für die Waffengleichheit (im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren) jüngst LG Bonn, Beschluss vom 30.3.2023 – 64 Qs 53/22, WuW 2024, 294 Rn. 41, 43 m.w.N.

³⁰ BGH, Beschluss vom 3.12.2024 – KVR 8/24, NZKart 2025, 86 Rn. 19 f.

³¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 3.12.2024 – KVR 8/24, NZKart 2025, 86 Rn. 21.

- 49 Darüber hinaus sollten gravierende Verstöße gegen die Grundsätze der Aktenvollständigkeit und Aktenwahrheit rechtliche Folgen haben. Bei der wiederholt aufgetretenen Manipulation von Aktenbestandteilen handelt es sich um schwerwiegende Verfahrensfehler.³² Zu erwägen ist daher die Einführung disziplinarischer Konsequenzen für die verantwortlichen Beamten oder die Rechtswidrigkeit der darauf beruhenden Entscheidung. Es überzeugt nicht, wenn gravierende Rechtsverstöße in einem Kartellverwaltungsverfahren ohne Weiteres durch ein anschließendes gerichtliches Beschwerdeverfahren geheilt werden können.

IX. § 56b Abs. 3 GWB-E (Auskunftserteilung an Dritte)

- 50 Die künftig in § 56b Abs. 3 GWB-E geregelte Abwägung zwischen dem Interesse Dritter an einer Offenlegung einerseits und den Geheimhaltungsinteressen der Verfahrensbeteiligten andererseits erweist sich in der praktischen Anwendung als anspruchsvoll. Dies verdeutlicht beispielsweise der Beschluss des BGH zur Offenlegung in der Sache Google.³³ Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung stehen sich das öffentliche Interesse an einer effektiven Durchsetzung des Kartellrechts, die Interessen beigeladener Dritter sowie die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Unternehmen gegenüber. Eine Offenlegung sensibler Informationen sollte daher nur unter engen Voraussetzungen und auf Grundlage eines möglichst schonenden Ausgleichs der widerstreitenden Interessen erfolgen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie sonstige vertrauliche Informationen grundrechtlich geschützt sein können, namentlich durch Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 8 EMRK.
- 51 Jedenfalls bei Drittauskünften sollte eine Akteneinsicht, sofern ein überwiegendes Offenlegungsinteresse bejaht wird, nur nach vorheriger Anhörung des von der Offenlegung betroffenen Unternehmens erfolgen. Das ist zum Schutz des Betroffenen unerlässlich, der insbesondere bei Informationen, die auf Erkenntnissen beruhen, die außerhalb von Verwaltungsverfahren gewonnen wurden (z.B. im Vorverfahren wie im Fall Lufthansa), in der Regel keine Möglichkeit hat, die Quellen oder Sensibilität der dem Dritten zu erteilenden Angaben zu beurteilen. Umgekehrt sollte auch dem Antragsteller im Falle einer Ablehnung der Einsicht eine effektive Überprüfungs- bzw. Eskalationsmöglichkeit zur Verfügung stehen. Als unparteiischer Schlichter und Entscheider bei derartigen Streitigkeiten käme erneut ein Anhörungsbeauftragter nach europäischem Vorbild in Betracht (siehe oben).
- 52 Die in Satz 3 vorgesehene Begrenzung der Akteneinsicht auf die Entscheidung der Kartellbehörde nach den §§ 32 bis 32d sowie 60 GWB in den Fällen, in denen die Akteneinsicht oder Auskunft der Erhebung eines Schadensersatzanspruchs oder ihrer Vorbereitung dienen soll, entspricht der geltenden Rechtslage seit der 10. GWB-Novelle (§ 56 Abs. 5 Satz 3 GWB; BT-Drs. 19/23492,

³² Vgl. BGH, Beschluss vom 3.12.2024 – KVR 8/24, NZKart 2025, 86 Rn. 21.

³³ BGH, Beschluss vom 20.2.2024 – KVB 69/23, BGHZ 240, 1 – *Google-Automotive*.

