

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Referat IB1 – Grundsatzfragen der  
Wettbewerbspolitik, Kartellrecht  
Referatsleiter Dr. Thorsten Käseberg  
Alt-Moabit 101 d  
10559 Berlin

vorab per E-Mail:

[gwb10@bmwi.bund.de](mailto:gwb10@bmwi.bund.de)

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

[www.studienvereinigung-kartellrecht.de](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de)

Feldmühleplatz 1  
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43  
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:  
Karl-Scharnagl-Ring 6  
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

[ingo.brinker@gleisslutz.com](mailto:ingo.brinker@gleisslutz.com)

13. Februar 2020

## **Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen – Verwaltungsverfahren/Schadensersatz/Fusionskontrolle**

### **A. Vorbemerkung**

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: 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 der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Kartellbußgeldverfahren des Bundeskartellamts, der Europäischen Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden innerhalb und außerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in Verwaltungsverfahren, Schadensersatz und Fusionskontrolle.
- (2) Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines „Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitale Wettbewerbsrecht 4.0“ (im Folg.: RefE) Stellung zu nehmen. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich darauf, auf die vorgeschlagenen Änderungen in Verwaltungsverfahren, Schadensersatz und Fusionskontrolle im GWB einzugehen.

## B. Verwaltungsverfahren

### I. Übersicht

- (3) Die Studienvereinigung begrüßt grundsätzlich die Neuordnung der verfahrensrechtlichen Normen und die Auflösung von Rückverweisen im Referentenentwurf.
- (4) Im Rahmen der Stellungnahme möchte die Studienvereinigung aber zu den folgenden Punkten Anmerkungen und Änderungsvorschläge einbringen:
- Absenkung der Schwelle für einstweilige Anordnungen (§ 32a GWB-E),
  - Zusicherung, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c GWB-E),
  - Hinweis auf die Möglichkeit einer mündlichen Anhörung (§ 56 Abs. 1 GWB-E),
  - Regelung der Akteneinsicht (§ 56 Abs. 3 GWB-E),
  - Auskunftsverlangen (§ 59 GWB-E) und
  - Befugnisse bei Durchsuchungen (§ 59b GWB-E).

### II. Absenkung der Schwelle für Einstweilige Anordnung (§ 32a GWB-E)

- (5) Mit der 10. GWB Novelle sollen die Voraussetzungen für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen im Rahmen des § 32a GWB erleichtert werden. Hierdurch soll eine häufigere Anwendung dieses Instruments in der Praxis ermöglicht werden.
- (6) Zur Absenkung der Voraussetzungen sieht der Entwurf folgende Formulierung des §32a GWB-E vor:

*„Die Kartellbehörde kann von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 32 Absatz 1 überwiegend wahrscheinlich erscheint und die Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist. Dies gilt nicht, sofern das betroffene Unternehmen Tatsachen glaubhaft macht, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte“. [Hervorhebung hinzugefügt]*

- (7) Im Folgenden wird auf die geplante Klarstellung in Bezug auf den Maßstab für die Feststellung einer Zuwiderhandlung (1.), die Aufgabe des Kriteriums einer ersten nicht wiedergutzumachenden Gefahr für den Wettbewerb (2.), die Aufnahme eines Individualschutzes (3.), sowie die Einfügung einer Härtefallklausel (4.) eingegangen. Besonders kritisch sieht die Studienvereinigung die Aufgabe des Kriteriums einer

ersten nicht wiedergutzumachenden Gefahr für den Wettbewerb und die mit der Härtefallklausel einhergehenden Umkehr der Beweislast.

## **1. Maßstab für die Feststellung einer Zuwiderhandlung**

- (8) Im bisherigen Gesetzestext war der Maßstab des Tatbestandsmerkmals der Zuwiderhandlung nicht genauer festgelegt. Der neue § 32a GWB-E enthält diesbezüglich eine Konkretisierung, wonach für die Anordnung einer einstweiligen Maßnahme eine „*überwiegend wahrscheinliche*“ Zuwiderhandlung des Unternehmens ausreicht.
- (9) Aus der Sicht der Studienvereinigung handelt es sich bei dieser Änderung des Gesetzestextes vornehmlich um eine Klarstellung. Der in der europäischen Parallelvorschrift des Art. 8 VO 1/2003 ausdrücklich festgelegte prima facie Maßstab bei der Feststellung einer Zuwiderhandlung galt nach der Ansicht der Literatur auch im Rahmen der Anwendung des bisherigen § 32a GWB (*Bechtold/Bosch*, GWB Kommentar, § 32a GWB, Rn. 5; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 32a GWB, Rn. 5; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, § 32a GWB, Rn. 4). Dementsprechend war auch bislang nicht die Gewissheit einer Zuwiderhandlung erforderlich, sondern es genügte, dass das fragliche Verhalten des Unternehmens auf den ersten Blick ernsthafte Zweifel an seiner kartellrechtlichen Vereinbarkeit erweckte. Allerdings galt dabei die Einschränkung, dass die Anforderungen an den Grad der rechtlichen Gewissheit umso höher waren, je einschneidender die geplante Maßnahme für den Adressaten war (*Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 32a GWB, Rn.6).
- (10) Die Studienvereinigung hält insofern eine Ergänzung in der Gesetzesbegründung für erforderlich, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einschneidenden Maßnahmen (auch weiterhin) erhöhte Anforderungen an den Grad der rechtlichen Gewissheit zu stellen sind.**

## **2. Aufgabe eines „ersten, nicht wiedergutzumachenden Schaden für den Wettbewerb“**

- (11) Im bisherigen § 32a GWB war die „*Gefahr eines ersten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb*“ notwendige Voraussetzung für Anordnung einer einstweiligen Maßnahme. Diese einschränkende Formulierung ist im § 32a GWB-E fast vollständig gestrichen und soll durch die Anforderung „*zum Schutz des Wettbewerbs*“ ersetzt werden.

- (12) Da das gesamte Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs zum Ziel hat, bedeutet die Streichung des Kriteriums „*eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens*“ die Aufgabe jeglichen Filterkriteriums. Dies würde zu einer unangemessenen Verkürzung des Rechtsschutzes des Adressaten der einstweiligen Anordnung führen. Er würde zur – möglicherweise unumkehrbaren – Änderung seines Geschäftsmodells auf Basis einer lediglich vorläufigen Bewertung gezwungen. Damit würde übermäßig in seine grundrechtlich geschützten Rechtspositionen eingegriffen ohne dass dem ein dringendes Schutzbedürfnis auf Seiten des Wettbewerbs gegenübersteht.
- (13) Daher kritisiert die Studienvereinigung die Aufgabe eines jeglichen Filterkriteriums. Diese Streichung ist auch weder durch nationale oder europäische Vorgaben oder Stimmen geboten, sondern „schießt über das Ziel weit hinaus“.
- (14) National fordert weder der Koalitionsvertrag noch die Wettbewerbskommission 4.0 eine solche konturenlose Weite der Vorschrift:
- Im Koalitionsvertrag findet sich das klare Ziel „irreparable Schäden für den Wettbewerb wirksam“ [Hervorhebung hinzugefügt] zu verhindern (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD – 19. Legislaturperiode, S. 61).
  - Die Wettbewerbskommission 4.0 kam im Zusammenhang mit einer möglichen Reform der Parallelvorschrift Art. 8 VO 1/2003 zu dem Ergebnis, dass „*[e]ine Reform von Art. 8 VO 1/2003 (...) nicht (...) erforderlich [ist]. Auch sollte der vorläufige Rechtsschutz nicht abgeschwächt werden. Angesichts der schnellen Entwicklungen auf digitalen Märkten sollte die EU-Kommission jedoch proaktiv prüfen, ob die Anordnung einstweiliger Maßnahmen geboten ist, um nicht wiedergutzumachende Schädigungen des Wettbewerbs zu verhindern.*“ [Hervorhebung hinzugefügt] (vgl. Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Empfehlung 18).

Beides Mal ist eine Qualifizierung enthalten, dass der Schaden für den Wettbewerb irreparabel oder nicht wiedergutzumachen ist.

- (15) Auf europäischer Ebene fordert weder die ECN-Plus-Richtlinie eine derartige Streichung, noch verzichtet die Parallelvorschrift des Art. 8 VO 1/2003 auf jegliche Qualifizierung des Wettbewerbsschadens:

- Art. 11 ECN-Plus-RiL beinhaltet die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, dass „einstweilige Maßnahmen zumindest in dringenden Fällen, in denen die Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht (...)“ [Hervorhebung hinzugefügt] möglich sind.
- Nach Art. 8 Abs. 1 VO 1/2003 kann die Kommission „in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht (...) einstweilige Maßnahmen anordnen“. [Hervorhebung hinzugefügt]

Beide Regelungen bzw. Vorgaben enthalten mit der Voraussetzung eines „ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens“ ein relevantes Filterkriterium.

- (16) Weiter zeigt die jüngste Entscheidungspraxis der Kommission i.S. Broadcom, dass auch bei solch qualifizierten Anforderungen an die Schädigung des Wettbewerbs, ein effektives Einschreiten der Behörde mittels einstweiliger Maßnahmen möglich ist (Kommission, Entsch. v. 16.10.2019, AT.40608 – Broadcom).
- (17) Betrachtet man zudem europäische Nachbarländer, zeigt sich beispielsweise in Frankreich, dass auch dort mittels des Tatbestandsmerkmals eines „*ernsten und unmittelbaren Schadens*“ (vgl. Art. L464 1 CdC) qualifizierte Anforderungen an die Schädigung des Wettbewerbs gestellt werden und dennoch ein effektives Einschreiten der Behörde möglich ist. Frankreich ist im europäischen Vergleich das Land, in dem das Mittel der einstweiligen Anordnungen am häufigsten zur Anwendung kam.
- (18) Daher fordert die Studienvereinigung eine deutliche Konkretisierung des allgemeinen Wettbewerbsschutzes im Gesetzesentwurf. Diesbezüglich schlägt sie die Aufnahme von Adjektiven zur Qualifizierung eines drohenden Schadens für den Wettbewerb wie „dringend“ / „unmittelbar“ / „nicht wiedergutzumachenden“ / „irreparabel“ o.ä. nach den oben genannten Beispielen vor. Eine derartige qualifizierte Anforderung ist erforderlich, um eine ausufernde Anwendung zu vermeiden, die einseitig und übermäßig in grundrechtlich geschützte Rechte eingreifen würde.**
- (19) Darüber hinaus sollte nach Ansicht der Studienvereinigung der Fokus der einstweiligen Anordnung auf der vorläufigen Sicherung bei klaren Wettbewerbsbeschränkungen liegen. Durch ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz darf es nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache kommen (*Bechtold/Bosch*, *GWB Kommentar*, § 32a *GWB*, Rn. 8; *Bach*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, § 32a, Rn. 18). Dies ist insbesondere bei den neuen möglichen Datenherausgabeansprüchen

relevant. Die Herausgabe von Daten könnte nie nur eine vorläufige Wirkung haben, sondern würde stets die Hauptsache vorwegnehmen. Eine einstweilige Maßnahme darf jedoch nur vorläufiger und sichernder Art sein (*Bechtold/Bosch*, *GWB Kommentar*, § 32a *GWB*, Rn. 9; *Rehbinder*, in: *Lowenheim/Meessen/u.a.*, *Kartellrecht*, § 32a *GWB*, Rn. 1).

- (20) Weiter dürfte das Mittel der einstweiligen Anordnung nur bei klaren und eindeutigen Wettbewerbsbeschränkungen – beispielsweise Exklusivitäten oder Kopplungen – eingesetzt werden. Es wäre unverhältnismäßig, eine möglicherweise tiefgreifende Veränderung wie bspw. die Änderung oder Aufgabe eines Geschäftsmodells auf Basis einer neuartigen Rechtsauslegung oder sogar Rechtsfortbildung vorwegnehmen zu wollen (vgl. hierzu auch EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01 – *IMS Health*).
- (21) **Daher hält die Studienvereinigung eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung für erforderlich, dass die einstweilige Anordnung nur der vorläufigen Sicherung bei klaren Wettbewerbsbeschränkungen dienen kann.**

### 3. Aufnahme des Individualschutzes

- (22) Ein gewisser Paradigmenwechsel ist der Vorschlag, dass einstweilige Maßnahmen auch dann getroffen werden können, wenn dies wegen „*einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens*“ erforderlich ist. Hierdurch tritt der Individualschutz eines konkreten Unternehmens neben die zuvor allein geschützte Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbs. Ein solcher Individualschutz ist dem *GWB* nicht gänzlich neu, wie beispielsweise das Boykottverbot des § 21 *GWB* oder § 60 *GWB* – in Rahmen dessen einstweilige Anordnungen auch bei überwiegenden Interessen eines Beteiligten möglich sind (*Bach*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht*, §32a, Rn. 3) – verdeutlichen.
- (23) Die Studienvereinigung begrüßt, dass in der Gesetzesbegründung klargestellt wird, dass der Wettbewerb im Sinne eines unverfälschten Wettbewerbsprozesses weiterhin primäres Schutzgut ist. Der Fokus der behördlichen Durchsetzung sollte – nicht zuletzt mit Blick auf den effektiven Einsatz von Ressourcen – auf dem Institutionenschutz liegen. Für die Durchsetzung von Individualinteressen ist der zivilrechtliche Rechtsweg vorrangig. Dementsprechend befürwortet die Studienvereinigung auch die ausdrückliche Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass der Eilrechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg nicht ersetzt werden soll.

- (24) **Weiter sollte aus der Sicht der Studienvereinigung im Rahmen der Gesetzesbegründung aber auch eine deutlichere Klarstellung der hohen Voraussetzungen für das Aufgreifen von Individualinteressen erfolgen. Anderenfalls besteht die Gefahr einer (ungewollten) Verschiebung der Durchsetzungsprioritäten.**

#### **4. Härtefallklausel**

- (25) Im § 32a GWB-E soll schließlich eine Härtefallklausel aufgenommen werden. Geplant ist folgender Gesetzeswortlaut: *„Dies gilt nicht, sofern das betroffene Unternehmen Tatsachen glaubhaft macht, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.“*
- (26) Aus Sicht der Studienvereinigung handelt es sich damit – entgegen der Aussagen in der Gesetzesbegründung – nicht um einen zusätzlichen Schutz der betroffenen Unternehmen, sondern eine Änderung der Darlegungs- und Beweislast. Auch bisher wäre eine etwaige unbillige Härte zu berücksichtigen gewesen, und zwar im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Kartellbehörde. Da eine unbillige Härte naturgemäß Umstände aus der Sphäre des Unternehmens betrifft, war hierzu auch bisher gewisser Vortrag durch das Unternehmen geboten. Nun soll aber die Darlegungs- und Beweislast für diese Umstände komplett auf das Unternehmen übergehen.
- (27) Im GWB gibt es einen solchen Wechsel der Darlegungs- und Beweislast bereits an anderen Stellen, wie sich beispielsweise am § 18 Abs. 7 GWB (Widerlegung der gemeinsamen Marktbeherrschung) zeigt. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei einem derartigen Wechsel stets um eine Ausnahme vom grundsätzlich der Kartellbehörde obliegenden Amtsermittlungsgrundsatzes. Diese Amtsermittlung ist ein tragender Grundsatz des Verwaltungsverfahren, das eine Eingriffsverwaltung durch das Bundeskartellamt darstellt, und insofern nur in eng begrenzten Ausnahmefällen aufgeweicht werden darf.
- (28) **Aus diesem Grund spricht sich die Studienvereinigung für eine Berücksichtigung der unbilligen Härte ohne eine damit einhergehende Umkehr der Beweislast aus. Hierfür sollte der bisherige Entwurf wie folgt neu formuliert werden: *“Dies gilt nicht, sofern diese Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte“.***

### III. **Zusicherung, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c GWB-E)**

- (29) Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt generell die Neufassung des § 32c GWB, insbesondere die Kodifizierung des sog. Vorsitzendenschreibens. Gerade bei innovationsgetriebenen Unternehmenskooperationen, aber auch sonstigen Unternehmenskooperationen kann auf diesem Wege ein gewisses Maß an Rechtssicherheit für die Beteiligten geschaffen werden. Die Beibehaltung des bereits kodifizierten formellen Verfahrens in § 32c Abs. 1 GWB ist dabei ebenso positiv zu bewerten wie die nun vorgesehene Aufnahme des sog. Vorsitzendenschreibens in § 32c Abs. 2 GWB. Allerdings sind Änderungen bzw. Klarstellungen zu empfehlen.

