

## **Referentenentwurf**

### **des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie**

#### **Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)**

##### **A. Problem und Ziel**

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde mit dem 8. Änderungsgesetz vom 26.6.2013 (8. GWB-Novelle) grundlegend überarbeitet. Zwischenzeitlich ist die Digitalisierung der Wirtschaft weiter vorangeschritten. Sie betrifft oder wird zukünftig nahezu alle Industrie- und Dienstleistungssektoren betreffen. Die damit einhergehende Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle mit erkennbaren Konzentrationstendenzen in bestimmten Geschäftsfeldern hat auch vor dem Hintergrund wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse einen gewissen Anpassungsbedarf im GWB erkennen lassen. Außerdem wurden mit der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (ABl. L 349 vom 5.12.2014, Seite 1) neue Vorgaben für die erleichterte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch Geschädigte gesetzt. Die Richtlinie 2014/104/EU ist bis zum 27.12.2016 in deutsches Recht umzusetzen. Die kartellrechtliche Praxis hat gezeigt, dass die effektive Rechtsdurchsetzung gegenüber Unternehmen durch Defizite des nationalen Regelungsrahmens bei der Rechtsnachfolge sowie bei Konzernstrukturen erheblich beeinträchtigt wird. So ist zu beobachten, dass Unternehmen zunehmend versuchen, kartellrechtliche Geldbußen in Millionenhöhe durch Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen zu vermeiden. Diese Umgehungsmöglichkeiten haben zur Folge, dass Kartellverstöße von Unternehmen, die sich maßgeblich an schwerwiegenden Kartellrechtsdelikten mit besonders hoher Sozialschädlichkeit beteiligt haben, nicht oder nur unzureichend geahndet werden können. Daher ist eine Anpassung im GWB erforderlich.

##### **B. Lösung**

Mit der 9. GWB-Novelle werden im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt. Die Novelle erweitert zudem angemessen den Handlungsspielraum von Presseunternehmen. Darüber hinaus wird die Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union in nationales Recht umgesetzt. Die Umsetzung der Richtlinie wird dazu beitragen, dass Unternehmen und Verbraucher effektiver Schadensersatzansprüche durchsetzen können, wenn sie durch einen Kartellverstoß geschädigt wurden. Die Einführung einer unternehmensbezogenen Sanktion stellt sicher, dass Kartellrechtsverstöße ebenso effektiv und nachhaltig verfolgt werden können wie in den Verfahren der Europäischen Kommission. Dadurch wird wirksam verhindert, dass Unternehmen kartellrechtliche Geldbußen in Millionenhöhe durch nachträgliche Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen vereiteln.

## **C. Alternativen**

Keine.

## **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Durch das Gesetz ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

## **E. Erfüllungsaufwand**

### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Dieses Änderungsgesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger.

### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Für die Wirtschaft entsteht ein Erfüllungsaufwand in Höhe von 420.000 Euro.

Der neue Aufgreifbestand des § 35 Absatz 1a wird dazu führen, dass bisher nicht anmeldepflichtige Zusammenschlussvorhaben einer Anmelde- und Kontrollpflicht unterliegen. In der Anmeldung werden nach dem geänderten § 39 Absatz 3 Nummer 3 Angaben zum Wert der Gegenleistung und nach dem § 39 Absatz 3 Nummer 3a Angaben zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland gemacht werden müssen. Es entstehen daher Kosten aus Informationspflichten, die im Wesentlichen aus Kosten der Konsultation von Rechtsbeistand bestehen.

Die Anzahl der künftig zusätzlich anzumeldenden Vorhaben, bei denen der Wert der Gegenleistung 350 Millionen Euro überschreitet, kann nur auf Grundlage unvollständiger historischer Informationen geschätzt werden. Die Auswertung der zur Verfügung stehenden Informationen über Übernahmen und Zusammenschlüsse in den letzten Jahren hat ergeben, dass die Fallzahl aller Wahrscheinlichkeit nach im niedrigen einstelligen Bereich liegen wird. Um den entstehenden Ermittlungsaufwand beziffern zu können, wird hier von einer Zahl von drei Fällen im Jahr ausgegangen.

Im Fall einer Anmeldung können Informationskosten, insbesondere Kosten durch die Konsultation von Rechtsbeistand entstehen. Die Höhe der Rechtsanwaltsvergütung ist stark einzelfallabhängig und wird daher in aller Regel individuell vereinbart. Für die Bezifferung des Erfüllungsaufwandes wird, angelehnt an die gesetzlichen Regeln zur Rechtsanwaltsvergütung, von einem Erfüllungsaufwand pro Fall von 140.000 Euro ausgegangen. Die Kosten werden vor allem beim Erwerber entstehen, da dieser typischer Weise das wirtschaftliche Risiko einer Übernahme trägt.

Der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft beträgt damit

$3 \times 140.000 \text{ Euro} = 420.000 \text{ Euro}$

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten:

Bei dem jährlichen Erfüllungsaufwand der Wirtschaft von 420.000 Euro handelt es sich um Kosten aus Informationspflichten.

### **E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung**

Für das Bundeskartellamt entstehen ein einmaliger Erfüllungsaufwand von 187 Euro und ein jährlicher Erfüllungsaufwand von 46.427,52 Euro.

Für das Bundeskartellamt kann sich insbesondere aus dem neuen § 35 Absatz 1a Erfüllungsaufwand ergeben. Ausgehend von der getroffenen Annahme, dass es durch die Neuregelung zu drei zusätzlichen Zusammenschlussanmeldungen im Jahr kommt, wäre der Erfüllungsaufwand der Verwaltung bei den Vorprüfverfahren:

3 x 1.601,84 Euro = 4.805,52 Euro

Es ist davon auszugehen, dass aufgrund der hohen wirtschaftlichen Bedeutung und der untypischen Charakteristika der betroffenen Zusammenschlüsse, im Durchschnitt jährlich in einem Fall zusätzlich ein Hauptprüfverfahren eröffnet wird. Dies führt zu einem jährlichen Erfüllungsaufwand von 39.310 Euro.

Aus der Pflicht des Bundeskartellamts zur Veröffentlichung von Mitteilungen nach § 53 Absatz 5 entsteht darüber hinaus ein einmaliger Erfüllungsaufwand von 187 Euro und ein jährlicher Erfüllungsaufwand von 2.312,00 Euro.

### **F. Weitere Kosten**

Durch die Einführung des neuen § 35 Absatz 1a werden zukünftig auch bei Zusammenschlüssen, die bisher nicht anmeldepflichtig und deshalb nicht gebührenpflichtig waren, gemäß § 80 Absatz 1 Nummer 1 Gebühren durch die Kartellbehörden erhoben. Die Höhe der Gebühren wird unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Zusammenschlusses nach wie vor vom personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde abhängen. Zusätzlich werden neue Gebührentatbestände im § 80 geschaffen (Erteilung von Auskünften nach § 31b Absatz 2 GWB, Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten oder Erteilung von Auskünften daraus nach §§ 406e, 475 StPO).

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU dient der Stärkung der durch Kartelle Geschädigten. Da keine belastbare Datengrundlage existiert, ob und inwieweit die effektivere Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen zu einer vermehrten Geltendmachung von derartigen Ansprüchen führen wird, können die wirtschaftlichen Folgen nicht exakt beziffert werden. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive ergeben sich aus Schadensersatzzahlungen weder ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand, noch zusätzliche Kosten, da die Zahlungen der Anspruchsgegner den Anspruchsinhabern zufließen. Da nach § 91 ZPO die unterliegende Partei sowohl die außergerichtlichen Kosten als auch die Gerichtskosten zu tragen hat, werden weder für die Anspruchsinhaber noch für die zuständigen Gerichte zusätzliche Kosten entstehen. Mittelfristig werden also allein die Anspruchsgegner mit den Kosten der Rechtsdurchsetzung belastet. Langfristig ist aufgrund der Abschreckungswirkung der Schadensersatzpflicht ein gesamtwirtschaftlicher Vorteil, zum Beispiel in Form geringerer Preise, zu erwarten, wenn Normadressaten ihre Kartellaktivität reduzieren bzw. einstellen. Grundsätzlich ist eine Senkung von Einzelpreisen und des Preisniveaus, auch des Verbraucherpreisniveaus zu erwarten. Diese Auswirkungen sind jedoch aus heutiger Perspektive nicht kalkulierbar.

Sonstige Kosten für die Wirtschaft oder Kosten für soziale Sicherungssysteme sind nicht zu erwarten.

# Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

## Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)<sup>1)</sup>

Vom [...]

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Der Erste bis Dritte Teil der Inhaltsübersicht wird wie folgt gefasst:

„Teil 1

Wettbewerbsbeschränkungen

Kapitel 1

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

§ 1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

§ 2 Freigestellte Vereinbarungen

§ 3 Mittelstandskartelle

§§ 4 bis 17 (weggefallen)

Kapitel 2

Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten

§ 18 Marktbeherrschung

§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht

§ 21 Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens

---

1) Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (ABl. L 349 vom 05.12.2014, Seite 1)

### Kapitel 3

#### Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts

§ 22 Verhältnis dieses Gesetzes zu den Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union

§ 23 (weggefallen)

### Kapitel 4

#### Wettbewerbsregeln

§ 24 Begriff, Antrag auf Anerkennung

§ 25 Stellungnahme Dritter

§ 26 Anerkennung

§ 27 Veröffentlichung von Wettbewerbsregeln, Bekanntmachungen

### Kapitel 5

#### Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche

§ 28 Landwirtschaft

§ 29 Energiewirtschaft

§ 30 Presse

§ 31 Verträge der Wasserwirtschaft

§ 31a Wasserwirtschaft, Meldepflicht

§ 31b Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen

### Kapitel 6

#### Befugnisse der Kartellbehörden, Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung

##### Abschnitt 1

##### Befugnisse der Kartellbehörden

§ 32 Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen

§ 32a Einstweilige Maßnahmen

§ 32b Verpflichtungszusagen

§ 32c Kein Anlass zum Tätigwerden

§ 32d Entzug der Freistellung

§ 32e Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen

##### Abschnitt 2

##### Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung

§ 33 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

§ 33a Schadensersatzpflicht

- § 33b Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde
- § 33c Einwand der Schadensabwälzung
- § 33d Gesamtschuldnerische Haftung
- § 33e Kronzeuge
- § 33f Wirkungen des Vergleichs
- § 33g Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften
- § 33h Verjährung
- § 34 Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde
- § 34a Vorteilsabschöpfung durch Verbände

## Kapitel 7

### Zusammenschlusskontrolle

- § 35 Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle
- § 36 Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen
- § 37 Zusammenschluss
- § 38 Berechnung der Umsatzerlöse, der Marktanteile und des Wertes der Gegenleistung
- § 39 Anmelde- und Anzeigepflicht
- § 40 Verfahren der Zusammenschlusskontrolle
- § 41 Vollzugsverbot, Entflechtung
- § 42 Ministererlaubnis
- § 43 Bekanntmachungen
- § 43a Evaluierung

## Kapitel 8

### Monopolkommission

- § 44 Aufgaben
- § 45 Mitglieder
- § 46 Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder
- § 47 Übermittlung statistischer Daten

## Kapitel 9

### Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas und für Kraftstoffe

#### Abschnitt 1

##### Markttransparenzstelle für den Großhandel im Bereich Strom und Gas

- § 47a Einrichtung, Zuständigkeit, Organisation
- § 47b Aufgaben

§ 47c Datenverwendung

§ 47d Befugnisse

§ 47e Mitteilungspflichten

§ 47f Verordnungsermächtigung

§ 47g Festlegungsbereiche

§ 47h Berichtspflichten, Veröffentlichungen

§ 47i Zusammenarbeit mit anderen Behörden und Aufsichtsstellen

§ 47j Vertrauliche Informationen, operationelle Zuverlässigkeit, Datenschutz

## Abschnitt 2

### Markttransparenzstelle für Kraftstoffe

§ 47k Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe

## Abschnitt 3

### Evaluierung

§ 47l Evaluierung der Markttransparenzstellen

## Teil 2

### Kartellbehörden

## Kapitel 1

### Allgemeine Vorschriften

§ 48 Zuständigkeit

§ 49 Bundeskartellamt und oberste Landesbehörde

§ 50 Vollzug des europäischen Rechts

§ 50a Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden

§ 50b Sonstige Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden

§ 50c Behördenzusammenarbeit

## Kapitel 2

### Bundeskartellamt

§ 51 Sitz, Organisation

§ 52 Veröffentlichung allgemeiner Weisungen

§ 53 Tätigkeitsbericht und Monitoringberichte (ggf. Änderung durch Strommarktgesetz)

Teil 3  
Verfahren

Kapitel 1  
Verwaltungssachen

Abschnitt 1  
Verfahren vor den Kartellbehörden

- § 54 Einleitung des Verfahrens, Beteiligte
- § 55 Vorabentscheidung über Zuständigkeit
- § 56 Anhörung, mündliche Verhandlung
- § 57 Ermittlungen, Beweiserhebung
- § 58 Beschlagnahme
- § 59 Auskunftsverlangen
- § 60 Einstweilige Anordnungen
- § 61 Verfahrensabschluss, Begründung der Verfügung, Zustellung
- § 62 Bekanntmachung von Verfügungen

Abschnitt 2  
Beschwerde

- § 63 Zulässigkeit, Zuständigkeit
- § 64 Aufschiebende Wirkung
- § 65 Anordnung der sofortigen Vollziehung
- § 66 Frist und Form
- § 67 Beteiligte am Beschwerdeverfahren
- § 68 Anwaltszwang
- § 69 Mündliche Verhandlung
- § 70 Untersuchungsgrundsatz
- § 71 Beschwerdeentscheidung
- § 71a Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör
- § 72 Akteneinsicht
- § 73 Geltung von Vorschriften des GVG und der ZPO

Abschnitt 3  
Rechtsbeschwerde

- § 74 Zulassung, absolute Rechtsbeschwerdegründe
- § 75 Nichtzulassungsbeschwerde

§ 76 Beschwerdeberechtigte, Form und Frist

#### Abschnitt 4

#### Gemeinsame Bestimmungen

§ 77 Beteiligtenfähigkeit

§ 78 Kostentragung und -festsetzung

§ 79 Rechtsverordnungen

§ 80 Gebührenpflichtige Handlungen

#### Kapitel 2

#### Bußgeldverfahren

§ 81 Bußgeldvorschriften

§ 81a Ausfallhaftung im Übergangszeitraum

§ 81b Auskunftspflichten

§ 82 Zuständigkeit für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung

§ 82a Befugnisse und Zuständigkeiten im gerichtlichen Bußgeldverfahren

§ 83 Zuständigkeit des OLG im gerichtlichen Verfahren

§ 84 Rechtsbeschwerde zum BGH

§ 85 Wiederaufnahmeverfahren gegen Bußgeldbescheid

§ 86 Gerichtliche Entscheidungen bei der Vollstreckung

#### Kapitel 3

#### Vollstreckung

§ 86a Vollstreckung

#### Kapitel 4

#### Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten

§ 87 Ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte

§ 88 Klageverbindung

§ 89 Zuständigkeit eines Landgerichts für mehrere Gerichtsbezirke

§ 89a Streitwertanpassung

§ 89b Verfahren

§ 89c Offenlegung aus der Behördenakte

§ 89d Beweisregeln

§ 89e Gemeinsame Vorschriften für die §§ 33g und 89b bis 89d

Kapitel 5  
Gemeinsame Bestimmungen

§ 90 Benachrichtigung und Beteiligung der Kartellbehörden

§ 90a Zusammenarbeit der Gerichte mit der Europäischen Kommission und den Kartellbehörden

§ 91 Kartellsenat beim OLG

§ 92 Zuständigkeit eines OLG oder des ObLG für mehrere Gerichtsbezirke in Verwaltungs- und Bußgeldsachen

§ 93 Zuständigkeit für Berufung und Beschwerde

§ 94 Kartellsenat beim BGH

§ 95 Ausschließliche Zuständigkeit

§ 96 (weggefallen)“.

2. Vor § 1 werden die Überschriften wie folgt gefasst:

„Teil 1  
Wettbewerbsbeschränkungen

Kapitel 1

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen“.

3. Vor § 18 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Kapitel 2

Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten“.

4. § 18 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 werden die Wörter „im Sinne dieses Gesetzes“ gestrichen.

b) Nach Absatz 2 wird der folgende Absatz 2a eingefügt:

„(2a) Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“

c) Nach Absatz 3 wird der folgende Absatz 3a eingefügt:

„(3a) Bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem in besonderer Weise zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,

2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.“

d) Nach Absatz 7 wird folgender Absatz 8 angefügt:

„(8) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in Absatz 2a und Absatz 3a über die Erfahrungen mit den Vorschriften.“

5. In § 19 Absatz 3 werden nach der Angabe „§ 30 Absatz 2a“ die Wörter „und 2b“ und ein Komma eingefügt.
6. Entfristung [und praxisingerechte Ausgestaltung des speziellen Verbots des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis (§ 20 Absatz 3 Nummer 1)]
7. [Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfrage-macht (§ 20 Absatz 2)]
8. Vor § 22 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

### „Kapitel 3

#### Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts“.

9. In § 22 Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „des Zweiten Abschnitts“ durch die Angabe „des Kapitels 2“ ersetzt.
10. Vor § 24 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

### „Kapitel 4

#### Wettbewerbsregeln“.

11. In § 26 Absatz 1 Satz 2 wird die Angabe „nach dem Sechsten Abschnitt“ durch die Angabe „nach Kapitel 6“ ersetzt.
12. Vor § 28 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

### „Kapitel 5

#### Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche“.

13. § 30 wird wie folgt geändert:

- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 30

Presse“.

- b) Nach Absatz 2a wird folgender Absatz 2b eingefügt:

„(2b) § 1 gilt nicht für Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken. Satz 1 gilt nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich. Die Unternehmen haben auf Antrag einen Anspruch auf eine Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32c, wenn

1. bei einer Vereinbarung nach Satz 1 die Voraussetzungen für ein Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind und
2. die Antragsteller ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Entscheidung haben.

Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“

- c) In Absatz 3 Satz 2 werden nach der Angabe „ Absatz 2a“ die Wörter „oder eine Vereinbarung nach Absatz 2b“ eingefügt.
- d) Es wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Regelung in Absatz 2b und Absatz 3 Satz 2 über die Erfahrungen mit der Vorschrift.“

14. Vor § 32 werden die Überschriften wie folgt gefasst:

## „Kapitel 6

### Befugnisse der Kartellbehörden, Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung

#### Abschnitt 1

#### Befugnisse der Kartellbehörden“.

15. In § 32 Absatz 1 werden die Wörter „dieses Gesetzes“ durch die Wörter „dieses Teils“ ersetzt.
16. Nach § 32e wird folgende Überschrift eingefügt:

„Abschnitt 2

Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung“.

17. In § 32e Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „dieses Gesetzes“ durch die Wörter „der Vorschriften dieses Teils“ ersetzt.

18. § 33 wird durch folgende §§ 33 bis 33h ersetzt:

„§ 33

Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

(2) Der Unterlassungsanspruch besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht.

(3) Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(4) Der Unterlassungsanspruch kann auch geltend gemacht werden von

1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, wenn
  - a) ihnen eine erhebliche Anzahl betroffener Unternehmen im Sinne des Absatzes 3 angehört und
  - b) sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen;
2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in
  - a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder
  - b) das Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) in der jeweils geltenden Fassung.

§ 33a

Schadensersatzpflicht

(1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Ein Kartell im Sinne dieses Abschnitts ist eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter. Zu solchen Absprachen oder Verhaltensweisen gehören insbesondere

1. die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
2. die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten,
3. die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen oder
4. sonstige gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen.

(3) Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden.

(4) Geldschulden nach Absatz 1 hat der Schuldner ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

### § 33b

#### Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde

Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, so ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Diese Verpflichtung gilt unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

### § 33c

#### Einwand der Schadensabwälzung

(1) Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen (Preisaufschlag), so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Dem Abnehmer ist kein Schaden entstanden, soweit er einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß nach § 33a Absatz 1 verursacht worden ist, an seine Abnehmer (mittelbare Abnehmer) weitergegeben hat (Schadensabwälzung). Davon unberührt bleibt der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seines entgangenen Gewinns nach § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit der entgangene Gewinn durch die Weitergabe des Preisaufschlags verursacht worden ist.

(2) Dem Grunde nach wird zugunsten eines mittelbaren Abnehmers vermutet, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde, wenn

1. der Rechtsverletzer einen Verstoß gegen die §§ 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union begangen hat,
2. der Verstoß einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Rechtsverletzers zur Folge hatte und
3. der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die
  - a) Gegenstand des Verstoßes waren,
  - b) aus Waren oder Dienstleistungen hervorgegangen sind, die Gegenstand des Verstoßes waren, oder
  - c) Waren oder Dienstleistungen enthalten haben, die Gegenstand des Verstoßes waren.

(3) Die Vermutung einer Schadensabwälzung nach Absatz 2 kann widerlegt werden, indem Tatsachen glaubhaft gemacht werden, die eine vollständige oder teilweise Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer in diesem Fall ausschließen.

(4) Die Absätze 1 bis 3 finden entsprechende Anwendung für den Fall, dass der Verstoß gegen die §§ 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union die Belieferung des Rechtsverletzers betrifft.

(5) Bei der Entscheidung über den Umfang der Schadensabwälzung findet § 287 der Zivilprozessordnung entsprechende Anwendung.

## § 33d

### Gesamtschuldnerische Haftung

(1) Begehen mehrere gemeinschaftlich einen Verstoß im Sinne des § 33a Absatz 1, sind sie als Gesamtschuldner zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Im Übrigen finden die §§ 830 und 840 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

(2) Das Verhältnis, in dem die Gesamtschuldner untereinander für die Verpflichtung zum Ersatz und den Umfang des zu leistenden Ersatzes haften, hängt von den Umständen ab, insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben. Im Übrigen finden die §§ 421 bis 425 sowie § 426 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

(3) Verstoßen mehrere Anbieter einer Ware oder einer Dienstleistung gegen die §§ 1 oder 19 oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, so ist die Verpflichtung eines kleinen oder mittleren Unternehmens im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36) zum Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 auf den Ersatz des Schadens beschränkt, der seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern aus dem Verstoß entsteht, wenn

1. sein Anteil an dem relevanten Markt während des Zeitraums, in dem der Verstoß begangen wurde, stets weniger als 5 Prozent betrug und
2. die regelmäßige Ersatzpflicht nach Absatz 1 seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeden Werts berauben würde.

Die übrigen Rechtsverletzer können von dem kleinen oder mittleren Unternehmen Ausgleichung nach Absatz 2 nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, der seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern aus dem Verstoß entsteht.

- (4) Die Beschränkung der Haftung nach Absatz 3 ist ausgeschlossen, wenn
1. das kleine oder mittlere Unternehmen den Verstoß organisiert oder
  2. die anderen Rechtsverletzer zur Teilnahme an dem Verstoß gezwungen hat oder
  3. in der Vergangenheit bereits die Beteiligung des kleinen oder mittleren Unternehmens an einem sonstigen Verstoß gegen die §§ 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen Wettbewerbsrecht im Sinne des § 89e Absatz 2 behördlich oder gerichtlich festgestellt worden ist.

### § 33e

#### Kronzeuge

(1) Abweichend von § 33a Absatz 1 ist ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der seinen oder ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entstanden ist. Anderen Geschädigten ist der Kronzeuge nur zum Ersatz des aus dem Verstoß gemäß § 33a Absatz 1 entstehenden Schadens verpflichtet, wenn sie von den übrigen Rechtsverletzern keinen Ersatz erlangen konnten.

(2) In Fällen nach Absatz 1 Satz 2 ist der Kronzeuge nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, soweit die Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer bereits verjährt sind.

(3) Die übrigen Rechtsverletzer können von dem Kronzeugen Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat. Diese Beschränkung gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen aus dem Verstoß entstehen.

### § 33f

#### Wirkungen des Vergleichs

(1) Wenn nicht anders vereinbart, wird im Falle einer durch einvernehmliche Streitbeilegung erzielten Einigung (Vergleich) über einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 der sich vergleichende Gesamtschuldner in Höhe seines Anteils an dem Schaden von seiner Haftung gegenüber dem sich vergleichenden Geschädigten befreit. Die übrigen Gesamtschuldner sind nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der nach Abzug des Anteils des sich vergleichenden Gesamtschuldners verbleibt. Den Ersatz des verbliebenen Schadens kann der sich vergleichende Geschädigte von dem sich vergleichenden Gesamtschuldner nur verlangen, wenn der sich vergleichende Geschädigte von den übrigen Gesamtschuldnern insoweit keinen vollständigen Ersatz erlangen konnte. Satz 3 findet keine Anwendung, wenn die Vergleichsparteien dies in dem Vergleich ausgeschlossen haben.

(2) Gesamtschuldner, die nicht an dem Vergleich nach Absatz 1 beteiligt sind, können von dem sich vergleichenden Gesamtschuldner keine Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 für den Ersatz des Schadens des sich vergleichenden Geschädigten verlangen, der nach Abzug des Anteils des sich vergleichenden Gesamtschuldners verblieben ist.

## § 33g

### Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften

(1) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, der glaubhaft macht, einen solchen Schadensersatzanspruch zu haben, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.

(2) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Verteidigung gegen einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, gegen den ein Prozess über den Anspruch nach Absatz 1 oder den Anspruch auf Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 rechtshängig ist, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist. Der Anspruch nach Satz 1 besteht auch, wenn jemand Klage auf Feststellung erhoben hat, dass ein anderer keinen Anspruch nach § 33a Absatz 1 gegen ihn hat, und er den der Klage zugrundeliegenden Verstoß im Sinne des § 33 Absatz 1 nicht bestreitet.

(3) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Bei der Abwägung sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. in welchem Umfang der Antrag auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird,
2. der Umfang der Beweismittel und die Kosten der Herausgabe, insbesondere wenn die Beweismittel von einem Dritten verlangt werden,
3. der Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, die für den Anspruch nach § 33a Absatz 1 oder für die Verteidigung gegen diesen Anspruch nicht erheblich sind,
4. die Bindungswirkung von Entscheidungen nach § 33b,
5. die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts und
6. der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen und welche Vorkehrungen zu deren Schutz bestehen.

Das Interesse desjenigen, gegen den der Anspruch nach § 33a Absatz 1 geltend gemacht wird, die Durchsetzung des Anspruchs zu vermeiden, ist nicht zu berücksichtigen.

(4) Ausgeschlossen ist die Herausgabe eines Dokuments oder einer Aufzeichnung, auch über den Inhalt einer Vernehmung im wettbewerbsbehördlichen Verfahren, wenn und soweit darin eine freiwillige mündliche oder schriftliche Erklärung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbshörde enthalten ist,

1. in der das Unternehmen oder die natürliche Person die Kenntnis von einem Kartell und seine beziehungsweise ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken (Kronzeugenerklärung) oder
2. die ein Anerkenntnis oder den Verzicht auf das Bestreiten seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht und seiner Verantwortung für diese Zuwiderhandlung enthält und die eigens für den Zweck formuliert wurde, der Wettbewerbsbehörde die Anwendung eines vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens zu ermöglichen (Vergleichsausführungen).

Nicht von der Kronzeugenerklärung umfasst sind Beweismittel, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht. Soweit die Herausgabe eines Beweismittels nach Satz 1 ausgeschlossen ist, kann der Anspruchsteller die Herausgabe an das Gericht der Hauptsache nach § 89b Absatz 8 allein zum Zweck der Prüfung verlangen.

(5) Bis zum vollständigen Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens gegen alle Beteiligten ist die Herausgabe von Beweismitteln ausgeschlossen, soweit sie folgendes enthalten:

1. Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person oder Personenvereinigung eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden,
2. Mitteilungen der Wettbewerbsbehörde an die Beteiligten in dem Verfahren oder
3. Vergleichsausführungen, die zurückgezogen wurden.