Seite 24, 112). Dies steht im Einklang mit der Kartellschadensersatzrichtlinie³⁴. Die bisherige Praxis der Kommission ist ebenfalls auf die Veröffentlichung ihres Beschlusses beschränkt. Ein allgemeines Einsichtsrecht Dritter in die Kommissionsakte besteht nach der Rechtsprechung nicht.³⁵ Die Beibehaltung der bisherigen Regelung ist zu begrüßen. Aus diesem Grund ist die geplante Veröffentlichungspflicht gemäß § 61 Abs. 3 Satz 2 GWB-E kritisch zu beurteilen (siehe hierzu unten). Erwogen werden könnte dagegen, die Akteneinsicht potenzieller Schadensersatzkläger auch in Verfahren nach §§ 19a Abs. 1 und Abs. 2, 32f und 34 GWB auf die jeweilige Entscheidung zu beschränken.

X. § 56b Abs. 4 GWB-E (Geltendmachung von Geschäftsgeheimnissen)

- 53 Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem bisherigen § 56 Abs. 6 GWB. Sie enthält im ersten Satz noch einen redaktionellen Verweisungsfehler: Anstatt auf „Absatz 4“ muss richtigerweise auf „Absatz 2“ verwiesen werden.
- 54 Die Vorschrift sieht unverändert vor, dass die Kartellbehörde von Unternehmen verlangen kann, bei vorgelegten Unterlagen auf Geschäftsgeheimnisse hinzuweisen. Unterbleibt ein solcher Hinweis, soll die Kartellbehörde von der Zustimmung zur Offenlegung ausgehen dürfen. Diese Regelung bedarf einer Ergänzung in Anlehnung an § 71 S. 3 EnWG dahingehend, dass dies nicht bei Vorliegen besonderer Umstände gilt („Erfolgt dies trotz entsprechenden Verlangens nicht, darf die Kartellbehörde von der Zustimmung zur Offenlegung im Rahmen der Gewährung von Akteneinsicht ausgehen, es sei denn, ihr sind besondere Umstände bekannt, die eine solche Vermutung nicht rechtfertigen“). Geschäftsgeheimnisse sind objektiv schutzwürdig und unterliegen wegen des Institutionenschutzes nicht der Parteidisposition. Mit dieser Maßgabe erscheint die Regelung sachgerecht und praktikabel. Sie schafft Verfahrensklarheit und trägt dem Umstand Rechnung, dass auch in anderen Konstellationen Fristversäumnisse mit rechtlichen Nachteilen verbunden sein können.
- 55 Zu erwägen wäre allerdings auch insoweit, bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Kartellbehörde einem Anhörungsbeauftragten nach europäischem Vorbild die Entscheidung über die Einordnung einer Information als Geschäftsgeheimnis zu übertragen. Die praktische Erfahrung zeigt, dass sich durch einen solchen unparteiischen Schlichter manch gerichtliche Auseinandersetzung vermeiden lässt.

³⁴ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1.

³⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.2.2014 – C-365/12 P, NZKart 2014, 140, *Kommission/EnBW*.