#### 1. **Kodifizierung des Vorsitzendenschreibens in § 32c Abs. 2 GWB**

- (30) Die Möglichkeit einer informellen Beratung durch das Bundeskartellamt hat sich in der Tat in der Praxis als sehr erfolgreich und effizient erwiesen (S. 90 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Auch die Studienvereinigung Kartellrecht nimmt das Mittel des Vorsitzendenschreibens in der Beratungspraxis als sehr effizient wahr. Die ausdrückliche Verankerung dieses Instruments im Gesetzestext wird deshalb unterstützt.
- (31) Derzeit ist die Kartellbehörde im Vorfeld des Erlasses eines Vorsitzendenschreibens nicht zur Durchführung umfangreicher Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet (*Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 32c GWB Rn. 9 ff.). Damit das Verfahren seine bislang auszeichnende Effizienz nicht einbüßt, sollte es bei dieser eingeschränkten Sachverhaltsaufklärungspflicht bleiben. Insbesondere sollte in diesen Fällen eine Drittbeteiligung in der Regel ausgeschlossen sein. Wichtig erscheint generell, dass die große Flexibilität, die die Praxis des Vorsitzendenschreibens bislang ausgezeichnet hat, nicht durch die Kodifizierung verringert wird. Aus dem Wortlaut selbst lässt sich jedoch nicht ableiten, dass eine geringere Flexibilität beabsichtigt sein soll.
- (32) Im Kontext der Rechtsfolgen des Vorsitzendenschreibens ist diese große Flexibilität auch interessengerecht. Das Vorsitzendenschreiben begründet mangels Verfügungs-Charakter keinen Anspruch auf Unterlassen bestimmter behördlicher Maßnahmen (*Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 32c GWB Rn. 29). Erst Recht entsteht keine Bindungswirkung gegenüber Dritten, da eine solche bereits für das formelle Verfahren nach § 32c Abs. 1 GWB nicht angenommen wird (*Klose*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 51 Rn. 51; *Schlimpert*, NZKart

2020, 20 (22)). Schließlich greift auch die Selbstbindung der Kartellbehörde als Ausdruck des Vertrauensschutzes gegenüber den beteiligten Unternehmen nur bei Vorliegen korrekter Angaben und vorbehaltlich zukünftiger Änderungen, sofern diese die Begründung der Kartellbehörde betreffen (*Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht Band 1, § 32c GWB Rn. 11; *Klose*, in: *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, § 51 Rn. 51).

- (33) Wenn sich das Bundeskartellamt entscheidet, allgemeine Verwaltungsgrundsätze nach § 32c Abs. 3 für die Ausübung seines Ermessens im Rahmen des Vorsitzendenschreibens zu erlassen, sollte dabei darauf geachtet werden, dass diese Verwaltungsgrundsätze weiterhin ausreichend Spielraum für das Bundeskartellamt lassen, den jeweiligen Einzelfall sachgerecht beurteilen zu können.

## **2. Anspruch auf Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB in § 32c Abs. 4 GWB**

- (34) Bezüglich des formellen Verfahrens ist die Implementierung eines Anspruchs in § 32c Abs. 4 GWB ebenfalls grundsätzlich positiv zu bewerten. Nachvollziehbar ist, dass der Anspruch zunächst auf horizontale Kooperationen begrenzt wird (S. 91 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Allerdings bleibt für besondere Vertriebsformen (etwa für Abgrenzungsfragen bei Vertriebsformen mit Doppelprägung), bei denen vor allem der Hersteller ein Interesse an einer Klärung mit dem Bundeskartellamt hat, unverändert die Möglichkeit des informellen Kontakts mit dem Ziel, ein Vorsitzendenschreiben zu erhalten.
- (35) Erforderlich soll sein, dass die Kartellbehörde die Voraussetzungen des Bestehens eines „erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesses“ annimmt, wobei beide Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen. Dazu wird ausgeführt, dass ein solches Interesse insbesondere bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlich hohem Investitionsvolumen anzunehmen sei (S. 91 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Durch die Verwendung des Terminus „insbesondere“ sind diese Beispiele als Regelbeispiele zu verstehen, die nicht abschließend sind. Bereits bestehende rechtliche Unklarheiten können deshalb ebenso geeignet sein, das darzulegende erhebliche Interesse auszufüllen. Auch wäre es mit Blick auf das bei der Novelle im Vordergrund stehende Thema Digitalisierung inkohärent, wenn zwingend davon betroffene Start-Ups mangels der Höhe der von ihnen beabsichtigten Investitionen nicht in den Genuss der Regelung kämen.

- (36) Die Praxis bei der insoweit wortgleichen Regelung in § 30 Abs. 2b für den Pressebereich zeigt, dass das Bundeskartellamt an diese Voraussetzungen richtigerweise keine allzu hohen Anforderungen stellt. Wenn die Parteien eine Kooperation für nicht ausreichend wichtig erachten, werden sie sich in der Regel nicht an das Bundeskartellamt wenden.
- (37) Auch verstehen wir die Passage in der Begründung nicht so, dass die Neuregelung wegen des Bezugs auf den Bericht der Wettbewerbskommission 4.0 auf Ansprüche zu begrenzen ist, die etwa der Realisierung von Netzwerkeffekten und dem Aufbau von Plattformen dienen können (S. 91 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 32c Abs. 4 GWB auf diese Arten der Kooperation lässt sich daraus nicht ableiten, wäre unbegründet und würde davon nicht erfasste Formen der Zusammenarbeit diskriminieren und zudem schwierige Abgrenzungsfragen schaffen.
- (38) § 32c Abs. 4 S. 2 GWB sieht vor, dass das Bundeskartellamt innerhalb von sechs Monaten über einen Antrag nach Satz 1 entscheiden soll. Positiv ist dabei zu bewerten, dass jetzt eine Frist eingeführt wurde. Die jetzt vorgesehene Frist ist aber schon allein in Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung für die an derartigen Vorhaben Beteiligten in der Praxis nicht praktikabel, da sie deutlich zu lang ist. Zudem sollten die Rahmenbedingungen präzisiert werden.
- (39) **Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt daher vor, die Frist zu verkürzen, beispielsweise auf vier Monate. Zum anderen sollte in die Vorschrift nach Vorbild des § 40 Abs. 1 S. 1 GWB aufgenommen werden, wann die Frist zu laufen beginnt.**

#### **IV. Hinweis auf die Möglichkeit einer mündlichen Anhörung (§ 56 Abs. 1 GWB-E)**

- (40) Nach § 56 Abs. 1 GWB-E hat die Kartellbehörde den Beteiligten des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das spezifisch Neue der ins Auge gefassten Regelung liegt darin, dass die Behörde über die Form der Anhörung nach „*plichtgemäßem Ermessen*“ (S. 2) entscheidet. Die Kartellbehörde soll die Anhörung auch mündlich durchführen können, wenn „*die besonderen Umstände des Falles dies erfordern*“.

- (41) Eine mündliche Erläuterung einer schriftlichen Äußerung halten wir generell für sehr sinnvoll; im Folgenden sollen deswegen allein die Fälle in den Blick genommen werden, in denen aufgrund der neuen Regelung eine mündliche Anhörung eine schriftliche Stellungnahme ersetzen könnte.
- (42) Die Regelung soll insofern lediglich „klarstellend“ (RefE, S. 117) wirken und der „Rechtssicherheit“ dienen, als die Möglichkeit einer mündlichen Anhörung auch bislang prinzipiell schon anerkannt sei. Hierfür wird auf verwaltungsrechtliche Judikatur und Literatur verwiesen. Fraglich ist allerdings, ob diese Regelung, die den Grundsatz rechtlichen Gehörs der Verfahrensbeschleunigung insofern unterordnet, als sie „insbesondere“ (RefE, S. 118) gelten soll, wenn Verfahren zeitnah abgeschlossen werden müssen, den Spezifika kartellrechtlicher Fälle tatsächlich gerecht wird.
- (43) Zur Klarstellung: im Rahmen dieser Stellungnahme befassen wir uns nicht mit der öffentlichen mündlichen Verhandlung, die gem. § 56 Abs. 3 GWB durchgeführt werden kann

## 1. Grundsatz

- (44) Auszugehen ist von dem Prinzip, dass die Erreichung der Zwecke der Anhörung deren notwendige Form gebieten (*Badura/Burgi u.a.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 37 I 4).
- (45) Anhörungen sollen primär Sachverhalte vollständig aufklären und zutreffende Entscheidungen gewährleisten sowie Rechtsschutz zwecks Verhinderung unverhältnismäßiger Eingriffe in Rechtspositionen (Artt. 12, 14, 2 GG) vorverlagern (BGH, Urt. v. 4.6.1992, III ZR 39/91, NJW 1992, 2769 (2770); *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103, Rn. 21; *Gey/Schwedler/Miersch/Israel*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 10, Rn. 163). Es erscheint als überaus zweifelhaft, wie tatsächlich, ökonomisch und rechtlich komplexe Fälle auf eine Weise mündlich erörtert werden sollen, die zutreffende Entscheidungen auf einer umfassend aufgeklärten Tatsachengrundlage fördert und den Beteiligten die Möglichkeit gibt, ihre Auffassung strukturiert und prägnant darzulegen. Dies wird regelmäßig nur in – wie die Vergangenheit stets gezeigt hat – recht umfassenden Schriftsätzen möglich sein. Mündliche Erörterungen bergen die Gefahr einer Zerfaserung des Inhalts und erscheinen nicht als sehr geeignet, eine ausgewogene Entscheidung zielführend und rasch herbeizuführen. Sie begründen außerdem Streitpunkte für spätere Rechtsmittelverfahren; vielfach wird umstritten sein, ob bestimmte Tatsachen in der mündlichen Anhörung Erwähnung gefunden haben.

- (46) Das BKartA trägt die Beweislast für eine zureichende Anhörung (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 28.8.2008, Rs. 2 L 34/08). Sie dürfte deshalb schon aus pragmatischen Gründen von einer mündlichen Anhörung absehen und die schriftliche Form wählen (Beweisfunktion). Rügt ein Beteiligter eine nur mündliche Anhörung als unzureichend, könnte sie die Anhörung – was zumindest von manchen für möglich gehalten wird (*Klees*, in: Kölner Kommentar des Kartellrechts, § 56, Rn. 34 m.w.N.) – noch im Rechtsmittelverfahren nachholen, womit der Zügigkeit eines Verfahrensabschlusses im Ergebnis nicht gedient wäre.
- (47) Stellt man den im Schrifttum (a.a.O.) des Öfteren artikulierten Gedanken der Waffengleichheit durch Anhörung in den Vordergrund, wird noch fraglicher, wie Betroffene angemessen zu Vorhalten Stellung nehmen sollen, die eine mit umfassenden Ermittlungsbefugnissen ausgestattete Behörde in umfassender Arbeit zusammengetragen hat. Das sog. Schriftlichkeitsprinzip des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Kartellverfahrensrechts, das einen Vorrang der schriftlichen Anhörung statuiert (BVerwG, Urt. v. 14.1.1965, II C 53/62; *de Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht, Vorbem., Rn. 25; Art. 27, Rn. 30) wurde wohl auch gerade vor diesem Hintergrund sowie der Fallkomplexität statuiert.
- (48) Der von der Norm des § 56 Abs. 1 GWB durchaus intendierte Befriedigungseffekt – der auch Rechtsmittel entbehrlich machen soll – (vgl. *Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Kallerhoff, VwVfG, § 28, Rn. 44) könnte wohl eher durch eine schriftsätzliches Vorbringen ergänzende mündliche Anhörung eintreten.

## 2. Mögliche residuale Anwendungsfelder

- (49) Ein etwaiger Anwendungsbereich mündlicher Anhörungen könnte dagegen für einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden, § 32a GWB, verbleiben, mit denen vor allem – jedoch keineswegs ausschließlich – irreversiblen wettbewerblichen Schäden durch marktmächtige Unternehmen der Digitalwirtschaft vorgebeugt werden soll (Beispiel: digitale Ökosysteme). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der beabsichtigten „Absenkung der Voraussetzungen von § 32a“ (RefE, S. 90), die indes nicht zu einer „Einschränk(ung) rechtsstaatlicher Garantien“ oder „unverhältnismäßige(n) Belastungen für das betroffene Unternehmen“ (RefE, S.87) führen sollen. Dieser Absenkung könnte zumindest eine Aufwertung jener Garantien insofern korrespondieren, als nunmehr – wie teilweise aber propagiert wurde – nicht mehr nur eine nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs für ausreichend gehalten wird (*Bechtold/Bosch*, GWB, § 32a Rn. 11; *Keßler*, in: MüKoWettbewerbsR, § 32a, Rn. 17), sondern dies zwingend vorher zu gewähren ist (so schon für das geltende

Recht *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 32a, Rn. 31; *Berg/Mäsch*, Kartellrecht, § 32a, Rn. 20; *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, § 32, Rn. 6), wobei – gleichsam vermittelnd – eine mündliche Anhörung genügen könnte. Allerdings wird selbst von Autoren, die eine Anhörung ex post für theoretisch möglich halten, eingeräumt, dass derart dringliche Fälle, die eine Abschwächung rechtsstaatlicher Grundsätze rechtfertigen könnten, „kaum denkbar“ sind, und eine schriftliche Anhörung gefordert (*Podszun*, in: Kölner Kommentar des Kartellrechts, § 32a, Rn. 26; *Karbaum/Schulz*, NZKart 2019, 407 (411): „die üblichen Verfahrensgarantien“). Deshalb scheint auch insofern eine mündliche Anhörung eher inadäquat zu sein.

### **3. Ergebnis**

- (50) **Die neuen Elemente der Regelung des § 56 Abs. 1 GWB-E dürften aus den genannten Gründen insgesamt kaum einen großen Anwendungsbereich haben; insofern regt die Studienvereinigung eine Streichung dieses lediglich deklaratorischen Zusatzes an.**

### **V. Regelung der Akteneinsicht (§ 56 Abs. 3 bis 5 GWB-E)**

- (51) § 56 Abs. 3 bis 5 GWB enthalten Regelungen zur Akteneinsicht durch die Beteiligten und durch Dritte. Die Regelungen zur Akteneinsicht der Beteiligten in § 56 Abs. 3 und 4 GWB entsprechen weitgehend denen in § 165 GWB, dem sie nachgebildet sind (siehe hierzu S. 119 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Die Studienvereinigung Kartellrecht hält diese Regelungen im Wesentlichen für gelungen, sieht aber an einzelnen Punkten noch Änderungsbedarf (nachfolgend in Abschnitt 1.) In § 56 Abs. 5 GWB wurde ein neues Akteneinsichtsrecht für Dritte in Kartellverwaltungsverfahren geschaffen. Auch diese Regelung begrüßt die Studienvereinigung Kartellrecht grundsätzlich. Sie hält es allerdings für geboten, das Verhältnis zu anderen Regelungen – insbesondere den §§ 33g sowie §§89a ff. GWB – ausdrücklich klarzustellen (nachfolgend Abschnitt 2.).

#### **1. Änderungsbedarf beim Akteneinsichtsrecht der Beteiligten nach § 56 Abs. 3 und 4 GWB**

- (52) Nach geltendem Recht richtet sich die Akteneinsicht der Beteiligten in Kartellverwaltungsverfahren nach § 29 VwVfG. Mit der Neuregelung der Akteneinsicht der Beteiligten in Kartellverwaltungsverfahren im GWB soll nun ein insgesamt widerspruchsfreies Akteneinsichtssystem im GWB unter Berücksichtigung auch der § 33g

und §§ 89a ff. GWB geschaffen werden (S. 118 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Das ist zu begrüßen. Allerdings hält die Studienvereinigung an folgenden Punkten noch Änderungen für erforderlich.