(6) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 kann verweigert werden, soweit der Besitzer in einem Rechtsstreit über einen Anspruch nach § 33a Absatz 1 dieses Gesetzes gemäß § 383 Absatz 1 Nummer 4 bis 6 oder gemäß § 384 Nummer 3 der Zivilprozessordnung zur Zeugnisverweigerung berechtigt wäre. In diesem Fall kann der Anspruchsteller die Herausgabe der Beweismittel an das Gericht der Hauptsache zur Entscheidung nach § 89b Absatz 6 verlangen. Satz 2 findet keine Anwendung auf Rechtsanwälte, soweit sie nach § 383 Absatz 1 Nummer 6 der Zivilprozessordnung zur Zeugnisverweigerung berechtigt wären.

(7) Macht der nach Absatz 1 oder Absatz 2 Verpflichtete zu der Herausgabe der Beweismittel Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er von dem anderen Teil den Ersatz dieser Aufwendungen verlangen.

(8) Die Absätze 1 bis 7 über die Herausgabe von Beweismitteln gelten für die Erteilung von Auskünften entsprechend.

(9) Erteilt der Verpflichtete nach Absatz 1 oder 2 die Auskunft vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch, unvollständig oder gar nicht oder gibt er Beweismittel vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft, unvollständig oder gar nicht heraus, ist er dem Anspruchsteller zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(10) Die von dem Verpflichteten nach den Absätzen 1 und 2 erteilten Auskünfte oder herausgegebenen Beweismittel dürfen in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft oder der Herausgabe eines Beweismittels begangenen Tat gegen den Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Verpflichteten verwertet werden. Dies gilt auch, wenn die Auskunft im

Rahmen einer Zeugen- oder Parteivernehmung erteilt oder wiederholt wird. Die Sätze 1 und 2 finden keine Anwendung in Verfahren gegen Unternehmen.

## § 33h

### Verjährung

(1) Ansprüche aus § 33 Absatz 1 und § 33a Absatz 1 verjähren in fünf Jahren.

(2) Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist,
2. der Anspruchsberechtigte Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen von
  - a) den den Anspruch begründenden Umständen und dass sich daraus ein Verstoß nach § 33 Absatz 1 ergibt, sowie
  - b) der Identität des Rechtsverletzers und
3. der den Anspruch begründende Verstoß nach § 33 Absatz 1 beendet worden ist.

(3) Ansprüche aus § 33 Absatz 1 und § 33a Absatz 1 verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen nach Absatz 1 Nummer 2 in zehn Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem

1. der Anspruch entstanden ist und
2. der Verstoß nach § 33 Absatz 1 beendet wurde.

(4) Im Übrigen verjähren die Ansprüche in 30 Jahren von dem Verstoß nach § 33 Absatz 1 an.

(5) Verjährung tritt ein, wenn eine der Fristen nach Absatz 1, Absatz 3 oder Absatz 4 abgelaufen ist.

(6) Die Verjährung eines Anspruchs nach § 33 Absatz 1 oder nach § 33a Absatz 1 wird gehemmt, wenn ein Verfahren eingeleitet wird

1. von der Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des § 33 Absatz 1,
2. von der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union oder des als solche handelnden Gerichts wegen eines Verstoßes gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Bestimmung des nationalen Wettbewerbsrechts eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union im Sinne des § 89e Absatz 2.

Die Hemmung endet ein Jahr nach der bestands- und rechtskräftigen Entscheidung oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. § 204 Absatz 2 Satz 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet entsprechende Anwendung.

(7) Die Verjährungsfrist eines Anspruchs auf Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 wegen der Befriedigung eines Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 beginnt mit der Befriedigung dieses Schadensersatzanspruchs.

(8) Abweichend von Absatz 2 beginnt die Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 von Geschädigten, die nicht unmittelbare oder mittelbare Abnehmer oder Lieferanten des Kronzeugen sind, gegen den Kronzeugen mit der Anspruchsentstehung. Für die Verjährung dieses Anspruchs finden die Absätze 1 und 3 bis 6 entsprechende Anwendung.“

19. § 34 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter „dieses Gesetzes“ durch die Wörter „dieses Teils“ ersetzt.
- b) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) Die Vorteilsabschöpfung kann nur innerhalb einer Frist von bis zu sieben Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren angeordnet werden. § 33h Absatz 6 gilt entsprechend. Im Falle einer bestandskräftigen Entscheidung im Sinne des § 33b Satz 1 oder einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung im Sinne des § 33b Satz 2, beginnt die Verjährung nach Satz 1 erneut.“

20. § 34a Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„Die §§ 33b und 33h Absatz 6 gelten entsprechend.“

21. Vor § 35 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

## „Kapitel 7

### Zusammenschlusskontrolle“.

22. § 35 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn

1. die Voraussetzungen von Absatz 1 Nummer 1 erfüllt sind,
2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro, aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro erzielt hat,
3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 350 Millionen Euro beträgt und
4. mindestens eines der anderen Unternehmen nach Nummer 2 im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird.“

- b) In Absatz 2 Satz 1 werden nach dem Wort „zusammenschließt“ der Punkt durch ein Komma ersetzt und die Wörter „es sei denn, es liegt ein Fall des Absatzes 1a vor.“ angefügt.

23. In § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 werden nach den Wörtern „umgesetzt wurden“ ein Komma und die Wörter „es sei denn, es handelt sich um einen Markt im Sinne von § 18 Absatz 2a“ eingefügt.

24. § 37 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- a) In Nummer 1 werden nach dem Semikolon die Wörter „das gilt auch, wenn das im Inland tätige Unternehmen, an dessen Vermögen Eigentumsrechte erworben werden, noch keine Umsatzerlöse erzielt hat;“ angefügt.
- b) In Nummer 2 werden nach dem Semikolon die Wörter „das gilt auch, wenn das im Inland tätige Unternehmen, dessen Vermögen erworben wird, noch keine Umsatzerlöse erzielt hat;“ angefügt.

25. § 38 wird wie folgt geändert:

- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 38

Berechnung der Umsatzerlöse, der Marktanteile und des Wertes der Gegenleistung“.

- b) Nach Absatz 4 wird folgender Absatz 4a eingefügt:

„(4a) Die Gegenleistung nach § 35 Absatz 1a umfasst

- 1. alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss nach § 37 Absatz 1 erhält, (Kaufpreis), zuzüglich
- 2. des Wertes etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten.“

- c) In Absatz 5 Satz 3 werden nach der Angabe „§ 35“ die Wörter „oder die Schwel- len des § 35 Absatz 1a“ eingefügt.

26. § 39 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

- aa) In Nummer 3 werden am Ende nach dem Semikolon die Wörter „im Fall des § 35 Absatz 1a ist zusätzlich auch der Wert der Gegenleistung für den Zu- sammenschluss nach § 38 Absatz 4a, einschließlich der Grundlagen für sei- ne Berechnung, anzugeben;“ eingefügt.

- bb) Nach Nummer 3 wird folgende Nummer 3a eingefügt:

„3a. im Fall des § 35 Absatz 1a Angaben zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland;“.

- b) In Absatz 5 werden nach dem Wort „Leistungen“ die Wörter „sowie über die Tä- tigkeit eines Unternehmens im Inland einschließlich von Angaben zu Zahlen und Standorten seiner Kunden sowie der Orte, an denen seine Angebote erbracht und bestimmungsgemäß genutzt werden“ eingefügt.

27. Nach § 43 wird folgender § 43a eingefügt:

„§ 43a

Evaluierung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Vorschrift über die Erfahrungen mit den Regelungen der §§ 35 Absatz 1a, 37 Absatz 1 Nummer 1 und § 38 Absatz 4a.“

28. Vor § 44 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Kapitel 8

Monopolkommission“.

29. Vor § 47a werden die Überschriften wie folgt gefasst:

„Kapitel 9

Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas und für Kraftstoffe

Abschnitt 1

Markttransparenzstelle für den Großhandel im Bereich Strom und Gas“.

30. § 47d Absatz 1 Satz 7 wird wie folgt gefasst:

„Die §§ 50c, 54, 56, 57, 61 bis 68, 70, 71, 72, 74 bis 77, 82a, 83, 85, 91 und 92 gelten entsprechend.“

31. § 47e wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „unterliegen“ die Wörter „neben den in § 47g genannten Mitteilungspflichtigen“ eingefügt.

bb) In Satz 1 Nummer 4 wird das Wort „Letztverbraucher“ durch das Wort „Haushaltskunden“ und die Angabe „§ 3 Nummer 25 des Energiewirtschaftsgesetzes“ durch die Angabe „§ 3 Nummer 22 des Energiewirtschaftsgesetzes“ ersetzt.

b) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„Die Verpflichtungen nach den Absätzen 1 bis 4 gelten für Unternehmen, wenn sie an einer inländischen Börse zur Teilnahme am Handel zugelassen sind oder wenn sich ihre Tätigkeiten im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken. Übermittelt ein Unternehmen mit Sitz außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes die verlangten Informationen nicht, so kann die Markttransparenzstelle

zudem die zuständige Behörde des Sitzstaates ersuchen, geeignete Maßnahmen zur Verbesserung des Zugangs zu diesen Informationen zu treffen.“

32. § 47f wird wie folgt geändert:

- a) Nummer 4 wird wie folgt geändert:
  - aa) Nach dem Wort „darf“ werden die Wörter „oder zu übermitteln hat“ eingefügt.
  - bb) Das Wort „festlegen“ wird durch das Wort „festzulegen“ ersetzt.
  - cc) Nach dem Wort „festzulegen“ werden die Wörter „oder die Markttransparenzstelle zu entsprechenden Festlegungen zu ermächtigen“ eingefügt.
  - dd) Das Wort „sowie“ wird gestrichen.
- b) In Nummer 5 wird der Punkt durch ein Komma und das Wort „sowie“ ersetzt.
- c) Es wird die folgende neue Nummer 6 angefügt:
  - „6. eine Registrierungspflicht für die Meldepflichtigen vorzusehen und die Markttransparenzstelle zu ermächtigen, den Meldepflichtigen hierfür ein zu nutzendes Registrierungsportal vorzugeben und die inhaltlichen und technischen Details der Registrierung festzulegen.“

33. In § 47g Absatz 2 Nummer 2 wird das Wort „Stundenbasis“ durch das Wort „Viertelstundenbasis“ ersetzt.

34. § 47h wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 2 Satz 2 werden die Wörter „der Bundesnetzagentur“ durch die Wörter „dem Bundeskartellamt“ ersetzt.
- b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „der Bundesnetzagentur“ durch die Wörter „dem Bundeskartellamt“ ersetzt.

35. In § 47j Absatz 5 werden die Wörter „und 5b“ gestrichen.

36. Vor § 47k wird die Überschrift wie folgt gefasst:

## „Abschnitt 2

### Markttransparenzstelle für Kraftstoffe“.

37. § 47k wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 7 wird nach dem Wort „Aufgaben“ die Angabe „nach Absatz 1 Satz 1“ gestrichen.
- b) In Absatz 9 wird der Satz 3 gestrichen.

38. Vor § 47l wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Abschnitt 3  
Evaluierung“.

39. Vor § 48 werden die Überschriften wie folgt gefasst:

„Teil 2  
Kartellbehörden  
  
Kapitel 1  
Allgemeine Vorschriften“.

40. § 50c wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Regulierungsbehörden“ ein Komma und die Wörter „die oder der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit und die Landesbeauftragten für Datenschutz“ eingefügt.
- b) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Die Kartellbehörden tauschen mit den Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich gegenseitig Erkenntnisse aus, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist; mit den übrigen in Satz 1 genannten Behörden können sie entsprechend auf Anfrage Erkenntnisse austauschen.“

41. Vor § 51 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Kapitel 2  
Bundeskartellamt“.

42. Dem § 53 werden folgende Absätze 4 und 5 angefügt:

„(4) Das Bundeskartellamt kann der Öffentlichkeit auch fortlaufend über seine Tätigkeit sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet berichten.

(5) Das Bundeskartellamt soll jede Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen die §§ 1 oder 19 bis 21 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens auf seiner Internetseite mitteilen. Die Mitteilung soll mindestens Folgendes enthalten:

1. Angaben zu dem in der Bußgeldentscheidung festgestellten Sachverhalt,
2. Angaben zu der Art des Verstoßes und dem Zeitraum, in dem der Verstoß begangen wurde,
3. Angaben zu den Unternehmen, die an dem Verstoß beteiligt waren,

4. Angaben zu den betroffenen Waren und Dienstleistungen,
5. den Hinweis, dass Personen, denen aus dem Verstoß ein Schaden entstanden ist, den Ersatz dieses Schadens verlangen können, sowie,
6. wenn die Bußgeldentscheidung bereits rechtskräftig ist, den Hinweis auf die Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde nach § 33b.“

43. Vor § 54 werden die Überschriften wie folgt gefasst:

„Teil 3

Verfahren

Kapitel 1

Verwaltungssachen

Abschnitt 1

Verfahren vor den Kartellbehörden“.

44. Vor § 63 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Abschnitt 2

Beschwerde“.

45. In § 73 Nummer 2 wird der Punkt durch ein Komma ersetzt und die Wörter „sowie über den elektronischen Rechtsverkehr.“ angefügt.

46. Vor § 74 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Abschnitt 3

Rechtsbeschwerde“.

47. Vor § 77 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Abschnitt 4

Gemeinsame Bestimmungen“.

48. § 78a wird gestrichen.

49. § 80 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 2 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 2 wird die Angabe „§ 31b Absatz 3“ durch die Angabe „§ 31b Absatz 1 und 3“ ersetzt.

bb) In Nummer 4 werden der Punkt durch ein Semikolon ersetzt und folgende Nummer 5 eingefügt:

„5. Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten oder die Erteilung von Auskünften daraus nach den §§ 406e oder 475 der Strafprozessordnung.“

b) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt geändert:

aa) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. 5 000 Euro in den Fällen der Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten oder die Erteilung von Auskünften daraus nach den §§ 406e oder 475 der Strafprozessordnung;“.

bb) Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

„4. 5 000 Euro in den Fällen der §§ 26 Absatz 1 und 2, 30 Absatz 3, 31a Absatz 1 und § 31b Absatz 1;“.

c) In Absatz 4 wird der folgende Satz 2 eingefügt:

„Nummer 1 findet keine Anwendung, soweit Auskünfte aus einer kartellbehördlichen Akte nach §§ 406e oder 475 der Strafprozessordnung erteilt werden.“

d) In Absatz 6 werden in Nummer 4 der Punkt durch ein Semikolon ersetzt und die folgende Nummer 5 eingefügt:

„5. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 5, wer die Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten oder die Erteilung von Auskünften daraus nach den §§ 406e oder 475 der Strafprozessordnung beantragt hat.“

50. Vor § 81 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

## „Kapitel 2

### Bußgeldverfahren“.

51. § 81 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Nummer 7 wird die Angabe „§ 81a Absatz 1 Satz 1“ durch die Angabe „§ 81b Absatz 1 Satz 1“ ersetzt.

b) Nach Absatz 3 werden die folgenden Absätze 3a bis 3d eingefügt:

„(3a) Hat jemand als Leitungsperson im Sinne des § 30 Absatz 1 Nummer 1 bis 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten eine Ordnungswidrigkeit nach den Absätzen 1 bis 3 begangen, durch die Pflichten, welche das Unternehmen treffen, verletzt worden sind oder das Unternehmen bereichert worden ist oder

werden sollte, so kann auch gegen weitere juristische Personen oder Personenvereinigungen, die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit gebildet haben und die auf die juristische Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben, eine Geldbuße festgesetzt werden.

(3b) Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach § 30 Absatz 1 und 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sowie nach Absatz 3a auch gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat. § 30 Absatz 2a Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet insoweit keine Anwendung.

(3c) Die Geldbuße nach § 30 Absatz 1 und 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sowie nach Absatz 3a kann auch gegen die juristischen Personen oder Personenvereinigungen festgesetzt werden, die das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen (wirtschaftliche Nachfolge). Für das Verfahren gilt Absatz 3b Satz 2 entsprechend.

(3d) In den Fällen der Absätze 3a, 3b und 3c bestimmen sich das Höchstmaß der Geldbuße und die Verjährung nach dem für die Ordnungswidrigkeit geltenden Recht. Die Geldbuße nach Absatz 3a kann selbständig festgesetzt werden.

(3e) Soweit in den Fällen der Absätze 3a, 3b und 3c gegen mehrere juristische Personen oder Personenvereinigungen wegen derselben Ordnungswidrigkeit Geldbußen festgesetzt werden, haften diese als Gesamtschuldner.“

c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 2 werden die Wörter „Gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung“ durch die Wörter „Im Falle eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung“ ersetzt.

bb) In Satz 3 werden nach den Wörtern „aller natürlichen und juristischen Personen“ die Wörter „sowie Personenvereinigungen“ eingefügt.

d) Dem Absatz 5 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Bildet eine juristische Person oder Personenvereinigung mit anderen ein Unternehmen, so sind bei der Zumessung der Geldbuße die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens maßgeblich.“

e) Absatz 6 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 zweiter Halbsatz wird das Wort „zwei“ durch das Wort „vier“ ersetzt.

bb) Es wird der folgende Satz 3 angefügt:

„Die Geltendmachung der gesetzlichen Zinsforderung kann nur binnen 15 Jahren ab Zustellung des Bußgeldbescheides erfolgen.“

52. Nach § 81 wird folgender § 81a eingefügt:

„§ 81a

Ausfallhaftung im Übergangszeitraum

(1) Erlischt die nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung nach der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens oder wird Vermögen verschoben, mit der Folge, dass ihr oder ihrem Rechtsnachfolger gegenüber eine nach § 81 Absatz 4 und 5 in Bezug auf das Unternehmen angemessene Geldbuße nicht festgesetzt oder voraussichtlich nicht vollstreckt werden kann, so kann gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen, die zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens das Unternehmen gebildet und auf die verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung oder ihren Rechtsnachfolger unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben oder die nach der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens Rechtsnachfolger im Sinne des § 81 Absatz 3b oder wirtschaftlicher Nachfolger im Sinne des § 81 Absatz 3c werden, ein Haftungsbetrag in Höhe der nach § 81 Absatz 4 und 5 in Bezug auf das Unternehmen angemessenen Geldbuße festgesetzt werden.

(2) § 81 Absatz 3b und Absatz 3c gilt in Bezug auf die Haftung nach Absatz 1 entsprechend.

(3) Für das Verfahren zur Festsetzung und Vollstreckung des Haftungsbetrages gelten die Vorschriften über die Festsetzung und Vollstreckung einer Geldbuße entsprechend. Für die Verjährungsfrist gilt das für die Ordnungswidrigkeit geltende Recht entsprechend. § 31 Absatz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten gilt mit der Maßgabe entsprechend, dass die Verjährung mit Eintritt der Voraussetzungen nach Absatz 1 beginnt.

(4) Sofern gegen mehrere juristische Personen oder Personenvereinigungen eines Unternehmens wegen derselben Ordnungswidrigkeit Geldbußen und Haftungsbeträge festgesetzt werden, darf im Vollstreckungsverfahren diesen gegenüber insgesamt nur eine Beitreibung bis zur Erreichung des höchsten festgesetzten Einzelbetrages erfolgen.“

53. Der bisherige § 81a wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige § 81a wird der § 81b.

b) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 1 werden nach der Angabe „§ 81 Absatz 4 Satz 2 und 3“ die Wörter „oder die Festsetzung eines Haftungsbetrages nach § 81a“ eingefügt.

bb) Es werden die folgenden Nummern 3 und 4 eingefügt:

„3. gesellschaftsrechtliche Verbindungen, insbesondere über Beteiligungsverhältnisse, Gesellschafts- und Unternehmensverträge, Gesellschafterrechte und -vereinbarungen sowie deren Ausübung, Geschäftsordnungen und Sitzungen von Beratungs-, Aufsichts- und Entscheidungsgremien,

4. die Übertragung und den Erhalt von Vermögenswerten sowie Veränderungen der rechtlichen Ausgestaltung, soweit ein Fall des § 81 Absatz 3b, 3c oder § 81a in Betracht kommt.“

54. Dem § 82 werden die folgenden Sätze 3 und 4 angefügt:

„Liegen der Staatsanwaltschaft Anhaltspunkte für eine Tat im Sinne des Satzes 1 vor, hat sie diese der zuständigen Kartellbehörde mitzuteilen. Die Staatsanwaltschaft

und die Kartellbehörde sollen sich gegenseitig frühzeitig über geplante Ermittlungsschritte mit Außenwirkung, insbesondere über Durchsuchungen, unterrichten.“

55. Vor § 86a wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Kapitel 3  
Vollstreckung“.

56. Vor § 87 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Kapitel 4  
Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“.

57. In § 87 Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Anwendung“ die Wörter „dieses Gesetzes“ durch die Wörter „von Vorschriften des Teils 1“ ersetzt.

58. Der § 89a wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter „ein Anspruch nach § 33 oder § 34a“ durch die Wörter „ein Anspruch nach den §§ 33, 33a Absatz 1 oder § 34a“ ersetzt.
- b) Es wird der folgende Absatz 3 angefügt:

„(3) Ist in einer Rechtsstreitigkeit, in der ein Anspruch nach § 33a Absatz 1 geltend gemacht wird, ein Nebenintervenient einer Hauptpartei beigetreten, hat der Gegner, soweit ihm Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden oder soweit er sie übernimmt, die Rechtsanwaltskosten der Nebenintervention nur nach dem Gegenstandswert zu erstatten, den das Gericht nach freiem Ermessen festsetzt. Bei mehreren Nebeninterventionen darf die Summe der Gegenstandswerte der einzelnen Nebeninterventionen den Wert des Streitgegenstandes der Hauptsache nicht übersteigen.“

59. Nach § 89a werden folgende §§ 89b bis 89e eingefügt:

„§ 89b

Verfahren

(1) Für die Erteilung von Auskünften gemäß § 33g gilt § 142 der Zivilprozessordnung entsprechend.

(2) § 142 Absatz 2 der Zivilprozessordnung findet mit der Maßgabe Anwendung, dass sich die Zumutbarkeit nach § 33g Absatz 3 bis 6 bestimmt.

(3) Über den Anspruch nach § 33g Absatz 1 oder 2 kann das Gericht durch Zwischenurteil entscheiden, wenn er in dem Rechtsstreit über den Anspruch auf Ersatz des Schadens nach § 33a Absatz 1 gegen die andere Partei erhoben wird. Das Urteil ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen.

(4) Das Gericht kann den Rechtsstreit über den auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 auf Antrag aussetzen

1. bis zur Erledigung des wegen des Anspruchs nach § 33g Absatz 1 oder 2 geführten Rechtsstreits oder
2. für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren, wenn und solange die Parteien sich an einem Verfahren beteiligen, das zum Ziel hat, den Rechtsstreit über den Schadensersatzanspruch außergerichtlich beizulegen.

(5) Gegen denjenigen, dessen Verstoß gegen eine Vorschrift des Teils 1 oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union durch eine gemäß § 33b bindende Entscheidung der Wettbewerbsbehörde festgestellt wurde, kann die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften nach § 33g im Wege der einstweiligen Verfügung auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen angeordnet werden. Der Antragsgegner ist vor der Anordnung anzuhören.

(6) Auf Antrag kann das Gericht nach Anhörung der Betroffenen durch Beschluss die Offenlegung von Beweismitteln oder die Erteilung von Auskünften anordnen, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird oder deren Offenlegung beziehungsweise Erteilung nach § 33g Absatz 6 verweigert wird, soweit

1. es diese für die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder die Verteidigung gegen diesen Anspruch als sachdienlich erachtet und
2. nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse des Anspruchstellers an der Offenlegung das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt.

Der Beschluss ist zu begründen.

(7) Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten.

(8) Auf begründeten Antrag einer Partei in einem Rechtsstreit über den Anspruch nach § 33a Absatz 1, § 33g Absatz 1 oder 2 prüft das Gericht die ihm aufgrund des Anspruchs nach § 33g Absatz 4 allein zum Zweck der Prüfung vorgelegten Beweismittel darauf, ob sie Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden, enthalten. Das Gericht legt die Beweismittel den Parteien vor, soweit

1. sie keine Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden, enthalten, und
2. im Übrigen die Voraussetzungen für die Herausgabe nach § 33g vorliegen.

Hierüber entscheidet das Gericht durch Beschluss. Vor Beschlüssen nach diesem Absatz ist die Wettbewerbsbehörde anzuhören, gegenüber der die Kronzeugenerklärung oder Vergleichsausführung abgegeben worden ist. Die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet; die Entscheidungsgründe dürfen den Inhalt der geheim gehaltenen Beweismittel nicht erkennen lassen.

§ 89c

Offenlegung aus der Behördenakte

(1) In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder nach § 33g Absatz 1 oder 2 kann das Gericht auf Antrag einer Partei bei der Wettbewerbsbehörde die Vorlegung von Urkunden und Gegenständen ersuchen, die sich in deren Akten zu einem Verfahren befinden oder in einem Verfahren amtlich verwahrt werden, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er

1. einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 gegen eine andere Partei hat und
2. er die in der Akte vermuteten Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten erlangen kann.

(2) Das Gericht kann dem Antragsteller die vorgelegten Urkunden und Gegenstände zugänglich machen oder ihm Auskünfte daraus erteilen, soweit

1. es seinem Antrag entspricht,
2. die Tatsachen oder Beweismittel zur Erhebung eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder zur Verteidigung gegen diesen Anspruch erforderlich sind und
3. die Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung nicht unverhältnismäßig ist.

Das Gericht hat von der Offenlegung Betroffene und die Wettbewerbsbehörde vor der Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung anzuhören. Tatsachen und Beweismittel, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird, sind von der Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung auszunehmen. § 89b Absatz 6 findet entsprechende Anwendung.

(3) Das Ersuchen nach Absatz 1 oder um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde ist ausgeschlossen, soweit es unverhältnismäßig ist. Bei der Entscheidung über das Ersuchen nach Absatz 1, über das Ersuchen um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde sowie über die Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung nach Absatz 2 berücksichtigt das Gericht neben § 33g Absatz 3 insbesondere auch

1. die Bestimmtheit des Antrags hinsichtlich der in der Akte der Wettbewerbsbehörde erwarteten Beweismittel nach deren Art, Gegenstand und Inhalt,
2. die Anhängigkeit des Anspruchs nach § 33a Absatz 1,
3. die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere den Einfluss der Offenlegung auf laufende Verfahren und auf die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren.

(4) Die Wettbewerbsbehörde kann die Vorlegung von Urkunden und Gegenständen, die sich in ihren Akten zu einem Verfahren befinden oder in einem Verfahren amtlich verwahrt werden, ablehnen, soweit sie folgendes enthalten:

1. Kronzeugenerklärungen,
2. Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden,
3. interne Vermerke der Behörden oder

4. Kommunikation der Wettbewerbsbehörden untereinander oder mit der Generalstaatsanwaltschaft am Sitz des für die Wettbewerbsbehörde zuständigen Oberlandesgerichts oder dem Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof.

§ 33g Absatz 5 und § 89b Absatz 8 finden entsprechende Anwendung; letztere Regelung mit der Maßgabe, dass sie auch für die Überprüfung von Urkunden und Gegenständen im Sinne des Satzes 1 Nummer 3 und 4 gilt.

(5) Die §§ 406e und 475 der Strafprozessordnung finden neben Absatz 1 bis 3 keine Anwendung, soweit die Einsicht in die kartellbehördliche Akte oder die Auskunft der Erhebung eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder der Vorbereitung dieser Erhebung dienen soll. Das Recht, aufgrund dieser Vorschriften Einsicht in Bußgeldbescheide zu begehren, die eine Kartellbehörde erlassen hat, bleibt unberührt. § 33g Absatz 1 und Absatz 2 finden keine Anwendung auf Wettbewerbsbehörden, die im Besitz von Beweismitteln sind.

(6) Die Regelungen der Absätze 1 bis 5 gelten entsprechend für Behörden und Gerichte, die Akten, Bestandteile oder Kopien von Akten einer Wettbewerbsbehörde in ihren Akten haben. Die Wettbewerbsbehörde, die die Akte führt oder geführt hat, ist nach Absatz 2 Satz 2 zu beteiligen.