XI. § 61 Abs. 3 GWB-E (Bekanntmachung von Verfügungen und Volltextveröffentlichung von Entscheidungen)

- 56 Die Regelung in Satz 1 soll dahingehend ergänzt werden, dass auch Verfügungen nach §§ 19a Abs. 1 und Abs. 2, 32f und 34 GWB im Bundesanzeiger bekanntgemacht werden sollen. Nach der Begründung des Entwurfs soll damit ein Redaktionsversehen beseitigt werden. Die Studienvereinigung begrüßt diese Klarstellung.
- 57 Kritisch ist dagegen die geplante Regelung in Satz 2 zu beurteilen, wonach zur Erhöhung der Transparenz Entscheidungen im Volltext nach deren Erlass im Internet veröffentlicht werden sollen. Die Regelung erfasst regelmäßig sehr Streitige Entscheidungen nach §§ 19a Abs. 1 und 2, 32f und 34 GWB ebenso wie Entscheidungen über individuelle Zuwiderhandlungen gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot nach § 32 Abs. 1 GWB, Abhilfemaßnahmen nach Abs. 2 und Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB. Solche Entscheidungen werden nicht nur regelmäßig gerichtlich angegriffen, sondern führen parallel oft zur außergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen Dritter gegen Entscheidungsadressaten, unabhängig vom endgültigen Ausgang des Verfahrens. Zur Glaubhaftmachung werden zudem auch nicht rechtskräftige Entscheidungen des Amtes als Beweismittel angeführt und verwendet. Dies erfolgt zum Teil auch in ausländischen Verfahren mit vom deutschen Prozessrecht abweichenden klägerfreundlichen Vermutungs- oder Beweisregelungen, wie z.B. im Vereinigten Königreich.
- 58 Haben entsprechend früh veröffentlichte Entscheidungen später aufgrund von Feststellungs- oder Rechtsfehlern keinen Bestand, so kann die frühe Veröffentlichung zu einer unberechtigten Rufschädigung und Inanspruchnahme sowie zu hohen Kosten der Rechtsverteidigung führen, für die dann oft kein Ersatz erlangt werden kann. Nach Auffassung der Studienvereinigung wird das allgemeine Interesse der Öffentlichkeit an transparenter Berichterstattung über die Tätigkeit der Kartellbehörde durch die Bekanntmachung der Verfügungen im Bundesanzeiger hinreichend befriedigt. Für den Zugang zum Volltext einer Entscheidung steht jedermann die Möglichkeit der Akteneinsicht (§ 56 Abs. 5 GWB/§ 56b Abs. 3 GWB-E) zur Verfügung, in deren Rahmen die widerstreitenden Interessen aller Beteiligten angemessen gegeneinander abgewogen werden können. Für eine Veröffentlichung der Entscheidungen unmittelbar nach deren Erlass besteht dagegen meist schon objektiv keine Eilbedürftigkeit. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre daher eine Veröffentlichungspflicht nur für bestandskräftige Entscheidungen vorzusehen.
- 59 Soweit ausnahmsweise auch nicht bestandskräftige Entscheidungen zu veröffentlichen wären, ist zwingend ein Hinweis auf die fehlende Rechtskraft und Indizwirkung der vorab veröffentlichten Entscheidung aufzunehmen, um Fehlbewertungen durch Dritte zu vermeiden. Dieser Punkt ist in den Gesetzestext aufzunehmen. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung reicht allein nicht aus, um die mit einer frühzeitigen maximalen Transparenz verbundenen Risiken für die Verfahrensbeteiligten zu minimieren. Letzteres könnte z.B. entsprechend der derzeitigen Amtspraxis bei der

formlosen Mitteilung von Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen gem. § 47 OWiG erfolgen.

XII. § 62 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GWB-E (Anhebung der Höchstgebührensätze in der Fusionskontrolle)

- 60 Die Studienvereinigung kann die im Entwurf vorgesehene maßvolle Anhebung der Gebührenobergrenzen in § 62 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GWB-E nachvollziehen. Die letzte Anpassung der Gebührenobergrenzen erfolgte im Jahr 1989; angesichts des seither gestiegenen Preisniveaus und der zunehmenden Komplexität der Verfahren ist eine Anpassung grundsätzlich sachgerecht. Die Studienvereinigung gibt indes zu bedenken, dass die bisherige Praxis anhand von Arbeitsaufwand und wirtschaftlicher Bedeutung für Dritte weitgehend intransparent ist. Erwogen werden könnte insofern, eine Pflicht zur Veröffentlichung eines entsprechenden Leitfadens durch das Bundeskartellamt vorzusehen. Ein solcher könnte zur besseren Vorhersehbarkeit der Verfahrenskosten für die Unternehmen beitragen.

XIII. § 70 Abs. 2 S. 2 GWB-E (Akteneinsicht im Rechtsbehelfsverfahren)

- 61 Nach § 70 Abs. 2 S. 2 GWB-E kann die Einsicht abgelehnt werden, wenn die Kenntnis für die Geltendmachung oder Verteidigung der rechtlichen Interessen „nicht erforderlich ist“. Die Gesetzesbegründung stellt insoweit darauf ab, ob die Unterlagen entscheidungsrelevant waren. Dieses Kriterium sollte geschärft werden.

XIV. § 73 Abs. 1 Satz 3 GWB-E (Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen)

- 62 Mit der entsprechenden Anwendung von § 44a VwGO wäre der Beschwerdeführer künftig an der isolierten Anfechtung von Verfahrenshandlungen mit selbständig beschwerendem Charakter gehindert. Das ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht abzulehnen. Wie im Fall STIHL sollte das Oberlandesgericht weiterhin entscheiden können, ob dem Beschwerdeführer im Einzelfall Rechtsschutz gegen ihn beschwerende Verfahrenshandlungen zu gewähren ist.³⁶ Das gilt insbesondere für solche Verfügungen, die irreversibel in die Verfahrensposition des Beschwerdeführers eingreifen, so dass sie mit der Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr rückgängig gemacht werden können (wie im Fall der Beiladung).
- 63 Eine flexible Handhabung im Beschwerdeverfahren kann aus Sicht der Studienvereinigung durchaus effizient und auch rechtsstaatlich geboten sein, um den Eintritt negativer Folgen von belastendem rechtswidrigem Verwaltungshandeln rechtzeitig zu vermeiden. Dies gilt auch angesichts der Tatsache, dass die Schwelle für die Inanspruchnahme effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes bisher schon aufgrund der regelmäßig fehlenden aufschiebenden Wirkung entsprechender Beschwerden hoch war und dementsprechend das Fallaufkommen die Justiz nur begrenzt belastet hat. Aus

³⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.12.2022 – VI Kart 5/22 (V), NZKart 2023, 109 – *Beiladung STIHL*.

Sicht der Studienvereinigung wäre aufgrund der mit der letzten GWB-Novelle erheblich erweiterten Kompetenzen der Kartellbehörde in Ermittlungsverfahren anstelle der vorgeschlagenen partiellen Abschaffung von Rechtsschutzmöglichkeiten eher deren maßvolle Erweiterung oder Ergänzung geboten.

- 64 Dies könnte z.B. durch die Einführung einer gerichtlichen fast-track-Klärungsmöglichkeit erfolgen, z.B. bezüglich des Umfangs oder Inhalts von fristgebunden zu beantwortenden strafbewehrten Auskunftsverlangen mit potenziell selbstbelastendem Charakter. Ohne diesbezüglich effiziente Rechtsschutzmöglichkeit mit aufschiebender Wirkung droht bei rechtswidrigem Verwaltungshandeln sonst regelmäßig erheblicher irreparabler immaterieller und materieller Schaden.

XV. Streichung von § 73 Abs. 2 Satz 2 GWB (Drittklagebefugnis bei Ministererlaubnis)

- 65 Die Studienvereinigung begrüßt, dass das Ausnahmerechtsinstitut der Ministererlaubnis (§ 42 GWB) im Grundsatz unangetastet bleibt – nach mehreren Versuchen in vergangenen Gesetzgebungsverfahren, dieses Institut auszuhöhlen.
- 66 Die im Entwurf bezüglich der Beschwerdebefugnis vorgesehene Rückkehr zum Status quo ante vor der 9. GWB-Novelle wird ebenfalls grundsätzlich begrüßt. Die Streichung von § 73 Abs. 2 Satz 2 GWB stellt sicher, dass auch im Falle einer Beschwerde gegen eine Ministererlaubnis die allgemeine Regelung zur Beschwerdebefugnis gilt und es ausreicht, dass Dritte in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen sind. Dies stärkt den Rechtsschutz und entspricht dem grundgesetzlich verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).
- 67 Allerdings bleibt mit der Rückkehr zum früheren Rechtsschutzniveau das seinerzeit bereits bestehende Problem des „Abkaufs“ von Drittbeschwerden bestehen. Die Praxis hat in der Vergangenheit gezeigt, dass wirtschaftlich betroffene Dritte ihre Beschwerderechte im Ministererlaubnisverfahren als Verhandlungsmasse einsetzen und sich die Rücknahme der Beschwerde durch wirtschaftliche Zugeständnisse der Zusammenschlussbeteiligten „abkaufen“ lassen können. Die Studienvereinigung regt an, flankierende Regelungen zum Schutz vor einem solchen Rechtsmissbrauch in Betracht zu ziehen (z.B. eine gerichtliche Befugnis, die Beigeladenenstellung – unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Motivlage – zu überprüfen, eine gerichtliche Genehmigungspflicht für die Beschwerderücknahme oder Offenlegungspflichten bezüglich etwaiger Gegenleistungen).

XVI. § 77 GWB-E (Rechtsbeschwerde)

- 68 Die vorgeschlagene Streichung des Zulassungserfordernisses für Rechtsbeschwerden wird aus den in der Gesetzesbegründung genannten Gründen von der Studienvereinigung begrüßt. Es werden auch bisher schon häufig bei nicht zugelassener Rechtsbeschwerde Nichtzulassungsbeschwerden zum BGH erhoben und es drohen keine massenhaften Beschwerdeverfahren aufgrund der begrenz-

ten Anzahl entsprechender Entscheidungen des Bundeskartellamtes. Zugleich sind in entsprechenden Verfahren regelmäßig Rechtsfragen von allgemeinem Interesse streitig, an deren höchststrichterlicher Klärung oft auch ein allgemeines Interesse der Rechtsunterworfenen besteht, das bisher meist nicht durch das zweistufige Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde gefördert wurde.