### **1.1 Klarstellende Ergänzung von § 56 Abs. 3 S. 1 GWB**

**(53) In § 56 Abs. 3 S. 1 GWB sollten nach „ihrer rechtlichen Interessen“ noch die Worte „in dem Verfahren“ ergänzt werden.**

(54) Aus der Begründung des Referentenentwurfs wird deutlich, dass mit der Neuregelung auch eine Abgrenzung zum Akteneinsichtsrecht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach §§ 89a ff. GWB, insbesondere nach § 89c GWB, erreicht werden soll. Die Begründung des Entwurfs weist in diesem Zusammenhang zurecht auf Rechtsprechung zu § 29 VwVfG hin, nach der auf der Grundlage des § 29 VwVfG keine Akteneinsicht zum Zwecke der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gewährt werden darf (S. 119 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Das galt auch bislang schon im Kartellverwaltungsverfahren (BGH, Beschl. v. 14.7.2015, KVR 55/14, NJW 2015, 348; OLG Frankfurt, Beschl. v. 4.9.2014, 11 W 3/4 (Kart), BeckRS 2014, 21532, Rn. 28).

(55) Diese Beschränkung des Akteneinsichtsrechts des § 56 Abs. 3 S. 1 GWB auf die Interessenswahrnehmung in dem Verwaltungsverfahren sollte in Abgrenzung zu den Sonderregelungen der § 33g und §§ 89a ff. GWB auch im Wortlaut der neuen Regelung zum Ausdruck kommen.

### **1.2 Anordnung der entsprechenden Geltung von § 70 Abs. 2 Sätze 4 und 5 GWB**

**(56) In § 56 Abs. 4 S. 1 GWB sollten folgende Sätze 2 bis 4 ergänzt und der bisherige Satz 2 zum Satz 5 werden: „§ 70 Absatz 2 Satz 4 und Satz 5 gelten entsprechend; bei der Abwägung zugunsten eines Beteiligten im Sinne von § 54 Absatz 2 Nummer 2 muss die Kartellbehörde zusätzlich die Bedeutung der Akteneinsicht für eine umfassende Verteidigung in dem Verfahren berücksichtigen. Die Entscheidung der Kartellbehörde darf nicht auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, zu denen sich ein Beteiligter im Sinne von § 54 Absatz 2 Nummer 2 nicht äußern konnte, wenn durch die Entscheidung in die Rechte dieses Beteiligten eingegriffen wird.“**

(57) Anders als § 29 Abs. 2 VwVfG sieht § 56 Abs. 4 S. 1 GWB eine gebundene Entscheidung über die Verweigerung der Akteneinsicht bei „wichtigen Gründen“ vor. § 29 Abs. 2 VwVfG hingegen verlangt eine Ermessensentscheidung der Behörde (*Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen*, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 29 Rn. 56), auch wenn

das Ermessen im Einzelfall auf Null reduziert sein kann (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen*, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 29 Rn. 66: vor allem bei geheimhaltungsbedürftigen Informationen nach § 29 Abs. 2 Alt. 3 VwVfG; vgl. auch BeckOK VwVfG/Herrmann, 45. Ed. 1.10.2019, VwVfG § 29 Rn. 21). Zudem enthält § 29 Abs. 2 VwVfG einen abschließenden Katalog von Ausnahmetatbeständen (*Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen*, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 29 Rn. 57; BeckOK VwVfG/Herrmann, 45. Ed. 1.10.2019, VwVfG § 29 Rn. 21) und keine „Generalklausel wie § 56 Abs. 4 S. 1 GWB (S. 119 Begründung RefE 10. GWB-Novelle).

- (58) Auch § 165 GWB, auf den sich der Referentenentwurf stützt, wird von der Rechtsprechung über seinen Wortlaut hinaus so interpretiert, dass der heutige § 72 Abs. 2 S. 4 GWB nicht nur im gerichtlichen Verfahren, sondern auch im Verfahren vor der Vergabekammer entsprechende Anwendung finden soll (BGH, Beschl. v. 31.1.2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230, Rn. 44 u. 48 – *Berliner Feuerwehr*). Wenn und soweit es für die Entscheidung der Vergabekammer auf Tatsachen oder Beweismittel ankommt, bei denen wichtige Gründe gegen die Offenlegung sprechen und andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen, hat daher im Rahmen des § 165 GWB eine Abwägung zwischen den betroffenen Interessen zu erfolgen. Bei der Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht ist auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit die übrigen Verfahrensbeteiligten über den geheimhaltungsbedürftigen Akteninhalt ohne Preisgabe des Geheimnisses zumindest in allgemeiner oder anonymisierter Form unterrichtet werden können (BGH, Beschl. v. 31.1.2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230, Rn. 55 – *Berliner Feuerwehr*).
- (59) Vor diesem Hintergrund – Generalklausel mit gebundener Entscheidung über die Verweigerung – erscheint es sinnvoll, auch die zu § 165 GWB ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen und die entsprechende Anwendung des neuen § 70 Abs. 2 Satz 4 GWB ausdrücklich anzuordnen. Das vermeidet nicht nur Unsicherheit darüber, ob nach dem Willen des Gesetzgebers wegen der Parallelen zwischen § 56 Abs. 3 und 4 GWB einerseits und § 165 GWB andererseits auch die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung gelten solle, sondern erscheint auch in der Sache als zweckmäßig und angemessen. Für die Verfahrensbeteiligten ist die Akteneinsicht ein zentraler Bestandteil der Wahrnehmung ihres Rechts auf rechtliches Gehör. Zugleich können durch die Akteneinsicht aber auch andere gewichtige Interessen beeinträchtigt werden.

- (60) Die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung, die in dieser Konfliktsituation generell den wichtigen Gründen gegen eine Akteneinsicht den Vorrang gegenüber dem Recht auf rechtliches Gehör geben würde, ist nicht nur verfassungsrechtlich problematisch. Für eine solche gebundene Entscheidung ohne Interessenabwägung gibt es – wie die Regeln für das Beschwerdeverfahren in Kartellsachen und für das Vergabenachprüfverfahren vor der Vergabekammer zeigen – auch kein Bedürfnis. Durch den vorgeschlagenen Verweis auf den neuen § 70 Abs. 2 S. 4 GWB wird daher zum einen klargestellt, dass die Kartellbehörde zunächst versuchen soll, Alternativen zur Offenlegung von geheimhaltungsbedürftigen Informationen zu suchen, mit denen die Entscheidung begründet werden kann, ohne den Geheimnisschutz zu gefährden. Hierzu kann auch die Bekanntgabe des Akteninhalts in allgemeiner und/oder anonymisierter Form gehören, wie beispielsweise die Verwendung von Marktanteilsspannen (siehe hierzu zuletzt OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 15020, Rn. 35). Wenn das nicht möglich ist, hat eine Abwägung anhand der Maßstäbe des § 70 Abs. 2 S. 4 GWB zu erfolgen, wobei für das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, gegen das oder die sich das Verfahren richtet, zusätzlich die Bedeutung der Akteneinsicht für die Wahrnehmung des Rechts auf rechtliches Gehör berücksichtigt werden muss.
- (61) In diesem Zusammenhang erscheint es auch sinnvoll, wenn die Offenlegung von Tatsachen und Beweismitteln nur auf Basis eines bestandskräftigen Beschlusses ergehen darf, wenn das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen oder die sonstigen Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 S. 4 GWB streitig sind. Für die Akteneinsicht im Vergabenachprüfverfahren vor der Vergabekammer nach § 165 GWB ist bereits lange anerkannt, dass es eines Beschlusses der Vergabekammer bedarf, wenn eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen erfolgen soll oder streitig ist, ob bestimmte Tatsachen oder Beweismittel Geschäftsgeheimnisse enthalten; Akteneinsicht darf erst nach Eintritt der Bestandskraft gewährt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 31.1.2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230, Rn. 52 – *Berliner Feuerwehr*). In Kartellverwaltungsverfahren wurde stattdessen bislang in diesen Fällen lediglich eine vorbeugende Unterlassungsklage für zulässig erachtet (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.1.2003, Kart 39/02 (V), WuW/E DE-R 1070 – *Energie-AG Mitteldeutschland*; MüKoWettbR/Engelsing, 3. Aufl. 2020, GWB § 56 Rn. 24; *Leonhardt*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 117 Rn. 131). Auch wenn die praktischen Unterschiede zwischen beiden Rechtsschutzmöglichkeiten insgesamt geringfügig sein dürften, spricht vieles für eine Vereinheitlichung nicht nur der Akteneinsichtsnormen, sondern auch der Rechtsschutzmöglichkeiten bei den im GWB geregelten Verfahren.

- (62) Schließlich ist es auch angemessen, die Regelung in dem neuen § 76 Abs. 1 S. 2 und 3 GWB (bislang § 71 Abs. 1 S. 2 und 3 GWB) auf das Verfahren vor dem Bundeskartellamt zu übertragen. Es wird damit klargestellt, dass es einer Entscheidung des Bundeskartellamts nicht entgegensteht, wenn sich ein Beigeladener nicht zu allen Tatsachen und Beweismitteln äußern konnte, die für die Entscheidung erheblich sind. Umgekehrt wird nur so der Schutz des rechtlichen Gehörs des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung hinreichend gewährleistet, gegen das oder die sich das Verfahren richtet und in dessen oder deren Rechte durch die Entscheidung eingegriffen würde. Eine entsprechende Parallele zu der für das Gerichtsverfahren geltenden Regelung erscheint bei den Adressaten belastenden Verfügungen auch deswegen angemessen, weil eine Entscheidung, für die es entscheidungserheblich auf Tatsachen oder Beweismittel ankommt, die dem Adressaten gegenüber aus wichtigen Gründen nicht offengelegt werden dürfen, in einem anschließenden Beschwerdeverfahren wegen § 76 Abs. 1 S. 2 GWB ohnedies keinen Bestand hätte.

### **1.3 Kein genereller Ausschluss der Einsichtnahme in vorbereitende Unterlagen**

- (63) **§ 56 Abs. 4 S. 2 GWB sieht vor, dass Entwürfe zu Entscheidungen, die Arbeiten zu ihrer Vorbereitung und die Dokumente, die Abstimmungen betreffen, von der Akteneinsicht ausgenommen sind. Die Studienvereinigung schlägt vor, nach dem Wort „Akteneinsicht“ in dieser Bestimmung die Worte „vor Erlass der Entscheidung“ einzufügen.**
- (64) Der Gesetzesentwurf bleibt in seiner derzeitigen Fassung hinter dem derzeit geltenden Recht zurück. Zwar hat die Rechtsprechung zum generellen Informationsanspruch aus dem Informationsfreiheitsgesetz („IFG“) anerkannt, dass jedenfalls das Votum des Berichterstatters dem Vertraulichkeitsschutz des § 3 Nr. 3 lit. b) IFG unterliege und es daher keinen allgemeinen Anspruch der Öffentlichkeit auf Herausgabe eines Votums gebe (vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.2019, 7 C 34/17, NVwZ 2019, 1769).
- (65) Bei § 56 Abs. 4 S. 2 GWB geht es indes nicht um das Informationsrecht der Öffentlichkeit, sondern um das Akteneinsichtsrecht der Beteiligten und die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte im Kartellverwaltungsverfahren. Hierfür war bislang § 29 VwVfG einschlägig, nach dessen Absatz 1 Satz 2 die Entwürfe zu Entscheidungen und andere Vorarbeiten lediglich bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens von der Akteneinsicht ausgenommen waren. Dabei ist § 29 Abs. 1 Satz 2 VwVfG nach ständiger Rechtsprechung so auszulegen, dass sein Anwendungsbereich mit dem Erlass des Verwaltungsakts endet (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen*, 9.

Aufl. 2018, VwVfG § 29 Rn. 53 m.w.N.), während das Akteneinsichtsrecht nach § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG bis zum Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsakts (oder der Einlegung einer Klage) gilt (vgl. BeckOK VwVfG/Herrmann, 45. Ed. 1.10.2019, VwVfG § 29 Rn. 20; *Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen*, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 29 Rn. 38).

- (66) Dementsprechend haben die Verfahrensbeteiligten eines allgemeinen Verwaltungsverfahrens im Widerspruchsverfahren und bis zur Entscheidung über die Einlegung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs auf der Basis des § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG ein umfassendes Akteneinsichtsrecht. Das gilt derzeit auch für Kartellverwaltungsverfahren, für die sich die Akteneinsicht mangels Sonderregelung nach § 29 VwVfG bestimmt. Daher haben die Beteiligten eines solchen Verfahrens bislang ein umfassendes Akteneinsichtsrecht ab dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung der Kartellbehörde ergangen ist, um über die Einlegung der Beschwerde zu entscheiden. Nach Einlegung der Beschwerde gilt derzeit § 72 GWB. Es ist nicht ersichtlich und der Begründung des Referentenentwurfs der 10. GWB-Novelle auch nicht zu entnehmen, warum das geändert werden und künftig für Verwaltungsverfahren des Bundeskartellamts eine andere Regelung als für sonstige Verwaltungsverfahren gelten soll.
- (67) Der Hinweis in der Begründung des Referentenentwurfs auf § 100 Abs. 4 VwGO und § 299 Abs. 4 ZPO geht fehl (siehe S. 119 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Zwar genießen die Beschlussabteilungen ein gewisses Maß an Unabhängigkeit, wobei streitig ist, ob dies nur gegenüber dem Präsidenten des Bundeskartellamts, nicht aber gegenüber dem Bundeswirtschaftsministerium (so bspw. *Bechtold/Bosch*, 9. Aufl. 2018, GWB § 52 Rn. 3; *Immenga/Mestmäcker/Klaue*, 5. Aufl. 2014, GWB § 51 Rn. 11 u. 15) oder generell gilt (so bspw. *LMRKM/Quellmalz*, 3. Aufl. 2016, GWB § 52 Rn. 2). Das Verfahren ist aber – unstreitig – kein gerichtliches Verfahren; insbesondere gelten weder das Gebot des gesetzlichen Richters noch die volle richterliche Unabhängigkeit (*MüKoEuWettbR/Krauser*, 3. Aufl. 2020, GWB § 51 Rn. 14; *LMRKM/Quellmalz*, 3. Aufl. 2016, GWB § 51 Rn. 3.) Die Zuständigkeit für bestimmte Verfahren kann daher beispielsweise ohne Einschränkungen zwischen den Mitgliedern einer Beschlussabteilung und den Beschlussabteilungen übertragen werden. Auch können die Mitglieder einer Beschlussabteilung jederzeit mit anderen Aufgaben betraut werden (vgl. etwa *MüKoEuWettbR/Krauser*, 3. Aufl. 2020, GWB § 51 Rn. 11).

(68) Eine den für gerichtliche Verfahren geltenden § 100 Abs. 4 VwGO und § 299 Abs. 4 ZPO vergleichbare Beschränkung des Akteneinsichtsrechts der Beteiligten ist dementsprechend auch nicht in § 165 GWB für die Akten von Vergabekammern oder in § 29 VwVfG für Verfahren vor Ausschüssen im Sinne von §§ 88 ff. VwVfG vorgesehen. Auch insoweit sollte der Gleichlauf zwischen § 165 GWB für Vergabenachprüfverfahren und § 56 Abs. 3 und 4 GWB für Kartellverwaltungsverfahren nicht eingeschränkt werden, zumal zwischen den Vergabekammern beim Bundeskartellamt und den Beschlussabteilungen kein struktureller Unterschied besteht und die Unabhängigkeit der Vergabekammer in § 157 GWB sogar gesetzlich geregelt ist. Einem etwaigen berechtigten Interesse an der Wahrung der Vertraulichkeit von einzelnen Entscheidungsentwürfen, Arbeiten zur Vorbereitung von Entscheidungen und Dokumenten, die Abstimmungen betreffen, kann ausreichend durch die Voraussetzungen für die Akteneinsicht nach § 56 Abs. 3 S. 1 und die Generalklausel in § 56 Abs. 4 S. 1 Rechnung getragen werden – zumal die im Referentenentwurf derzeit vorgeschlagene Fassung von § 56 Abs. 4 S. 2 GWB in hohem Maße unbestimmt und weit ist.