## § 89d

### Beweisregeln

(1) Beweismittel, die allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde oder nach § 89c erlangt worden sind, können nur Beweis für Tatsachen in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 erbringen, wenn derjenige, dem die Einsicht gewährt worden ist, oder dessen Rechtsnachfolger Partei in dem Rechtsstreit ist.

(2) Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, die allein durch Einsicht in die Akten einer Behörde oder eines Gerichts oder nach § 89c erlangt worden sind, können keinen Beweis für Tatsachen in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 erbringen.

(3) Beweismittel im Sinne von § 33g Absatz 5, die allein durch Einsicht in die Akten einer Behörde oder eines Gerichts oder nach § 89c erlangt worden sind, können keinen Beweis für Tatsachen in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 erbringen, bis die Wettbewerbsbehörde ihr Verfahren vollständig durch Erlass einer Entscheidung oder in anderer Weise gegen jeden Beteiligten beendet hat.

(4) Die §§ 142, 144, 371 Absatz 2, 371a Absatz 1 Satz 1, 421, 422, 428, 429 und 432 der Zivilprozessordnung finden in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 oder über einen Anspruch nach § 33g Absatz 1 oder Absatz 2 nur Anwendung, soweit in Bezug auf die vorzulegende Urkunde oder den vorzulegenden Gegenstand auch ein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g gegen den zur Vorlage Verpflichteten besteht. Satz 1 gilt entsprechend für die Vorlage durch Behörden bei Urkunden und Gegenständen, die sich in der Akte einer Wettbewerbsbehörde befinden oder in einem Verfahren amtlich verwahrt werden, mit der Maßgabe, dass in Bezug auf das betreffende Beweismittel auch die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 89c Absätze 1 bis 4 und Absatz 6 vorliegen müssen.

§ 89e

Gemeinsame Vorschriften für die §§ 33g und 89b bis 89d

(1) Wettbewerbsbehörden im Sinne der §§ 33g und 89b bis 89d sind

1. das Bundeskartellamt,
2. die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden,
3. die Europäische Kommission und
4. die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

(2) Absatz 1 sowie die §§ 33g, 89b bis 89d finden entsprechende Anwendung auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen oder Verteidigung gegen Schadensersatzansprüche wegen Zuwiderhandlungen gegen Bestimmungen des nationalen Rechts eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union,

1. mit denen überwiegend das gleiche Ziel verfolgt wird wie mit den Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union und
2. die nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf denselben Fall und parallel zum Wettbewerbsrecht der Europäischen Union angewandt werden.

Davon ausgenommen sind nationale Rechtsvorschriften, mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden, es sei denn solche strafrechtlichen Sanktionen dienen als Mittel, um das für Unternehmen geltende Wettbewerbsrecht durchzusetzen.“

60. Vor § 90 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

„Kapitel 5

Gemeinsame Bestimmungen“.

61. § 90 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die deutschen Gerichte unterrichten das Bundeskartellamt über alle Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung ganz oder teilweise von der Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes, von einer Entscheidung, die nach diesen Vorschriften zu treffen ist, oder von der Anwendung der Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder der Artikel 53 oder 54 des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum abhängt. Dies gilt auch in den Fällen einer entsprechenden Anwendung der genannten Vorschriften. Satz 1 gilt nicht für Rechtsstreitigkeiten über Entscheidungen nach § 42. Das Gericht hat dem Bundeskartellamt auf Verlangen Abschriften von allen Schriftsätzen, Protokollen, Verfügungen und Entscheidungen zu übersenden.“

b) Es wird der folgende Absatz 5 angefügt:

„(5) Das Bundeskartellamt kann auf Antrag eines Gerichts, das über einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 Satz 1 zu entscheiden hat, eine Stellungnahme zur Höhe des Schadens abgeben, der durch den Verstoß ent-

standen ist. Die Rechte des Präsidenten des Bundeskartellamts nach Absatz 2 bleiben unberührt.“

62. Vor § 185 wird die Überschrift wie folgt gefasst:

### „Teil 5

Anwendungsbereich der Teile 1 bis 3“.

63. In § 186 wird ein neuer Absatz 3 eingefügt:

„(3) § 81a findet Anwendung, wenn das Erlöschen der nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung oder die Verschiebung von Vermögen nach dem [Tag des Inkrafttretens des Gesetzes] erfolgt. War die Tat zu diesem Zeitpunkt noch nicht beendet, gehen die Regelungen des § 81 Absatz 3a bis 3e vor.“

## Artikel 2

### Änderung des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes

In § 14c Absatz 3 des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1294), das zuletzt durch Artikel 218 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 90 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2“ durch die Angabe „§ 90 Absatz 1 Satz 4 und Absatz 2“ ersetzt.

## Artikel 3

### Änderung des Sozialgerichtsgesetzes

In § 202 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 78a“ durch die Angabe „§ 78“ ersetzt.

## Artikel 4

### Inkrafttreten

Das Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## **Artikel 5**

### **Neubekanntmachung**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom [\[Datum des Inkrafttretens des Gesetzes\]](#) an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekannt machen.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen**

##### **1. Vorgeschichte**

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 27. November 2013 enthält einige wettbewerbspolitische Aufträge. Insbesondere sollen die Wirkungen der Regelungen der achten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ausgewertet und weitere Schritte zur Straffung des behördlichen und gerichtlichen Verfahrens bei Kartellverstößen geprüft werden. Außerdem sollen durch eine Reform des Kartellrechts die Möglichkeiten der betriebswirtschaftlichen Zusammenarbeit von Verlagen jenseits der redaktionellen Ebene erleichtert werden. Damit sollen Gefahren für die Pressevielfalt im Umbruch der Medienlandschaft begegnet werden.

Die Bundesregierung hat entsprechend den Vorgaben des Koalitionsvertrags in ihrem Jahreswirtschaftsbericht 2016 angekündigt, das Kartellrecht zeitgemäß auszugestalten und einen Entwurf für eine neunte Novelle des GWB vorzulegen, der auch den Anforderungen der voranschreitenden Digitalisierung des Wirtschaftslebens Rechnung trägt.

[...]

##### **2. Ziele des Gesetzes**

Das GWB hat sich mit seinen allgemeinen, sektorübergreifend geltenden kartellrechtlichen Vorschriften in der Praxis bewährt. Grundlegender, konzeptioneller Änderungsbedarf besteht deshalb nicht. Das digitale Zeitalter stellt allerdings mit seinen rasanten technologischen Entwicklungen neue Herausforderungen auch an die Wettbewerbspolitik. Auf den sich dynamisch entwickelnden Märkten werden mit der 9. GWB-Novelle eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt. Die Novelle erweitert zudem angemessen den Handlungsspielraum von Presseunternehmen. Die Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union ist von den Mitgliedstaaten bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umzusetzen. Die Umsetzung der Richtlinie wird dazu beitragen, dass Unternehmen und Verbraucher effektiver Schadensersatzansprüche durchsetzen können, wenn sie durch einen Kartellverstoß geschädigt wurden. Zu einer nachhaltigen und effektiven Kartellverfolgung gehört es auch sicherzustellen, dass sich Unternehmen durch Umstrukturierungsmaßnahmen nicht ihrer Bußgeldhaftung entziehen können. Der Entwurf enthält daher Regelungen für einen umfassenden Lückenschluss bei der Bußgeldhaftung für Fälle der Rechtsnachfolge und bei Konzernstrukturen.

#### **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

##### **1. Funktionierender Wettbewerb im digitalen Zeitalter**

Das digitale Zeitalter stellt mit seinen rasanten technologischen Entwicklungen neue Herausforderungen auch an die Wettbewerbspolitik. Auf den sich dynamisch entwickelnden Märkten müssen eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt sein.

Der Entwurf sieht eine entsprechende Anpassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die zunehmende Digitalisierung der Märkte vor. Er stellt klar, dass auch im Fall einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung ein Markt vorliegen kann. Darüber hinaus enthält der Entwurf einen Katalog an Kriterien, der bei der Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen auf mehrseitigen Märkten künftig zu berücksichtigen ist. Die ökonomischen Besonderheiten, die sowohl die Ausgestaltung der Geschäftsmodelle als auch das Nutzerverhalten prägen, gehören damit fortan ausdrücklich zum Prüfprogramm der Wettbewerbsbehörden.

Beispiele aus der digitalen Ökonomie zeigen, dass in manchen Fallkonstellationen innovative Startups durch große, etablierte Unternehmen übernommen werden können, ohne dass eine Kontrolle durch die Kartellbehörden stattfindet. Grund dafür ist, dass die Fusionskontrolle bislang nur Zusammenschlüsse von Unternehmen erfasst, deren Umsätze einen bestimmten Schwellenwert überschreiten. Das ist z.B. bei Startups häufig noch nicht der Fall. Dennoch können ihre Geschäftsideen ein hohes Marktpotenzial und eine große wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber haben. Solche Übernahmen können unter Umständen auch zu einer gesamtwirtschaftlich unerwünschten Marktbeherrschung oder erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen. Deshalb soll die Fusionskontrolle auf Fälle ausgeweitet werden, bei denen der Wert der Gegenleistung (in der Regel der Kaufpreis) mit über 350 Millionen Euro besonders hoch ist, obwohl das erworbene Unternehmen keine oder nur geringe Umsätze generiert. Auf diese Weise können auch diese wirtschaftlich bedeutenden Fälle erfasst und die wettbewerblichen Wirkungen des Zusammenschlusses geprüft werden.

Die Digitalisierung, internetbasierte und datengestützte Geschäftsmodelle und gewandeltes Nutzerverhalten verändern auch den Wettbewerb der Medien. Der Entwurf enthält, wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, eine Ausnahme vom Kartellverbot für verlagswirtschaftliche Kooperationen. Presseverlagen wird dadurch ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis zu stärken, um im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen. In Umsetzung der Arbeitsergebnisse der AG Kartellrecht/Vielfaltsicherung der Bund-Länder-Kommission Medienkonvergenz soll die verfahrensrechtliche Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Kartellbehörden optimiert werden. Entsprechend wird die Verfahrensvorschrift zur Behördenzusammenarbeit angepasst.

Insbesondere in der digitalen Wirtschaft können Daten und der Zugang zu Datenquellen eine erhebliche Bedeutung für die Marktstellung von Unternehmen haben. Für ihre Aufgabenerfüllung sind die Kartellbehörden und die Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern daher auf die Möglichkeit eines umfassenden Austauschs angewiesen. Dieser Austausch soll durch eine Klarstellung im Gesetz weiter befördert werden.

## **2. Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung**

Die Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union ist von den Mitgliedstaaten bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umzusetzen. Erklärtes Ziel der Richtlinie ist es, für Schadensersatzklagen vor allem das Verfahren zur Geltendmachung des Anspruchs zu vereinfachen. Mit der Umsetzung der Richtlinie will die Bundesregierung dazu beitragen, dass Unternehmen und Verbraucher Schadensersatzansprüche effektiver durchsetzen können, wenn sie durch einen Kartellverstoß einen Schaden erlitten haben. Die Bundesregierung hat dieses Anliegen der Europäischen Kommission stets begrüßt und sich intensiv in die Verhandlungen der Richtlinie eingebracht.

Bislang haben Schadensersatzkläger gegen Kartellanten europaweit mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten zu kämpfen. Durch die Richtlinie wird den Geschädigten u.a. der Zugang zu Beweismitteln erleichtert, die sie zum Nachweis des erlittenen Schadens

benötigen. Die Richtlinie sieht auch eine längere Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Forderungen vor. Weitere Elemente der Richtlinie, wie z.B. die Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten, finden sich bereits heute im GWB.

Die Richtlinie sorgt auch für eine wirksamere Durchsetzung des europäischen und nationalen Kartellrechts insgesamt. Das Zusammenspiel zwischen privaten Schadensersatzklagen und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung wird verbessert. Dabei hat die Bundesregierung in den Verhandlungen darauf geachtet, dass die Instrumente der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden nicht an Bedeutung verlieren. Dazu zählen die Bonusprogramme der Kartellbehörden, die wesentlich zur Kartellaufdeckung beitragen, sowie die Möglichkeit von Vergleichen mit der Kartellbehörde. Kartellteilnehmer sollen nicht durch drohende Schadensersatzklagen davon abgehalten werden, Kronzeugenanträge zu stellen. Hier besteht ein gewisses Spannungsverhältnis, das aus Sicht der Bundesregierung in der Richtlinie ausgewogen gelöst wurde. Dazu dienen die Regeln zur Akteneinsicht, zum Umfang der Haftung von Kronzeugen und zur Beweislastverteilung.

### **3. Konzernhaftung bei Kartellverstößen und Schließung von Rechtslücken bei der Rechtsnachfolge**

Der Entwurf sieht in Angleichung an das europäische Recht (Artikel 23 der Verordnung (EG) Nummer 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. EG 2003 Nr. L 1 Seite 1) (VO Nummer 1/2003)) die Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktion vor, die mit ausdifferenzierten Tatbeständen in das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht eingefügt wird. Ziel ist es zum einen, für die Zukunft zu verhindern, dass sich Unternehmen als Normadressaten der sanktionsbewehrten Verbots- und Gebotsbestimmungen des europäischen und nationalen Kartellrechts Bußgeldern entziehen können. Zum anderen stellen die neuen Regeln damit zugleich die Erfüllung der unionsrechtlichen Vorgaben an eine effektive Rechtsdurchsetzung sicher.

Zu einer nachhaltigen und effektiven Kartellverfolgung gehört es sicherzustellen, dass sich Unternehmen durch Umstrukturierungsmaßnahmen nicht ihrer Bußgeldhaftung entziehen können. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle wurden bereits einige Lücken bei der Haftung bei Unternehmensnachfolgen im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten geschlossen. Außerdem wurden die Höchstgrenze des Bußgeldes heraufgesetzt und die Möglichkeit einer frühzeitigen Verhängung eines dinglichen Arrests zur Sicherung der zu erwartenden Geldbuße aufgenommen, um Vermögensverschiebungen außerhalb von Gesamtrechtsnachfolgetatbeständen entgegenzuwirken. Damit sind jedoch noch nicht alle Fallkonstellationen erfasst, in denen sich Kartellbeteiligte durch gesellschaftsrechtliche Veränderungen ihrer Bußgeldhaftung entziehen können. Aus diesem Grund hatte sich die Bundesregierung verpflichtet, die Neuregelungen der 8. GWB Novelle zu evaluieren. Der Anfang 2015 öffentlich gewordene Versuch eines Kartellbeteiligten im Wurstkartell, sich durch mehrstufige Umstrukturierungen der Haftung für ein Bußgeld in dreistelliger Millionenhöhe zu entziehen, spielte für diese Evaluierung eine wichtige Rolle. Die Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit stellt eine angemessene und kohärente Lösung des Problems dar, die auf europäischer Ebene bereits verwirklicht ist. Alle Verstöße, die das Bundeskartellamt nach Artikel 101 und 102 AEUV verfolgen kann, kann auch die Europäische Kommission verfolgen und durch eine unternehmensgerichtete Sanktion ahnden. Dies bedeutet, dass deutsche Unternehmen bei entsprechenden Verstößen bereits heute mit unternehmensgerichteten Geldbußen rechnen müssen. Der Entwurf sieht bei einheitlich geleiteten Unternehmen zum einen vor, dass Geldbußen wegen Kartellrechtsverstößen nicht nur gegen die handelnde Tochtergesellschaft sondern auch gegen die lenkende(n) Konzernmuttergesellschaft(en) verhängt werden können. Dadurch entfallen bereits weitgehend die bisherigen Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmen, sich Bußgeldzahlungen durch konzerninterne Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen zu entziehen. Zum anderen ist für Fälle der Rechtsnachfolge und wirtschaftlichen

Nachfolge bei Unternehmen vorgesehen, dass das Bußgeld auch gegen den Nachfolger festgesetzt werden kann. Die vorgesehene Erweiterung des Kreises der Bußgeldverantwortlichen führt nicht zu einer Erhöhung oder Verdopplung von Bußgeldern, da die Rechtsträger eines Unternehmens oder deren Nachfolger bei Verstößen gegen Pflichten, die das Unternehmen als Ganzes treffen, stets nur als Gesamtschuldner haften. Außerdem wird sichergestellt, dass Fälle, in denen das Bußgeldverfahren gegen den Rechtsvorgänger bereits vor Geltung der Neuregelung eingeleitet wurde, die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung mit der Folge der Bußgeldvermeidung aber erst nach Inkrafttreten der Neuregelung vorgenommen wird, ebenfalls erfasst werden können. Für den Übergangszeitraum, d.h. bis zur vollen Wirksamkeit der Neuregelung, wird daher ein gesonderter Haftungstatbestand geschaffen, mit dem kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher (Schuld-)Vorwurf verbunden ist, sondern ein rein haftungsrechtliches Einstehenmüssen für die Bußgeldverantwortlichkeit begründet wird.

### **III. Alternativen**

Die Regelungen sind geeignet, erforderlich und angemessen, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Es bestehen insbesondere keine Alternativen zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU in deutsches Recht, zur Einführung der Konzernhaftung bei Kartellverstößen und zur Schließung von Rechtslücken bei der Rechtsnachfolge. Die immer schnellere Entwicklung der Märkte, insbesondere im digitalen Bereich, sowie die Praxis der deutschen, europäischen und internationalen Wettbewerbsbehörden haben deutlich gemacht, dass eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht auch unter veränderten wirtschaftlichen Bedingungen sichergestellt sein müssen. Auch auf diesem Gebiet bestehen deshalb keine Alternativen zu den vorgeschlagenen Regelungen.

### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Novellierung des GWB beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 Grundgesetz (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 Grundgesetz (Gerichtliches Verfahren).

### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Die Regelungen stehen mit dem Recht der Europäischen Union und mit völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, im Einklang.

Über die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU hinaus wird durch die Einführung einer Konzernhaftung für Bußgelder bei Kartellverstößen und Schließung von Rechtslücken bei der Rechtsnachfolge eine Angleichung an das europäische Recht erreicht. Dies ist von besonderer Bedeutung angesichts des einheitlichen Wettbewerbsrechts der EU, das neben den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsordnungen eine eigene unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten beansprucht.

### **VI. Gesetzesfolgen**

Wie im Abschnitt II. oben dargestellt werden durch das Gesetz insbesondere die Fusions- und Missbrauchskontrolle vervollständigt, die Rechte von durch Kartelle Geschädigten gestärkt und Lücken im Bereich der Bußgeldhaftung von Unternehmen geschlossen.

## **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Der Entwurf sieht keine Rechtsvereinfachung oder Vereinfachung von Verwaltungsverfahren vor.

## **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Der Entwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Die Regelungen sind insbesondere unter den Gesichtspunkten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der sozialen Verantwortung dauerhaft tragfähig. Das Gesetz entfaltet keine Wirkungen, die im Widerspruch zu einer nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung stehen.

Die neuen Regelungen im Bereich der Marktbeherrschung und der Fusionskontrolle dienen dazu das Wettbewerbsrecht an den durch technische Entwicklungen und den internationalen Wettbewerb ausgelösten Strukturwandel anzupassen. Wichtiges Ziel der Regelungen ist der Schutz von Innovationspotentialen vor allem in Technologiemarkten (Indikator 8). Die Gefahren der Marktbeherrschung und Monopolisierung werden dadurch gerade im Bereich der digitalen Wirtschaft gesenkt. Auf diese Weise wird auch die Teilhabe möglichst vieler Wirtschaftsakteure, Unternehmen wie Verbraucher, an der wirtschaftlichen Entwicklung gefördert (Managementregel 5, Indikator 7).

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU in deutsches Recht dient der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Im Zusammenwirken mit der behördlichen Durchsetzung des Kartellrechts wird die Teilnahme an Kartellen wirtschaftlich insgesamt deutlich weniger attraktiv. Die abschreckende Wirkung der drohenden Schadensersatzzahlungen und der behördlichen Sanktionen soll die Zahl der Kartelle senken, dadurch die Chancengleichheit aller Wettbewerber und eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung fördern (Indikator 9).

Durch die Einführung einer Konzernhaftung bei Kartellverstößen und Schließung von Rechtslücken bei der Rechtsnachfolge werden Unternehmen sich ihrer Bußgeldhaftung nicht mehr entziehen können. Dies verbessert die Einnahmesituation der öffentlichen Haushalte (Managementregel 7, Indikator 6).

Der Entwurf enthält zum Schutz der Pressevielfalt eine Regelung, die für verlagswirtschaftliche Kooperationen von Presseverlagen gilt. Auf diese Weise soll die wirtschaftliche Grundlage der beteiligten Presseverlage ermöglicht werden, damit sie im Wettbewerb mit anderen, insbesondere neuen Medien bestehen können (Managementregel 5).

Entsprechend den Arbeitsergebnissen der AG Kartellrecht/Vielfaltsicherung der Bundesländer-Kommission zur Medienkonvergenz soll die verfahrensrechtliche Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten/Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Kartellbehörden optimiert werden. Durch die Möglichkeiten zum erweiterten Informationsaustausch zwischen den Behörden (§ 50c) wird die Arbeit der beteiligten Stellen effizienter.

## **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Durch das Gesetz ergeben sich keine zusätzlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

## **4. Erfüllungsaufwand**

### **a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Dieses Änderungsgesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger.

## **b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Bei dem jährlich Erfüllungsaufwand in Höhe von 420.000 Euro handelt es sich im Sinne der Bürokratiebremse der Bundesregierung um ein „in“. Eine unmittelbare Kompensation ist nicht möglich, es wird ein Ausgleich im weiteren Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie angestrebt.

Der neue Aufgreifattbestand des § 35 Absatz 1a wird dazu führen, dass bisher nicht anmeldepflichtige Zusammenschlussvorhaben einer Anmelde- und Kontrollpflicht unterliegen. In der Anmeldung werden nach dem geänderten § 39 Absatz 3 Nummer 3 Angaben zum Wert der Gegenleistung und nach dem § 39 Absatz 3 Nummer 3a Angaben zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland gemacht werden müssen. Es entstehen daher Kosten aus Informationspflichten, die im Wesentlichen aus Kosten der Konsultation von Rechtsbeistand bestehen.

### ***Zur Fallzahl***

Durch den neuen § 35 Absatz 1a wird die Zusammenschlusskontrolle auf Fälle ausgeweitet, bei denen bestimmte Schwellenwerte überschritten werden. Zentral ist dabei der Wert der Gegenleistung, der in diesen Fällen gemäß § 35 Absatz 1a Nummer 3 mehr als 350 Millionen Euro beträgt. Eine exakte Ermittlung der Zahl der jährlich zu erwartenden Fälle, die zusätzlich von der Anmeldepflicht erfasst sein werden, ist nicht möglich. Für die Vergangenheit liegt keine ausreichende Datengrundlage vor, auf deren Basis eine zuverlässige Prognose für die Zukunft getroffen werden könnte. Ursache ist insbesondere, dass für die beteiligten Unternehmen keine Pflicht zur öffentlichen Bekanntgabe des Wertes der Gegenleistung existiert. Dieser Wert unterfällt bei Unternehmenskäufen in der Regel der zwischen den Parteien vereinbarten Vertraulichkeit. Daten zum Wert der Gegenleistung im Zusammenhang mit vergangenen Zusammenschlüssen werden weder von der Bundesregierung, noch von anderen öffentlichen Stellen erfasst (siehe dazu auch die Begründung zu § 35 Absatz 1a). Die Anzahl der zukünftigen Fälle kann deshalb nur geschätzt werden.

Die Schätzung beruht auf Informationen über Zusammenschlüsse in den vergangenen Jahren. Da die Zusammenschlussparteien bisher keine Pflicht trifft, den Wert der Gegenleistung bei einem Zusammenschluss zu veröffentlichen, ergeben sich aus privatwirtschaftlichen Erhebungen keine konsistenten Informationen über vergangene Zusammenschlüsse. Der Wahl des Schwellenwertes von 350 Millionen Euro für den Wert der Gegenleistung ging eine Auswertung zahlreicher Quellen voraus, insbesondere von Publikationen von spezialisierten Statistikanbietern, Fachverbänden, Fachzeitschriften, Beratungsgesellschaften und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, soweit diese Daten zum Transaktionsmarkt in Deutschland veröffentlichen. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schwerpunkte dieser Analysen wurden die statistischen Angaben zu veröffentlichten Kaufpreisen bzw. publizierten Transaktionswerten aus der Vergangenheit ausgewertet. Als Ergebnis dieser Auswertungen lässt sich festhalten, dass die ermittelten Transaktionswerte in Deutschland auf Kaufpreisbasis in den letzten Jahren meist unterhalb einer Grenze von 100 Millionen Euro lagen. Nach einer Auswertung der größten Startup-Transaktionen in Deutschland sind 2015 acht Übernahmen bekannt geworden, bei denen der Kaufpreis zwischen 100 und 230 Millionen Euro lag, wobei in zwei Fällen eine Fusionsanmeldung wegen der Umsätze erfolgen musste. In einem einzigen Fall im Jahr 2015 wurden für eine Startup-Übernahme mehr als 350 Millionen Euro gezahlt. Für weitere 17 Fälle wurden 2015 für Startups Kaufpreise von deutlich unter 100 Millionen Euro erbracht (vgl. Aufstellung des Internetportals „ds deutsche startups“ der 26 wichtigsten Übernahmen von Startups im Jahr 2015). Vergleichbare Zahlen ergab auch eine entsprechende Auswertung für die Jahre 2014 und 2013. Jeweils nur eine Übernahme eines in Deutschland tätigen Unternehmens erfolgte, für die ein Kaufpreis von mehr als 350 Millionen Euro gezahlt wurde, und die bei Bestehen einer entsprechenden Aufgreifschwelle hätte angemeldet werden müssen. Auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Informationen

über Übernahmen und Zusammenschlüsse in den letzten Jahren wird daher geschätzt, dass die Fallzahl aller Wahrscheinlichkeit nach im niedrigen einstelligen Bereich liegen wird. Um den entstehenden Ermittlungsaufwand beziffern zu können, wird hier von einer Zahl von drei Fällen im Jahr ausgegangen.

### ***Kosten durch die Konsultation von Rechtsbeistand***

Bei den von der Neuregelung betroffenen Zusammenschlüssen handelt es sich um wirtschaftlich bedeutende Fälle, so dass davon auszugehen ist, dass die beteiligten Unternehmen im Regelfall einen Rechtsbeistand konsultieren werden. Die Vergütung eines Rechtsanwalts wird in aller Regel individuell vereinbart. Wie nach aktueller Rechtslage wird die Höhe der Vergütung maßgeblich von der Komplexität des Zusammenschlussvorhabens abhängen, also zum Beispiel von der Anzahl und Größe der beteiligten Unternehmen, der Art des Zusammenschlusses (Vermögens-, Kontroll-, Anteilerwerb oder sonstige Verbindung), der Anzahl der Anmeldungen in anderen Jurisdiktionen, der Kompetenz der Rechtsanwälte etc. Wird die Rechtsanwaltsvergütung nach gesetzlichen Regeln berechnet, entstehen für die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach der Regelgebühr Rechtsanwaltskosten in Höhe von 137.569,50 Euro (Berechnung auf der Grundlage des Gesetzes über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte). Die Höhe der Gebühr ist bedingt durch einen hohen Gegenstandswert, der bei einem Wert der Gegenleistung von über 350 Millionen Euro entsprechend hoch anzusetzen ist. Da andere Orientierungswerte für die entstehenden Rechtsanwaltskosten fehlen, wird für die Bezifferung des Erfüllungsaufwandes von einem Erfüllungsaufwand pro Fall von 140.000 Euro ausgegangen. Die Kosten werden vor allem beim Erwerber entstehen, da dieser typischer Weise das wirtschaftliche Risiko einer Übernahme trägt.

Auch bei Zusammenschlüssen, die sich im Grenzbereich der Schwelle von 350 Millionen Euro bewegen, können grundsätzlich Aufklärungskosten hinsichtlich einer eventuellen Anmeldepflicht entstehen. Unternehmen müssen prüfen, ob durch den Zusammenschluss die Voraussetzungen des § 35 Absatz 1a erfüllt werden und insbesondere den Wert der Gegenleistung gemäß § 38 Absatz 4a ermitteln. Es ist davon auszugehen, dass bei derartigen Übernahmen aus anderen, vor allem betriebswirtschaftlichen Gründen bereits ähnliche Kalkulationen vorgenommen werden, so dass hier keine großen zusätzlichen Kosten für die Unternehmen entstehen. Sollten die Unternehmen in solchen Fällen Rechtsbeistand benötigen, ist davon auszugehen, dass sich dieser im Rahmen der üblichen Rechtsanwaltsvergütung bewegen wird.