XVII. § 82a GWB-E (Zuständigkeiten nach Einspruchseinlegung)

- 69 Die geplante Vertiefung der Gleichstellung von Bundeskartellamt und (General-)Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Einspruchsverfahren ist nach den bereits umgesetzten vorherigen Gesetzesänderungen zwar konsequent, aus Sicht der Studienvereinigung aber in der Praxis nicht sinnvoll und zuweilen sogar rechtsstaatlich bedenklich. Seit der Einräumung der selbständigen Parteirolle des Bundeskartellamtes im gerichtlichen Einspruchsverfahren verzichtet die Staatsanwaltschaft in der Praxis kategorisch und durchgehend auf eine Ausübung des eigenen Beteiligungs- und Prozessführungsrechts und tritt in kartellrechtlichen Einspruchsverfahren – wie die Gesetzesbegründung zur 12. GWB-Novelle auf S. 56 auch selbst einräumt – schlicht faktisch nicht mehr in Erscheinung. Dies führt zu einer Aushöhlung des gesetzlich auch zum Schutz der Betroffenen und Nebenbetroffenen vorgesehenen und garantierten kontradiktorischen Zwischenverfahrens, weil das Bundeskartellamt nur noch selbst über gegen die eigene Entscheidung erhobene Einwendungen befindet und deshalb im Zwischenverfahren faktisch keine objektivierte Überprüfung von mit dem Einspruch angegriffenen Bußgeldentscheidungen durch eine andere Ermittlungsbehörde mehr erfolgt. Dies mag zwar dem Bürokratieabbau dienen und das Zwischenverfahren und damit die oft rechtsstaatswidrige Gesamtdauer des gerichtlichen Einspruchsverfahrens verkürzen, verringert aber den Rechtsschutzumfang insgesamt durch den faktisch eintretenden „Instanzverlust“ des inhaltlich nicht mehr relevanten Zwischenverfahrens. Es geht nicht nur um die Entlastung der Staatsanwaltschaft, sondern auch um ausgewogene und ausreichend rechtsstaatlich ausgestaltete objektive gerichtliche Verfahren. Der graduelle Verlust dieses Anspruchs wird ausgerechnet in den gerichtlichen Verfahren riskiert, in denen es regelmäßig um sehr hohe Sanktionen geht.
- 70 Auch die verstärkte Wahrnehmung der bereits bestehenden Mehrfach-Rolle des Bundeskartellamtes als Sanktionsbehörde und Prozessvertreterin in eigener Sache ist nach den bisherigen Erfahrungen der Mitglieder der Studienvereinigung in der Praxis weder der Verfahrenseffizienz noch der Verfahrensqualität zuträglich (Beispiel Verfahren Bierkartell, Sanitärgroßhandel, Aluminium-Schmiedeteile). Es ist sachlich und auch aus dem Gesichtspunkt der Verfahrenshygiene nicht wünschenswert, dass Berichterstatter des Bundeskartellamtes im gerichtlichen Verfahren zunächst als Zeuge und anschließend in gleicher Sache als Anklagevertreter auftreten. Die für Staatsanwälte geltenden Regeln, die insoweit differenzierungslos übernommen worden sind und nach der Gesetzesbegründung (Entwurf, S. 56) jetzt zugunsten des Bundeskartellamtes sogar weit ausgelegt volle Anwendung finden sollen, sind für diese Konstellation des Bundeskartellamtes als „Anwalt in eigener Sache“ nicht geeignet, schon wegen der restriktiven Regeln für die Ablehnung von Staatsanwälten wegen Besorgnis der Befangenheit.