## **2. Akteneinsicht durch Dritte (§ 56 Abs. 5 GWB): Verhältnis zu anderen Regelungen**

(69) **Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt die Aufnahme einer gesonderten Regelung in § 56 Abs. 5 GWB für die Akteneinsicht durch Dritte in Kartellverwaltungsverfahren. Sie schlägt klarstellend allerdings folgende Ergänzungen vor:**

- **In § 56 Abs. 5 S. 2 werden nach dem Wort „Auskunft“ die Wörter „nach Satz 1“ ergänzt. Zudem wird folgender Satz 3 ergänzt: „§ 89c bleibt unberührt.“**

(70) Aus der Begründung des Referentenentwurfs wird deutlich, dass mit der Regelung der Akteneinsicht durch Dritte in Kartellverwaltungsverfahren zum einen sichergestellt werden soll, dass die besonderen Voraussetzungen der Einsicht in Behördenakten zum Zwecke der Geltendmachung von Schadensersatz nach § 89c GWB nicht unterlaufen werden können. Zum anderen soll sichergestellt werden, dass der für die Bereinigung von Akten aus Kartellverwaltungsverfahren um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse entstehende Aufwand der Kartellbehörden begrenzt wird (S. 119 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle).

(71) Daher sollen nur solche Dritten einen Anspruch auf Akteneinsicht in Kartellverwaltungsverfahren haben, die ein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht darlegen können. Selbst in diesen Fällen soll die Gewährung der Akteneinsicht aber im Ermessen der Kartellbehörde stehen. Der Umfang der Akteneinsicht soll dann, wenn

sie der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen dient, auf die Einsichtnahme in Entscheidungen nach § 32 bis 32d sowie § 60 GWB beschränkt werden. Nicht ausdrücklich im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle geregelt ist das Verhältnis des Akteneinsichtsrecht von Dritten in Kartellverwaltungsverfahren nach § 56 Abs. 5 GWB zu der Regelung in § 89c GWB. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht wäre hier eine Klarstellung hilfreich.

- (72) Der Begründung des Referentenentwurfs ist zu entnehmen, dass das gestufte Offenlegungssystem der § 33g und §§ 89a ff. GWB neben dem allgemeinen Akteneinsichtsanspruch nach § 56 Abs. 5 GWB fortgelten und vor diesem Vorrang haben soll (S. 120 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Dem Wortlaut der Regelung ist das aber nicht eindeutig zu entnehmen. Der Wortlaut des § 56 Abs. 5 S. 2 GWB kann auch so verstanden werden, dass er insgesamt eine abschließende Regelung für die Einsichtnahme in Kartellverwaltungsverfahren zum Zwecke der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bilden soll. Daher empfiehlt die Studienvereinigung Kartellrecht eine entsprechende Klarstellung dahingehend, dass die Beschränkung auf die Einsichtnahme in die in § 56 Abs. 5 S. 2 GWB genannten Arten von Entscheidungen in Kartellverwaltungsverfahren nur für die Akteneinsicht und für Auskünfte nach § 56 Abs. 5 S. 1 GWB gilt und dass die Anwendung von § 89c auf Akten der Kartellbehörden in Kartellverwaltungsverfahren im Übrigen unberührt bleiben soll.

#### **VI. Auskunftsverlangen (§ 59 GWB-E)**

- (73) Die § 59 ff. GWB-E sollen mit der 10. GWB-Novelle neu geordnet werden. Dabei sind erweiterte Befugnisse in Umsetzung der ECN-Plus Richtlinie vorgesehen, auch bei Auskunftsverlangen.
- (74) Im Bereich von Kartellverwaltungsverfahren nutzt das Bundeskartellamt vor allem das Instrument des informellen Auskunftsverlangens, was die Studienvereinigung als effektives pragmatisches Vorgehen begrüßt. Insofern dürfte der § 59 GWB nur in begrenzten Fällen zur Anwendung kommen. Dennoch hält die Studienvereinigung folgende kritische Anmerkung zur Zugänglichkeit von Informationen und Unterlagen innerhalb von Konzernen für erforderlich.
- (75) Die bisherige Formulierung in § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB sah vor, dass die Adressaten eines Auskunftsverlangens Informationen und Unterlagen von verbundenen Unternehmen vorlegen müssen, „soweit sie die Informationen zur Verfügung haben oder soweit sie auf Grund bestehender rechtlicher Verbindungen zur Beschaffung

*der verlangten Informationen über die verbundenen Unternehmen in der Lage sind“ (Hervorhebung hinzugefügt). Laut § 59 Abs. 1 GWB-E soll sich die Verpflichtung zur Auskunftserteilung nun generell auf „alle Informationen und Unterlagen [erstrecken], die dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zugänglich sind“.*

- (76) In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass der Begriff des „Unternehmens“ hierbei die wirtschaftliche Einheit im Sinne des europäischen Verständnisses ist (Referentenentwurf, S. 122). Unabhängig davon, an welche juristische Einheit das Auskunftsverlangen adressiert wird, wäre mithin das Unternehmen „als wirtschaftliche Einheit“ zur Beantwortung verpflichtet. Weiter heißt es in der Gesetzesbegründung, dass eine Information auch dann „zugänglich“ ist, wenn eine Mutter- oder Schwestergesellschaft auf die Informationen zugreifen kann.
- (77) Aus der Sicht der Studienvereinigung steht diese Umsetzung der ECN-Plus Richtlinie in Konflikt mit dem in Deutschland geltenden gesellschaftlichen Trennungsprinzip. Die ECN-Plus Richtlinie gibt lediglich die Erreichung eines bestimmten Ziels vor. Angestrebtes Ziel der ECN-Plus Richtlinie ist im vorliegenden Fall, dass die Behörde alle erforderlichen Informationen aus der Unternehmensgruppe erhält. Die ECN-Plus Richtlinie schreibt – aus Sicht der Studienvereinigung - dagegen nicht das konkrete Mittel zu dieser Umsetzung vor. Dies gilt insbesondere, wenn der europäische Weg im nationalen Recht aufgrund entgegenstehender Rechtsgrundsätze so nicht gangbar ist.
- (78) Das in Deutschland geltende gesellschaftliche Trennungsprinzip sieht einen Konzern nicht als konturenlose Einheit, sondern knüpft Rechte und Ansprüche an konkrete juristische Personen (§1 AktG, § 13 GmbHG). Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen können Rechte und Ansprüche die Grenzen juristischer Personen überspringen (Stichwort Durchgriffshaftung). Insoweit gilt, dass eine juristische Person nur diejenigen Informationen und Unterlagen liefern kann, die ihr selbst vorliegen oder die sie aufgrund von Auskunftsrechten oder Herausgabeansprüchen beschaffen kann.
- (79) Unter gewissen Voraussetzungen gibt es gesellschaftsrechtliche Auskunftsrechte der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (§ 51a GmbHG und § 131 AktG), d.h. von der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft, aber nicht umgekehrt von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft, geschweige denn an eine Schwestergesellschaft (vgl. hierzu insbesondere BGH, Urt. v. 23.6.2009, KZR 21/08, Rn. 14 – *Entega*). Inwieweit Auskunfts- oder Herausgabeansprüche im Rahmen einer allgemeinen Treuepflicht bestehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2006, VI-

Kart 6/06 (V), Kart 6/06 (V), Rn. 16), ist, soweit ersichtlich, von der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden worden und somit äußert unklar.

- (80) Ein Adressat eines Auskunftsverlangens kann also vor unüberwindbaren rechtlichen Problemen stehen, wenn er Informationen oder Unterlagen der gesamten „wirtschaftlichen Einheit“ herausgeben soll. In Fusionskontrollverfahren mögen angesichts freiwilliger Zulieferungen auch verbundener Unternehmen weniger Konflikte auftreten (§ 40 Abs. 2 GWB). Bei Auskunftsverlangens im Rahmen der Eingriffsverwaltung des Bundeskartellamtes stellt sich das Problem aber in besonderer Schärfe.
- (81) Aus diesem Grund schlägt die Studienvereinigung eine Ergänzung des Gesetzeswortlauts vor, dass sich die Verpflichtung zur Herausgabe von Informationen oder Unterlagen nur soweit erstreckt, wie „*sie das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung zur Verfügung hat oder soweit das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung auf Grund bestehender rechtlicher Verbindungen zur Beschaffung der verlangten Informationen über die verbundenen Unternehmen in der Lage sind*“.**
- (82) Dies wäre nicht mal mit einer Einschränkung der tatsächlichen Befugnisse der Behörde verbunden, denn etwas Unmögliches darf ohnehin nicht verlangt werden.
- (83) Im Übrigen ist die Studienvereinigung der Ansicht, dass zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit, der primäre Adressat des Auskunftsverlangens stets diejenige Gesellschaft zu sein hat, die unmittelbaren Zugang zu den Informationen hat. Dies bedeutet auch, dass ein Auskunftsverlangen gegebenenfalls direkt gegenüber der Schwester- oder Muttergesellschaft – falls nötig im Wege der Amtshilfe – ergehen müsste. Weiter müsste ein Auskunftsverlangen stets auf solche Informationen beschränkt werden, die für den Ermittlungszweck unmittelbar erforderlich sind, d.h. nicht über den konkreten sachlich und räumlich relevanten Markt (insb. Deutschland) hinausgehen. Hierzu hält die Studienvereinigung eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung für erforderlich.**
- (84) Zur Geltung des *nemo tenetur* Grundsatzes bei Auskunftsverlangens gegenüber natürlichen Personen verweisen wir im Übrigen auf die Stellungnahme zu den Änderungen im Bußgeldverfahren.

## VII. Befugnisse bei Durchsuchungen (§ 59b GWB-E)

- (85) § 59b GWB normiert die Befugnisse der Kartellbehörde bei Durchsuchungen von Geschäfts- und Privatwohnungen nun in einem gesonderten Paragraphen. Derzeit finden sich die betreffenden Vorschriften in § 59 Abs. 4 GWB. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Intensität der in § 59 GWB geregelten Instrumente der Kartellbehörde – Auskunftsverlangen, Prüfung geschäftlicher Unterlagen, Durchsuchungen – befürwortet die Studienvereinigung Kartellrecht die übersichtliche Neustrukturierung der Paragraphen §§ 59 bis 59b GWB.
- (86) Die Einführung des § 59b GWB dient der Umsetzung der Artikel 6 und 7 der Richtlinie (EU) 2019/1 (S. 126 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Konsequenterweise orientiert sich ein Großteil der Normen dann auch an den einschlägigen europarechtlichen Vorschriften, etwa der besonders hervorzuhebende § 59b Abs. 3 GWB. Diese Vorgehensweise ist zu begrüßen.
- (87) Ungeachtet dessen hält es die Studienvereinigung Kartellrecht allerdings für geboten, nunmehr auch ein „legal privilege“ in der neuen Vorschrift zu verankern.**
- (88) Das tradierte Verständnis der Auslegung bzw. Anwendung des § 97 StPO kann ansonsten mit den zunehmenden Durchsuchungsbefugnissen der Kartellbehörden nicht mehr in Einklang gebracht werden.
- (89) Das „legal privilege“ ist ein im EU-Kartellrecht seit langem anerkannter Grundsatz. Bereits 1982 gestand der EuGH der Korrespondenz zwischen Unternehmen und einem Anwalt im Rahmen kartellbehördlicher Ermittlungen eine entsprechende Privilegierung zu (EuGH, Urt. v. 18.5.1892, Rs. 155/79 – *AM & S/Kommission*). Die besagte Entscheidung wird in der Begründung des Referentenentwurfs - wenn auch in anderem Zusammenhang, nämlich für die Definition des die Durchsuchung legitimierenden Anfangsverdachts - herangezogen (S. 127 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Von dem „legal privilege“ zu umfassen ist der gesamte Schriftverkehr zwischen dem von der Ermittlung betroffenen Unternehmen und einem mit der Verteidigung beauftragten unabhängigen Rechtsanwalt, der im Rahmen der Verteidigung des Unternehmens vor oder nach Eröffnung des Verfahrens erfolgte oder erfolgt (so der EuGH a.a.O.).
- (90) Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des zeitlichen Schutzbereichs des „legal privilege“ angezeigt. Dem Schutz des „legal privilege“ unterfallen auch vor der Ver-

fahreneröffnung erstellte Dokumente, soweit sie mit dem Gegenstand des Verfahrens im Zusammenhang stehen (*Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 9 Rn. 24). Durch den Umstand, dass die Anwaltskorrespondenz mit der Ausübung der Verteidigerrechte im Zusammenhang stehen muss, besteht keine Gefahr der Ausuferung des „legal privilege“ (*Krauβ*, WuW 2013, 24 (32 f.)). Gerade die in der kartellrechtlichen Praxis häufig vorkommende Dauerberatung wäre ohne Aufnahme des „legal privilege“ der zwingend notwendigen Vertraulichkeit beraubt. Das ist auch deshalb von Belang, weil die Befugnisse des § 59b Abs. 3 GWB über den Verweis im neu gefassten § 81o GWB im Bußgeldverfahren entsprechend gelten (S. 126 Begründung RefE 10. GWB-Novelle).

- (91) Im Übrigen sei schließlich noch darauf hingewiesen, dass doch gerade Art. 3 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie die Wahrung der im Unionsrecht anerkannten Verteidigungsrechte vorschreibt.
- (92) Die Studienvereinigung schlägt insofern die Aufnahme eines neuen § 59c GWB-E vor, der wie folgt lauten könnte:

*Von den vorstehenden Ermittlungsmaßnahmen der Beschlagnahme (§ 58 GWB), des Auskunftsverlangens (§ 59 GWB), der Prüfung von geschäftlichen Unterlagen (§59a GWB) und der Durchsuchungen (§ 59b GWB) sind schriftliche oder elektronische Mitteilungen ausgenommen, die von einem unabhängigen, in einem EU-Mitgliedstaat zugelassenen Rechtsanwalt im Rahmen und Interesse des Rechts auf Verteidigung für einen Verfahrensbeteiligten im Zusammenhang mit dem Sachverhalt, der Gegenstand der Ermittlungsmaßnahmen ist, erstellt wurden und Informationen enthalten über das, was ihm in dieser Eigenschaft anvertraut oder bekanntgegeben wurde. Dies gilt unabhängig davon, in welchem Gewahrsam sich die schriftlichen Mitteilungen oder Aufzeichnungen befinden und ob zum Zeitpunkt der Erstellung der Mitteilung bereits ein Verfahren einer Kartellbehörde eingeleitet war.*

*Gleiches gilt für Aufzeichnungen, welche der Rechtsanwalt über die ihm vom Verfahrensbeteiligten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht hat, sowie interne Kommunikation des Verfahrensbeteiligten, die den Rechtsrat eines externen Rechtsanwaltes reflektiert oder zusammenfasst und interne Unterlagen des Verfahrensbeteiligten, die zu dem Zweck erstellt wurden, Rat eines externen Rechtsanwaltes zur Ausübung von Verteidigungsrechten einzuholen.*

*Im Widerspruch zu diesen Vorgaben erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnungen ist aktenkundig zu machen.*

- (93) Der Formulierungsvorschlag orientiert sich eng an den Mindeststandards, wie sie von den europäischen Gerichten in gefestigter Rechtsprechung anerkannt sind. Da es sich bei diesen Mindeststandards um allgemeine Grundsätze des Unionsrechts handelt, würde der Gesetzgeber mit einer entsprechenden Regelung seinem Umsetzungsauftrag aus Art. 3 Abs. 1 ECN+-Richtlinie gerecht. Eine solche Regelung hätte somit an sich auch weitgehend klarstellende Funktion.
- (94) Eine Regelung eines legal privilege ist darüber hinaus insofern unabdingbar, als die § 59 Abs. 1, 2, 3 S. 1 u 2, Abs. 4 und 5 und § 59b Abs. 3 S. 1, 5 S. 2 GWB-E über den Verweis in § 81o Abs. 1 GWB-E in Verfahren zur Festsetzung einer Geldbuße entsprechende Anwendung finden können. Es wäre ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch, wenn bei Ermittlungen in Bußgeldverfahren über § 81o Abs. 1 GWB-E, § 46 Abs. 2 OWiG und die entsprechenden Ermittlungsbefugnisse der StPO die Beschlagnahmeverbote des § 160a StPO, § 148 StPO und § 97 StPO gelten würden, bei Ermittlungen über die genannten Befugnisse im Rahmen der § 59 ff. GWB-E, allerdings keinerlei Schutzmechanismen für Anwaltsunterlagen gelten würden.
- (95) Eine unterschiedliche Reichweite des vorgeschlagenen § 59c GWB-E gegenüber den §§ 97, 148 und 160a StPO wäre dann insofern hinzunehmen, als die Abwägung zwischen dem Verfolgungsinteresse und den Geheimhaltungsinteressen des Mandanten je nach Art des Verfahrens und der Zuwiderhandlung unterschiedlich ausfällt. Soweit dem Verfolgungsinteressen Vorrang gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Mandanten einzuräumen wäre, wäre es dem Bundeskartellamt möglich, den Weg über die strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse zu wählen.
- (96) Wir verweisen hierzu im Übrigen auch auf die Stellungnahme zum Teil Bußgeldrecht.