### ***Keine weiteren Bürokratiekosten aus Informationspflichten***

Betroffene Unternehmen werden nach dem Entwurf verpflichtet gegenüber dem Kartellamt Angaben zu machen zum Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss nach § 38 Absatz 4a, einschließlich der Grundlagen für seine Berechnung (§ 39 Absatz 3 Nummer 3) und zu Art und Umfang ihrer Tätigkeit im Inland (§ 39 Absatz 3 Nummer 3a). Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Mehrheit der Betroffenen bereits über die Informationen verfügt, die für die Erfüllung der künftigen Informationspflicht notwendig sein werden. Insoweit entsteht im Wesentlichen kein Mehraufwand; es handelt sich um so-wieso-Kosten. Sollte aufgrund der Komplexität eines Falls dennoch Mehraufwand entstehen, ist es wahrscheinlich, dass entsprechende Analysen von spezialisierten Dritten durchgeführt werden. Die o.g. Kosten des Rechtsbeistands dürften derartige Kosten für Analysen bereits umfassen.

Die Gegenleistung bei einer Transaktion kann als Barangebot, Wertpapiertausch oder Vermögenstausch bzw. einer Kombination daraus ausgestaltet sein. In den allermeisten Fällen wird es sich voraussichtlich um Transaktionen handeln, bei denen eine Gegenleistung in Form einer Barzahlung vorliegt. In diesen Fällen lässt sich ihr Wert leicht bestimmen. Das gilt in den allermeisten Fällen auch für die Bewertung von Verbindlichkeiten.

Die Einschätzung, dass es sich bei den meisten Zusammenschlussfällen um Barzahlungen mit einem konkreten, leicht zu bestimmtem Kaufpreis handelt, beruht u.a. auf der Auswertung einer Datenbank der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die darauf hindeutet, dass nur sehr wenige Fälle zu erwarten sind, bei denen die Gegenleistung nicht in Barzahlungen besteht (Datenbank der nach § 14 Absatz 2 WpÜG veröffentlichten Angebotsunterlagen für öffentliche Übernahmen [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Liste/WPUeG/li\\_angebotsunterlagen\\_wpueg\\_14.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Liste/WPUeG/li_angebotsunterlagen_wpueg_14.html)). Die Auswertung sämtlicher Fälle mit Veröffentlichung von 2012 bis 2015 (93 Fälle) zeigt, dass die weit überwiegende Form der Gegenleistung Barangebote sind (von 93 Fällen insgesamt 86 Fälle mit Barangeboten, 4 Wertpapiertauschangebote und 3 kombinierte Angebote).

Für Fälle, in denen die Gegenleistung in einem Wertpapiertausch besteht (wahrscheinlich nur wenige Fälle), sollte die Wertermittlung nur dann einen größeren Aufwand verursachen, wenn die Wertpapiere nicht aktuell und nicht auf einem liquiden Markt gehandelt werden, sich also kein konkreter Wert zu einem bestimmten Stichtag an einer Börse ergibt. Bei einem Tausch mit Wertpapieren ohne aktuellen, liquiden Markt ist allerdings zu erwarten, dass Wertgutachten für diese Wertpapiere ohnehin schon bestehen. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn sich ein Unternehmen für Wertpapiere verkauft, deren Wert es nicht kennt. Zumindest wäre aber zu erwarten, dass diese Gruppe sehr klein ist. In einem solchen Fall kann die Anmeldung das entsprechende Gutachten für die Informationspflicht nach dem neuen § 39 heranziehen bzw. darauf aufbauen.

Für Fälle, in denen ein Unternehmen gegen andere Vermögenswerte getauscht wird (wahrscheinlich nur wenige Fälle), lässt sich der Wert nur mit Hilfe von Gutachten ermitteln. Hier wäre aber auch zu erwarten, dass entsprechende Wertgutachten schon bestehen. Daher entsteht dann auch kein Zusatzaufwand. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass es ausreicht, wenn die Unternehmen ihre Berechnung des Werts der Gegenleistung auf bestehende Gutachten aufbauen, die eine vertretbare Methodik für die Unternehmensbewertung im Kontext der Fortführung von Unternehmen verwenden.

Zur Informationspflicht zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland (§ 39 Absatz 3 Nummer 3a): Unternehmen haben aufgrund ihrer Marktkenntnis und ihres externen bzw. internen Rechnungswesens ohne Weiteres Kenntnis darüber, wie sich ihre Geschäftstätigkeit geographisch verteilt. In den allermeisten Zusammenschlussanmeldungen beim Bundeskartellamt wird diese Information bereits jetzt erwähnt. Zusätzlicher Mehraufwand entsteht hier nicht.

Der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft beträgt damit

3 x 140.000 Euro = 420.000 Euro

### ***Betroffenheit mittelständischer Unternehmen („KMU-Test“)***

Durch den neuen § 35 Absatz 1a entstehen zum einen Aufklärungskosten, zum anderen eventuell Kosten einer Anmeldung des Vorhabens (s.o.). Die in diesem Zusammenhang anfallenden Kosten entstehen beim erwerbenden Unternehmen, da dieses typischerweise das wirtschaftliche Risiko einer Übernahme trägt. Kleine und mittlere Unternehmen werden im Fall von Übernahmen mit einem Wert der Gegenleistung von über 350 Millionen Euro in aller Regel das erwerbende, und nicht das erwerbende Unternehmen darstellen und somit nicht mit Kosten belastet.

### **c) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung**

Für das Bundeskartellamt entsteht ein einmaliger Erfüllungsaufwand von 187 Euro und ein jährlicher Erfüllungsaufwand von 46.427,52 Euro.

**aa) Erfüllungsaufwand aus dem neuen § 35 Absatz 1a**

Für das Bundeskartellamt kann sich aus dem neuen § 35 Absatz 1a Erfüllungsaufwand ergeben. Wie bereits oben unter Punkt b) dargestellt, kann die Zahl der betroffenen Zusammenschlüsse weder exakt ermittelt, noch zuverlässig prognostiziert werden. Eine Auswertung der zur Verfügung stehenden Informationen über Übernahmen und Zusammenschlüsse in den letzten Jahren hat ergeben, dass die Fallzahl aller Wahrscheinlichkeit nach im niedrigen einstelligen Bereich liegen wird. Es wird von drei Fällen im Jahr ausgegangen.

In 2013 hat das Bundeskartellamt 1.091 Fusionskontrollanmeldungen erhalten und eröffnete in 18 Fällen ein Hauptprüfverfahren. In 2014 hat das Bundeskartellamt 1.188 Fusionskontrollanmeldungen erhalten und in 22 Fällen ein Hauptprüfverfahren eröffnet. So betrug das Verhältnis Hauptprüfverfahrenseröffnung zu Anmeldungen in den beiden Jahren 1,65 % und 1,85 %, im Mittelwert 1,75 %. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die meisten vom neuen § 35 Absatz 1a betroffenen Fälle ebenfalls zu einem Vorprüfverfahren führen werden und dass nur in den wenigsten Fällen ein Hauptprüfverfahren eröffnet wird. Der im Rahmen der 8. GWB-Novelle ermittelte Erfüllungsaufwand für ein Vorprüfverfahren belief sich auf ca. 1.450 Euro, während der Erfüllungsaufwand für ein Hauptprüfverfahren ca. 35.500 Euro betrug. Im Weiteren wird von dem bei der 8. GWB-Novelle ermittelten zeitlichen Aufwand der Verwaltung für Vorprüf- und Hauptprüfverfahren ausgegangen. Die angesetzten Stundensätze wurden im Vergleich zur 8. GWB-Novelle jeweils aktualisiert (Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung von 2012, Lohnkostentabelle Verwaltung, S. 46).

Ausgehend von der oben getroffenen Annahme, dass es durch die Neuregelung zu drei zusätzlichen Zusammenschlussanmeldungen im Jahr kommt, wäre der Erfüllungsaufwand der Verwaltung bei den Vorprüfverfahren:

$3 \times (2,7 \text{ Arbeitstage (hD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 57,80 \text{ Euro} + 0,7 \text{ Arbeitstage (gD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 35,70 \text{ Euro} + 0,7 \text{ Arbeitstage (mD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 27,40 \text{ Euro}) =$

$3 \times 1.601,84 \text{ Euro} = 4.805,52 \text{ Euro}$

Es ist davon auszugehen, dass der Anteil der Hauptprüfverfahren in der Gruppe der neu anzumeldenden Zusammenschlüsse höher ist als der Anteil der Hauptprüfverfahren an allen Verfahren des Bundeskartellamts. Dies liegt an der hohen wirtschaftlichen Bedeutung und den untypischen Charakteristika der betroffenen Zusammenschlüsse. Insofern wird davon ausgegangen, dass im Durchschnitt jährlich in einem Fall ein Hauptprüfverfahren eröffnet wird. Dies führt zu einem jährlichen Erfüllungsaufwand von

$1 \times (67 \text{ Arbeitstage (hD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 57,80 \text{ Euro} + 16,5 \text{ Arbeitstage (gD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 35,70 \text{ Euro} + 16,5 \text{ Arbeitstage (mD)} \times 8 \text{ Stunden} \times 27,40 \text{ Euro}) =$

$39.310 \text{ Euro}$

In der Summe entsteht dadurch ein Erfüllungsaufwand von 44.115,52 Euro.

**bb) Erfüllungsaufwand aus der Veröffentlichung von Mitteilungen nach § 53 Absatz 5**

**Einmaliger Aufwand**

- Anpassungen auf der Website, um die Mitteilungen hinreichend sichtbar auf der Homepage zu veröffentlichen – 2 Stunden (gD) x 35,70 Euro = 71,40 Euro

- Erstellung einer Muster-Mitteilung – 2 Stunden (hD) x 57,80 Euro = 115,60 Euro

In der Summe: 187 Euro

### **Fortlaufender Aufwand**

- Erstellung der Mitteilung und ggf. Ergänzungen und Aktualisierungen (Zusammenfassen des Verfahrens und Abstimmung des Inhalts innerhalb der Beschlussabteilung und ggf. mit der Leitung, Pressesprecher oder Grundsatzabteilung); in Einzelfällen Auseinandersetzung um die Veröffentlichung und ihren Inhalt mit kartellbeteiligten Unternehmen – durchschnittlich 4 Stunden (hD)

- Aufwand für die Veröffentlichung auf der Homepage – vernachlässigbar; die Veröffentlichung der Mitteilung wird neben der zeitgleichen Veröffentlichung der Pressemitteilung wohl in der Regel keinen erheblichen zusätzlichen personellen Aufwand erfordern.

In den vergangenen Jahren wurden jeweils etwa 10 Fälle abgeschlossen (2015: 11 Fälle; 2014: 9 Fälle; 2013: 11 Fälle). Daraus folgt ein jährlicher Aufwand von etwa 40 Stunden hD. Der jährliche Erfüllungsaufwand beträgt damit

40 Stunden (hD) x 57,80 Euro = 2.312,00 Euro

### **5. Weitere Kosten**

Durch die Einführung des neuen § 35 Absatz 1a werden zukünftig auch bei Zusammenschlüssen, die bisher nicht anmeldepflichtig und deshalb nicht gebührenpflichtig waren, gemäß § 80 Absatz 1 Nummer 1 Gebühren durch die Kartellbehörden erhoben. Die Höhe der Gebühren wird unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Zusammenschlusses nach wie vor vom personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde abhängen. Zusätzlich werden neue Gebührentatbestände im § 80 geschaffen (Erteilung von Auskünften nach § 31b Absatz 2 GWB, Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten oder Erteilung von Auskünften daraus nach §§ 406e, 475 StPO).

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU dient der Stärkung der durch Kartelle Geschädigten. Da keine belastbare Datengrundlage existiert, ob und inwieweit die effektivere Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen zu einer vermehrten Geltendmachung von derartigen Ansprüchen führen wird, können die wirtschaftlichen Folgen nicht exakt beziffert werden. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive ergeben sich aus Schadensersatzzahlungen weder ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand, noch zusätzliche Kosten, da die Zahlungen der Anspruchsgegner den Anspruchsinhabern zufließen. Da nach § 91 ZPO die unterliegende Partei sowohl die außergerichtlichen Kosten als auch die Gerichtskosten zu tragen hat, werden weder für die Anspruchsinhaber noch für die zuständigen Gerichte zusätzliche Kosten entstehen. Mittelfristig werden also allein die Anspruchsgegner mit den Kosten der Rechtsdurchsetzung belastet. Langfristig ist aufgrund der Abschreckungswirkung der Schadensersatzpflicht ein gesamtwirtschaftlicher Vorteil, zum Beispiel in Form geringerer Preise, zu erwarten, wenn Normadressaten ihre Kartellaktivität reduzieren bzw. einstellen. Grundsätzlich ist eine Senkung von Einzelpreisen und des Preisniveaus, auch des Verbraucherpreisniveaus zu erwarten. Diese Auswirkungen sind jedoch aus heutiger Perspektive nicht kalkulierbar.

Sonstige Kosten für die Wirtschaft oder Kosten für soziale Sicherungssysteme sind nicht zu erwarten.

### **6. Weitere Gesetzesfolgen**

Unmittelbar durch dieses Gesetz werden die Kosten für Verbraucher nicht berührt. Die Verbraucher werden langfristig von den Auswirkungen der effektiveren Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen profitieren, da sich aufgrund der zu erwartenden vermin-

dernten Anzahl an Kartellverstößen positive gesamtwirtschaftliche Effekte, beispielsweise in Form von geringeren Preisen für Nachfrager, einstellen werden.

Aus gleichstellungspolitischer Sicht sind die Regelungen neutral. Demografische Auswirkungen sind nicht ersichtlich.

## **VII. Befristung; Evaluation**

Der Entwurf sieht an drei Stellen Evaluierungen neuer Vorschriften vor:

1. in § 18 Absatz 8 eine Evaluierung der neuen Absätze 2a und 3a,
2. in § 30 Absatz 4 eine Evaluierung des neuen Absatzes 2b und der neuen Regelung in Absatz 3 Satz 2 und
3. im neuen § 43a eine Evaluation des neuen § 35 Absatz 1a, der neuen Regelung des § 37 Absatz 1 Nummer 1 sowie des neuen § 38 Absatz 4a.

In allen drei Fällen soll die Evaluierung nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Vorschriften durchgeführt werden. Der Zeitraum erscheint angemessen, um erste Erfahrungen der wettbewerbsbehördlichen Praxis mit den neuen Vorschriften auszuwerten und gegebenenfalls Empfehlungen für weitere gesetzgeberische Maßnahmen abzugeben.

Eine Befristung der Regelungen, die der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU dienen, insbesondere der §§ 33 bis 33g und 89b bis 89e, erscheint zum jetzigen Zeitpunkt nicht sinnvoll. Die Regelungen sind weitestgehend durch die umzusetzende Richtlinie vorgegeben.

Gemäß Artikel 20 Absatz 1 der Richtlinie 2014/104/EU nimmt die Europäische Kommission bis zum 27. Dezember 2020 eine Überprüfung der Richtlinie und ihrer Umsetzung vor. Im Rahmen dieser Überprüfung werden unter anderem die Auswirkungen der Richtlinie auf die Entwicklung der Höhe von Schadensersatzzahlungen und auf den Erfolg von Schadensersatzklagen bewertet. Eine Evaluation der weitestgehend durch europarechtliche Vorgaben geprägten Gesetzesteile sollte daher frühestens nach Vorlage des oben genannten Berichts der Europäischen Kommission erfolgen.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)**

#### **Zu Nummer 1**

##### **Zur Inhaltsübersicht**

Die Struktur der Inhaltsübersicht der Teile 1 bis 3 und die Benennung der einzelnen Gliederungsebenen (Teil, Kapitel, Abschnitt) werden so gefasst, dass sie denen der Teile 4 bis 6 entsprechen, die durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 23.2.2016 (BGBl. I, S. 203 ff.) neu gefasst wurden.

#### **Zu Nummer 2**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 3**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 4**

#### **Zu § 18**

##### **Zu Buchstabe a**

Es handelt sich um eine redaktionelle Korrektur.

##### **Zu Buchstabe b**

##### **Zu Absatz 2a**

Absatz 2a stellt klar, dass auch im Fall einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung ein Markt vorliegt. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive ist ein Markt der Ort, an dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen. Ein Markt liegt demzufolge nicht nur vor, wenn für die angebotene Leistung eine Geldzahlung verlangt wird, sondern auch, wenn bei der Transaktion kein Entgelt übertragen wird. Die Regelung erfasst damit Geschäftsmodelle, bei denen Leistungen unentgeltlich angeboten werden. Das betrifft vor allem Sachverhalte, für die die ökonomische Wissenschaft die Bezeichnung zwei- oder mehrseitiger Märkte geprägt hat. Der Begriff der Plattform wird in der juristischen Literatur bisher nicht einheitlich verwendet. Da sich eine Definition erst mit der Zeit herausbilden wird, werden Plattformen im Folgenden wie in der ökonomischen Literatur teilweise synonym zum Begriff der mehrseitigen Märkte verwendet.

Auf mehrseitigen Märkten werden mindestens zwei unterscheidbaren Nutzergruppen Leistungen angeboten. Wesentliches Merkmal mehrseitiger Märkte sind indirekte Netzwerkeffekte, die vorliegen, wenn der Nutzen der Plattform für mindestens eine Nutzergruppe von der Anwesenheit und Größe der anderen Nutzergruppe abhängt. Der Erfolg einer Plattform hängt maßgeblich von der Existenz indirekter Netzwerkeffekte ab. Der Betreiber einer Plattform wird versuchen, die unterschiedlichen Gruppen zur Nutzung seiner Plattform zu bewegen. Dafür ist vor allem die Wahl einer Preisstrategie von Bedeutung, mittels der der Betreiber die Preissensitivitäten der verschiedenen Nutzergruppen berücksichtigen kann. Wie ausgeprägt die Preissensitivität der jeweiligen Nutzergruppe ist, hängt vor allem von der Intensität der Netzwerkeffekte ab. Die Nutzergruppe, deren Nutzen nicht oder deutlich weniger von der Größe der anderen Nutzergruppe abhängt, wird dann preislich bevorzugt. Häufig führt dies dazu, dass einer Nutzergruppe eine Leistung unentgeltlich angeboten wird. (Vgl. zu mehrseitigen Märkten und Netzwerkeffekten ausführlich die Begründung zu Buchstabe c). Ein typisches Beispiel stellen werbefinanzierte Produkte dar. Während eine Nutzergruppe ein Produkt unentgeltlich nutzen kann, zahlt die andere Nutzergruppe, die Werbetreibenden, einen Preis für die Schaltung der Werbung. Außerdem werden in der digitalen Wirtschaft Leistungen häufig nur zur Markteinführung unentgeltlich angeboten. Bei Erreichen einer entsprechend großen Zahl von Nutzern wird dann ein Entgelt verlangt. Die Entscheidung über die Entgeltspflicht kann das Unternehmen jederzeit treffen.

In der kartellbehördlichen und gerichtlichen Praxis wurde die Marktqualität der unentgeltlichen Seite bisher zum Teil verneint. Ein besseres Verständnis der Wirkungsweise zweiseitiger Märkte hat dazu geführt, dass das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission in mehreren Fusionskontrollentscheidungen das Vorliegen eines Marktes angenommen haben, obwohl die betreffende Leistung unentgeltlich angeboten wurde (Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, Az. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp; Bundeskartellamt, Fallbericht vom 25. Juni 2015, Az. B6-39/15 – Online-Immobilienplattformen; Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Az. B6-57/15

– Online-Datingplattformen). Das Oberlandesgericht Düsseldorf war in einer Entscheidung aus 2015 noch davon ausgegangen, dass nur die entgeltliche Seite von Hotelbuchungsportalen einen Markt bildet (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, Az. VI Kart 1/14 (V), Rn. 43).

Eine Trennung der unentgeltlichen von der entgeltlichen Seite bei der Marktabgrenzung wird der wirtschaftlichen Realität jedoch nicht gerecht. Auch bei der Erbringung unentgeltlicher Leistungen können Unternehmen eine starke Marktstellung erlangen. Eine nur mittelbare Erfassbarkeit der unentgeltlichen Austauschseite und die isolierte Betrachtung von Teilbereichen kann die effektive kartellrechtliche Prüfung erschweren.

Deshalb erfolgt in Absatz 2a die ausdrückliche Klarstellung, dass auch unentgeltliche Austauschbeziehungen einen kartellrechtlich relevanten Markt darstellen können. Die Bedeutung des Anbieters auf einem solchen Markt kann zukünftig einfacher bei der kartellrechtlichen Prüfung aller betroffenen Märkte berücksichtigt werden. Das kann sich auch positiv auf ein schnelles Eingreifen auswirken, das wegen der dynamischen Entwicklungen in der digitalen Wirtschaft besonders erforderlich ist.

Es bleibt aber auch zukünftig jeder Einzelfallwürdigung überlassen, ob und welche konkreten entgeltlichen oder unentgeltlichen Leistungen gegebenenfalls einem einheitlichen Markt zuzuordnen sind.

### **Zu Buchstabe c**

### **Zu Absatz 3a**

Bei den in Absatz 3a Nummern 1 bis 5 eingeführten Kriterien handelt es sich um spezielle Faktoren, die insbesondere für mehrseitige Märkte und Netzwerke kennzeichnend sind und sie von traditionellen Märkten unterscheiden. Zu diesen Charakteristika zählen insbesondere Netzwerkeffekte, die Konzentrationstendenzen fördern und Preisstrategien beeinflussen können, wenn etwa Produkte für bestimmte Nutzergruppen zu Preisen unterhalb der von ihnen verursachten Kosten angeboten werden (vgl. zu Letzterem auch oben Begründung zu Buchstabe b). Bisher sind solche wettbewerbsökonomischen Konzepte, die empirisch und durch die kartellbehördliche Praxis bestätigt werden, nicht explizit im Gesetz berücksichtigt worden.

Die Besonderheiten, die bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken auftreten, müssen im Rahmen einer adäquaten Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse und der Feststellung von Marktmacht berücksichtigt werden. Ihnen kann gegenüber den in Absatz 3 aufgezählten Kriterien im Einzelfall eine größere Aussagekraft zukommen. Die Anwendung wettbewerbsökonomischer Konzepte, die zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse an Reaktionen der Nachfrager auf Preiserhöhungen anknüpfen (etwa bei Anwendung des SSNIP-Tests), wirft Probleme auf, wenn von einer Nutzergruppe kein Entgelt verlangt wird. Entsprechendes gilt für die Beurteilung von Marktmacht anhand von umsatzbezogenen Marktanteilen. Marktmacht muss sich nicht zwangsläufig in Preissetzungsspielräumen spiegeln, sondern kann beispielsweise auch mit dem (exklusivem) Zugang zu Daten einhergehen.

Mit der ausdrücklichen Aufnahme der neuen Merkmale in den Katalog des § 18 sollen die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse und die Prüfung, ob Marktbeherrschung vorliegt, verbessert werden. Dies dient auch dazu, den Herausforderungen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts im digitalen Zeitalter besser begegnen zu können. Die klarstellende Ergänzung erfolgt insoweit vor dem Hintergrund, dass die wirtschaftliche Bedeutung mehrseitiger Märkte und Netzwerke zugenommen hat. Die Ergänzung der Kriterien trägt zugleich dem Umstand Rechnung, dass Wettbewerbsvorteile von Unternehmen mit internetbasierten Geschäftsmodellen auf speziellen Ressourcen und Fähigkeiten beruhen können.

Wie bisher muss die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens aber auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller gegebenen Umstände erfolgen. Die Feststellung, dass nur einzelne der neuen Kriterien vorliegen, erlaubt für sich genommen daher keinen Rückschluss auf die Marktbeherrschung eines Unternehmens oder auf wirksamen Wettbewerb im Markt.

Auf mehrseitigen Märkten kommen mindestens zwei unterscheidbare Nutzergruppen zusammen. Mehrseitige Märkte gibt es in vielfältiger Gestalt. Dazu zählen Einkaufszentren (Läden und Kunden), werbefinanzierte Medien (Werbende und Konsumenten), e-commerce Plattformen (Händler und Konsumenten), technische Standards (im Fall von Blue-ray zum Beispiel Anbieter von Inhalten auf Blue-ray-Discs und Besitzer von Blue-ray-Playern), Betriebssysteme (Entwickler von Programmen und Endkunden des Betriebssystems), Spielekonsolen (Entwickler von Spielen und Spieler), Kreditkartensysteme (Kreditkarten akzeptierende Geschäfte und Kreditkartenbesitzer), App Stores (Entwickler von Apps und Endgerätenutzer).

### **Zu Absatz 3a Nummer 1**

Netzwerkeffekte (auch als Netzwerkexternalitäten oder positive Skaleneffekte auf der Nachfrageseite bezeichnet) bezeichnen Effekte, die zwischen verschiedenen Nutzern oder Nutzergruppen auftreten, die als Netzwerk miteinander verbunden sind. Netzwerkeffekte sind positiv, wenn bei gleichbleibenden Rahmenbedingungen der Nutzen für den einzelnen Teilnehmer mit wachsender Nutzerzahl steigt. Netzwerkeffekte sind negativ, wenn der Nutzen für den einzelnen Teilnehmer mit wachsender Nutzerzahl sinkt. Die wettbewerbliche Bedeutung von Netzwerkeffekten folgt insbesondere aus den Konzentrationstendenzen, die sie im Markt hervorrufen können.

Direkte Netzwerkeffekte bezeichnen die Relation zwischen Nutzen und Nutzeranzahl. Sie machen sich umso stärker bemerkbar, je größer die Nachfrage nach einem Netzwerk ist. Da der zusätzliche Nutzen jedes Nutzers mit der Gesamtgröße steigt, sind exponentielle Wachstumsraten die Folge. Auf Webseiten, bei denen es um die Vernetzung von Mitgliedern geht, treten beispielsweise direkte Netzwerkeffekte auf, die die weitere Entwicklung des Anbieters und seine Stellung im Markt beeinflussen.

Bei sogenannten indirekten Netzwerkeffekten profitieren die verschiedenen Nutzergruppen der angebotenen Vermittlungsleistung einer Plattform einseitig oder wechselseitig voneinander.

Indirekte Netzwerkeffekte sind das wesentliche Merkmal von mehrseitigen Märkten. Sie entstehen aus dem Umstand, dass mehrere, unterscheidbare Nachfragegruppen das Netzwerk nutzen. In der Regel profitiert jede Gruppe davon, dass die jeweils andere Gruppe die Plattform nutzt. Anders ausgedrückt gewinnen die Nutzer der einen Gruppe einen Zusatznutzen daraus, dass mehr Nutzer der anderen Nutzergruppe auf dem Netzwerk sind und die Plattform einsetzen. Beispielsweise steigt die Attraktivität eines Betriebssystems für die Endnutzer, wenn für das System viele Programme zur Verfügung stehen. Zugleich steigt die Attraktivität des Betriebssystems für Programmentwickler, wenn es von vielen Endnutzern und damit potentiellen Kunden genutzt wird. Für den Betreiber der Plattform und den Markterfolg seines Geschäftsmodells ist entscheidend, dass er alle Nutzergruppen dazu bewegt, die Plattform, z.B. das Betriebssystem, zu nutzen. Um dem Markt hinzuzutreten und erfolgreich sein zu können, muss der Plattformbetreiber eine ausreichende Anzahl an Nutzern in zwei verschiedenen Gruppen bzw. auf verschiedenen Seiten erreichen.