- 71 Wenn trotz alledem aus Sicht des Gesetzgebers und entgegen der Bedenken vieler Praktiker die Verfahrensrolle der Staatsanwaltschaft praktisch vollständig durch das Bundeskartellamt übernommen werden soll – was *de facto* bereits weitgehend der Fall ist –, dann wäre es konsequent, sich auch verfahrensrechtlich „ehrlich zu machen“ und die Generalstaatsanwaltschaft und den Generalbundesanwalt gesetzlich ganz aus Einspruchs- bzw. Rechtsbeschwerdeverfahren zu streichen. Es erscheint jedenfalls nicht sinnvoll, in der Gesetzesbegründung auf einen Schutz von Verfahrens- und Informationsrechten der Staatsanwaltschaft abzustellen, wenn die Staatsanwaltschaft sowieso nicht am Verfahren teilnimmt und dies auch vom Gesetzgeber inzwischen erklärtermaßen nicht mehr erwartet wird.
- 72 **§ 82a Abs. 2 GWB-E** ist ggfs. nicht sachgerecht, da bisher zumindest beim BGH noch der Generalbundesanwalt allein das öffentliche Interesse vertritt und Anträge stellt, aber den Umfang der Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes nicht bestimmen kann (z.B. keine eigene Teilrücknahme ohne Zustimmung des Bundeskartellamtes). Dies führt zumindest dann zu Ineffizienzen und Widersprüchen, die das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht fördern, wenn der Generalbundesanwalt eine vom Bundeskartellamt eingelegte Rechtsbeschwerde kritisch sieht, so z.B. aktuell im Verfahren „Aluminium-Schmiedeteile“. Auch insoweit sollte also bei einer gewollten Verlagerung der Zuständigkeiten auf das Bundeskartellamt gesetzliche Klarheit durch eine Streichung der Zuständigkeit des Generalbundesanwalts erfolgen. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre aber eher eine Erweiterung der Rolle des Generalbundesanwalts sinnvoll, um die durch den Wegfall der Staatsanwaltschaft in der OLG-Instanz entstandenen und weiter entstehenden Defizite mindestens in der Rechtsbeschwerdeinstanz auszugleichen. In diesem Sinne könnte gesetzlich klargestellt werden, dass die Verfahrensherrschaft mit Einlegung der Rechtsbeschwerde insgesamt auf den Generalbundesanwalt übergeht. Diesem obliegt dann die Antragstellung und deren Begründung. Die Ausführungen auf S. 57 der Gesetzesbegründung zu § 347 StPO sind vor dem Hintergrund der geltenden Gesetzeslage aus Sicht der Studienvereinigung noch nicht ausreichend nachvollziehbar.
- 73 Aufgrund der bisherigen praktischen Erfahrungen mit der erstarkten Parteirolle des Bundeskartellamtes im Einspruchsverfahren wäre es aus Sicht der Studienvereinigung angezeigt, in einer nächsten Novelle das Gesamtkonzept der gerichtlichen Verfahrensführung in Einspruchsverfahren zu überprüfen und zu reformieren. Dies könnte dann auch Änderungen der Struktur der gerichtlichen Hauptverhandlung einschließen, die aufgrund der weitgehenden Übernahme nicht disponibler Verfahrensvorschriften aus dem Strafprozess zu überlangen und teils ineffizienten Prozessen führen. Auch die Regelungen zur Verständigung in der Hauptverhandlung sollten überprüft werden; insgesamt sollten jedenfalls keine doppelten Zustimmungspflichten von Bundeskartellamt und Staatsanwaltschaft zu Verfahrenshandlungen bestehen und es sollten feste Erklärungsfristen eingeführt werden. Alle Sitzungsvertreter sollten jederzeit voll erklärungs- und abschlussfähig sein müssen; wer nicht kommt, muss auch nicht zustimmen.

* * *

An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt:

Marc Besen, Martin Klusmann, Thorsten Mäger, Christian Steinle (alle Koordinatoren und Mitglieder des Vorstands der Studienvereinigung), Markus Brösamle, Sascha Dethof, Michael Dietrich, Johannes Hertfelder, Mats Kremer, Juliane Langguth, Paula Link, Philipp Pichler, Marc Reysen, Daniela Seeliger (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung), Andreas Schüssel, Peter Stauber, Fabian Uebele, Arvid van Loon, Kathrin Westermann (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung) und Ingo Brinker (Vorsitzender der Studienvereinigung).

VORSTAND: Dr. Ingo Brinker (Vorsitz) | Marc Besen | Dr. Martin Klusmann | Dr. Bernhard Kofler-Senoner | Dr. Thorsten Mäger |

Prof. Dr. Daniela Seeliger | Dr. Christian Steinle | Dr. Richard Stäuber | Dr. Kathrin Westermann |

EHRENVORSITZENDER: Dr. Frank Montag

EHRENMITGLIEDER: Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber | Prof. Dr. Albrecht Bach | Prof. Dr. Rainer Bechtold | Jochen Burrichter | Prof. Dr. Gerhard Wiedemann |

Prof. Dr. Dirk Schroeder+ | Dr. Franz Hoffet | Dr. Hanno Wollmann