## **C. Schadensersatz**

### **I. Vermutung der Kartellbetroffen- bzw. -befangenheit**

- (97) Der Referentenentwurf schlägt eine Ergänzung des § 33a GWB um einen Abs. 5 vor, der die „widerlegliche [gesetzliche] Vermutung bezüglich der Betroffenheit der unmittelbaren Lieferanten oder Abnehmer eines Kartells bei Rechtsgeschäften mit kartellbeteiligten Unternehmen“ regelt (vgl. S. 92 Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Es werde, so die vorgeschlagene Regelung, „widerleglich vermutet, dass

Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren.“

- (98) Dieser Vorschlag wird damit begründet, dass der nach deutschem Recht für die haftungsbegründende Kausalität erforderliche Nachweis der Kartellbetroffenheit nach Aufgabe des von den Instanzgerichten entwickelten Anscheinsbeweises für die Kartellbefangenheit von Lieferungen im sachlichen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem Kartell durch den BGH in seinem ersten Urteil zum Schienenkartell (Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NJW 2019, 661 ff. – *Schienenkartell I*) nur noch schwer geführt werden könne. Die in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB geregelte Vermutung der Entstehung eines Schadens helfe dem Geschädigten insoweit nicht, weil sie nur die haftungsausfüllende Kausalität betreffe (soweit sie zeitlich überhaupt anwendbar ist). Insgesamt erschwere das die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen unverhältnismäßig und sei im Hinblick auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz problematisch. Deswegen bestehe Bedarf für eine gesetzliche Vermutung der Kartellbetroffenheit (S. 92 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle).
- (99) Der Referentenentwurf sieht ferner vor, dass diese „Vermutung der Kartellbetroffenheit“ auch auf mittelbare Abnehmer erstreckt werde. Hinsichtlich des Erfordernisses der Kartellbetroffenheit solle ihre „prozessuale Situation im Hinblick auf ein und dieselbe Ware bzw. Dienstleistung“ nicht „nur durch die Weiterveräußerung“ verschlechtert werden (S. 93 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Dementsprechend soll § 33c Abs. 3 GWB durch eine Regelung ergänzt werden, nach der der neue § 33a Abs. 5 GWB „in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 3“ entsprechend gelten solle.
- (100) Die Studienvereinigung Kartellrecht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das erste Schienenkartellurteil des BGH nicht das Ende der Entwicklung der Rechtsprechung zu den Anforderungen an Darlegung und Nachweis der Kartellbetroffenheit bzw. -befangenheit darstellt. Bereits in Kürze ist hierzu weitere Klärung zu erwarten, wenn der BGH das bereits verkündete Urteil in dem zweiten Schienenkartellfall begründet hat. Insoweit sollte die weitere Entwicklung der Rechtsprechung im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens berücksichtigt werden (siehe hierzu in **Abschnitt 1.**). Unabhängig davon sieht die Studienvereinigung Kartellrecht bei den nunmehr im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen zur Kartellbetroffenheit bzw. -befangenheit weitere Klarstellungen hinsichtlich einzelner Punkte für geboten (siehe hierzu **Abschnitt 2.**)

## 1. Entwicklung der Rechtsprechung zur Kartellbetroffenheit und -befangenheit

- (101) Der Referentenentwurf zielt ausweislich seiner Begründung mit seinen Vorschlägen für die neuen § 33a Abs. 5 und § 33c Abs. 3 S. 2 GWB darauf ab, die bisherige Vermutung des Eintritts eines Schadens durch Kartelle in irgendeiner Höhe in § 33a Abs. 2 GWB und die der Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer in § 33c Abs. 2 GWB um eine Vermutung der Kartellbetroffenheit zu ergänzen.
- (102) Dogmatisch wird das damit begründet, dass der haftungsausfüllenden Kausalität – also dem Ob eines Schadens und seiner Höhe – im deutschen Recht noch die Frage der Betroffenheit des vermeintlichen Anspruchsinhabers vorgelagert sei. Die bisherigen Vermutungsregelungen erfassen indes nur die zweite Stufe, also die haftungsausfüllende Kausalität, und insoweit auch nur die Frage der Entstehung eines Schadens. Diese Vermutung ist durch Art. 17 Abs. 2 SchadensersatzRL vorgegeben. Ohne eine parallele Vermutung auf der ersten Stufe, der Kartellbetroffenheit, werde die Vermutung der Entstehung eines Schadens entwertet. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen werde gegenüber dem, was mit der SchadensersatzRL bezweckt war, erschwert (so sinngemäß S. 92 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle).
- (103) Daran ist im Ausgangspunkt zutreffend, dass der BGH in Kartellschadensfällen zwischen der Betroffenheit als Bestandteil der haftungsbegründenden Kausalität und der Entstehung und der Höhe eines Schadens als Bestandteil der haftungsausfüllenden Kausalität unterscheidet. Von Bedeutung ist diese Differenzierung wegen des unterschiedlichen Beweismaßes: Für die Betroffenheit gelten die strengen Anforderungen des § 286 ZPO; für die Entstehung und die Höhe eines Schadens die niedrigeren Anforderungen des § 287 ZPO (siehe BGH, Urt. v. 12.7.2016, KZR 25/14, NJW 2016, 3527, Rn. 42 und 47 – *Lottoblock II*; BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NJW 2019, 661 ff., Rn. 59 – *Schienenkartell I*).
- (104) Der BGH hatte insoweit seinem Urteil in *Lottoblock II* wohl einen Begriff der Betroffenheit zugrunde gelegt, der an frühere Rechtsprechung zum Erfordernis der persönlichen Betroffenheit des vermeintlichen Anspruchsinhabers bei Schadensersatzansprüchen wegen bloßen Vermögensschäden in der Weise anknüpft, dass es zumindest möglich sein muss, dass der Kartellrechtsverstoß für ihn nachteilige Folgen haben konnte. Das folgt aus dem Verweis in dem Urteil in *Lottoblock II* auf ein früheres Urteil des BGH, das für die haftungsbegründende Kausalität bei Schadensersatzansprüchen, die keine Rechtsgutsverletzung verlangen, zumindest die Darlegung und den Nachweis nach den Maßstäben des § 286 ZPO verlangt, dass der vermeintliche Anspruchsinhaber von dem Kartell so betroffen worden ist, dass nachteilige

Folgen für ihn eintreten konnten (BGH, Urt. v. 12.7.2016, KZR 25/14, NJW 2016, 3527, Rn. 42 – *Lottoblock II* mit Verweis auf BGH, Urt. v. 15.6.1993, XI ZR 111/92, NJW 1993, 3073, 3076). Dementsprechend stellte der BGH in seinem Urteil in *Lottoblock II* auf die Eigenschaft des dortigen Klägers als gewerblichem Spielvermittler ab, gegen die sich der Kartellrechtsverstoß der Lottogesellschaften gerichtet habe (BGH, Urt. v. 12.7.2016, KZR 25/14, NJW 2016, 3527, Rn. 47 – *Lottoblock II*).

- (105) Nun hat der BGH in seinem ersten Schienenkartellurteil die bislang erforderliche personenbezogene Betroffenheit als Voraussetzung der haftungsbegründenden Kausalität bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen jedenfalls für Kartellfälle möglicherweise um das Erfordernis einer auftragsbezogenen Betroffenheit ergänzt, die ebenfalls Voraussetzung der haftungsbegründenden Kausalität sei. Der BGH hat hierzu unter Bezugnahme auf das Urteil in *Lottoblock II* ausgeführt, dass die nach § 286 ZPO nachzuweisende Betroffenheit in Kartellfällen grundsätzlich voraussetze, dass die „in Rede stehenden Aufträge kartellbefangen“ waren, also ein Wettbewerb unter möglichen Lieferanten der benötigten Waren oder Dienstleistungen durch die Absprachen ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde (BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NJW 2019, 661 ff., Rn. 59 – *Schienenkartell I*). In diesem Zusammenhang streite eine tatsächliche Vermutung dafür, dass Aufträge, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, von diesen „erfasst wurden und damit kartellbefangen waren.“ Für einen Anscheinsbeweis gebe es indes keine ausreichende Grundlage (BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NJW 2019, 661 ff., Rn. 60 ff. – *Schienenkartell I*).
- (106) Diese Ausführungen des BGH haben erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anforderungen an die Darlegung und den Nachweis der Kartellbetroffenheit und deren Bedeutung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen eines Kartells verursacht. Das liegt zum einen daran, dass unklar ist, ob der BGH mit dem Urteil in *Schienenkartell I* tatsächlich insoweit über sein Urteil in *Lottoblock II* hinausgehen wollte, als neben die persönliche Betroffenheit (also die Frage, ob ein vermeintlicher Anspruchsinhaber grundsätzlich Nachfrager der kartellbefangenen Waren oder Dienstleistungen ist) noch eine auftragsbezogene Betroffenheit mit der Folge treten soll, dass die Kartellbefangenheit jedes einzelnen Auftrags nach § 286 ZPO darzulegen und zu beweisen ist. Zum anderen liegt das daran, dass der BGH in seinem Urteil in *Schienenkartell I* nicht klar zwischen der (Kartell-)Betroffenheit als Bestandteil der haftungsbegründenden Kausalität und Voraussetzung der Aktivlegitimation für Kartellschadensersatzansprüche einerseits und der Kartellbefangen-

heit als Grundlage für die Feststellungen zum Ob und zur Höhe eines Schadens andererseits unterscheidet. Nach der vorangegangenen Rechtsprechung der Instanzgerichte sollte der Anscheinsbeweis für die Kartellbefangenheit von Aufträgen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, für beide Stufen gelten.

- (107) Der BGH ist für die durch sein Urteil in *Schienenkartell I* entstandene Rechtsunsicherheit in der Literatur und in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung kritisiert worden. Er wird sich aber nach dem Verständnis der Studienvereinigung Kartellrecht in der Begründung seines Urteils in *Schienenkartell II* noch einmal vertieft mit dieser Frage beschäftigen. Das hat der Vorsitzende des Kartellsenats des BGH bei der Verkündung des Urteils in *Schienenkartell II* deutlich gemacht. In diesem Zusammenhang hat er auch Zweifel daran geäußert, ob an dem Erfordernis der Kartellbetroffenheit überhaupt festzuhalten sei. Es ist daher davon auszugehen, dass der BGH mit dem Urteil in *Schienenkartell II* wesentlich klarere Vorgaben für die Prüfung der Kartellbetroffenheit bzw. -befangenheit durch die Instanzgerichte machen wird. Er wird dabei sicherlich zum einen die Kritik an seinem ersten Schienenkartellurteil berücksichtigen. Zum anderen wird der BGH in seine Überlegungen das jüngst ergangene Urteil des EuGH zur Aktivlegitimation für Schadensersatzansprüche wegen Kartellrechtsverstößen einbeziehen (siehe EuGH, Urt. v. 12.12.2019, C-435/18, Rn. 20 - 34 – *Otis*).
- (108) Vor diesem Hintergrund ist es nach Einschätzung der Studienvereinigung Kartellrecht derzeit unklar, wie sich die Rechtsprechung zur Kartellbetroffenheit weiterentwickeln wird und welcher etwaigen Fehlentwicklung in der Rechtsprechung gegebenenfalls gesetzgeberisch entgegengetreten werden müsste. Dies gilt umso mehr, als die im Referentenentwurf vorgeschlagene gesetzliche Vermutung deutlich über das hinausgeht, was bislang Stand der Rechtsprechung der Instanzgerichte war, nämlich ein Anscheinsbeweis dafür, dass Rechtsgeschäfte im sachlichen, zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit einem Kartell von diesem erfasst waren. Die Studienvereinigung Kartellrecht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass unter ihren Mitgliedern keine einheitliche Auffassung dazu besteht, ob es zur Sicherstellung der vollen und praktischen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV und der Umsetzung des Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU sowie vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes einen Handlungsbedarf gibt und ob diese unionsrechtlichen Vorgaben, zwingend einen Gleichlauf der Vermutungsregeln zur Schadensentstehung und zur Kartellbetroffenheit bzw. -befangenheit verlangen würden.

(109) Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht sollte die Bundesregierung daher bei der weiteren Bearbeitung des Gesetzesentwurfs und im weiteren Gesetzgebungsverfahren die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zur derzeitigen Rechtslage verfolgen und gegebenenfalls eine Neubewertung ihres Vorschlags für eine Regelung zur Vermutung der Kartellbetroffenheit bzw. Kartellbefangenheit für künftige Schadensersatzansprüche (siehe S. 93 und 94 Begründung RefE 10. GWB-Novelle) sowie eine Prüfung von dessen Begründung vornehmen. Das gilt insbesondere dann, wenn der BGH in seinem Urteil zu *Schienenkartell II* die Betroffenheit als Voraussetzung der haftungsbegründenden Kausalität aufgeben oder stark einschränken würde.

## 2. Erforderlichkeit der Anpassung der vorgeschlagenen Regelungen?

(110) Unabhängig davon, ob und, wenn ja, welche Folgen sich aus der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zur Kartellbetroffenheit bzw. -befangenheit ergeben sollten, weist die Studienvereinigung Kartellrecht darauf hin, dass die vorgeschlagenen Regelungen hinsichtlich verschiedener Punkte möglicherweise noch weiter klargestellt und/oder überdacht werden sollten. Diese Punkte werden nachfolgend knapp zusammengefasst. Weil es zu ihnen inhaltlich keine einheitliche Auffassung der Mitglieder der Studienvereinigung gibt, wird in dieser Stellungnahme insoweit ausdrücklich von einer Empfehlung abgesehen:

- **Klarstellung der inhaltlichen Reichweite der Vermutungen.** Aus Sicht der Studienvereinigung besteht ein Bedürfnis für eine Klarstellung der inhaltlichen Reichweite der Vermutungen in den neuen § 33a Abs. 5 und § 33c Abs. 3 S. 2 GWB. Hierdurch könnten Auseinandersetzungen über die Auslegung dieser Normen in der Zukunft vermieden werden:

- *Soll die Vermutung in dem neuen § 33a Abs. 5 GWB nur für die haftungsbegründende Kausalität gelten oder soll sie sich auch auf die haftungsausfüllende Kausalität erstrecken, soweit es hierfür darauf ankommt, welche Rechtsgeschäfte von dem Kartell erfasst waren?*

Die Begründung des Referentenentwurfs bezieht sich lediglich auf die Kartellbetroffenheit und scheint damit eine Interpretation naheulegen, nach der sich die Vermutung nur auf die haftungsbegründende Kausalität beziehen würde (S. 92 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Das Urteil des BGH in *Schienenkartell I* wird sich aber zumindest indirekt

auch auf die haftungsausfüllende Kausalität auswirken, weil die Identifizierung der kartellbefangenen Rechtsgeschäfte einer der Grundlagen für die Bestimmung der Höhe des Schadens ist. Der Wortlaut der vorgeschlagenen Vermutung ist weit, lässt aber aufgrund der Begründung des Referentenentwurfs auch eine enge Auslegung zu. Eine Klarstellung wäre zur Vermeidung von Auseinandersetzungen über diese Frage hilfreich.