Bei zunehmender Größe eines Netzwerks wird der Netzwerkeffekt stärker und verstärkt sich gleichzeitig selbst (positives Feedback). In ihrer stärksten Form führen Netzwerkeffekte zu so genannten „Winner-takes-it-all-Märkten“, die zur Monopolbildung neigen. Die durch positive Effekte ausgelösten Monopolisierungstendenzen können so weit gehen,

dass ein Netzwerk, das eine bestimmte, kritische Anzahl an Nutzern gewinnt, immer weiter wächst, und anfangs noch konkurrierende Netzwerke massiv an Bedeutung verlieren. Der Markt kippt dann zugunsten eines Plattformanbieters (sog. Tipping).

Indirekte Netzwerkeffekte führen aber nicht zwangsläufig zur Monopolbildung im Markt. Es gibt zahlreiche Beispiele von zweiseitigen Märkten, bei denen mehrere Plattformen langfristig nebeneinander existieren. Eine Vorhersage, wann und aus welchen Gründen ein Tipping einer Plattform stattfindet, ist schwierig. Wenn auf einer Seite direkte Netzwerkeffekte hinzukommen, tendiert der Markt eher zu Monopolen.

### **Zu Absatz 3a Nummer 2**

In welcher Stärke Netzwerkeffekte auftreten und welche Bedingungen ein Kippen des Marktes fördern können, wird durch verschiedene Parameter bestimmt. Dazu gehören insbesondere die Höhe der Wechselkosten für Nutzer der Netzwerke sowie die Möglichkeit zur Parallelnutzung mehrerer Produkte durch die Nutzer (so genanntes Multi-Homing). Darüber hinaus können auch der Wert besonderer Eigenständigkeitsmerkmale der Plattform, horizontale Produktdifferenzierungen zwischen den Plattformen aus Sicht der Nutzergruppe, sowie die Ungleichartigkeit (Heterogenität) der Nutzer Einfluss auf die Intensität der Auswirkungen von Netzwerkeffekten nehmen.

Wechselkosten bezeichnen den Aufwand, der für den Nutzer entsteht, wenn er eine andere als die bisherige Plattform für denselben Zweck nutzen möchte. Neben finanziellem Aufwand in Gestalt von Wechselgebühren gehört dazu alles, was den Verbleib bei der ursprünglich gewählten Plattform attraktiver erscheinen lässt.

Der parallele Einsatz mehrerer Plattformen auf einer der Nutzerseiten (z.B. Einsatz mehrerer Kreditkarten, Entwicklungen für mehrere Betriebssysteme, Schaltung von Werbung in mehreren Medien) kann Einfluss auf die Selbstverstärkungseffekte von Netzwerkeffekten haben und die Neigung zum Tipping abmildern. Die Frage der Wettbewerbsintensität hängt damit maßgeblich vom im Markt vorherrschenden Nutzerverhalten im Sinne eines Multi-Homings oder einer ausschließlichen Nutzung nur einer Plattform (Single-Homing) ab. Multi-Homing der Nutzer auf der einen Seite wird der anderen Nutzergruppe in der Regel einen größeren Spielraum bei der Wahl der Plattform verschaffen. Die Nutzung mehrerer nicht kompatibler Plattformen ist dann wahrscheinlich, wenn aus ihnen ein unterschiedlicher Nutzen gezogen werden soll. Wenn mehrere konkurrierende Plattformen existieren, ist oft zu beobachten, dass mindestens eine Seite Multihoming betreibt.

Die gewählte Preisstruktur von Diensten kann Multi-Homing begünstigen. Das Angebot von Multihoming-Möglichkeiten durch den Plattformbetreiber, etwa durch Verwendung von standardisierten Schnittstellen, kann einen Wettbewerbsvorteil der Plattform auf Seite der Anbieter von Applikationen begründen. Andererseits können Plattformbetreiber zusätzliche Merkmale hinzufügen, um sich von anderen Plattformen zu unterscheiden und einen Lock-in-Effekt für das eigene Angebot zu erzeugen.

Bei digitalen Geschäftsmodellen kommt Netzwerkeffekten in der Regel eine besondere Bedeutung als Marktzutrittsschranke zu. Trotz ihres Vorliegens hängt die Stärke und Angreifbarkeit der Marktposition eines Anbieters davon ab, ob gegensteuernde Faktoren vorliegen, wie z. B. die Heterogenität der Nutzer und ein hoher Differenzierungsgrad der Netzwerke im Markt.

Im Einzelfall kann die Feststellung einer starken Kundenbindungswirkung der Netzwerkeffekte wegen entstehender Wechselkosten für eine fehlende oder schwierige Angreifbarkeit der Marktstellung des Anbieters der internetbasierten Dienstleistung sprechen.

### **Zu Absatz 3a Nummer 3**

Die in Nummer 3 genannten Größenvorteile des Unternehmens beziehen sich auf seine Kostensituation, seine Skalenerträge (engl. economies of scale). Sie werden bisher bereits unter dem Gesichtspunkt der Marktzutrittschranken nach Absatz 3 Nummer 5 bei der Marktbeherrschungsprüfung berücksichtigt. Im Kontext mehrseitiger Märkte können Größenvorteile eine zusätzliche Bedeutung erlangen. Bei Internetplattformen verursachen zusätzliche Nutzer auf einer Seite kaum zusätzliche Kosten, wenn es nicht zu Kapazitätsengpässen kommt. Der Selbstverstärkungsprozess indirekter Netzwerkeffekte (vgl. oben) kann durch diese Größenvorteile unterstützt werden. Zur Beurteilung, ob der Vorsprung einer Plattform aufgeholt werden kann oder sich Konkurrenten am Markt halten können, sind vorliegende Größenvorteile aber nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit der Existenz und der Wirkung von Netzwerkeffekten zu würdigen.

### **Zu Absatz 3a Nummer 4**

Die Aufnahme des Kriteriums des Zugangs zu Daten in Nummer 4 trägt der möglichen wirtschaftlichen Relevanz von Daten Rechnung.

Die Marktstellung eines Unternehmens wird erheblich von seinem Zugang zu Daten beeinflusst. Abhängig von Art und Umfang der vorhandenen Daten und ihrer Bedeutung für die Geschäftstätigkeit, kann der Zugang zu Daten im Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein. Ausschlaggebend für mögliche Wettbewerbsvorteile sind auch die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Unternehmens zur Datenauswertung bzw. -verarbeitung. Durch die Digitalisierung und das Internet haben die Möglichkeiten der Datengewinnung und -nutzung eine neue Dimension erhalten. Die Herrschaft über relevante Daten ist bei der Prüfung von Marktbeherrschung ein wichtiger Aspekt, wenn es um datenbasierte Angebote geht. Z.B. können eingeschränkte Möglichkeiten von Wettbewerbern, vergleichbar große Datenpools aufzubauen, Wettbewerbsvorteile verschaffen, die zu Marktmacht beitragen können. Eine exklusive Herrschaft über bestimmte Daten kann eine Marktzutrittschranke für Wettbewerber sein, insbesondere wenn auf dem Markt indirekte Netzwerkeffekte wirken. Erforderlich ist jedoch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände. Dazu gehört eine Analyse, welchen Zweck die Datenerhebung und -nutzung für das Unternehmen besitzt. Netzwerkeffekte können im Einzelfall zu einem Datenvorsprung des etablierten Unternehmens führen, den seine Konkurrenten nicht mehr aufholen können.

### **Zu Absatz 3a Nummer 5**

Nummer 5 erwähnt den in der erforderlichen Gesamtbetrachtung zu berücksichtigenden Aspekt der Wirkungen von Innovationspotential in der digitalen Ökonomie. Marktpositionen etwa von Plattformen und Netzwerken im Internet sind durch die dort vorherrschenden dynamischen Entwicklungen infolge teilweise einfacher, technologischer Innovationen oder sich kurzfristig ändernder Nutzervorstellungen theoretisch jederzeit angreifbar. Der Wettbewerbsdruck aufgrund der Innovationskraft internetbasierter Angebote beinhaltet die Möglichkeiten von disruptiven Veränderungen, die zur Angreifbarkeit einer starken Marktposition eines Unternehmens führen können. Allerdings ist die Entscheidung, ob innerhalb des kartellbehördlichen Prognosezeitraums Verschiebungen bestehender Marktstellungen mit einiger Wahrscheinlichkeit eintreten, die schon die Annahme einer Marktbeherrschung ausschließen, schwierig. In jedem Einzelfall ist daher eine sorgfältige Prüfung notwendig, ob nicht nur eine abstrakte, zeitlich zu vage Angreifbarkeit der Marktposition vorliegt. Würde allein die Aussicht, dass eine marktbeherrschende Position irgendwann wegfallen könnte, zu ihrer Verneinung führen, blieben bis dahin z.B. Vorwürfe missbräuchlicher Ausnutzung dieser Stellung per se einer Prüfung entzogen.

## **Zu Buchstabe d**

### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 sieht eine Evaluierung der Erfahrungen mit der neuen Vorschrift zur Marktdefinition bei unentgeltlich angebotenen Leistungen und zu den zusätzlichen Marktmachtkriterien vor. Die in den letzten Jahren gesammelten Erkenntnisse zu Besonderheiten in der digitalen Ökonomie und ihren wettbewerblichen Wirkungen werden mit diesen Anpassungen berücksichtigt. Ein weiterer Änderungsbedarf ist nicht gegeben. Vor dem Hintergrund der rasanten Entwicklungen in der digitalen Ökonomie soll aber eine zeitnahe Überprüfung dieser Annahme erfolgen.

### **Zu Nummer 5**

Folgeänderung zur Einführung des neuen § 30 Absatz 2b.

### **Zu Nummer 6**

Entfristung [und praxismgerechte Ausgestaltung des speziellen Verbots des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis (§ 20 Absatz 3 Nummer 1)]

### **Zu Nummer 7**

[Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht (§ 20 Absatz 2)]

### **Zu Nummer 8**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 9**

Folgeänderung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 10**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 11**

Folgeänderung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 12**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 13**

## **Zu § 30**

### **Zu Buchstabe a**

Die Überschrift wird an den neuen, erweiterten Inhalt des § 30 angepasst.

### **Zu Buchstabe b**

§ 30 Absatz 2b Satz 1 nimmt Vereinbarungen von Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit vom Kartellverbot des § 1 aus. Voraus-

setzung ist, dass die vereinbarte Zusammenarbeit eine Stärkung der wirtschaftlichen Grundlage der beteiligten Presseverlage ermöglicht, um im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen.

Damit werden die kartellrechtlichen Spielräume von Presseverlagen zur Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis auch im Bereich von Kooperationen erweitert. Mit den im Rahmen der 8. GWB-Novelle eingeführten moderaten Erleichterungen für Presseverlage in der Fusionskontrolle waren bereits die wettbewerbsrechtlichen Spielräume der Verlage angemessen erweitert worden, um eine Steigerung ihrer Wettbewerbsfähigkeit mit anderen Medien durch Fusionen zu ermöglichen. Die vorgesehene weitere Erleichterung ist vor dem Hintergrund der nach wie vor verschärften wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Presseverlage im Umbruch der Medienlandschaft und damit einhergehender struktureller Änderungen auch mit Blick auf die schützenswerte Pressevielfalt wettbewerbspolitisch gerechtfertigt. Der Rückgang insbesondere des Anzeigenaufkommens und der Werbeerlöse im Printbereich hält an, während Finanzierungsmodelle für Presseprodukte im Online-Bereich noch nicht durchgehend erfolgreich sind.

Die erleichterten Möglichkeiten einer verlagswirtschaftlichen Zusammenarbeit sollen deshalb sowohl für den klassischen Printbereich als auch im Bereich der Internetpresse bestehen. Privilegiert werden soll eine Zusammenarbeit, die der Rationalisierung und Synergiegewinnung in der verlagswirtschaftlichen Tätigkeit dienen soll. Positive Änderungen erscheinen dabei insbesondere durch eine Zusammenarbeit im Anzeigen- und Werbegeschäft, beim Vertrieb, der Zustellung und der Herstellung von Zeitungen und Zeitschriften sowie der diese reproduzierenden oder substituierenden Produkte im Sinne von § 30 Absatz 1 Satz 2 erreichbar. Eine Stärkung der wirtschaftlichen Basis und damit der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Presseverlage im Verhältnis zu konkurrierenden anderen Medienunternehmen, die nicht als Presse zu qualifizieren sind, rechtfertigt Beschränkungen des Wettbewerbs, die mit einer diesem Ziel dienenden und es ermöglichenden verlagswirtschaftlichen Kooperation verbunden sind. Das schließt auch Kooperationen ein, die sich positiv auf die Wettbewerbsfähigkeit der Zeitungs- oder Zeitschriftenverlage auswirken, ohne dass ein unmittelbarer intermediärer Bezug gegeben ist. Von der Regelung dürften insbesondere kleinere und mittlere Presseverlage profitieren, denen eine Zusammenarbeit auch mit stärkeren Marktpartnern ermöglicht wird, um im wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb bestehen zu können. Die Ausnahme vom Kartellverbot gilt auch für entsprechende Kooperationsvereinbarungen unter Beteiligung von Unternehmen, die mit Presseverlagen verbunden sind, soweit diese eine verlagswirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Kooperationen von Unternehmen, die Presseprodukte nur vertreiben, ohne Verlageigenschaft zu besitzen, oder mit Verlagen verbunden sind, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift.

Satz 2 stellt klar, dass für eine Zusammenarbeit zwischen Zeitschriften- oder Zeitungsverlagen im redaktionellen Bereich die Ausnahme vom Kartellverbot nicht gilt.

Satz 3 ist eine partielle Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Erlass einer Entscheidung nach § 32c im Ermessen der Kartellbehörde steht. Er gibt Presseverlagen einen Anspruch auf eine Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32c, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht, wenn nach den ihr vorliegenden Erkenntnissen kein Verstoß gegen das unmittelbar geltende Kartellverbot nach Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ersichtlich erscheint (Nummer 1) und die Presseverlage ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben (Nummer 2). Die Ausnahme erfolgt, um Presseverlagen, die eine Kooperation planen, mehr Rechtssicherheit im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Vereinbarung mit dem europäischen Kartellrecht zu geben. Mit Satz 1 können wegen des Vorrangs der unmittelbar geltenden Wettbewerbsregeln, wie dem Kartellverbot in Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Vereinbarungen nur vom nationalen Kartellverbot in § 1 ausgenommen werden. Soweit diese gesetzliche Ausnahme vom nationalen Kartellverbot reicht, ist eine Entscheidung nach § 32c nicht erforderlich.

### **Zu Buchstabe c**

Auch Vereinbarungen zwischen Verlagen, die nach Absatz 2b vom Kartellverbot ausgenommen sind, werden einer besonderen Aufsicht durch das Bundeskartellamt unterworfen. Es kann diese im Fall des Missbrauchs der Ausnahme für unwirksam erklären.

### **Zu Buchstabe d**

Die Wirkungen der Ausnahme vom Kartellverbot für Presseverlagskooperationen sollen evaluiert werden. Das ermöglicht eine Bewertung der Angemessenheit der Regelung im Hinblick auf die bezweckte Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Presseverlage im intermediären Wettbewerb und den Schutz der Pressevielfalt in Deutschland. Dazu dient auch die Auswertung der Erfahrungen mit Anträgen auf Entscheidungen nach § 32c zur Veranlassung einer behördlichen Tätigkeit wegen Verstoßes gegen das europäische Kartellverbot in Artikel 101 AEUV.

### **Zu Nummer 14**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 15**

Es handelt sich um eine redaktionelle Korrektur.

### **Zu Nummer 16**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 17**

Es handelt sich um eine redaktionelle Korrektur.

### **Zu Nummer 18**

### **Zu § 33**

Der neue § 33 Absatz 1 bis 4 entspricht dem bisherigen § 33 Absatz 1 und 2, wobei die Regelungen zur besseren Verständlichkeit und Übersichtlichkeit redaktionell überarbeitet und neu gegliedert wurden. Die bisherige Formulierung „gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes“ wurde durch die Formulierung „gegen eine Vorschrift dieses Teils“ ersetzt. Der Regelungsgehalt der Vorschrift wurde dadurch nicht verändert, sondern nur entsprechend der bisherigen Auslegung präzisiert, wonach nur materielle rechtliche Verbote des Gesetzes gemeint sind, nicht jedoch verfahrensrechtliche Regelungen oder etwa das in den Teilen 4 bis 6 enthaltene Vergaberecht. Der bisherige Regelungsgehalt der Absätze 3 bis 5 wurde im Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU entsprechend angepasst und findet sich in den §§ 33a bis 33h wieder.

### **Zu § 33a**

### **Zu Absatz 1**

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Neufassung des § 33. Der § 33a Absatz 1 Satz 1 entspricht in seinem Regelungsgehalt dem bisherigen § 33 Absatz 3 Satz 1.

## **Zu Absatz 2**

§ 33a Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU. Der Begriff des Kartells entspricht dem des Artikels 2 Nummer 14 der Richtlinie.

Die Vermutung erstreckt sich auf das Bestehen eines Schadens und dessen Verursachung durch den Verstoß. Die Höhe des verursachten Schadens bleibt hingegen von der Vermutung unberührt (Erwägungsgrund 47 der Richtlinie). Die Regelung ersetzt von der Rechtsprechung entwickelte Ansätze, wonach einer Zuwiderhandlung gegen § 1 oder Artikel 101 AEUV im Form von Kartellen nach allgemeiner Lebenserfahrung eine preissteigernde Wirkung zukommen soll oder ein erster Anschein für eine solche Wirkung der Zuwiderhandlung bestehe, woraus den Abnehmern ein Schaden entstanden sei (vgl. LG Dortmund, Urteil vom 1. April 2004 – 13 O 55/02 Kart –, Rn. 19, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2013 – 6 U 51/12 (Kart) –, Rn. 53f., juris). Die Vermutung kann insbesondere durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Preiserhöhung und damit der Schaden an den Abnehmer des kartellbefangenen Produktes oder daraus hervorgegangener Produkte weitergegeben worden ist. Von der Vermutung unberührt bleibt die Tatsache, dass der Schadensersatz Beanspruchende von dem Kartell betroffen ist. Der Anspruchsteller trägt auch weiterhin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er Waren oder Dienstleistungen abgenommen oder geliefert hat, auf die – ggf. auch als Vorprodukt – sich der Verstoß bezogen hat. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Gerichte zur Annahme einer anderen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast kommen (vergleiche OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2013 – 6 U 51/12 (Kart) –, Rn. 53, juris; LG Berlin, Urteil vom 6. August 2013 – 16 O 193/11 Kart –, Rn. 50, juris).

Satz 2 überträgt die Definition eines Kartells im Sinne des Artikels 2 Nummer 14 der Richtlinie für die Zwecke des Abschnitts über den Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen Kartellrecht ins deutsche Recht. Satz 3 übernimmt die entsprechenden Regelbeispiele der Richtlinie.

## **Zu den Absätzen 3 und 4**

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Neufassung der §§ 33ff. Die Regelungen des Absatzes 3 entsprechen in ihrem jeweiligen Regelungsgehalt den Vorschriften des bisherigen § 33 Absatz 3 Satz 3, die des Absatzes 4 denen des bisherigen § 33 Absatz 3 Sätze 4 und 5.

## **Zu § 33b**

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Neufassung der §§ 33ff. Die Regelung entspricht dem bisherigen § 33 Absatz 4.

Die Bindungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen oder der Wettbewerbsbehörde oder eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union geht nach dem bisherigen § 33 Absatz 4 bereits über die in Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU vorgesehene Wirkung hinaus. Von der Bindungswirkung erfasst sind die Feststellungen zu sämtlichen Tatbestandsmerkmalen, deren Verwirklichung den Verstoß begründet und zu denen die Behörde oder das Gericht in seiner Entscheidung Feststellungen getroffen hat. Dazu gehören insbesondere auch die räumliche und sachliche Marktabgrenzung sowie das zeitliche Ausmaß des Verstoßes.

Darüber hinaus können die Gerichte in Fällen, in denen ein Verstoß gegen ausschließlich nationales Wettbewerbsrecht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union, das überwiegend das gleiche Ziel verfolgt wie Artikel 101 oder 102 AEUV (Definition des Artikels 2 Nummer 3 der Richtlinie), durch eine bestandskräftige Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde oder einer Rechtsmittelinstanz dieses Mitgliedstaats der Europäischen Union festgestellt worden ist, diese Entscheidung als Anscheinsbeweis dafür ansehen,

dass ein Verstoß gegen die betroffenen Vorschriften begangen worden ist (Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie). Einer gesetzlichen Regelung bedarf es dazu nicht.

### **Zu § 33c**

#### **Zu Absatz 1**

Mit Absatz 1 werden Artikel 13 und Artikel 12 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 2014/104/EU umgesetzt.

Satz 1 entspricht dem bisherigen § 33 Absatz 3 Satz 2. Diese mit der 7. GWB-Novelle eingefügte Klarstellung, dass im Fall der Abnahme von Waren oder Dienstleistungen zu einem durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensweise bedingten überhöhten Preis allein der Umstand der Weiterveräußerung dieser Ware oder Dienstleistung durch den Erstabnehmer der Feststellung eines Schadens nicht entgegengehalten werden kann, verliert vor dem Hintergrund der Umsetzung der Richtlinie nicht ihre Bedeutung.

Der Einwand der Schadensabwälzung und die Voraussetzungen dieser Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzansprüchen wegen Verstößen gegen § 1 oder Artikel 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist im Wesentlichen durch die so genannte ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs geprägt (Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172). Da der Einwand der Schadensabwälzung bereits von der Rechtsprechung anerkannt ist, dient Satz 2 insoweit der Klarstellung, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass der Einwand auch bei anderen Verstößen gegen den ersten Teil dieses Gesetzes oder gegen Artikel 102 AEUV zu berücksichtigen ist.

Von der Einwendung nach Satz 2 bleiben entgangene Gewinne nach § 252 BGB unberührt. Solche Gewinneinbußen treten typischerweise auf, wenn die Weitergabe einer kartellbedingten Preiserhöhung einen Rückgang der Nachfrage und damit einen verringerten Absatz zur Folge hat.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU.

Es steht mittelbaren Abnehmern offen, auf sie abgewälzte Schäden geltend zu machen. Der mittelbare Abnehmer, der Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften des Teils 1 oder gegen Artikel 101 oder 102 AEUV geltend macht, trägt dabei insbesondere die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe ein kartellbedingter Preisaufschlag auf die nachfolgende Marktstufe abgewälzt wurde (BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10–, BGHZ 190, 145-172, Rn. 44, juris). Gleiches gilt für mittelbare Lieferanten. Die Darlegung und der Beweis werden den mittelbaren Abnehmern und Lieferanten durch die §§ 33g, 89b ff. erleichtert, wonach sie Auskünfte und die Herausgabe von Beweismitteln verlangen können, soweit diese für die Geltendmachung ihrer Ansprüche erforderlich sind.

Eine Erleichterung zugunsten der mittelbaren Abnehmer folgt darüber hinaus aus der Vermutung dieses Absatzes. Danach wird zugunsten des mittelbaren Abnehmers vermutet, dass überhaupt eine Schadensweitergabe an den mittelbaren Abnehmer stattgefunden hat. Die Vermutung wirkt ausschließlich zugunsten mittelbarer Abnehmer, nicht aber zugunsten von Schädigern. Der Umfang der Schadensweitergabe ist nicht Gegenstand dieser Regelung. Die für die Bemessung des Umfangs erforderlichen Informationen können mittelbare Geschädigte aufgrund ihres Anspruchs auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften nach den §§ 33g, 89b ff. verlangen. Zudem ermöglicht Absatz 5 die richterliche Schätzung des Umfangs der Weitergabe des Preisaufschlags.

### **Zu Absatz 3**

Die Vermutung des Absatzes 2 kann sich je nach Konstellation zum Nachteil des Schädigers oder der aus Sicht des mittelbaren Abnehmer, zu dessen Gunsten die Vermutung wirkt, jeweils vorgelagerten Marktstufe auswirken.

Zur Widerlegung der Vermutung nach Absatz 2 reicht es gemäß Absatz 3 und auf Grund der Vorgabe des Artikels 14 Absatz 2 der Richtlinie ausnahmsweise bereits aus, wenn die Schädiger oder unmittelbaren Abnehmer Umstände glaubhaft machen, die geeignet sind, die vermutete Annahme zu erschüttern. Der Beweis des Gegenteils ist nicht erforderlich.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 gewährleistet, dass die Regelungen der vorstehenden Absätze 1 bis 3 entsprechend für Konstellation gelten, in denen Abnehmer einer Ware oder Dienstleistung gegen Kartellrecht verstoßen und so einen Schaden bei den unmittelbaren und mittelbaren Lieferanten verursachen (Artikel 12 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU).

### **Zu Absatz 5**

Mit Absatz 5 wird Artikel 12 Absatz 5 der Richtlinie 2014/104/EU umgesetzt, indem die Gerichte in die Lage versetzt werden auf Grund von vorliegenden Tatsachen den Umfang der Schadensweitergabe in entsprechender Anwendung des § 287 ZPO zu schätzen. Die Europäische Kommission gibt für die Gerichte Leitlinien zur Schätzung des auf den mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten abgewälzten Preisaufschlags heraus (Artikel 16 der Richtlinie). Diese können die Gerichte bei ihrer Einschätzung berücksichtigen.

### **Zu § 33d**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 dient der Klarstellung der gesamtschuldnerischen Haftung der an einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß nach § 33a Absatz 1 Beteiligten. Die gesamtschuldnerische Haftung für solche gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlungen ergibt sich bereits aus §§ 830 und 840 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vergleiche nur BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172, Rn. 80).

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 11 Absatz 5 Satz 1 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Satz 1 regelt für den besonderen Fall des Innenverhältnisses der Gesamtschuldner eines Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 eine vom Regelfall des § 426 Absatz 1 Satz 1 BGB abweichende Verteilung der im Innenverhältnis zu tragenden Anteile. Insofern gibt die Richtlinie vor, dass die Verteilung anhand der relativen Verantwortung der Schädiger zu bestimmen ist. Nach welchen Kriterien diese relative Verantwortung bestimmt wird, überlässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten, verweist jedoch auf Kriterien wie Umsatz, Marktanteil oder die Rolle im Kartell (Erwägungsgrund 37). Satz 1 entspricht dem § 254 Absatz 1 Satz 1 BGB zur die Verteilung der Haftung unter den Gesamtschuldner und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vergleiche nur für den Fall des Innenausgleichs bei gegen Gesamtschuldner verhängten Geldbußen BGH, Urteil vom 18. November 2014 – KZR 15/12 –, Rn. 41, juris). Entscheidend ist im Regelfall in erster Linie das Maß der Verursachung. Auf ein etwaiges Verschulden kommt es erst in zweiter Linie an. Die vorzunehmende Abwägung kann zu einer Quotelung, aber auch zur alleinigen Belastung eines Ersatzpflichtigen führen (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – III ZR 441/13 –, Rn. 21, juris). Ausschlaggebend für das Maß der beiderseitigen Verursachung ist, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit die beiderseitigen Verursachungsbeiträge

zur Herbeiführung des schädigenden Erfolges geeignet waren; "vorwiegend verursachen" bedeutet so viel wie in höherem Grad wahrscheinlich machen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. Januar 2011 – I-23 U 28/10, 23 U 28/10 –, Rn. 232, juris).

Neben dem Verursachungs- und dem Verschuldenskriterium, die vor allem an die Rolle des betreffenden Schädigers bei der Begehung des Verstoßes anknüpfen, können auch der Marktanteil des betreffenden Unternehmens, der Umsatz mit von dem Verstoß betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die durch den Verstoß erzielten Mehrerlöse weitere Merkmale für die Bestimmung des Haftungsanteils eines Gesamtschuldners sein. Die Rechtsprechung kann den von der Richtlinie erwogenen Kriterien und deren Zusammenspiel untereinander bei der Bemessung der Verantwortung hinreichend Rechnung tragen. Demgegenüber würde ein Verengen des Blicks auf ein Kriterium, z. B. den Umsatzanteil, nicht mehr die individuelle Verantwortung der einzelnen Schädiger widerspiegeln.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Absatz 3 bestimmt, dass kleine und mittlere Unternehmen unter besonderen Umständen von der gesamtschuldnerischen Haftung für Schäden, die anderen als ihren eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern entstehen, ausgenommen sind. Zum Ersatz der Schäden der anderen Abnehmer sind die übrigen Schädiger verpflichtet. Eine entsprechende privilegierende Haftungsregel für die Schäden, die unmittelbaren oder mittelbaren Lieferanten eines kleinen oder mittleren Unternehmens im Falle eines Verstoßes durch Abnehmer einer Ware oder Dienstleistung entstehen, sieht die Richtlinie nicht vor. Deshalb wird auch im Wortlaut des Satzes 1 ausdrücklich klargestellt, dass der Anwendungsbereich der privilegierenden Regelung allein auf Verstößen gegen §§ 1 oder 19 oder gegen Artikel 101 oder 102 AEUV durch Anbieter einer Ware oder einer Dienstleistung beschränkt ist.

Kleine und mittlere Unternehmen sind für den Zweck dieser Regelung nach der Definition der Empfehlung 2003/361/EG zu bestimmen. Da das Unternehmen im Sinne des Artikels 101 AEUV Adressat und Verletzer der kartellrechtlichen Verbotsvorschriften ist, setzt die Regelung voraus, dass das Unternehmen im Sinne des Artikels 101 AEUV zugleich als kleines und mittleres Unternehmen im Sinne der Empfehlung anzusehen ist. Dazu müssen bei einem Unternehmen im Sinne des Artikels 101 AEUV zusätzlich auch die Voraussetzungen der Definition der Empfehlung 2003/361/EG erfüllt sein.

Eine nähere Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung zum regelmäßigen Schadensersatz nach Absatz 1 die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeden Werts berauben würde, folgt aus der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union. Danach reicht die bloße Tatsache, dass die Schadensersatzforderung die Insolvenz des ersatzpflichtigen Unternehmens herbeiführen könnte, für die Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht aus, da die Insolvenz allein die finanziellen Interessen der Eigentümer berührt, aber nicht notwendigerweise zum Verschwinden des Unternehmens führt. Das Unternehmen kann weiter fortbestehen, insbesondere durch Rekapitalisierung oder durch Übernahme sämtlicher Vermögenswerte durch ein anderes Unternehmen. Eine solche Übernahme kann durch freiwilligen Erwerb oder zwangsweisen Verkauf der Vermögenswerte des insolventen Unternehmens unter Fortführung des Betriebs erfolgen. Erst wenn die Übernahme des Unternehmens oder zumindest seiner Vermögenswerte unwahrscheinlich oder unmöglich erscheint, sind seine Aktiva jeglichen Wertes beraubt. In einem solchen Fall würden die verschiedenen Vermögenswerte des insolventen Unternehmens einzeln zum Kauf angeboten. In einem solchen Fall ist es möglich, dass viele dieser Vermögenswerte keinen Käufer finden oder allenfalls mit einem starken Preisabschlag verkauft werden würden, so

dass es legitim erscheint von einem vollständigen Verlust des Wertes zu sprechen (EuG, Urteil vom 14. Mai 2014 – T-406/09 –, juris, Rn. 288ff.).

Satz 2 bestimmt, dass die Haftung eines Unternehmens, das die Voraussetzungen nach Satz 1 erfüllt, auch im Innenverhältnis der Gesamtschuldner der Höhe nach auf den Betrag beschränkt ist, der seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern als Schaden aus dem Verstoß entsteht. Auch wenn die Richtlinie eine solche Beschränkung nicht ausdrücklich vorsieht, ist sie aus Gründen der Effektivität (Artikel 4 Absatz 3 EUV) notwendig. Auf diese Weise wird ausgeschlossen, dass die Haftung des Unternehmens im Innenverhältnis über den nach Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie für das Außenverhältnis vorgesehenen Umfang hinausgeht. Andernfalls wäre zu befürchten, dass der Zweck des Schutzes der Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen durch den Ausgleich unter den Gesamtschuldner unterlaufen werden könnte.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 2014/104/EU um.

#### **Zu § 33e**

##### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 11 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Satz 1 regelt die Haftung des Kronzeugen gegenüber den Geschädigten eines Kartells im Sinne des § 33a Absatz 2 Satz 2.

Der Begriff des Kronzeugen entspricht der Definition des Artikels 1 Nummer 19 in Verbindung mit Nummer 15 der Richtlinie. Kronzeuge ist bezogen auf einen Verstoß stets nur das Unternehmen bzw. die natürliche Person, die als Erste die Voraussetzungen des jeweiligen Kronzeugenprogramms für den vollständigen Erlass der Geldbuße erfüllt.

Die Richtlinie verbindet die Entscheidung über die Kronzeugeneigenschaft mit der Entscheidung über den Erlass der Geldbuße. Eine formale Erlassentscheidung ist im deutschen Recht nicht vorgesehen. Der vollständige Erlass der Geldbuße erfolgt mit der Einstellung des behördlichen Bußgeldverfahrens ohne Festsetzung einer Geldbuße gegen den Bonusantragsteller. Im Falle der Verfolgung des Verstoßes im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens bei der Europäischen Kommission folgt der Erlass der Geldbuße unmittelbar aus der abschließenden Entscheidung der Kommission.

Die gesamtschuldnerische Haftung des Kronzeugen für Schäden ist nach Satz 1 zunächst beschränkt auf dessen eigene Abnehmer und Lieferanten sowie deren Abnehmer bzw. Lieferanten. Nur diese können von dem Kronzeugen ohne Weiteres für ihren gesamten durch den Verstoß verursachten Schaden Ersatz verlangen.

Demgegenüber können Geschädigte, die im Hinblick auf die von dem Verstoß betroffenen Waren oder Dienstleistungen keine unmittelbare oder mittelbare Austauschbeziehung zu dem Kronzeugen unterhalten, den Ersatz ihres vollständigen Schadens zunächst nur von den übrigen an dem Kartell Beteiligten beanspruchen. Satz 2 bestimmt in Umsetzung der Vorgabe des Artikels 11 Absatz 4b) der Richtlinie, dass Geschädigte, deren Schäden der Regelung des Satzes 1 nicht unterfallen, ihren Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 nachrangig bei dem Kronzeugen geltend machen können. Für die Entstehung des Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 gegen den Kronzeugen ist daher zusätzlich erforderlich, dass die übrigen Schädiger den Schaden des betreffenden Geschädigten nicht vollständig ersetzen konnten. Es ist dem Geschädigten dabei zumutbar, zumindest einmal eine Zwangsvollstreckung wegen der Schadensersatzforderung gegen jeden der übrigen Schädiger zu versuchen. Ist der Geschädigte bei der Durchsetzung erfolglos oder

wird nur ein Teil seiner Forderung befriedigt, kann er seinen verbliebenen Schaden von dem Kronzeugen ersetzt verlangen.

### **Zu Absatz 2**

Mit Absatz 2 wird verhindert, dass der Kronzeuge für Schadensersatzansprüche haftet, die wegen Verjährung bei anderen Schädigern nicht mehr durchsetzbar sind. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Kronzeuge wegen der besonderen Voraussetzungen für die Anspruchsentstehung nach Absatz 1 Satz 2 für bereits verjährte Forderungen gegen die übrigen Gesamtschuldner zum Schadensersatz herangezogen wird.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 11 Absätze 5 und 6 der Richtlinie 2014/104/EU.

Die begrenzte Haftung des Kronzeugen im Verhältnis zu Geschädigten, die nicht dessen unmittelbare oder mittelbare Vertragspartner in Bezug auf die von dem Kartell betroffenen Waren oder Dienstleistungen sind, wird auch nicht durch den Ausgleich der Gesamtschuldner im Innenverhältnis kompensiert.

Die Haftung des Kronzeugen im Verhältnis unter den Schädigern ist nach Maßgabe des § 33d Absatz 2 zu bestimmen. Jedoch ist der Ausgleichsbeitrag des Kronzeugen im Verhältnis zu den übrigen Gesamtschuldnern nach Satz 1 der Höhe nach auf den Betrag beschränkt, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten als Schaden durch den Verstoß verursacht hat (Artikel 11 Absatz 5 Satz 2 der Richtlinie). Darüber hinaus haftet der Kronzeuge gegenüber den übrigen Gesamtschuldnern nicht für solche Schäden, die anderen Abnehmern oder Lieferanten der Schädiger entstanden sind. Der verbleibende Anteil des Kronzeugen, den dieser über den Höchstbetrag nach Satz 1 hinaus zu tragen hätte, wächst anteilig bei den übrigen Schädigern entsprechend ihrer eigenen jeweiligen nach Absatz 2 ermittelten Haftungsquote im Innenverhältnis an. Die haftungsbeschränkende Regelung des Satzes 1 entlastet den Kronzeugen im Innenverhältnis somit zunächst auch von dem Risiko eines Zahlungsausfalls einzelner Gesamtschuldner.

Satz 2 setzt Artikel 11 Absatz 6 der Richtlinie um. Satz 2 bestimmt, dass der Kronzeuge im Innenverhältnis der Schädiger für Schäden haftet, die anderen als den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der Schädiger entstehen. Dies betrifft die Abnehmer oder Lieferanten von kartellbefangenen Produkten oder Dienstleistungen, die diesbezüglich ausschließlich Austauschbeziehungen zu Unternehmen unterhalten haben, die nicht an dem Verstoß beteiligt waren. Auch die nicht beteiligten Wettbewerber der Kartellbeteiligten können im Windschatten des Kartells autonom ihre Preise an das Niveau der kartellbeteiligten Wettbewerber angepasst haben, so dass auch ihren Abnehmern durch die mittelbar kartellbedingte Preiserhöhung ein Schaden entstanden sein kann. Diese Schäden sind im Innenverhältnis der Schädiger nicht von der Haftungsbegrenzung nach Satz 1 erfasst. Die Geschädigten selbst können ihre Schäden zunächst nur bei den übrigen Schädigern geltend machen.

Dass der Kronzeuge bestimmten Geschädigten, zu denen er weder unmittelbar noch mittelbar eine Austauschbeziehung bezogen auf das von dem Verstoß betroffene Gut unterhalten hat, nachrangig gemäß Absatz 1 Satz 2 ihren Schaden ersetzen muss, führt nicht dazu, dass er auch im Verhältnis unter den Schädigern einen höheren Beitrag tragen müsste als den nach den Sätzen 1 und 2 vorgesehenen Anteil (vgl. Artikel 11 Absatz 5 und 6 der Richtlinie). Er kann daher auch in einem Fall der nachrangigen Haftung von den übrigen Schädigern Regress fordern.

## **Zu § 33f**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 19 Absätze 1 bis 3 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Satz 1 und Satz 2 regeln den besonderen Fall des Erlasses mit beschränkter Gesamtwirkung für einen Vergleich über einen Anspruch nach § 33a Absatz 1. Der sich vergleichende Schädiger soll in diesem Fall durch den Vergleich von der Schadensersatzforderung des sich vergleichenden Geschädigten befreit werden. Zugleich soll er nach dem Vergleich keinen Regressansprüchen der übrigen Gesamtschuldner ausgesetzt sein. Um dies zu erreichen, muss sich der Schaden des sich vergleichenden Geschädigten gegenüber den als Gesamtschuldner haftenden Schädigern um den Anteil des sich vergleichenden Schädigers an dem Schaden verringern. Der Anteil des sich vergleichenden Schädigers am Schaden des sich vergleichenden Geschädigten bestimmt sich nach § 33d Absatz 2. Die Höhe des Vergleichsbetrags ist für die Bestimmung des Anteils ohne Bedeutung.

Mit Satz 3 wird sichergestellt, dass der sich vergleichende Schädiger nicht wegen des nach dem Vergleich verbleibenden Schadens von dem Geschädigten in Anspruch genommen werden kann. Eine Ausnahme hiervon stellt die weiterhin mögliche nachrangige Haftung des sich vergleichenden Schädigers für den Fall dar, dass der Geschädigte von den übrigen Schädigern keinen vollständigen Schadensersatz erhalten hat. Diese nachrangige Haftung kann aber im Vergleich ausgeschlossen werden (Satz 3).

Ein Rechenbeispiel (ohne nachrangige Haftung): Die Kartellbeteiligten A, B und C sind dem Geschädigten X als Gesamtschuldner zum Ersatz seines Schadens von 1.000.000 Euro verpflichtet. Der Verschuldens- und damit Haftungsanteil nach § 33d Absatz 2 des A beträgt 40%, der des B 35% und der des C 25%. A und X schließen einen Vergleich, wonach A sich zur Zahlung von 300.000 Euro verpflichtet und im Gegenzug weder einem Schadensersatzanspruch von X noch Regressforderungen der übrigen Gesamtschuldner ausgesetzt sein soll. Der Schaden des X verringert sich in Folge des Vergleichs um den Haftungsanteil des A, also um 40%. Den ihm nach dem Vergleich verbliebenen Schaden in Höhe von 600.000 Euro kann X nun nur noch von B und C ersetzt verlangen.

Geschädigte und Schädiger sind weiterhin frei, auch Vergleichsvereinbarungen mit hiervon abweichenden Erlasswirkungen (beispielsweise einen Erlass mit – nicht beschränkter – Gesamtwirkung) zu schließen.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 19 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Die Regelung stellt sicher, dass der sich nach Absatz 1 vergleichende Gesamtschuldner keinen Regressforderungen der übrigen Gesamtschuldner ausgesetzt ist, soweit diese den Ausgleich des Schadens betreffen, der nach Abzug seines Anteils am Schaden des sich vergleichenden Geschädigten verblieben ist.

Artikel 19 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU bedarf keiner Umsetzung. Er soll ausweislich Erwägungsgrund 52 dazu dienen, dass der tatsächlich geleistete Schadensersatzbeitrag von sich vergleichenden Schädigern nicht deren Haftungsanteil im Innenverhältnis übersteigt, weil sie Ausgleichsbeiträge an nicht am Vergleich beteiligte Schädiger gezahlt haben, die diese an nicht am Vergleich beteiligte Geschädigte gezahlt haben. Das von der Richtlinie beschriebene Risiko besteht im deutschen Recht jedoch nicht. Der Ausgleichsanspruch eines Gesamtschuldners entsteht erst in dem Zeitpunkt, in dem er mehr an den Gläubiger geleistet hat als er nach seinem Haftungsanteil im Innenverhältnis zu tragen hat. Die von der Richtlinie beschriebene Verschiebung von Ausgleichsbeträgen an nicht

an einem Vergleich beteiligte Geschädigte ist zum Zeitpunkt der Entstehung des Ausgleichsanspruchs daher nicht mehr möglich. Für die Bestimmung der Höhe des Ausgleichsanspruchs eines Gesamtschuldners ist der Haftungsanteil des in Anspruch genommenen Schädigers nach § 33d Absatz 2 maßgeblich. Ein Ausgleichsanspruch besteht grundsätzlich nur bis zu dieser Höhe. Zur Vermeidung der von der Richtlinie beschriebenen Situation ist die Berücksichtigung des in anderen Gesamtschuldverhältnissen aufgrund eines Vergleichs gezahlten Schadensersatzes somit nicht erforderlich.

## **Zu § 33g**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 5 Absatz 1 und Absatz 2 sowie Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Die Umsetzung geht dabei über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Absatz 1 schafft für potentielle Geschädigte einen selbstständigen, materiellen Rechtsanspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln. Dieser Anspruch kann bereits im Vorfeld eines Schadensersatzrechtsstreits oder von Vergleichsverhandlungen geltend gemacht werden. Dadurch werden vor allem außergerichtliche Einigungen über den Schadensersatz erleichtert. Berechtigter eines solchen Anspruchs ist jeder, der einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Verletzung des Kartellrechts glaubhaft machen kann.

Der Umfang der zu erteilenden Auskunft oder der herauszugebenden Beweismittel ist im Einzelfall nach Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen (dazu auch Absatz 3). Es muss für den Verpflichteten dabei zweifelsfrei bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein, welche Auskünfte oder Beweismittel von ihm gefordert werden.

Für die Herausgabe von Urkunden oder Gegenständen zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs reicht in der Regel die Übergabe von Abschriften oder elektronischen Kopien aus. Wenn im Rechtsstreit die Vorlage von Originalurkunden erforderlich werden sollte, gibt das Zivilprozessrecht den Gerichten hinreichende Möglichkeiten, deren Vorlage anzuordnen.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 5 Absatz 1 und 2 und Artikel 13 Satz 2 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Zur Verteidigung gegen den Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 hat auch der Schädiger einen Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Auskunftserteilung. Diese Informationen benötigt der Schädiger, sobald eine Verteidigungssituation, also die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen ihn, hinreichend absehbar ist. Der Anspruch des mutmaßlichen Schädigers auf Auskunftserteilung oder Herausgabe von Beweismitteln entsteht daher erst mit der Rechtshängigkeit einer Klage auf Schadensersatz oder einer Klage auf Erteilung von Auskünften oder Herausgabe von Beweismitteln.

Eine Verteidigungssituation besteht auch, wenn ein mutmaßlicher Schädiger eine negative Feststellungsklage hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 erhebt. Aus Gründen der Waffengleichheit ist es geboten, dem mutmaßlichen Schädiger in diesem Fall zu ermöglichen, die zu seiner Verteidigung erforderlichen Informationen und Beweismittel zu erlangen, auch wenn er selbst noch nicht verklagt wurde (Satz 2). Um zu gewährleisten, dass von dem Anspruch nach Satz 2 nicht uferlos Gebrauch gemacht werden kann, setzt der Anspruch voraus, dass der mutmaßliche Schädiger den dem Schadensersatzanspruch zugrundeliegenden Verstoß gegen das Kartellrecht nicht bestreitet.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 5 Absatz 3 und Absatz 5 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung der Auskunft müssen sowohl dem Grunde nach als auch dem Umfang nach verhältnismäßig sein. Der Maßstab für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ergibt sich im Wesentlichen aus den Vorgaben des Artikels 5 Absatz 3 der Richtlinie 2014/104/EU.

Der Anspruch nach Absatz 1 und Absatz 2 darf nicht zu einer Ausforschung des Verpflichteten führen, die über das zur Erforschung des Verstoßes und der Ermittlung des Schadens zwingend notwendige Maß hinausgeht. Zwar dürfen die Anforderungen an die Substantiierung des Antrags des Anspruchstellers nicht überspannt werden, jedoch hat die Auskunft oder die Herausgabe von Beweismitteln in einem angemessenen Verhältnis zum Vortrag zu stehen. Insbesondere in Fällen, in denen die Rechtsverletzung bereits feststeht oder sehr wahrscheinlich ist, kann der zumutbare Aufwand höher liegen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1985 – I ZR 53/83 –, BGHZ 95, 274-284, Rn. 40). In solchen Fällen werden dann in der Regel auch der Umfang und der Detailgrad der Auskunft oder der herauszugebenden Beweismittel größer sein. Dies wird vor allem bei hinreichender Darlegung der eigenen Betroffenheit durch den Anspruchsteller in Verbindung mit einer bestandskräftigen kartellbehördlichen oder kartellgerichtlichen Feststellung des Verstoßes der Fall sein. Hingegen kann in Fällen, in denen der Anspruch nach § 33a Absatz 1 und vor allem die zugrundeliegende Rechtsverletzung nur in groben Zügen glaubhaft gemacht werden kann, der Umfang und Detailgrad der Auskunft bzw. der herauszugebenden Beweismittel entsprechend gering sein und sich zunächst auf eine Grundauskunft beschränken.

Bei der Abwägung ist der zeitliche, personelle und finanzielle Aufwand des Verpflichteten zu berücksichtigen, auch wenn ihm nach Absatz 7 ein Erstattungsanspruch hinsichtlich seiner durch die Auskunft oder Herausgabe entstehenden Aufwendungen zusteht (Satz 2 Nummer 2). Die Vorbereitung der Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln kann in erheblicher Weise in den betrieblichen oder geschäftlichen Ablauf eingreifen und kann nicht in jedem Fall vollständig durch eine Kostenerstattung ausgeglichen werden. Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der Anspruchsverpflichtete durch die Auskunftserteilung oder Herausgabe von Beweismitteln nicht ausgeforscht werden soll (Satz 2 Nummer 3). Durch die Bindungswirkung bestands- bzw. rechtskräftiger wettbewerbsbehördlicher oder kartellgerichtlicher Entscheidungen nach § 33b werden Auskünfte und die Herausgabe von Beweismitteln, die zum Nachweis des Verstoßes dienen sollen, in der Regel nicht mehr erforderlich sein (Satz 2 Nummer 4). Davon unberührt bleibt das Recht der Anspruchsberechtigten nach Absatz 1, die Herausgabe der behördlichen Bußgeldentscheidung von dem mutmaßlichen Schädiger zu verlangen. Auch bei der Auskunftserteilung oder Herausgabe nach Absatz 1 oder 2 ist das Interesse der Allgemeinheit an der effektiven Kartellverfolgung durch die Wettbewerbsbehörden zu berücksichtigen, vor allem soweit Beweismittel oder Informationen betroffen sind, die auch in der Akte der Kartellbehörde enthalten sind (Satz 2 Nummer 5).

Insbesondere bei Dritten, die zur Erteilung einer Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln verpflichtet werden sollen, ist schon im Rahmen dieser Abwägung in angemessener Weise zu berücksichtigen, wenn sie gesetzlich zur Geheimhaltung von Geheimnissen, die sie in Ausübung ihrer Tätigkeit über den mutmaßlichen Schädiger erfahren haben, verpflichtet sind. Dies gilt insbesondere für Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater sowie Banken oder Sparkassen, die sich als Zeugen auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Nummer 6 ZPO berufen könnten. Gerade die Kommunikation zwischen einem an einem Verstoß im Sinne des § 33 Absatz 1 Beteiligten und dessen Rechtsanwalt zur Vorbereitung auf ein behördliches oder gerichtliches Verfahren wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit sowie die Kommunikation in einem solchen Verfahren ist in besonderem Maße schutzbedürftig, um das beiderseitige Vertrauensverhältnis nicht zu beeinträchtigen. Eine Herausgabe dieser Kommunikation oder Auskunftserteilung darüber wird daher in aller Regel bereits aus Gründen der Verhältnismä-

Bigkeit ausgeschlossen sein, ohne dass es auf das Verweigerungsrecht des Rechtsanwalts nach Absatz 6 ankäme.

Satz 3 dient der Klarstellung, dass das Interesse eines mutmaßlichen Schädigers, die Geltendmachung von Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 gegen ihn zu verhindern oder zu erschweren, nicht schutzwürdig ist (Artikel 5 Absatz 5 der Richtlinie).

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 6 Absätze 6 und 8 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen sind nach dieser Vorschrift von der Auskunft und der Herausgabe von Beweismitteln ausgeschlossen. Die Begriffe *Kronzeugenerklärung* (Satz 1 Nummer 1) und *Vergleichsausführungen* (Satz 1 Nummer 2) entsprechen denen der Begriffsbestimmungen in Artikel 2 Nummer 16 bzw. 18 der Richtlinie 2014/104/EU.

Satz 1 stellt zudem ausdrücklich klar, dass die Kronzeugenerklärung auch Beweismittel umfasst, die erst im wettbewerbsbehördlichen Verfahren erstellt werden. Darunter fallen insbesondere Protokolle über die behördliche Vernehmung von Mitarbeitern des Unternehmens, das den Kronzeugenantrag gestellt hat, als Zeugen oder Betroffene.

Von dem absoluten Schutz der Kronzeugenerklärung ausgenommen sind nach Satz 2 nur Beweismittel und Informationen, die unabhängig von dem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, ohne dass es darauf ankommt, ob diese in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht. Es handelt sich dabei um sogenannte *bereits vorhandene Informationen* im Sinne des Artikels 2 Nummer 17 der Richtlinie, die nicht von der Kronzeugenerklärung erfasst sind. Die Erteilung von Auskünften oder die Herausgabe von Beweismitteln, die solche bereits vorhandenen Informationen enthalten, erfolgt nach den allgemeinen Regeln. Solche Informationen werden insbesondere Beweismittel sein, die Kronzeugen ihrem Antrag an die Wettbewerbsbehörde beifügen, um ihrer Verpflichtung nach dem Kronzeugenprogramm nachzukommen. Die Offenlegung dieser Beweismittel kann erhöhten Anforderungen unterworfen sein, da bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit auch der Schutz der Effektivität der öffentlichen Kartellverfolgung (Absatz 3 Satz 2 Nummer 4) zu berücksichtigen ist. Dies wird in der Regel der Fall sein, wenn die Beweismittel in einem besonderen sachlichen Zusammenhang zu einer Kronzeugenerklärung stehen. Vor allem Anträge auf Auskunftserteilung oder Herausgabe, die die begehrten Beweismittel lediglich als Anlagen zum Kronzeugenantrag bezeichnen, ohne die zu erwartenden Inhalte genauer auszuführen, dürften in der Regel unverhältnismäßig sein. Will der Anspruchsteller gerade solche Beweismittel erhalten, ist es unerlässlich, dass er konkret darlegt, inwiefern diese Beweismittel aufgrund der seiner Erwartung nach enthaltenen Informationen zum Nachweis von Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs oder des Schadens erforderlich sind. Insbesondere bei Vorliegen einer Entscheidung mit Bindungswirkung nach § 33b ist der Herausgabe- oder Auskunftsanspruch regelmäßig auf Informationen zur Bestimmung und zum Nachweis des Schadens beschränkt.

Für den Fall, dass ein Beweismittel oder Teile davon nach diesem Absatz von der Herausgabe ausgeschlossen ist, kann der Anspruchsteller die Überprüfung der Reichweite von Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen beim Gericht der Hauptsache nach § 89b Absatz 8 beantragen. Der Anspruch nach Satz 2 dient dazu, dass der Anspruchsteller von dem Verpflichteten verlangen kann, die zur Überprüfung erforderlichen Dokumente an das Gericht herauszugeben.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 6 Absatz 5 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Diese Regelung dient dem Schutz des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens. Erst mit dem vollständigen Abschluss des Verfahrens gegen alle Beteiligten entfällt der besondere Schutzbedarf für die Kommunikation zwischen Wettbewerbsbehörde und den Unternehmen bzw. betroffenen natürlichen Personen. In Deutschland ist das behördliche Bußgeldverfahren in dem Zeitpunkt abgeschlossen, in dem gegen sämtliche Betroffene und Nebenbetroffene eines Bußgeldverfahrens das Verfahren eingestellt worden ist, ein Bußgeldbescheid oder eine sonstige abschließende Entscheidung ergangen ist. Die Ausnahme von der Auskunftserteilung schließt nicht aus, dass die enthaltenen Informationen auch schon vor Abschluss des Verfahrens Gegenstand von Auskünften sein können, wenn sie auch an anderer Stelle als in den geschützten Beweismitteln vorkommen. Nur Auskunftsbegehren, die sich gezielt auf die nach Nr. 1 bis 3 geschützten Beweismittel beziehen, sollen ausgeschlossen sein.

### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 Satz 1 bestimmt, dass die Herausgabe von Beweismitteln oder Auskunftserteilung verweigert werden kann, soweit der Verpflichtete in einem gerichtlichen Verfahren die Auskunft nach § 383 Nummer 4 bis 6 ZPO oder nach § 384 Nummer 3 ZPO wegen eines Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses verweigern könnte. Die Verpflichtung zur Offenbarung von schutzwürdigen Geheimnissen kann abhängig von den zur Verfügung stehenden Schutzmaßnahmen bereits unverhältnismäßig und daher ausgeschlossen sein (Absatz 3 Satz 1 Nummer 6). Das Verweigerungsrecht nach diesem Absatz ist darüber hinaus erforderlich, um in jedem Fall sicherzustellen, dass keine schutzwürdigen Geheimnisse offenbart werden müssen, ohne dass ein Gericht dies angeordnet und erforderlichenfalls Maßnahmen zu deren Schutz ergriffen hat.

§ 89 Absatz 6 gibt den Gerichten die Möglichkeit, die Offenlegung von Informationen anzuordnen, soweit die Herausgabe des betreffenden Beweismittels oder die Erteilung der Auskunft mit Verweis auf das Verweigerungsrecht nach diesem Absatz verweigert wurde. Um die Offenlegung durch ein Gericht zu ermöglichen, kann der Anspruchsteller von dem Verpflichteten im Fall der Verweigerung nach Satz 1 die Herausgabe des Beweismittels an ein Gericht verlangen (Satz 2).