- *Soll die Vermutung in dem neuen § 33a Abs. 5 GWB nur für unmittelbare Abnehmer, nicht aber für mittelbare Abnehmer und andere mittelbare Geschädigte gelten?*

Im Verhältnis zu mittelbaren Abnehmern legt das Bestehen einer Sonderregelung für mittelbare Abnehmer in § 33c Abs. 3 S. 2 GWB des Referentenentwurfs nahe, dass § 33a Abs. 5 GWB nur für unmittelbare Abnehmer, jedenfalls aber nicht für mittelbare Abnehmer gelten sollte. Dem Wortlaut von § 33a Abs. 5 GWB ist das indes nicht zu entnehmen; seinem Wortlaut nach könnte § 33a Abs. 5 GWB auch ohne § 33c Abs. 3 S. 2 GWB zur Bestimmung der „Waren oder Dienstleistungen [...], die Gegenstand des Verstoßes waren“ (§ 33c Abs. 2 Nr. 3 GWB) herangezogen werden. Es ist dann allerdings unklar, welchen weitergehende Gehalt der neue § 33c Abs. 3 S. 2 GWB haben soll und wie die neuen § 33a Abs. 5 und § 33c Abs. 3 S. 2 GWB voneinander abgegrenzt werden sollen. Insoweit würde die Studienvereinigung eine Klarstellung begrüßen.

Unklar ist darüber hinaus, ob und inwiefern der neue § 33a Abs. 5 GWB zugunsten von anderen mittelbar Geschädigten gelten soll. Der EuGH hat jüngst klargestellt, dass unionsrechtlich nicht nur unmittelbare und mittelbare Abnehmer, sondern auch alle anderen (mittelbar) durch einen Kartell Geschädigten – wie beispielsweise Subventionsgeber – einen Anspruch auf Ersatz der ihnen aus einem Kartell entstandenen Schäden haben müssen (EuGH, Urt. v. 12.12.2019, C-435/18 – *Otis*). Insoweit können sowohl die haftungsbegründende Kausalität als auch die haftungsausfüllende Kausalität – je nach Lage des Falles – unter anderem von der Vorfrage abhängen, welche Rechtsgeschäfte kartellbefangen waren. Nach dem Wortlaut des künftigen § 33a Abs. 5 GWB käme insoweit eine Vermutung zugunsten des anderen mittelbar Geschädigten insoweit in Betracht.

Sollte § 33a Abs. 5 GWB auch zugunsten von anderen (mittelbar) Geschädigten anzuwenden sein, würde dies weitere Fragen aufwerfen: Wenn der neue § 33a Abs. 5 GWB wegen Sonderregelung in § 33c Abs. 3 S. 2 GWB so verstanden werden muss, dass er sich nicht auf mittelbare Abnehmer erstreckt, würde sich zunächst die Frage stellen, warum der Gesetzgeber für mittelbare Abnehmer eine Sonderregelung für erforderlich hält, während andere (von der unmittelbaren Schadensursache weiter entfernt liegende) Geschädigte von der Vermutung erfasst sein könnten. Außerdem würde sich insoweit die Frage nach dem Inhalt der Vermutung stellen; eine umfassende Vermutung der Kartellbetroffenheit solcher andere mittelbar Geschädigter lässt sich jedenfalls weder dem Wortlaut des neuen § 33a Abs. 5 GWB noch der Begründung des Referentenentwurfs entnehmen. Vielmehr wäre die Vermutung dann wohl allenfalls auf einen Teilaspekt der Betroffenheit beschränkt. Schließlich stellt sich die Frage, ob es rechtspolitisch sinnvoll wäre, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen von etwaigen (mittelbar) Geschädigten außerhalb der Absatzkette durch Beweiserleichterungen zu fördern. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, welche Grenzen insoweit zu ziehen wären und in welchen Konstellationen ein typischer Verlauf so fernliegend erscheint, dass Beweiserleichterungen nicht mehr zu rechtfertigen sind.

- *Soll der neue § 33c Abs. 3 S. 2 GWB tatsächlich eine widerlegliche Vermutung für die Kartellbetroffenheit des mittelbaren Abnehmers begründen oder geht es um eine widerlegliche Vermutung für die nach § 33c Abs. 2 Nr. 3 GWB erforderliche Feststellung der „Waren oder Dienstleistungen [...], die Gegenstand des Verstoßes waren“?*

Die Begründung des Referentenentwurfs legt nahe, dass es um eine umfassende Vermutung der Kartellbetroffenheit der mittelbaren Abnehmer gehen soll (S. 93 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle). Seinem Wortlaut nach erscheint der vorgeschlagene § 33c Abs. 2 Nr. 3 GWB indes deutlich enger gefasst, weil die Vermutung nur „in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 entsprechend“ gelten solle. Das deutet darauf hin, dass es in der Sache nur um eine Erleichterung von Darlegung und Nachweis der Voraussetzungen von § 33c Abs. 2 Nr. 3 GWB („Waren oder Dienstleistungen [...], die Gegenstand des Verstoßes waren“) geht, nicht aber generell um die Kartellbetroffenheit von mittelbaren Abnehmern.

Insgesamt stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit über den bisherigen § 33c GWB hinausgehende Beweiserleichterungen für mittelbare Abnehmer angebracht sind. Bei der Entscheidung hierüber sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Annahme in der Begründung des Referentenentwurfs zwingend ist, dass zwischen der prozessualen Situation der unmittelbaren und der mittelbaren Abnehmer nicht differenziert werden dürfe (siehe S. 93 f. Begründung RefE 10. GWB-Novelle):

- (1) Europarechtlich ist eine Gleichbehandlung wohl nicht zwingend geboten. Die SchadensersatzRL selbst differenziert zwischen der allgemeinen Vermutung eines Schadens nach Art. 17 Abs. 2 SchadensersatzRL und der speziellen Regelung zur Vermutung der Abwälzung des Schadens nach Art. 14 Abs. 2 SchadensersatzRL. Die allgemeine Vermutung des Schadenseintritts kann widerlegt werden. Die spezielle Vermutung der Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer gilt bereits dann nicht, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde. Es bedarf dann nicht mehr der Widerlegung der Vermutung. Diese spezielle Vermutung gilt nach den Erwägungsgründen ausdrücklich auch für das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs des mittelbaren Abnehmers (EG 41 SchadensersatzRL) und dürfte daher insoweit die allgemeine Vermutung verdrängen. Die prozessuale Stellung des mittelbaren Abnehmers ist daher schon nach den Beweisregeln der SchadensersatzRL wesentlich schwächer als die des unmittelbaren Abnehmers. Die SchadensersatzRL spricht daher im Zusammenhang mit dem mittelbaren Abnehmer ausdrücklich nur von einem „Anscheinsbeweis“ (EG 41 SchadensersatzRL).
- (2) Die Interessenslage ist komplex. Einerseits ist der gleichsam mehrstufige Nachweis der Kartellbefangenheit nur mittelbar von Kartellanten abgenommener Produkte in der Praxis zu Recht als durchaus anspruchsvoll beschrieben worden (*Bodenstein/Preuße/Hütt*, NZKart 2018, 561, 564 f.). Er wird vor allem durch die Tatsache erschwert, dass Daten auch von Transaktionen, die auf anderen Marktstufen getätigt wurden, benötigt werden und von einem mittelbaren Abnehmer weder bei einem unmittelbaren Abnehmer noch und erst recht bei einem Kartellanten

sehr leicht zu beschaffen sind. Andererseits müssen die Risiken einer Erleichterung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch mittelbare Abnehmer berücksichtigt werden: Da sich die Zahl der Schadensersatzkläger auf kartellferneren Marktstufen stark vergrößern wird, wird zum einen die Arbeitsbelastung der Gerichte zunehmen, die ohnehin mit der Vielzahl von Kartellschadensfällen bereits überlastet sind (siehe hierzu unten in **Abschnitt V.**). Zum anderen wird sich auch – infolge forcierter Inanspruchnahme durch Teilnehmer verschiedener Marktstufen – verstärkt das Risiko der Mehrfachinanspruchnahme von Kartellbeteiligten ergeben, für das vollends überzeugende Lösungen bislang nicht ersichtlich sind (zu den Ansätzen jeweils Thomas, ZHR 180 (2016), 62 ff.; Thole, ZWeR 2017, 356 ff.).

Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht stellen sich daher für den Gesetzgeber im Hinblick auf die Vermutung zugunsten des mittelbaren Abnehmers im Wesentlichen drei Handlungsoptionen, um die Unklarheiten in der vorgeschlagenen Regelung des Referentenentwurfs zu beseitigen: Die Vermutung der Kartellbetroffenheit des mittelbaren Abnehmers könnte erstens ganz entfallen. Hierfür müsste eine entsprechende Klarstellung in den neuen § 33a Abs. 5 GWB aufgenommen werden und der neue § 33c Abs. 3 S. 2 GWB entfallen. Zweitens könnte im Wortlaut des § 33c Abs. 3 S. 2 GWB klargestellt werden, dass es um die Vermutung der Kartellbetroffenheit des mittelbaren Abnehmers; dann sollte der Einschub „in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 3“ in dem neuen § 33c Abs. 3 S. 2 GWB entfallen. Schließlich könnte drittens klargestellt werden, dass § 33a Abs. 5 GWB nur hinsichtlich des Merkmals „Waren oder Dienstleistungen [...], die Gegenstand des Verstoßes waren“ in § 33c Abs. 2 Nr. 3 gelten soll. § 33c Abs. 3 S. 2 GWB könnte dann beispielsweise lauten: „Für die Feststellung, ob Waren oder Dienstleistungen im Sinne von § 33c Absatz 2 Nummer 3 Gegenstand eines Kartells waren, gilt § 33a Absatz 5 entsprechend.“

- **Klarstellung der Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung.** Neben der Klärung der inhaltlichen Reichweite der in den neuen § 33a Abs. 5 und § 33c Abs. 3 S. 2 GWB enthaltenen Vermutungen würde es die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßen, wenn die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutungen klargestellt würden.

Diese Frage stellt sich insbesondere deswegen, weil die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Vermutungsregeln – abhängig von ihrer inhaltlichen Reichweite und der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zur Kartellbetroffenheit bzw. -befangenheit eine unterschiedliche Stoßrichtung haben. Sie können sich entweder auf die haftungsbegründende Kausalität oder auf die haftungsausfüllende Kausalität oder sowohl auf die haftungsbegründende als auch die haftungsausfüllende Kausalität beziehen. Abhängig hiervon erleichtern sie für den Kläger entweder den nach § 286 ZPO oder den nach § 287 ZPO zu führenden Nachweis.

Es stellt sich dann die Frage, ob der Gegenbeweis nach § 292 ZPO nicht auch an denselben Maßstäben gemessen werden sollte, damit durch die Verlagerung der Beweislast in Folge der gesetzlichen Vermutung mittelbar kein strengerer Maßstab für die nun beweisbelasteten Kartellbeteiligten gilt, als er für die vermeintlichen Anspruchsinhaber ohne die Vermutung gelten würde. Im Zusammenhang mit dem mittelbaren Abnehmer stellt sich zusätzlich die Frage, ob es nicht konsequent wäre, insoweit für den Gegenbeweis – wie auch für die Vermutung der Schadensabwälzung – die Glaubhaftmachung im Sinne von § 33c Abs. 3 GWB genügen zu lassen.

- (111) Abschließend weist die Studienvereinigung darauf hin, dass sich in der Praxis derzeit vermehrt die Frage stellt, ob derjenige, der eine (unveränderte oder weiterverarbeitete) kartellbefangene Ware oder Dienstleistung von einer Gesellschaft abnimmt, die mit einer kartellbeteiligten Gesellschaft konzernverbunden ist, als unmittelbarer Abnehmer oder als mittelbarer Abnehmer im Sinne von § 33c GWB zu qualifizieren ist. In seinem Urteil in *ORWI* hat der BGH den Erwerb von einer 100%igen Tochtergesellschaft der kartellbeteiligten Gesellschaft als mittelbaren Erwerb bezeichnet (vgl. BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = NJW 2012, 928 – *ORWI*). Auch das Landgericht Stuttgart hat dies in mehreren Urteilen zum LKW-Kartell so gesehen (vgl. etwa zuletzt LG Stuttgart, Urt. v. 9.1.2020, 30 O 120/18, BeckRS 2020,396 – *LKW-Kartell*). Ob das vor dem Hintergrund des *Skanska*-Urteils des EuGH zur Anwendung der Rechtsfigur der sog. wirtschaftlichen Einheit in Kartellschadensfällen (Urt. v. 14.3.2019, C-724/17, WuW 2019, 253 ff.) zutreffend ist, ist umstritten (vgl. ausdr. zu den Auswirkungen dieses Urteils LG Stuttgart, Urt. v. 9.1.2020, 30 O 120/18, BeckRS 2020,396, Rn. 39 – *LKW-Kartell*; vgl. auch LG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2019, 30 O 27/17, BeckRS 2019, 32706, Rn. 38 – *LKW-Kartell*). Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung ist auch für den Anwendungsbereich der im Referentenentwurf vorgesehenen Vermutungen relevant, die auf „Rechtsgeschäfte mit den kartellbeteiligten Unternehmen“ abstellen. Der Gesetzgeber wird insoweit im

weiteren Gesetzgebungsverfahren zu erwägen haben, ob insoweit eine ausdrückliche Klarstellung des Anwendungsbereichs der Vermutung – in die eine oder andere Richtung – geboten ist oder ob die Klärung dieser Frage der Rechtsprechung überlassen bleiben soll.

- (112) Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht sollte die Bundesregierung daher, wenn sie auch im Regierungsentwurf an den Vermutungen der Kartellbefangenheit in den neuen § 33a Abs. 5 und § 33c Abs. 3 S. 2 GWB festhalten will, die oben genannten Aspekte prüfen und – abhängig vom Ergebnis dieser Prüfung – eine Klarstellung in die eine oder andere Richtung aufnehmen. Damit könnten künftige Auseinandersetzungen über die Auslegung der im Referentenentwurf enthaltenen Vermutungen vermieden werden.**

## **II. Regelungsbedarf zur Verjährung nach Cogeco?**

- (113) Bereits seit einiger Zeit wird diskutiert, ob das deutsche Verjährungsrecht – insbesondere soweit es um den Beginn der Verjährung für die kenntnisunabhängige Verjährung von Altfällen geht – mit den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere dem primärrechtlichen Effektivitätsgrundsatz, vereinbar ist. Diese Diskussion hat durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cogeco* (Urt. v. 29.3.2019, C-637/17) neue Nahrung bekommen.
- (114) Dem vom EuGH entschiedenen Fall *Cogeco* lag ein Kartellschadensersatzprozess auf der Basis einer Entscheidung der portugiesischen Wettbewerbsbehörde („Autoridade da Concorrência“) zugrunde. Diese hatte am 20. Juni 2013 wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein Bußgeld in Höhe von EUR 3,7 Mio. gegen einen Pay-TV-Sportkanal Anbieter verhängt. Das kanadische Kabelunternehmen Cogeco Communications Inc. erhob daraufhin im Februar 2015 Klage auf Schadensersatz in Höhe von 11,5 Millionen Euro.
- (115) Mit einer seiner Vorlagefragen wollte das vorlegende Gericht wissen, ob das portugiesische Verjährungsrecht, das vor Umsetzung der SchadensersatzRL eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Verstoßes, aber ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Schädigers vorsah, und keine Regelungen über die Hemmung der Verjährung während eines laufenden Ermittlungsverfahrens enthielt, mit Art. 9 und 10 der Schadensersatzrichtlinie vereinbar ist.
- (116) Der EuGH stützte sich in seiner Entscheidung indes nicht auf die Schadensersatzrichtlinie, die er nachvollziehbar für nicht anwendbar erklärte. Stattdessen stützte

sich der EuGH ausschließlich auf Primärrecht, um die Fragen des vorliegenden Gerichts zu beantworten. Ob eine dreijährige Verjährungsfrist aus primärrechtlicher Sicht grundsätzlich ausreichend ist, ließ der EuGH dabei offen. Eine so kurze Frist widerspreche aber dem Effektivitätsprinzip, wenn die Verjährung ohne Kenntnis der Person des Schädigers beginnen kann und behördliche Untersuchungsmaßnahmen keine Hemmungs-/Unterbrechungswirkung haben (Rn. 33-55). Daher verstoße das vor Umsetzung der SchadensersatzRL geltende portugiesische Verjährungsrecht gegen Unionsrecht.