Artikel 5 Absatz 6 der Richtlinie sieht vor, dass die Privilegien von Rechtsberufen durch die Offenlegung nicht eingeschränkt werden sollen. Um dies zu gewährleisten, ist eine Offenlegung von Berufsgeheimnissen von Rechtsanwälten ausgeschlossen (Satz 3).

### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 regelt, dass der Verpflichtete die erforderlichen Aufwendungen für die Herausgabe oder Auskunftserteilung von dem Anspruchsteller ersetzt verlangen. Dies ist vor allem zum Schutz in Anspruch genommener Dritter angemessen. Da Artikel 5 der Richtlinie 2014/104/EU zur Frage der Kosten keine Regelung enthält, kann diese Lücke durch innerstaatliches Recht geschlossen werden.

### **Zu Absatz 8**

Aus redaktionellen Gründen, zur Förderung der Lesbarkeit und Verständlichkeit der Vorschriften wird die Auskunftserteilung in den Absätzen 1 bis 7 nicht erwähnt. Mit diesem Absatz wird sichergestellt, dass diese Vorschriften für die Erteilung von Auskünften entsprechende Anwendung finden.

### **Zu Absatz 9**

Absatz 9 regelt die Haftung bei Erteilung einer falschen oder unvollständigen Auskunft oder Herausgabe. Um zu gewährleisten, dass der Verpflichtete eine richtige und vollständige Auskunft erteilt bzw. Beweismittel vollständig und richtig, das heißt ohne inhaltliche

Verfälschungen, herausgibt, erhält der Anspruchsteller einen Schadensersatzanspruch für den Fall, dass der Verpflichtete vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen seine Pflichten nach § 33g Absatz 1 oder Absatz 2 verstößt.

### **Zu Absatz 10**

Absatz 10 bestimmt ein Beweisverwertungsverbot für Straf- und Bußgeldverfahren hinsichtlich der Informationen, die die Verpflichteten zur Erfüllung ihrer Auskunft- oder Herausgabepflicht nach Absatz 1 oder Absatz 2 offenbaren. Die Vorschrift gewährleistet damit die Wirksamkeit der Auskunfts- und Herausgabeansprüche. Denn die Erteilung der Auskunft oder die Herausgabe von Beweismitteln kann aufgrund des Verbots nicht aus dem Grund verweigert werden, dass der Verpflichtete dadurch sich selbst oder einen nahen Angehörigen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit bezichtigen müsste.

Satz 2 regelt, dass dieses Beweisverwertungsverbot auch dann gilt, wenn die Auskunft im Rahmen eines Rechtsstreits durch den Verpflichteten als Zeuge oder Partei erteilt oder wiederholt wird. Satz 3 stellt klar, dass das Beweisverwertungsverbot in Bußgeldverfahren gegen Unternehmen keine Anwendung findet. Unternehmen sind nicht in gleicher Weise schutzbedürftig wie natürliche Personen, denen die Unternehmereigenschaft fehlt. Für ihre Privilegierung besteht daher kein Anlass.

### **Zu § 33h**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 10 Absatz 3 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Nach dem bisherigen Recht unterliegen sowohl Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche als auch Schadensersatzansprüche einer einheitlichen Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Neuregelung verlängert diese Frist auf fünf Jahre.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt den Beginn der kenntnisabhängigen Verjährung und setzt damit Artikel 10 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU um. Der Beginn der Verjährung setzt die Entstehung des Anspruchs voraus. Zudem kann die Verjährung nicht vor Beendigung des Verstoßes beginnen. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen es sich um eine dauernde oder fortgesetzte Zuwiderhandlung im Sinne des Artikels 25 Absatz 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 handelt.

Weiterhin erfordert der Beginn der Verjährung die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, und dass sich daraus ein Verstoß nach § 33 Absatz 1 ergibt, sowie der Person des Schädigers, also des an dem Verstoß Beteiligten.

Da insbesondere im Hinblick auf den Verstoß nach § 33 Absatz 1 eine zeitlich exakte Feststellung des Zeitpunkts des Vorliegens dieser Beurteilung praktisch kaum möglich sein würde, erscheint es angemessen die Verjährung mit dem Schluss des Jahres beginnen zu lassen.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 bestimmt eine von der Kenntnis des Anspruchsberechtigten unabhängige Höchstfristen für die Verjährung der Ansprüche. Die Richtlinie 2014/104/EU räumt den nationalen Gesetzgebern die Möglichkeit ein, absolute Verjährungsfristen zu schaffen (Erwägungsgrund Nummer 36).

Satz 1 bestimmt, dass die Ansprüche zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs und Beendigung des Verstoßes verjähren. Um zu gewährleisten, dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch diese Frist nicht erheblich erschwert wird, beginnt diese Frist zu dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch auf Schadensersatz entsteht und zugleich der Verstoß beendet ist. Auch hier ist zu berücksichtigen, wenn es sich um eine dauernde oder fortgesetzte Zuwiderhandlung im Sinne des Artikels 25 Absatz 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 handelt.

#### **Zu Absatz 4**

Die Frist des Absatzes 4 entspricht der bereits geltenden Höchstfrist nach § 199 Absatz 3 Nummer 2 BGB. Ihre Beibehaltung ist auch hier zur Wahrung des Rechtsfriedens angemessen, ohne dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen dadurch erheblich beeinträchtigt würde.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 regelt, dass die Verjährung eintritt, wenn eine der Fristen nach Absatz 1, Absatz 3 oder Absatz 4 abgelaufen ist.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU. Die Neuregelung entspricht weitgehend dem bisherigen § 33 Absatz 5. Die Hemmungswirkung wird auf die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung nach § 33 Absatz 1 erweitert. Zudem bestimmt Satz 2 abweichend von § 204 Absatz 2 Satz 1 BGB, dass die Hemmung erst ein Jahr nach Beendigung des Verfahrens endet. Dadurch wird insbesondere gewährleistet, dass Geschädigte nach dem Abschluss eines behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens wegen eines Verstoßes genug Zeit haben, um sich die erforderlichen Informationen für die Geltendmachung von Schadensersatz zu verschaffen, für die häufig Kenntnis der gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung der Ausgangspunkt sein wird. Die Hemmungswirkung erstreckt sich auch auf das sich unter Umständen an das behördliche Verfahren anschließende gerichtliche Verfahren.

#### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 regelt, dass der selbständige Ausgleichsanspruch nach § 33d Absatz 2 der als Gesamtschuldner haftenden Schädiger nicht verjährt, bevor der dem Ausgleichsanspruch zu Grunde liegende Schadensersatzanspruch befriedigt wurde und er sich, in der Folge erst, in einen Zahlungsanspruch gewandelt hat. Diese Regelung stellt sicher, dass die den Schadensersatz an die Geschädigten leistenden Gesamtschuldner im Verhältnis zu den übrigen Gesamtschuldnern angemessen geschützt werden. Gegenseitige Ansprüche der Gesamtschuldner auf Ausgleich nach § 426 Absatz 1 Satz 2 BGB sind bisher in der Regel bereits verjährt, wenn der Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 bei den Schädigern geltend gemacht wird. Ihre Verjährung beginnt bisher bereits, wenn der Ausgleichsberechtigte Kenntnis von den Umständen hat, die einen Anspruch des Gläubigers im Außenverhältnis gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen, von denjenigen Umständen, die einen Anspruch des Gläubiger gegen ihn selbst begründen, sowie von denjenigen Umständen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen und schließlich von den Umständen, die im Innenverhältnis die Ausgleichspflicht begründen (BGH, Versäumnisurteil vom 18. Juni 2009 – VII ZR 167/08 -, BGHZ 181, 310-317, Rn. 21, juris). Diese erforderlichen Kenntnisse liegenden regelmäßig bereits bei der Begründung des Verstoßes vor und damit oft mehr als 3 Jahre vor der Geltendmachung und Leistung von Schadensersatz. Der Ausgleich unter den Gesamtschuldnern muss deshalb bislang nach § 426 Absatz 2 BGB in Verbindung mit dem an den leistenden Gesamtschuldner übergegangen Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden. Allein durch die Verlagerung des Verjährungsbeginns für den Ausgleichsanspruch auf den Zeitpunkt der Umwandlung von ei-

nem Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch ist auszuschließen, dass der Geltendmachung bei bestimmten Gesamtschuldern eine Einwendung oder Einrede gegen den Schadensersatzanspruch entgegensteht, die sich auch der leistende Gesamtschuldner entgegenhalten lassen muss.

Dieser Absatz ist auch anwendbar, wenn der Kronzeuge den Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 von Geschädigten befriedigt hat, denen er nach Maßgabe des § 33e Absatz 1 Satz 2 nur nachrangig zum Schadensersatz verpflichtet war.

Im Übrigen unterliegt der Anspruch der regelmäßigen Verjährung nach § 195 BGB.

### **Zu Absatz 8**

Absatz 8 gewährleistet, dass die Verjährung des Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 von Geschädigten, die nach Maßgabe des § 33e Absatz 1 Satz 2 nur unter zusätzlichen Voraussetzungen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Kronzeugen haben, nicht zu laufen beginnt, bevor auch die zusätzlichen Anspruchsvoraussetzungen nach § 33e Absatz 1 Satz 2 vorliegen. Im Übrigen gelten die Verjährungsvorschriften der Absätze 1 und 3 bis 6 für den Anspruch gegen den Kronzeugen entsprechend.

### **Zu Nummer 19**

#### **Zu § 34**

##### **Zu Buchstabe a**

Die Ergänzung dient der Präzisierung der Vorschrift, die sich nur auf Verletzungen materiellrechtlicher Vorschriften des Teils 1 bezieht. Der Wortlaut stimmt in diesem Punkt mit dem des neuen § 33 Absatz 1 überein.

##### **Zu Buchstabe b**

Die Verlängerung der Frist nach Satz 1 zum Erlass einer Verfügung gemäß § 34 Absatz 1 um zwei Jahre dient der Angleichung an die um zwei Jahre verlängerte Frist zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen (bisher regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB, künftig regelmäßige Verjährungsfrist von fünf Jahren gemäß § 33h Absatz 1). Es ist regelmäßig erst dann zweckmäßig, eine Verfügung zur Vorteilsabschöpfung zu erlassen, wenn absehbar ist, dass Kartellgeschädigte selbst keine Schadensersatzansprüche geltend machen werden. Soweit solche geltend gemacht werden, ist eine Verfügung nach § 34 Absatz 1 aufgrund der Regelung des § 34 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 subsidiär bzw. nicht zweckmäßig, da es ansonsten zu einer Rückerstattungspflicht nach § 34 Absatz 2 Satz 2 kommen könnte und gegebenenfalls unnötig Ressourcen bei den Kartellbehörden gebunden werden. Die Verlängerung der Frist gewährleistet ferner, dass den Kartellbehörden ausreichend Zeit verbleibt, die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Verfügung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 33 Absatz 1 zu überprüfen. Satz 3 stellt sicher, dass es nicht zu einer der Verjährung der Abschöpfungsmöglichkeiten vor der Verjährung von Schadensersatzansprüchen kommt. Es ist insofern zweckmäßig, für die Fälle, in denen eine bestandskräftige Behördenentscheidung oder eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung im Sinne des § 33b vorliegt, eine gesonderte Regelung aufzunehmen, die einen Neubeginn der Verjährung vorsieht.

Die Bundesregierung schlägt keine darüber hinaus gehenden Änderungen des § 34 vor. Das mit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 geschaffene Instrument der Vorteilsabschöpfung nach § 34 gibt den Kartellbehörden die Möglichkeit, neben der Ahndung der Tat mittels einer Geldbuße, den Unternehmen die Vorteile aus dem wettbewerbswidrigem Verhalten zu entziehen. Nach der derzeitigen und künftigen Regelung können die Kartellbehörden diejenigen wirtschaftlichen Vorteile abschöpfen, die in einem zusammenhängen-

den Zeitraum von fünf Jahren angefallen sind. Das Gesetz stellt es in das pflichtgemäße Ermessen der Kartellbehörden, diesen Zeitraum genauer zu verorten. Naturgemäß können wirtschaftliche Vorteile je nach Zuwiderhandlung und Marktsituation in unterschiedlichen Zeiträumen anfallen, insbesondere können sie auch erst nach Beendigung der Zuwiderhandlung anfallen. Letzteres gilt z.B. für Vorteile, die aufgrund einer Verbesserung der Marktposition durch kartellrechtswidrige Praktiken erlangt wurden. Hier kann es zu einem Auseinanderfallen von (beendeter) Zuwiderhandlung und Anfallen größerer wirtschaftlicher Vorteile kommen. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle hatte die Bundesregierung keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf an der Regelung gesehen.

Im Rahmen der Vorbereitung der 9. GWB-Novelle hat sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erneut mit der Thematik der Vorteilsabschöpfung befasst. Es hat Folgendes festgestellt: Das Bundeskartellamt hat bislang keine Vorteilsabschöpfung nach § 34 vorgenommen. Es hat sich in Bezug auf monetäre Sanktionen vor allem auf die Ausweitung seiner Kartellverfolgungstätigkeit und die Verhängung hoher Geldbußen konzentriert. Darüber hinaus hat es in einigen Fällen auch den wirtschaftlichen Vorteil eines Kartellrechtsverstößes entzogen, allerdings nicht gestützt auf § 34. Dies führt aus Sicht der Bundesregierung jedoch nicht zu einem Änderungsbedarf am § 34. Angesichts der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU in deutsches Recht und der steigenden Zahl und wirtschaftlichen Bedeutung von Schadensersatzklagen Kartellgeschädigter erscheint die Anwendung der Abschöpfung nach § 34 in der Tendenz noch unwahrscheinlicher, da diese zu privaten Schadensersatzansprüchen grundsätzlich subsidiär ist. Es kann jedoch nicht per se ausgeschlossen werden, dass die Vorteilsabschöpfung dennoch in konkreten Fällen aus Sicht einer Kartellbehörde ein angemessenes Instrument darstellen wird. Daher wird diese rechtliche Option der Kartellbehörden beibehalten.

Das Bundeskartellamt hat den wirtschaftlichen Vorteil eines Kartellrechtsverstößes in drei Fällen mit Bußgeldentscheidungen gestützt auf § 17 Absatz 4 OWiG entzogen sowie in einigen Fällen die Rückerstattung missbräuchlich überhöhter Entgelte gestützt auf §§ 32 ff. angeordnet. In anderen Fällen wurde insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit der Entziehung des wirtschaftlichen Vorteils durch privatrechtliche Schadensersatzklagen keine weitergehende Abschöpfung vorgenommen. Das Bundeskartellamt hat sich dabei im jeweiligen Einzelfall im Rahmen seines Ermessens von einer möglichst effizienten Durchsetzung des Kartellrechts, dem Schutz des Wettbewerbs und der Offenhaltung der Märkte, leiten lassen.

Die rechtlichen Grundlagen gewähren dieses freie Aufgreif- und Entscheidungsermessen. Das Bundeskartellamt hat ein Ermessen, ob und ggf. in welcher Form es gegen einen Kartellrechtsverstoß vorgeht. Entscheidet sich das Bundeskartellamt für das Aufgreifen eines vermuteten Kartellrechtsverstößes, stehen ihm folgende Handlungsoptionen zur Verfügung:

- repressive Ahndung vergangenen schuldhaften Verhaltens nach § 81 durch ein Bußgeld in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren,
- repressive Entziehung des durch vergangenes schuldhaftes Verhalten erlangten wirtschaftlichen Vorteils im Bußgeld- oder Verwaltungsverfahren (etwa gestützt auf § 34),
- präventive Abstellung laufenden bzw. zukünftigen Verhaltens durch Untersagung, bzw. durch andere Abstellungsmaßnahmen im Verwaltungsverfahren nach §§ 32 ff..

Aus Sicht der Bundesregierung haben die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamts in den bisher jeweils in Frage kommenden Einzelfällen ermessensfehlerfrei entschieden, eine Abschöpfung nach § 34 nicht vorzunehmen. Im Hinblick auf den Gesetzeszweck und den Schutzauftrag der Behörde erschien die Durchführung eines Abschöpfungsverfahrens gestützt auf § 34 bislang bei der Wahl der effektivsten Sanktionsinstrumente durchgängig als unzweckmäßig. Aus dem Willen des Gesetzgebers, der bei der Auslegung einer Norm

zu berücksichtigen ist, ergibt sich keine generelle Verengung des Ermessens im Hinblick auf eine bestimmte Handlungsoption. Ziel der 7. GWB-Novelle war es, eine Abschreckungswirkung zu entfalten, die darauf beruht, dass der Täter keine oder nur geringe Chancen sieht, einen kartellbedingten Gewinn dauerhaft zu behalten. Damit wollte der Gesetzgeber die Handlungsoptionen der Kartellbehörde ausweiten. Beim Aufgreif- und Verfolgungsermessen der Kartellbehörde ist die Abschreckung vor Kartellrechtsverstößen als in erster Linie relevantes Kriterium zu berücksichtigen. Dies ist in der Praxis des Bundeskartellamts auch stets der Fall.

Entscheidet sich die Kartellbehörde im Einzelfall unter Abwägung aller relevanter Umstände sachgerecht gegen eine Abschöpfung gestützt auf § 34, etwa weil sie die behördliche Verfolgung eines Verstoßes nicht für zweckmäßig oder aber eine andere Handlungsoption im Hinblick auf ihren gesetzlichen Auftrag für zielführender und bezüglich der Abschreckungswirkung hinreichend hält, so liegt in diesem Einzelfall weder ein Ermessensfehler vor, noch kann daraus geschlussfolgert werden, die Regelung des § 34 liefe ins Leere.

Vielmehr muss sich eine Kartellbehörde bei der pflichtgemäßen Ausübung ihres Aufgreif- und Entscheidungsermessens in jedem Einzelfall nach ihrem gesetzlichen Auftrag von einer möglichst effizienten Durchsetzung des Kartellrechts, dem Schutz des Wettbewerbs und der Offenhaltung der Märkte leiten lassen. Im Hinblick auf begrenzte Ressourcen der Behörde und die große Zahl an Fällen, in denen ein Anfangsverdacht bezüglich eines Kartellrechtsverstoßes besteht, muss dabei eine Priorisierung der in Betracht kommenden Verfahren und Handlungsoptionen vorgenommen werden. Konkret sind als Abwägungskriterien insbesondere die Auswirkungen eines möglicherweise vorliegenden Kartellrechtsverstoßes auf den Wettbewerb (z.B. Dauer und Intensität des Verstoßes), die wirtschaftliche Bedeutung (Marktvolumen und Bedeutung des betroffenen Marktes), die Erfolgsaussichten und die strategische Bedeutung eines Verfahrens zu betrachten. Für die strategische Bedeutung eines Verfahrens sind vor allem dessen zu erwartende spezial- und generalpräventive Abschreckungswirkungen von Bedeutung. Diese Kriterien sind u.a. abzuwägen mit dem zu erwartenden Aufwand eines Verfahrens.

Der Verfolgungspraxis des Bundeskartellamts liegt insoweit kein gänzlicher Verzicht auf die Anwendung des § 34 zugrunde. Dabei ist auch die spätere Rückerstattungspflicht ein Gesichtspunkt, der bei einer pflichtgemäßen Ermessensausübung im Einzelfall mit in Betracht zu ziehen ist. Denn das Abschreckungspotential und damit die strategische Bedeutung eines solchen Verfahrens dürften wesentlich geringer sein, wenn der einmal abgeschöpfte Betrag vom Unternehmen ganz oder teilweise wieder zurückverlangt werden kann.

Nach dem bisherigen Willen des Gesetzgebers soll eine Abschöpfung im Regelfall gar nicht durch die Kartellbehörde, sondern durch Schadensersatzleistungen der Kartellanten an die Geschädigten erfolgen. Befinden sich Kartellanten und Geschädigte in Vergleichsverhandlungen, sind Schadensersatzklagen zu erwarten oder sogar bereits erhoben, so stellt dies nach dem Gesetz – anders als ein bereits geleisteter Schadensersatz – zwar keinen Ausschlussgrund für ein behördliches Verfahren nach § 34 dar. In diesen Fällen sprechen jedoch gewichtige Kriterien gegen die Einleitung eines behördlichen Abschöpfungsverfahrens, weil dann regelmäßig der erfahrungsgemäß hohe Aufwand dieses Verfahrens den zu erwartenden Ertrag überwiegen dürfte. Dieser Ermessensgesichtspunkt dürfte in Zukunft im Hinblick auf den generell zu beobachtenden Anstieg der Kartellzivilverfahren und die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU in deutsches Recht, die einen privatrechtlichen Schadensausgleich erheblich fördern soll, noch höheres Gewicht erlangen.

Auch der Umstand, dass der durch einen Kartellrechtsverstoß verursachte Schaden und der dadurch vom „Täter“ erzielte wirtschaftliche Vorteil nicht deckungsgleich sein müssen, spricht in der Regel nicht für die Einleitung von Abschöpfungsverfahren. Der Schaden,

den ein Kartellant anrichtet, dürfte in der Regel weit über dem wirtschaftlichen Vorteil liegen, den er dadurch erzielt. Einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt ein Kartellant regelmäßig nur aus überhöhten Preisen gegenüber seinen eigenen Kunden. Schäden verursacht er hingegen regelmäßig auf dem gesamten Markt, da durch ein Kartell ein so genannter Preisschirmeffekt entstehen kann, der sich preistreibend nicht nur auf die von den jeweiligen Kartellanten vertriebenen Produkte, sondern auch auf die der Konkurrenz auswirkt. Auch Abnehmer, die keine Kunden eines Kartellanten sind, können daher von ihm geschädigt sein. Im Übrigen wäre es nicht effizient, im Rahmen der Ausübung des Aufgreifermessens eine genauere Prüfung der Höhe der zu erwartenden Schadensersatzleistungen vorzunehmen und diese den möglicherweise erwirtschafteten Kartellgewinnen gegenüberzustellen. Denn dies würde nicht nur einen erheblichen Aufwand bedeuten, sondern die dabei zu erzielenden Ergebnisse könnten zudem nicht über sehr unsichere Prognosen hinausgehen.

Nach den Erfahrungen des Bundeskartellamts mit vergleichbaren Verfahren ist der vermutete Aufwand eines behördlichen und gerichtlichen Abschöpfungsverfahrens sehr hoch, selbst wenn der (schuldhafte) Kartellrechtsverstoß in einem vorangegangenen Bußgeldverfahren bereits von der Behörde ausermittelt worden ist. Die Ermittlung der Höhe eines möglicherweise erzielten wirtschaftlichen Vorteils erfordert den Einsatz zum Teil sehr komplexer ökonomischer Analysetechniken (u.a. Regressionsanalyse, Marktsimulationsmodelle etc.). Der Hauptgrund hierfür ist, dass die Geschehnisse, wie sie sich infolge des Kartellverstoßes gestaltet haben (Umsatz/Gewinn etc. mit Verstoß), mit einem rein hypothetischen Alternativszenario (Preis, Menge, Gewinn etc. ohne Verstoß) verglichen werden müssen. Die dafür erforderliche Datenbasis wird im Zuge des Verfahrens zum Nachweis des Verstoßes selbst nicht benötigt und muss separat von den betroffenen Unternehmen zwecks Durchführung der Abschöpfung beschafft werden. Damit ist ein erheblicher Ressourcenaufwand verbunden.

Nach aktueller Rechtsprechung zur Bußgeldbemessung in Kartellverfahren kommt es für die Bestimmung des Unrechtsgehalts einer Kartellabsprache entscheidend auf das Potential der Tathandlung zur Herbeiführung von Schäden bzw. Vorteilen an, und nicht auf den tatsächlich erzielten Vorteil. Zur Ermittlung des Potentials ist eine vorrangige Orientierung am tatbezogenen Umsatz zulässig, da sie der Maßgeblichkeit des Unrechtsgehalts der Bezugstat für die Bestimmung des Ahndungsanteils ausdrücklich gerecht wird (BGH, Beschl. v. 17.10.2013, Az. 3 StR 167/13, juris-Rdnr. 39). Im Hinblick auf die Abschreckungswirkung ist die Option zur Abschöpfung im Verwaltungsverfahren wichtig. Durch dieses den Kartellbehörden zur Verfügung stehende verfeinerte Sanktionssystem zur Verfolgung von Kartellrechtsverstößen hat sich die deutsche kartellbehördliche Bußgeldverfahrenspraxis in den letzten 15 Jahren durch eine Erhöhung der gegenüber Unternehmen und natürlichen Personen verhängten Bußgelder sowie eine Steigerung der Anzahl der Verfahren deutlich verschärft. Dies entfaltet eine erhebliche Abschreckungswirkung. Die Wirkungen zeigen sich u.a. in verstärkten Compliance-Bestrebungen von Unternehmen etwa durch Einrichtung von speziellen Programmen und/oder die Einsetzung von Compliance-Beauftragten, die in der Regel einen wichtigen Beitrag zur Vermeidung von Kartellrechtsverstößen leisten. Sie zeigen sich auch an der zunehmenden Anzahl der Selbstanzeigen und freiwilligen Beendigungen von Kartellen im Rahmen der Bonusregelung des Bundeskartellamts. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass das Bundeskartellamt in Zukunft in geeigneten Fällen eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils gestützt auf § 34 vornehmen wird.

Ein verlässlicher und kalkulierbarer Gleichlauf aller behördlichen Sanktionen ist aus Sicht der Bundesregierung unverzichtbar, um trotz des mittlerweile hohen und in seinen Folgen kaum exakt kalkulierbaren Risikos zivilrechtlicher Schadensersatzklagen einen hinreichend starken Anreiz für die Aufdeckung von Kartellen zu setzen. Daher bleibt die Regelung des § 34 im Kern unverändert.

## **Zu Nummer 20**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung des § 33 und zur Einführung der §§ 33a bis 33h.

## **Zu Nummer 21**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

## **Zu Nummer 22**

### **Zu § 35**

#### **Zu Buchstabe a**

Absatz 1a schließt eine Lücke im System der Fusionskontrolle, damit sie ihre Funktion auch in einer immer dynamischeren Wirtschaftswelt umfassend erfüllen kann. Es muss sichergestellt werden, dass die Fusionskontrolle mit den immer schnelleren wirtschaftlichen Zyklen auch vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung und Vernetzung von Wirtschaft und Gesellschaft Schritt halten kann.

Es geht um die wichtige Aufgabe, Innovationen zu schützen und Märkte vor strukturellen Verschließungen zu bewahren. Dafür wird mit dem Kriterium der Gegenleistung für einen Zusammenschluss eine ergänzende, subsidiäre Aufgreifschwelle eingeführt. Sie erlaubt die wettbewerbliche Prüfung von bestimmten Typen von Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft werden, aber nur Umsätze unterhalb der geltenden so genannten 2. Inlandsumsatzschwelle von 5 Millionen Euro aufweisen (§ 35 Absatz 1 Nummer 2). Der hohe Kaufpreis ist in solchen Übernahmefällen häufig ein Zeichen für das Vorhandensein innovativer Geschäftsideen mit einem hohen wettbewerblichen Marktpotential. Bisher sind diese Konstellationen nicht anmelde- und kontrollpflichtig, da die bisherigen Aufgreifkriterien in § 35 Absatz 1 dafür voraussetzen, dass die Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen kumulativ drei Schwellenwerte überschreiten. Bisher müssen die Unternehmen im letzten vor dem Zusammenschluss abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben, mindestens zwei der Unternehmen müssen einen Inlandsumsatz erzielt haben, davon eines von mehr als 25 Millionen Euro und ein anderes von mehr als 5 Millionen Euro. Im Allgemeinen erfüllen diese umsatz- und inlandsbezogenen Aufgreifschwelle ihren Zweck, die Fusionskontrolle auf gesamtwirtschaftlich bedeutsame Fälle mit einem hinreichenden lokalen Bezug zu beschränken. Das entspricht auch den international geltenden Grundsätzen zur Prüfzuständigkeit der einzelnen Staaten. In Erwägung dieser Gründe wurde 2008 die so genannte 2. Inlandsumsatzschwelle in Höhe von 5 Millionen Euro in die deutsche Fusionskontrolle aufgenommen. Das Risiko, bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung von Unternehmen, die in Deutschland einen geringeren Umsatz als 5 Millionen Euro erzielen, auch wettbewerblich problematische Fälle nicht zu erfassen, wurde damals als gering veranschlagt.