- (117) Daraus leitet sich die Frage ab, ob auch die kenntnisunabhängige Verjährung nach dem für Altfälle geltenden deutschem Recht gegen europäisches Primärrecht verstößt, wenn sie dazu führen kann, dass Schadensersatzansprüche verjähren, bevor das Kartell überhaupt beendet ist und bevor der Geschädigte eine Gelegenheit hatte, seine Ansprüche zu prüfen und geltend zu machen. Für die Zukunft ergibt sich aus dem mit der 9. GWB-Novelle eingeführten § 33 h Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 2 GWB, dass die Verjährung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche frühestens mit der Beendigung des Kartells beginnt. Das dürfte primärrechtlich unbedenklich sein, obwohl da GWB auch nach der 9. GWB-Novelle noch eine kenntnisunabhängige Verjährung kennt. Auf Ansprüche, die vor dem 27. Dezember 2016 entstanden sind, ist nach § 186 Abs. 3 S. 3 GWB indes § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB anzuwenden, der nach seinem Wortlaut für den Fristbeginn darauf abstellt, wann der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch entstanden ist. Diese Norm betrifft praktisch alle derzeit relevanten Kartellschadensfälle.
- (118) Die Auslegung von § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB im Kontext von Schadensersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen ist umstritten. Ausgangspunkt ist, dass Preis-, Quoten- und Gebietskartelle ordnungswidrigkeitenrechtlich typischerweise als Dauerdelikt gelten. Dennoch wird – wohl überwiegend – davon ausgegangen, dass jeder zu einem Kartell-Preis abgeschlossene Kaufvertrag jedenfalls verjährungsrechtlich einen neuen Schadensersatzanspruch begründet, der einer eigenständigen Verjährung unterliegt. Legt man diese Ansicht zugrunde, können Schadensersatzansprüche bei Kartellen, die über einen langen Zeitraum praktiziert werden, durch Ablauf der zehnjährigen Höchstfrist ohne Kenntnis des Gläubigers bereits vor Kartellende verjähren (vgl. zum Meinungsstand etwa Weitbrecht, NJW 2018, 2450, 2451 m.w.N.).
- (119) Dieses Ergebnis ist vielfach kritisiert worden. Es wurde vorgeschlagen, den Begriff des Entstehens des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs bei Kartellverstößen parallel zur bußgeldrechtlichen Verjährung und in Übereinstimmung mit Art. 10 II

der Schadensersatzrichtlinie zu bestimmen, wonach Kartelle zu einer einheitlichen Zuwiderhandlung zusammengefasst werden, die erst mit Beendigung des Kartells zu verjähren beginnt (vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Langen/Bunte*, *GWB*, 13. Aufl. 2018, § 33h Rn. 7, 16 und 19 f.; *Rinne/Kolb*, *NZKart* 2017, 217, 220 ff.; *Bürger/Aran*, *NZKart* 2014, 423, 424). Auch wurde vorgeschlagen, dass sich ein Kartellbeteiligter aus Treu und Glauben jedenfalls solange nicht auf die Einrede der Verjährung berufen darf, bis der Geschädigte die tatsächliche Gelegenheit zur Schadensgeltendmachung hatte (vgl. *Witzke*, *Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen*, *AnwZert HaGesR* 15/2018, 1 ff.; im Erg. ähnl. auch *BGH*, *Urt. v. 17.6.2005*, *V ZR 202/04*, *MMR*, 2005, 690, 692 f., zu § 58 TKG a.F., dort indes nicht auf der Basis von § 242 BGB, sondern auf der Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung des § 58 TKG a.F.). Schließlich wurde eine Lösung über den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz vorgeschlagen (so z.B. *Petrasincu/Gröne*, *WuW* 2018, 175 ff., vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cogeco*).

- (120) Aus der Begründung zum Regierungsentwurf zur 9. *GWB*-Novelle ergibt sich – ebenso wenig wie aus dem Referentenentwurf zur 10. *GWB*-Novelle – nicht, ob der Gesetzgeber eine den Beginn der Verjährung hinausschiebende Dauerhandlung bereits ursprünglich anerkannt wissen wollte – und § 33 h Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 2 *GWB* damit lediglich klarstellende Wirkung haben – oder ob eine Neuregelung bezweckt war. Allerdings hat der Gesetzgeber die kenntnisunabhängige zehnjährige Verjährungsfrist nur deswegen als angemessen angesehen, weil „die Zehn-Jahres-Frist so lang [ist], dass die Gefahr, dass Ansprüche verjähren, bevor der Gläubiger von ihnen Kenntnis erlangt, auf ein hinnehmbares Maß reduziert ist.“ (BT-Drs. 14/6040, S. 108)
- (121) Vor diesem Hintergrund stellt sich aus Sicht der Studienvereinigung die Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Cogeco* insoweit zu einer Anpassung der Übergangsregelungen in § 186 Abs. 3 S. 3 *GWB* zwingt oder ob eine Lösung – sollte sie überhaupt erforderlich sein – letztlich durch die Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung und Anwendung von § 199 Abs. 3 Nr. 1 *GWB* gefunden werden könnte, soweit die Rechtsprechung das für geboten erachtet. Höchstrichterliche Rechtsprechung liegt zum Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 *BGB* in Altfällen noch nicht vor.
- (122) Die Studienvereinigung Kartellrecht regt daher an, dass im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens geprüft wird, ob ein Regelungsbedarf zu den Übergangsregeln in § 186 Abs. 3 S. 3 *GWB* zum Verjährungsbeginn besteht oder ob**

die weitere Entwicklung der Rechtsprechung überlassen werden sollte. Eine einheitliche Meinung dazu, ob es insoweit gesetzgeberischen Handlungsbedarf gibt, hat sich in der Studienvereinigung nicht gebildet.

### III. Regelung zu Sachverständigen für Schwärzung (§ 89b Abs. 7 S. 2 GWB-RefE)

- (123) Insgesamt begrüßt die Studienvereinigung die Klarstellung, dass sich das Gericht Sachverständigen zur Unterstützung für die Schwärzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bedienen kann. Diese Regelung dürfte zur Beschleunigung der Verfahren beitragen, indem sie die Gerichte entlastet. Allerdings erscheint die vorgeschlagene Fassung teilweise zu eng.
- (124) Es dürfte zum einen nicht notwendig sein, die geeigneten Sachverständigen zwingend auf solche zu beschränken, die öffentlich bestellt sind. So ist vorstellbar, dass in bestimmten Fällen – für Schwärzungen von bestimmten Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen – auch nicht öffentlich bestellte Sachverständige geeignet sind. Statt die einzusetzenden Sachverständigen von vornherein zu beschränken, sollte eine Vorzugsregelung entsprechend § 404 Abs. 3 ZPO eingeführt werden. Zum anderen müssen Sachverständige aus Sicht der Studienvereinigung nicht zwingend berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sein; möglich ist auch eine Verschwiegenheitsverpflichtung seitens des Gerichts.
- (125) Der im Referentenentwurf vorgeschlagene § 89b Abs. 7 S. 2 GWB soll dafür nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht wie folgt geändert werden:

*„Insbesondere kann das Gericht einen Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist oder von Seiten des Gerichts entsprechend verpflichtet wird. § 404 Abs. 3 ZPO gilt entsprechend.“*

### IV. Förderung der Effizienz von Gerichtsverfahren

- (126) In der Vergangenheit wurde fehlende Effizienz der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland des Öfteren beklagt. Die Ursache dafür wurde jedenfalls nicht primär in fehlenden oder ineffizient zugeschnittenen materiellen Regelungen gesehen, sondern vor allem in der langen Bearbeitungsdauer deutscher Gerichte. Aufgrund der ohnehin bestehenden Überlastung der Gerichte seien diese nicht in der Lage, komplexe Kartellverfahren in angemessener Dauer zu bearbeiten. Dies führe dazu, dass sich die Gerichtsverfahren immer wieder verzögerten (vgl. hierzu etwa

*Rother/Schmidt*, NZKart 2016, 126, 128). Eine empirische Studie kommt u.a. zu folgendem Schluss: „In der Tendenz dauern Verfahren (...) in Deutschland immer länger. So lag der Schnitt bis Ende 2016 für die erste Instanz noch bei glatt einem Jahr. Durch einige zuletzt abgeschlossene, lange Verfahren ist er dann im Jahr 2017 auf nunmehr eineinhalb Jahre angestiegen“ (*Rengier*, WuW 2018, 613, 618). Tatsächlich sind die Verfahrensdauern in komplexen Kartellschadensfällen noch wesentlich länger. So sind einzelne Klagen zum Schienenkartell teilweise bereits seit 2012 anhängig und noch nicht einmal in der ersten Instanz entschieden; die meisten Klagen zum Zuckerkartell wurden in den Jahren 2014 und 2015 erhoben, aber auch hier ist in den meisten Fällen noch nicht einmal die erforderliche Beweiserhebung durchgeführt worden.

- (127) Analysiert man die Urteilsarten, so schlüsselt sich die Zeitdauer wie folgt auf: Klageabweisung – sieben Monate; Leistungsurteile – ein Jahr und ein Monat; Grundurteile bzw. Feststellungsurteile – ein Jahr und neun Monate. Deshalb wird bezweifelt, „ob der übermäßige Gebrauch von Grundurteilen sinnvoll ist“, weil sie „das Verfahren nur in die Länge ziehen – zunächst findet ein Verfahren dem Grunde nach statt, welches über mindestens zwei Instanzen geht, und dann erst steht das Betrags- und Leistungsverfahren samt Instanzenzug an“ (*Rengier*, WuW 2018, 613, 618). Dem lassen sich aber prozesswirtschaftliche Erwägungen entgegengehalten: Es erscheine als unökonomisch, eine u.U. sechsstellige Summe für ein ökonomisches Gutachten zu versenken, wenn sich ein Leistungsurteil aus genuin rechtlichen Gründen in der Rechtsmittelinstanz als rechtlich fehlerhaft erweist (*Klumpe/Thiede*, NZKart 2019, 136, 138). Konsens über die Sinnhaftigkeit der Vorgehensweise der Gerichte, offenbar vermehrt Grundurteile zu sprechen, konnte auch in der Studienvereinigung nicht erzielt werden.
- (128) Die Studienvereinigung bedauert, dass im RefE keine Regelungen getroffen worden sind, die der langen Verfahrensdauer entgegenwirken. Sie ließe sich vor allem durch eine aus Sicht der Studienvereinigung bessere, konstantere und umfassendere personelle Besetzung der Gerichte gerade in Kartellsachen verringern. Dazu wären die Landesverwaltungen berufen. Für die Bearbeitung einer „Kartellschadenssache (...) 1193 Minuten (also knapp 20 Stunden!)“ einzuplanen, ist „– Praktiker sind sich einig – wohl evident zu gering“ (*Klumpe/Thiede*, NZKart 2019, 136, 138 m. Fn. 40). In der Literatur sind auch verschiedene andere Ansätze diskutiert worden, wie beispielsweise eine erstinstanzliche Zuständigkeit von spezialisierten Senaten an Oberlandesgerichten oder Regeln zur Zusammenfassung von vergleichbaren Verfahren. Die Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht haben zu den verschiedenen Vor-

schlagen keine einheitliche Auffassung; sie halten aber eine gesetzgeberische Anstrengung ebenso wie Bemühungen der Justizverwaltung auf Bundes- und Landesebene für geboten, um hier Abhilfe zu schaffen.

- (129) Einstweilen könnten die diesem Dilemma ausgesetzten Gerichte den Umfang des Prozessstoffs wohl nur dadurch beeinflussen, dass sie das Verfahren stärker und anders lenken. So erscheint die konventionelle Vorgehensweise, der Klage im schriftlichen Verfahren eine Erwiderung, sodann eine Replik, eine Duplik, eine Triplik u.a.m. folgen zu lassen, in der jeweils sämtliche denkbaren Rechts- und Tatsachenfragen umfassend diskutiert werden, aus Sicht der Studienvereinigung überdenkenswert zu sein. Das erkennende Gericht könnte – was auch zunehmend praktiziert zu werden scheint – durch richterliche Hinweise auf gleichsam neuralgische Punkte hinweisen, die Erörterungen lenken und so Wesentlicheres vom Unwesentlicheren trennen. Das schließt zwar nicht aus, dass sich sein Urteil aus anderen Gründen als fehlerhaft erweist. Doch könnten auf diese Weise zumindest der Prozessstoff begrenzt und der Verfahrenfortgang beschleunigt werden. Dies zu bewirken, ist indes keine Aufgabe der Gesetzesverfasser, sondern eine – aus Sicht der Studienvereinigung zwar nicht zwingende, aber – mögliche Vorgehensweise der Gerichte. Die Studienvereinigung greift insoweit einen Vorschlag auf, den die Verfasser der zum 1. Januar 2020 in Kraft getretenen ZPO-Novelle wie folgt umrissen haben: „Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschichten.“

## **D. Fusionskontrolle**

### **I. Änderung der Aufgreifschwelle des § 35 Absätze 1 und 1a GWB-E**

- (130) Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt die Anhebung der 2. Inlandsumsatzschwelle, hält es jedoch für zweifelhaft, ob das geringe Ausmaß der Anhebung sachgerecht ist. Gerade im internationalen Vergleich erscheinen die Schwellenwerte weiterhin sehr niedrig. So gelten z.B. in Frankreich Inlandsumsatzschwellen für zwei beteiligte Unternehmen von jeweils mindestens EUR 50 Mio. Auch in den Niederlanden und Belgien - Ländern mit deutlich geringerer Wirtschaftskraft - liegen die Inlandsumsatzschwellenwerte mit EUR 30 Mio. bzw. EUR 40 Mio. deutlich über den deutschen Schwellen.

(131) Blickt man zurück auf die letzte Erhöhung der Schwellenwerte im Wege der Anpassung auf Euro-Beträge im Jahr 2002, fällt die nunmehr angedachte Erhöhung kaufkraftbereinigt noch geringer aus (vgl. *Stadler*, ZWeR 2019, 250 ff.). **Die Studienvereinigung Kartellrecht empfiehlt, eine deutlichere Erhöhung in Betracht zu ziehen und hierbei auch die 1. Inlandsumsatzschwelle im Blick zu haben.** Der Schwellenwert sollte sich an dem Ziel orientieren, nur Fälle von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung der präventiven Fusionskontrolle zu unterwerfen. Dies würde auch beim Bundeskartellamt zu einer stärkeren Entlastung führen und ermöglicht eine bessere Ressourcenallokation auf problematische Fälle.

## II. Änderung der Bagatellmarktklausel in § § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB-E

(132) **Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt zwar die Anhebung der Bagatellmarktschwelle, lehnt aber die Einfügung des Wortes „insgesamt“ in § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB-E ab.** Eine Bagatellmarktklausel muss sich am jeweiligen Markt orientieren und darf zu keiner künstlichen oder sogar rein zufälligen Gesamtbeurteilung mehrerer getrennter Bagatellmärkte führen, sofern diese nicht wie in der bisherigen Rechtsprechung in einem inneren Sachzusammenhang stehen. Insoweit ist der Regelungsvorschlag nicht sachgerecht. Die mit dieser Änderung angestrebte Entlastung und *„Stärkung von Konsolidierungsmöglichkeiten des Mittelstandes“* wird mit dieser gesetzlichen Bündelung nicht erreicht und in der Tendenz sogar konterkariert. Dasselbe gilt für das Ziel, die Fusionskontrolle auf *„gesamtwirtschaftliche bedeutende Fälle“* zu fokussieren.

(133) **Ebenso wie bei den Umsatzaufgreifschwelen ist die Studienvereinigung Kartellrecht der Auffassung, dass die Anhebung der Bagatellmarktschwelle höher ausfallen sollte.**

## III. Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse nach § 39a GWB-E

(134) Der spät in den Referentenentwurf aufgenommene § 39a GWB-E überzeugt nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht nicht. Es stellt einen bisher nicht bekannten Paradigmenwechsel in der Fusionskontrolle dar. Das Bundeskartellamt erhält hierdurch eine gesetzliche Blankettermächtigung bestimmte Unternehmen einer spezifischen Fusionskontrolle erheblich unterhalb der gesetzlichen Kriterien des § 35 GWB zu unterwerfen. Hier fehlt es an klarer Vorhersehbarkeit der Gesetzesanwendung. Die Begründung deutet an, dass § 39a GWB-E Branchen adressieren soll, die bisher schon Gegenstand von Sektoruntersuchungen waren und bei denen es

um Regionalmärkte geht. Damit dürften neben der Entsorgungswirtschaft z.B. die Wirtschaftszweige Transportbeton, Walzasphalt, Krankenhauswesen und der Lebensmitteleinzelhandel für das Bundeskartellamt zum Ziel dieser Ermächtigungsnorm werden. Es deutet sich hier eine besondere Belastung gerade auch von mittelständisch geprägten Branchen an.

- (135) Das Kriterium des § 39a Abs. 1 Nr. 2 GWB-E („Anhaltspunkte [...] dafür, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen eingeschränkt werden darf“) ist jedenfalls konturenlos und birgt die Gefahr von Zufälligkeiten und Einzelfallentscheidungen (vgl. auch *Bechtold*, NZKart 2020, 47, 48 f.). Die niedrigen Umsatzvoraussetzungen stellen eine gefährliche Vorverlagerung der Fusionskontrolle dar und einen Wertungswiderspruch zur Anhebung der 2. Inlandsumsatzschwelle. Das Bestreben, auch sog. „Killerakquisitionen“ insbesondere in der Digitalwirtschaft der Fusionskontrolle zu unterwerfen, läuft durch die 2/3 Inlandsklausel des § 39a Abs. 2 Nr. 2 GWB-E ins Leere, da viele innovative Start-ups auch außerhalb Deutschlands aktiv sind (vgl. *Monopolkommission*, Policy Brief 4, S. 7). **Insgesamt sollte aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht auf die Einführung des § 39a GWB-E verzichtet werden.** Das bestehende System der deutschen Fusionskontrolle mit im internationalen Vergleich niedrigen Schwellenwerten bietet ausreichend Schutz, volkswirtschaftlich relevante Zusammenschlüsse zu erfassen.

#### IV. Änderungen im Fristenregime § 40 Abs. 2 GWB-E

- (136) Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt die Verlängerung des Hauptprüfverfahrens um einen Monat nach § 40 Absatz 2 Satz 2 GWB-E.
- (137) Demgegenüber begegnet die Studienvereinigung der gleichzeitigen Festlegung in § 40 Absatz 2 Satz 5 GWB-E, dass sämtliche einvernehmliche Fristverlängerungen nicht den Zeitraum von einem Monat überschreiten dürfen, mit einer gewissen Skepsis. Eine solche Regelung hätte zwar den Vorteil, dass sie die Dauer des Fusionskontrollverfahrens planbarer macht. Ein festes Fristenende ohne Verlängerungsmöglichkeit setzt allerdings zwingend voraus, dass dem Bundeskartellamt nicht nur ausreichend Ressourcen zur Verfügung stehen, sondern vom Bundeskartellamt auch tatsächlich eingesetzt werden, um komplexe Sachverhalte in der verfügbaren Zeit vollständig auszuermitteln. Die bisherige Regelung gibt insoweit gerade in schwierigen Fällen mehr Flexibilität. Wenn die Zusammenschlussbeteiligten absehen, dass innerhalb von sechs Monaten eine Freigabe oder innerhalb von sieben Monaten eine Freigabe unter Auflagen und Bedingungen noch nicht erreicht

werden kann, würden sie ansonsten gezwungen, die Anmeldung zurückzunehmen und das Vorhaben erneut anzumelden.

- (138) **Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht wäre es zudem erwägenswert, das System der Europäischen Kommission einzuführen, die Verfahrensdauer in Arbeitstagen zu bemessen und nicht in strikten Fristen nach Kalendermonaten.** Dies führt nämlich häufig dazu, dass in Monaten, die mehrere Feiertage umfassen oder es sich, wie z.B. der Monat Februar, um einen „kurzen“ Monat handelt, zu faktisch verkürzten Fristen und dazu, dass das Bedürfnis nach Fristverlängerungen steigt. Der Studienvereinigung Kartellrecht ist bewusst, dass dies einen Bruch mit den Fristen des deutschen Verwaltungsrechts nach sich zöge, doch wäre dies eine Angleichung an den europäischen Standard, zumal viele Zusammenschlüsse eine internationale Dimension haben. Dies würde auch dem Bundeskartellamt in Feiertagsperioden (z.B. Weihnachten, Ostern etc.) eine angemessene Prüffrist einräumen.

#### **V. Änderungen im Ministererlaubnisverfahren § 42 GWB**

- (139) **Die Studienvereinigung Kartellrecht lehnt die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen zum Ministererlaubnisverfahren in § 42 Abs. 1 GWB-E und dem neuen § 42 Abs. 1 a GWB-E ab.** Sie führen zu einer faktischen Abschaffung der Ministererlaubnis (vgl. *Bechtold*, NZKart 2019, 635 ff.) und zudem zu einem verfahrensrechtlichen Systembruch im Rechtsschutz gegen Untersagungsentscheidungen.
- (140) Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht bei den Regelungen zum Ministererlaubnisverfahren keinen Änderungsbedarf. Der Charakter einer strikten Ausnahmeregelung im Gefüge der Zusammenschlusskontrolle ist im bestehenden System hinreichend abgesichert und wird durch die geringe Fallzahl in der Praxis und die noch geringere Anzahl der erteilten Erlaubnisse untermauert. Das bestehende System der Ministererlaubnis gewährleistet eine ausgewogene Balance von wettbewerblichen und außerwettbewerblichen Aspekten in begrenzten Ausnahmefällen.

(141) Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht durch die vorgeschlagene Einschränkung der Ministererlaubnis die Gefahr, dass das Bundeskartellamt in kontroversen Fusionskontrollverfahren künftig starkem „politischen Druck“ ausgesetzt sein wird. Das bisherige System der Ministererlaubnis hat das Bundeskartellamt vor diesem Druck effektiv geschützt (vgl. auch *Mundt*, Wirtschaftswoche v. 29.3.2019<sup>1</sup>). Wenn aber für die Ministererlaubnis selbst in Ausnahmefällen *de facto* kaum noch Raum ist, steht zu befürchten, dass der politische Druck auf das Bundeskartellamt deutlich stärker wird als dies heute der Fall ist. Dies gefährdet die über Jahrzehnte verteidigte Konzentration der unabhängigen Prüfung wettbewerblicher Aspekte durch das Bundeskartellamt. Die geplanten Änderungen des § 42 GWB sind aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht eine deutliche Gefährdung des bestehenden Systems der deutschen Fusionskontrolle und daher abzulehnen.

## 1. Vorschaltung des Rechtsmittelverfahrens

(142) § 42 Abs. 1 a GWB-E sieht als Voraussetzung für die Ministererlaubnis vor, dass die betroffenen Unternehmen zuvor ein Rechtsmittel (Beschwerde oder einstweiliger Rechtsschutz) gegen die Untersagungsverfügung eingelegt haben und dieses als unbegründet zurückgewiesen bzw. abgelehnt worden ist. Laut Begründung des Referentenentwurfs zu Nr. 18 wird mit dieser Änderung angestrebt, dass das Ministererlaubnisverfahren auf die „entscheidungsrelevanten Aspekte fokussiert“ wird und das Verfahren nicht mit Fragen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Verfahrens belastet wird.

(143) Die Studienvereinigung Kartellrecht hält diese Begründung und das vorgeschaltete Rechtsmittelverfahren weder für sachgerecht noch zielführend. Die beruht auf folgenden Gründen:

- Das in § 42 Abs. 1 GWB-E vorgesehene Rechtsmittelverfahren führt nicht zu einer Entlastung des BMWi im Ministererlaubnisverfahren. Die im Ministererlaubnisverfahren zu berücksichtigenden (außerwettbewerblichen) Aspekte sind gerade nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens. Zudem ist das BMWi auch nach bestehender Praxis an die Feststellungen des Bundeskartellamts zur wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlusses gebunden,

---

<sup>1</sup> Abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2019/190329\\_WiWo.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2019/190329_WiWo.html): „[...]In Deutschland sind wir mit der Ministererlaubnis bisher gut gefahren; sie ist ein Ventil, um politischen Druck aus wettbewerbspolitisch heiklen Entscheidungen zu nehmen. Es gibt ein klares, gerichtlich kontrolliertes Verfahren. Dabei ist sichergestellt, dass keine sachfremden Erwägungen einfließen [...].“ Vor diesem Hintergrund ist die Studienvereinigung Kartellrecht der Ansicht, dass ein solches Ventil auch effektiv im bisherigen Ausmaß zur Verfügung stehen muss.

so dass insoweit keine zusätzliche Ermittlungsarbeit entstehen kann. Der Bundesminister muss zudem auch weiterhin eine eigenständige Abwägung zwischen Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung und den Gemeinwohlvorteilen treffen. Insofern kommt es ebenfalls zu keiner Entlastung.

- Die Studienvereinigung Kartellrecht hat erhebliche Zweifel, dass es bei unter-sagten Zusammenschlüssen, in der Praxis einen Anwendungsbereich für ein erfolgreiches einstweiliges Rechtsmittelverfahren gibt (vgl. im Einzelnen *Bechtold*, NZKart 2019, 635, 636). Die Aussage in der Begründung, dass diese Voraussetzung „keine unbillige Härte“ darstelle, geht insofern ins Leere und wäre reine Förmerei.
- Überdies übersieht die vorgeschlagene Regelung die Möglichkeit, dass die Zusammenschlussbeteiligten die wettbewerbliche Beurteilung des Bundeskartellamts sogar inhaltlich akzeptieren und gar nicht gerichtlich angreifen würden und im Ministererlaubnisverfahren durch den Vortrag von Gemeinwohl-vorteilen die einzige Genehmigungsmöglichkeit im Ausnahmefall sehen. Auch dies zeigt, dass, anders als es die Begründung andeutet, es sich beim Ministererlaubnisverfahren nicht um „eine schnellere und ggf. kostengünstigere Entscheidung über den Zusammenschluss“ handelt, sondern das Ministerer-laubnisverfahren ein Verfahren *sui generis* darstellt, das bewusst neben dem Rechtsmittelverfahren steht, bei dem andere Aspekte ausschlaggebend sind.
- Schließlich wäre der zeitliche Aufwand selbst durch ein vorgeschaltetes einstweiliges Rechtsmittelverfahren für ein Zusammenschlussvorhaben, das aus-nahmsweise im Gemeinwohlinteresse steht, in der Transaktionsrealität nicht praktikabel. Sie käme nach einem langen Hauptprüfverfahren, dem ggf. bereits ein mehrmonatiges informelles Vorverfahren vorgeschaltet war und das ggf. durch Fristverlängerungen und Zusagenangebote verlängert wurde, aus zeitlicher Sicht kaum noch in Betracht. Dies gilt erst Recht für ein mehrjähriges gerichtliches Hauptsacheverfahren.

## 2. Änderung des materiellen Maßstabes in § 42 Abs. 1 GWB

- (144) § 42 Abs. 1 Satz 1 GWB-E ersetzt das Wort „oder“ durch das Wort **und**. Dies scheint lediglich eine geringfügige Änderung darzustellen, ist aber in der Auswirkung erheblich. Insofern geht die Änderung über die als Begründung Nr. 18 lit. a) genannten Klarstellung zum Ausnahmecharakter der Ministererlaubnis weit hinaus. Vielmehr besteht die Gefahr, dass diese Änderung nicht anders verstanden werden kann, als

dass eine weitere Einengung des Anwendungsbereichs der Ministererlaubnis beabsichtigt ist.

- (145) Während es bisher ausreichte, eine der Alternativen der „gesamtwirtschaftlichen Vorteile“ oder „des überragenden Interesses der Allgemeinheit“ vorzutragen und zu beweisen, muss jetzt kumulativ nachgewiesen werden, dass eine Erlaubnis durch gesamtwirtschaftliche Vorteile **und** überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Dies führt dazu, dass künftig entgegen der bisherigen Praxis, die generalisierend auf „Gemeinwohlvorteile“ abstellt, exakt zwischen den beiden Erlaubnistatbeständen unterschieden werden muss. Häufig ist aber eine klare Zuordnung bei derart unbestimmten Rechtsbegriffen gar nicht möglich und die bisherige restriktive Praxis ermöglichte hier Flexibilität. Die Änderung führt folglich nicht zu einer Klarstellung des Ausnahmecharakters, sondern zu einer folgenreichen Änderung der Rechtsanwendung (vgl. dazu auch *Bechtold*, NZKart 2019, 635, 636 f.)
- (146) Auf das kumulative Vorliegen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen und überragenden Interessen der Allgemeinheit werden sich zumeist auch nur große Unternehmen berufen können, die aber regelmäßig der EU-Fusionskontrolle unterliegen, so dass die Ministererlaubnis hierfür nicht anwendbar ist. Der Anwendungsbereich wird durch geplante Änderung somit faktisch spürbar eingengt (vgl. *Bechtold*, NZKart 2019, 635, 637).
- (147) Einer solchen Schärfung des Ausnahmecharakters bedarf es aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht nicht. Seit Einführung des Instruments zusammen mit der Fusionskontrolle im Jahr 1973 gab es lediglich 23 Verfahren, von denen nur 10 mit einer Erlaubnis endeten (zumeist mit Nebenbestimmungen). In den letzten 10 Jahren wurden lediglich zwei Verfahren durchgeführt, den letzten 30 Jahren waren es 10 Verfahren. Zudem wurden die Gemeinwohlkriterien auch bisher sehr restriktiv gehandhabt. Die Empirie belegt zudem, dass Untersagungsentscheidungen des Bundeskartellamts nur ganz selten und ausnahmsweise ein Ministererlaubnisverfahren nach sich zieht. In den meisten Fällen fehlt es von vornherein an den Gemeinwohlbezügen. Es gibt folglich keinen Regelungs- und Änderungsbedarf.

\* \* \*

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

Ines Bodenstein (Kordinatorin)

Stefan Ohlhoff (Kordinator)

Alexander Rinne (Kordinator)

Marco Hartmann-Rüppel

Johannes Heyers

Andreas Lotze

Philipp Pichler

Eckart Wagner

Fabrice Witzke

Albrecht Bach (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung Kartellrecht)

Christoph Stadler (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung Kartellrecht)

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>VORBEMERKUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>B.</b>	<b>VERWALTUNGSVERFAHREN</b> .....	<b>2</b>
<b>I.</b>	<b>Übersicht</b> .....	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>Absenkung der Schwelle für Einstweilige Anordnung (§ 32a GWB-E)</b> .....	<b>2</b>
<b>III.</b>	<b>Zusicherung, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c GWB-E)</b> .....	<b>8</b>
<b>IV.</b>	<b>Hinweis auf die Möglichkeit einer mündlichen Anhörung (§ 56 Abs. 1 GWB-E)</b> .....	<b>10</b>
<b>V.</b>	<b>Regelung der Akteneinsicht (§ 56 Abs. 3 bis 5 GWB-E)</b> .....	<b>13</b>
<b>VI.</b>	<b>Auskunftsverlangen (§ 59 GWB-E)</b> .....	<b>20</b>
<b>VII.</b>	<b>Befugnisse bei Durchsuchungen (§ 59b GWB-E)</b> .....	<b>23</b>
<b>C.</b>	<b>SCHADENSERSATZ</b> .....	<b>25</b>
<b>I.</b>	<b>Vermutung der Kartellbetroffen- bzw. -befangenheit</b> .....	<b>25</b>
<b>II.</b>	<b>Regelungsbedarf zur Verjährung nach Cogeco?</b> .....	<b>36</b>
<b>III.</b>	<b>Regelung zu Sachverständigen für Schwärzung (§ 89b Abs. 7 S. 2 GWB-RefE)</b> .....	<b>39</b>
<b>IV.</b>	<b>Förderung der Effizienz von Gerichtsverfahren</b> .....	<b>39</b>
<b>D.</b>	<b>FUSIONSKONTROLLE</b> .....	<b>41</b>
<b>I.</b>	<b>Änderung der Aufgreifschwelle des § 35 Absätze 1 und 1a GWB-E</b> .....	<b>41</b>
<b>II.</b>	<b>Änderung der Bagatellmarktklausel in §§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB-E</b> .....	<b>42</b>
<b>III.</b>	<b>Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse nach § 39a GWB-E</b> .....	<b>42</b>
<b>IV.</b>	<b>Änderungen im Fristenregime § 40 Abs. 2 GWB-E</b> .....	<b>43</b>
<b>V.</b>	<b>Änderungen im Ministererlaubnisverfahren § 42 GWB</b> .....	<b>44</b>