Die 2. Inlandsumsatzschwelle hat sich grundsätzlich als geeignete Schwelle zur Erfassung von Zusammenschlüssen mit wettbewerblicher Bedeutung erwiesen. Allerdings haben Entwicklungen der letzten Jahre Anlass für eine Überprüfung gegeben und einen Anpassungsbedarf bei den oben beschriebenen Fällen von Zusammenschlüssen aufgezeigt. Fehlender oder geringer Umsatz lässt sich besonders, wenn auch nicht ausschließlich, im digitalen Wirtschaftsbereich nicht mehr stets mit geringer wettbewerblicher Bedeutung des Unternehmens gleichsetzen. Ursächlich sind vielfach ökonomische Besonderheiten neuartiger, innovativer Geschäftsmodelle. Für ihre erfolgreiche Markteinführung ist häufig zunächst primär entscheidend, eine große Zahl von Nutzern und damit Netzwerkeffekte zu generieren, wofür wiederum ein unentgeltliches oder preiswertes Angebot förderlich, oft sogar zwingend ist. In dieser Phase erzielen Unternehmen dementsprechend keine

oder nur sehr geringe Umsätze. Entgelte werden erst mit zeitlicher Verzögerung, nur für einzelne Funktionalitäten oder ab einer hinreichenden Nutzerzahl eingeführt. Auf so genannten mehrseitigen Märkten kann das Geschäftsmodell auch dauerhaft so konzipiert sein, das ein Angebot an eine Nutzergruppe unentgeltlich erbracht wird und mittelbar über Zahlungen anderer Nutzergruppen finanziert wird. Diese Nutzergruppen sind zu Zahlungen bereit, weil sie vom Zugang zu anderen Nutzern profitieren (indirekte Netzwerkeffekte, vgl. dazu auch Begründung zu § 18 Absatz 2a). Auf mehrseitigen Märkten steigt also mit wachsenden Nutzerzahlen und Netzwerkeffekten die Zahlungsbereitschaft. In vielen Fällen muss jedoch eine gewisse Nutzerzahl erreicht sein, damit Nutzer überhaupt bereit sind für das Angebot zu zahlen. Aus diesem Grund stellen sich entsprechende Umsätze häufig auch hier erst mit zeitlicher Verzögerung ein. Weitere Beispiele, in denen ein noch fehlender Umsatz das schon angelegte Marktpotential als niedrig und damit falsch wiedergeben kann, finden sich im Bereich privater Forschung und Entwicklung, etwa im Pharma- und Technologiesektor. So wird sich das Umsatzpotential von Unternehmen, erst nach ihrer Veräußerung verwirklichen, wenn ihr Geschäftsmodell gerade darauf gerichtet ist, Technologien oder Produkte (z.B. pharmazeutische Wirkstoffe vor der Arzneimittelzulassung) zu entwickeln.

Diese Entwicklungen spiegeln sich im Investitionsverhalten größerer, etablierter Unternehmen wider. Insbesondere Unternehmen, die selbst ein erfolgreiches internet- und datenbasiertes Geschäftsmodell haben, versuchen potentielle Wettbewerber mit hohem Innovationspotential aufzukaufen. Dies kann dazu dienen, das eigene Angebotsportfolio zu erweitern. Ziel solcher Übernahmen kann aber auch sein, das Innovationspotential nicht zu nutzen, sondern konkurrierende Geschäftsmodelle oder Produkte vom Markt zu nehmen. Investoren sind bereit, auch für Unternehmen, die bisher nur sehr geringe oder keine Umsätze erzielen, aber Erfolg mit ihren Angeboten und Geschäftsideen haben, recht hohe Kaufpreise zu zahlen. Ein besonders markantes Beispiel war der Erwerb des Messengerdienstes WhatsApp Inc., der im Jahr 2014 für einen Kaufpreis von etwa 19 Milliarden US-Dollar von Facebook Inc. übernommen wurde. Wegen der geringen Umsätze von WhatsApp unterfiel der Zusammenschluss ursprünglich weder der europäischen noch der deutschen Fusionskontrolle. Die Europäische Kommission konnte den Fall nur prüfen, weil er in drei Mitgliedstaaten anmeldepflichtig war, und der Erwerber, Facebook Inc. die Verweisung des Verfahrens an die Europäische Kommission beantragt hatte.

In derartigen Konstellationen spricht die Disproportionalität zwischen fehlendem oder geringem Umsatz, der zunächst eine fehlende oder geringe Marktbedeutung vermuten lässt, und dem gleichwohl auffällig hohem Kaufpreis dafür, dass der Zusammenschluss aus Sicht des Erwerbers durchaus eine wirtschaftliche und wettbewerbliche Relevanz besitzt.

Derartige Fälle lassen sich mit den kumulativen Umsatzschwellen der Aufgreifkriterien des § 35 Absatz 1 selbst dann nicht erfassen, wenn sich der Erwerb erheblich auf die Marktposition des Erwerbers auswirkt. Ein entsprechender Erwerb bliebe auch dann kontrollfrei, wenn der Erwerber ein Weltmarktführer mit Milliardenumsätzen wäre. Gleichzeitig kann die Entstehung wettbewerblicher Probleme jedoch nicht ausgeschlossen werden. Es können Marktverschließungseffekte auftreten, Markteintrittsbarrieren geschaffen und Innovationspotential wettbewerblich bedenklich behindert werden, indem etwa bereits marktführende Unternehmen aufstrebende Konkurrenten in einem frühen Entwicklungsstadium vollständig in das eigene Geschäft integrieren, die ursprüngliche Tätigkeit des erworbenen Unternehmens verändern oder sogar gänzlich einstellen. Derartige Wirkungen zu verhindern, ist Aufgabe der Fusionskontrolle. Sie ist gerade in dynamischen Märkten ein wichtiges Instrument, um eine innovationsfeindliche Verfestigung der Marktstruktur zu verhindern, da sie sowohl den Erwerb von direkten Wettbewerbern als auch Zusammenschlüsse entlang der Wertschöpfungskette sowie mit Unternehmen in direkt benachbarten oder sonstigen Märkten erfasst. Damit die Fusionskontrolle ihrer Aufgabe gerecht werden kann, ist eine systemkonforme Ergänzung der gegenwärtigen Aufgreifkriterien erforderlich, die das wettbewerbliche Potential eines noch umsatzarmen Zielunternehmens zuverlässiger reflektieren (vgl. in diesem Sinne bereits Monopolkommission, Sondergutachten

68 Rn. 451 ff. 459). Der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss nach Nummer 3 ist der dafür geeignete Indikator. Die erforderliche wettbewerbliche Relevanz des Zusammenschlusses im Anwendungsbereich des Gesetzes ist bei einem hinreichenden Inlandsbezug gegeben, der nach Nummer 4 durch die vorausgesetzte Inlandstätigkeit des erworbenen Unternehmens sichergestellt ist. Die Voraussetzungen nach Nummer 3 und 4 ersetzen insoweit die 2. Inlandsumsatzschwelle.

### **Zu den Nummern 1 und 2**

Die Nummern 1 und 2 des neuen Absatzes 1a stellen klar, dass die Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften wie bisher entsprechend Absatz 1 davon abhängt, ob die beteiligten Unternehmen in dem letzten vor dem Zusammenschluss abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben und ob mindestens eines der Unternehmen einen Inlandsumsatz von mehr als 25 Millionen Euro erwirtschaftet hat.

Die weltweite Umsatzschwelle von 500 Millionen Euro stellt sicher, dass zumindest ein umsatzstarkes, mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits am Markt etabliertes Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt ist. Mit dem weiterhin geltenden Erfordernis von mindestens 25 Millionen Euro erwirtschafteten Umsatzes in Deutschland (so genannte 1. Inlandsumsatzschwelle) ist zugleich sichergestellt, dass ein Erwerberunternehmen bereits in nennenswertem Umfang in Deutschland tätig ist. Im Ergebnis wird der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle folglich nur moderat erweitert und erfasst insbesondere den Erwerb von neuen, bislang umsatzschwachen Wettbewerbern durch relativ große, umsatzstarke Unternehmen. Die ausdrücklich geforderte Feststellung, dass die Schwelle von 5 Millionen Euro von keinem anderen Unternehmen überschritten wird, unterstreicht die Subsidiarität des neuen Kriteriums.

### **Zu Nummer 3**

Nach Nummer 3 muss der Zusammenschluss ein bestimmtes Ausmaß aufweisen, das am Wert der Gegenleistung bemessen wird, die der Erwerber zu erbringen bereit ist. Erst das gleichzeitige Vorliegen eines Inlandsumsatzes von unter 5 Millionen Euro und einer dennoch hohen Gegenleistung des Erwerbers von über 350 Millionen Euro spiegelt die große wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses für den Erwerber wider.

Die Anknüpfung der Anmeldepflicht an die Gegenleistung für das durch den Zusammenschluss Erworbene greift einen Ansatz auf, der ähnlich in den Vereinigten Staaten von Amerika seit Einführung der dortigen Fusionskontrolle 1976 zur Anwendung kommt. Auch der Vorschlag der Monopolkommission, die als Aufgreifkriterium das Transaktionsvolumen, Kaufpreisschwellen bzw. den Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens nennt (Sondergutachten 68, Rn. 460f.), geht in diese Richtung. In den Vereinigten Staaten besteht eine Anmeldepflicht, wenn die Größe der Transaktion einen bestimmten Wert überschreitet (so genannter size of transaction test, vgl. Section 7A Clayton Act, kodifiziert in 15 U.S.C. § 18a, bekannt als Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act). Unabhängig von unternehmensbezogenen Größenkriterien der Zusammenschlussbeteiligten, wie Umsatzerlösen oder Bilanzsummen, ist ein Zusammenschluss schon dann anmeldepflichtig, wenn die Transaktionsgröße eine bestimmte Schwelle übersteigt. Diese Schwelle wird jährlich der Entwicklung des Bruttoinlandsprodukts in den USA angepasst und liegt 2016 bei 312,6 Millionen US-Dollar (rund 275 Million Euro). Allein diese Höhe der Transaktion wird als ausreichendes Merkmal bewertet, um das wettbewerbliche Potential eines Unternehmens und die Marktbedeutung des Zusammenschlusses als potentiell erheblich einzustufen und eine Anmelde- und Kontrollpflicht zu statuieren. Zusätzlich muss aber auch in den USA ein Inlandsbezug bestehen. Die Übernahme dieses Ansatzes erscheint sachgerecht.

Nach Nummer 3 ist das maßgebliche Tatbestandmerkmal der Wert Gegenleistung, die der Veräußerer vom Erwerber erhält. Demgegenüber steht in den Vereinigten Staaten mit dem Aufgreifkriterium der Transaktionsgröße die Erfassung dessen im Fokus, was als Ergebnis des Zusammenschlusses vom Erwerber an Vermögen, Stimmrechten oder Geschäftsanteilen erworben wird. Der Vorteil des Abstellens auf die Gegenleistung ist, dass ihr Wert einfacher zu ermitteln ist. Dieser Vorteil findet sich letztlich auch im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht, das den Erwerbspreis (acquisition price) als maßgebliche Methode zur Ermittlung des Wertes des Erworbenen anerkennt. Dieser Erwerbspreis wiederum ist definiert als der Gesamtbetrag der Gegenleistung, die der Veräußerer bekommt (vgl. Valuation rules 16 C.F.R. §§ 801.10 – 801.15).

Der neue Aufgreiftatbestand ist eindeutig und verständlich. Damit entspricht er den Empfehlungen des International Competition Network. Der Begriff der Gegenleistung für einen Zusammenschluss und die Ermittlung ihres Wertes werden in § 38 Absatz 4a definiert. Zur Ermittlung dienen objektiv quantifizierbare Kriterien, deren Vorliegen die Zusammenschlussparteien mit Informationen, die für sie einfach verfügbar sind, beurteilen können (vgl. dazu Begründung zu Nummer § 38 Absatz 4a). Zugleich garantiert diese Gestaltung die Angemessenheit der Belastungen sowohl für betroffene Unternehmen als auch für das Bundeskartellamt.

Die Höhe des Schwellenwerts von 350 Millionen Euro ist so gewählt, dass er nur wirtschaftlich bedeutendere Fälle der Fusionskontrolle unterwirft und dabei hinreichend Spielräume im Spannungsfeld zwischen Innovationsförderung und notwendigem Schutz vor einer Vermachtung von Märkten bietet. Unangemessene Bürokratiekosten für Unternehmen, insbesondere Startups entstehen dadurch nicht, auch wird der Venture Capital-Markt nicht beeinträchtigt. Die Schwellenhöhe ist dabei einerseits so niedrig, dass sie den beabsichtigten, erweiterten Schutz des potentiell beeinträchtigten Wettbewerbs sinnvoll ermöglicht und andererseits hoch genug, um die Kontrollpflicht auf gesamtwirtschaftlich bedeutsame Fälle zu beschränken.

Eine exakte Prognose über die Anzahl der künftig zusätzlich anzumeldenden Vorhaben ist nicht möglich. Sie scheidet unabhängig von der angesetzten Wertgrenze aus. Für die Vergangenheit steht für keine der beiden Schwellen in Nummer 3 und 4 eine auch nur annähernd vollständige und nachprüfbare Datengrundlage zur Verfügung, auf deren Basis eine solche Prognose für die Zukunft getroffen werden könnte. Da bei Nichterreichen der 2. Inlandsumsatzschwelle bisher keine Anmeldepflicht ausgelöst wurde, gibt es keine entsprechenden Mitteilungen der Wirtschaft an das Bundeskartellamt. Für Deutschland liegen derzeit auch keine zuverlässigen statistischen Angaben über den Wert der Gegenleistung bei Unternehmenszusammenschlüssen vor, unabhängig davon, ob die Zusammenschlüsse der bisherigen Fusionskontrolle unterliegen oder nicht. Der Wert der Gegenleistung ist in Deutschland nicht meldepflichtig und wird als wichtiges und sensibles Geschäftsgeheimnis in den meisten Fällen nicht in der Öffentlichkeit preisgegeben, sondern unterfällt bei Unternehmenskäufen häufig der zwischen den Parteien vereinbarten Vertraulichkeit. Bei Fusionsanmeldungen bei der Europäischen Kommission sind die Beteiligten zwar verpflichtet, den Transaktionswert anzugeben, der in Abschnitt 3.3 des Formblatts CO als je nach Fall Kaufpreis oder Wert aller betroffenen Vermögenswerte definiert ist. Diese EU Dokumente sind jedoch nur sehr eingeschränkt einer Auswertung zugänglich.

Der gewählte Schwellenwert von 350 Millionen Euro ist dennoch zur Ergänzung der Aufgreifkriterien geeignet. Der Wahl des Wertes ging eine Auswertung zahlreicher Quellen voraus, insbesondere von Publikationen von spezialisierten Statistikanbietern, Fachverbänden, Fachzeitschriften, Beratungsgesellschaften und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, soweit diese Daten zum Transaktionsmarkt in Deutschland veröffentlichen. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schwerpunkte dieser Analysen wurden die statistischen Angaben zu veröffentlichten Kaufpreisen bzw. publizierten Transaktionswerten aus der Vergangenheit ausgewertet. Als Ergebnis dieser Auswertungen lässt sich festhalten,

dass die ermittelten Transaktionswerte in Deutschland auf Kaufpreisbasis in den letzten Jahren meist unterhalb einer Grenze von 100 Millionen Euro lagen. Nach einer Auswertung der größten Startup-Transaktionen in Deutschland sind 2015 acht Übernahmen bekannt geworden, bei denen der Kaufpreis zwischen 100 und 230 Millionen Euro lag, wobei in zwei Fällen eine Fusionsanmeldung wegen der Umsätze erfolgen musste. In einem einzigen Fall im Jahr 2015 wurden für eine Startup-Übernahme mehr als 350 Millionen Euro gezahlt. Für weitere 17 Fälle wurden 2015 für Startups Kaufpreise von deutlich unter 100 Millionen Euro erbracht (vgl. Aufstellung des Internetportals „ds deutsche startups“ der 26 wichtigsten Übernahmen von Startups im Jahr 2015). Vergleichbare Zahlen ergab auch eine entsprechende Auswertung für die Jahre 2014 und 2013. Jeweils nur eine Übernahme eines in Deutschland tätigen Unternehmens erfolgte, für die ein Kaufpreis von mehr als 350 Millionen Euro gezahlt wurde, und die bei einer entsprechenden Aufgreifschwelle hätte angemeldet werden müssen.

Der von der Monopolkommission 2015 in ihrem Sondergutachten 68 (Rn. 461) vorgeschlagene, aber nicht begründete, Schwellenwert von 500 Millionen Euro erscheint vor diesem Hintergrund zu hoch. Ein entsprechend hoher Wert der Gegenleistung ließe sich zwar eventuell aus einer Orientierung an dem nach § 35 Absatz 1 Nummer 1 vorausgesetzten Gesamtumsatzerlösen von 500 Millionen Euro ableiten. Denn hinter dieser Schwelle steht die Annahme, dass jedenfalls dann, wenn sie erreicht ist, eine hinreichende wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses gegeben ist. Mit Hilfe von Umsatzmultiplikatoren lässt sich schätzen, wie hoch der Wert eines Unternehmens abhängig von seinem Umsatz ist. Dabei schwanken von Experten geschätzte Umsatzmultiplikatoren um den Wert von 1, d.h. innerhalb der untersuchten Stichprobe entspricht der Jahresumsatz eines Unternehmens im Durchschnitt auch seinem Wert. Ohne Betrachtung weiterer Einflussfaktoren ließe sich also vereinfachend sagen, dass Unternehmen, die einen Umsatz von 500 Millionen Euro erzielen, im Schnitt auch einen Wert von 500 Millionen Euro haben. Unter die deutsche Fusionskontrolle fallen also nach diesen Überlegungen gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 1 regelmäßig Zusammenschlüsse von Unternehmen, die zusammen einen Wert von 500 Millionen Euro und mehr haben. Diese Umsatzschwelle von 500 Millionen Euro ist im § 35 Absatz 1a Nummer 1 ebenfalls enthalten. Der Wert der Gegenleistung bildet ein zusätzliches Kriterium, das darüber hinaus erfüllt sein muss. Würde die Schwelle für den Wert der Gegenleistung für ein Unternehmen ebenfalls bei 500 Millionen Euro liegen, dürfte der Gesamtwert aller beteiligten Unternehmen nach den oben skizzierten Überlegungen regelmäßig eine Milliarde Euro überschreiten. Dies erscheint vor dem Hintergrund der beabsichtigten Wirkungen als zu hoch.

Ein sachgerechter Anhaltspunkt für einen niedrigeren Gegenwert ist der in den USA verwendete Wert der Transaktionsgröße von derzeit umgerechnet ca. 275 Millionen Euro. In Anbetracht der Ungenauigkeiten, die zwangsläufig mit der Auswertung der nur beschränkt vorhandenen Daten und auf der Grundlage der angewandten Methodik, verbunden sind, sollte die Schwelle für den Wert der Gegenleistung mit einer entsprechenden Vorsicht gewählt werden. Die besondere Zielsetzung, nur Konstellationen mit einem auffälligen Verhältnis von hoher Gegenleistung bei geringen Umsatzerlösen erfassen zu können, lassen einen Wert von 350 Millionen als passend erscheinen. Dieser Wert wird zudem zentraler Bestandteil der Evaluierung der neuen Regelung gemäß § 43a sein.

#### **Zu Nummer 4**

Nummer 4 macht die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle von einer Inlandstätigkeit desjenigen Unternehmens abhängig, mit dem ein Zusammenschluss verwirklicht wird und das geringere Umsätze als 5 Millionen Euro im Jahr aufweist. Dieses Erfordernis trägt dem international geltenden Grundsatz Rechnung, wonach ein Staat nur dann die Zuständigkeit für eine fusionskontrollrechtliche Prüfung für sich beanspruchen sollte, wenn die Fusion einen hinreichenden lokalen Bezug ("local nexus") aufweist. In den Empfehlungen des International Competition Network wird dafür eine Anknüpfung an eine Inland-

stätigkeit des erworbenen Unternehmens (oder von zwei an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen) angeraten.

Eine Inlandsbezogenheit der Gegenleistung selbst lässt sich schwieriger konkretisieren und die Ermittlung und Angabe etwa eines Transaktionsvolumens in Deutschland könnte für die Zusammenschlussbeteiligten mit größerem Aufwand verbunden sein. Die Tätigkeit eines Unternehmens ist dem Ort zuzurechnen, an dem sich der Kunde befindet. Es ist also auf den Standort des Kunden abzustellen, da in aller Regel dort der Wettbewerb mit alternativen Anbietern stattfindet. Entscheidend ist demnach der Ort der bestimmungsgemäßen Nutzung. Dieser Ort ist in der Regel derjenige, an dem die charakteristische Handlung des fraglichen Rechtsverhältnisses durchgeführt wird, also an dem beispielsweise die Dienstleistungen tatsächlich erbracht oder die Waren tatsächlich ausgeliefert werden.

Eine Inlandstätigkeit in diesem Sinn ist folglich beispielsweise anzunehmen, wenn Angebote des Unternehmens von Nutzern im Inland in Anspruch genommen werden oder wenn das Unternehmen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten im Inland durchführt. Die Tätigkeit im Inland muss eine marktbezogene sein. Mit Blick auf die Zielsetzung von Absatz 1a sowie auf die in § 18 Absatz 2a enthaltene Klarstellung zur Marktdefinition steht die Unentgeltlichkeit der in Deutschland angebotenen und nachgefragten Leistung der Annahme einer marktbezogenen Tätigkeit nicht entgegen. Anders als bei den Umsatzerlösen wird nicht auf das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss abgestellt, sondern auf die aktuelle Tätigkeit des Unternehmens. Es reicht ebenfalls aus, wenn das Unternehmen, z.B. ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen, innerhalb des Prognosezeitraums von in der Regel drei bis fünf Jahren voraussichtlich in Deutschland tätig werden soll. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen nach § 185 Absatz 2.

### **Zu Buchstabe b**

Die Anordnung der Nichtanwendbarkeit der De-Minimis-Schwelle (sogenannte Anschlussklausel) auf Fälle, in denen sich die Anmeldepflicht erst aus dem Wert der Gegenleistung ergibt und das erworbene Unternehmen Umsätze unter 5 Millionen Euro hat (neues Aufgreifkriterium in § 35 Absatz 1a) ist zwingend, weil sonst das ergänzende Aufgreifkriterium leer liefe und das gesetzliche Ziel einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle in diesen Fällen verfehlt würde. Die De-Minimis-Klausel nimmt bisher bei einem geringen Umsatz des Zielunternehmens diese Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle aus, weil ihnen keine gesamtwirtschaftliche Bedeutung zugemessen wird. Das passt nicht auf Konstellationen, in denen sich die wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses nicht anhand der Umsätze des Zielunternehmens bestimmen lässt, sondern sich aus dem Wert der Gegenleistung ergibt.

### **Zu Nummer 23**

#### **Zu § 36**

Die Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel, die die Untersagung eines Zusammenschlusses trotz Marktbeherrschung oder erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs verbietet, wenn auf dem betroffenen Markt nur ein niedriger Gesamtumsatz von weniger von 15 Millionen Euro erzielt wurde, muss für den Fall ausgeschlossen werden, dass der betroffene Markt ein Markt im Sinne des § 18a ist, also ein Markt, auf dem Leistungen auch unentgeltlich erbracht werden.

Anderenfalls wäre eine Interventionsbefugnis des Bundeskartellamts, die mit der Einführung des § 18a für diese Märkte eröffnet werden soll, zwangsläufig immer ausgeschlossen. Die uneingeschränkte Geltung der Bagatellmarktklausel könnte in diesen Fällen eine Untersuchung der Zusammenschlüsse obsolet machen, die, obwohl ein beteiligtes Unternehmen die 2. Inlandsumsatzschwelle von 5 Millionen nicht erreicht, die aber nach dem

neuen § 35 Absatz 1a erst in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle einbezogen werden.

Trotz niedrigerer Umsätze können diese Märkte von erheblicher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung sein, z.B. wenn die Unternehmen hohe Nutzerzahlen auf sich vereinigen. Ein Eingreifen der Bagatellmarktklausel widerspräche ihrem Sinn und Zweck, die Fusionskontrolle lediglich bei gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Märkten auszuschließen.

#### **Zu Nummer 24**

#### **Zu § 37**

#### **Zu Buchstabe a**

Die Ergänzungen in Nummer 1 und Nummer 2 tragen dem Umstand Rechnung, dass die Rechtsprechung insbesondere Vermögenserwerbe, beispielsweise den Erwerb von Schutzrechten, etwa von Patent-Portfolien, nicht als Zusammenschlusstatbestand erfasst, wenn sie mit keiner aktuellen Marktposition verbunden sind. Eine solche Annahme liegt im Allgemeinen zwar nahe, wenn damit noch kein aktueller Umsatz erzielt wird. Die Ergänzungen dienen der Klarstellung, dass dieser Rückschluss nicht zwingend ist und ein Zusammenschluss gegeben sein kann. Damit wird die erforderliche Konsistenz zu den neuen Regelungen in §18 Absatz 2a und § 35 Absatz 1a hergestellt. Danach kann auch bei Vorliegen unentgeltlicher Leistungen ein Markt im Sinne dieses Gesetzes gegeben sein. Mit § 35 Absatz 1a wird eine fusionskontrollrechtliche Prüfung ermöglicht, auch wenn das Zielunternehmen keine oder geringe Umsätze hat, die hohe Gegenleistung aber indiziert, dass es um den Erwerb einer vorhandenen Marktposition geht und somit um externes Wachstum. Die Marktposition zeigt sich darin, dass das Unternehmen am Markt tätig ist und seine angebotenen Leistungen, wenn auch gegebenenfalls unentgeltlich, in Anspruch genommen werden.

#### **Zu Buchstabe b**

Siehe Begründung zu Buchstabe a.

#### **Zu Nummer 25**

#### **Zu § 38**

#### **Zu Buchstabe a**

Die Überschrift wird wegen der neuen Regelung zum Wert der Gegenleistung in Absatz 4a entsprechend ergänzt.

#### **Zu Buchstabe b**

Absatz 4a definiert das Aufgreifkriterium der Gegenleistung für den Zusammenschluss nach § 35a Absatz 1a Nummer 3 und enthält grundsätzliche Vorgaben zu der Wertermittlung. Ziel ist die Ermittlung des Gesamtbetrags, den der Erwerber bereit ist, zugunsten des Veräußerers zu erbringen. Denn in ihm spiegelt sich die wirtschaftliche Bedeutung, die er dem Einfluss auf das Unternehmen, der Verfügungsmöglichkeit über dessen Vermögen, Ressourcen, Geschäftsideen oder -modellen sowie Patenten zumisst, obwohl es seine Fähigkeit, am Markt erfolgreich zu sein, noch nicht durch Umsatzerlöse belegen kann.

Nach Satz 1 Nummer 1 zählen zur Gegenleistung alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Austausch für den Zusammenschluss erhält. Der Begriff des Vermögensgegenstands ist, ähnlich wie im Han-

delsrecht, weit zu verstehen. Er schließt alle Geldzahlungen ein, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren, von Sachanlagen sowie immateriellen Vermögensgegenständen. Die Summe dieser Werte wird in der M&A-Praxis oft als Kaufpreis bezeichnet. Dazu zählen auch Gegenleistungen, die an den Eintritt bestimmter Bedingungen geknüpft sind, wie sie in sogenannten „earn out“ Klauseln enthalten sind, sowie vereinbarte zusätzliche Zahlungen, an den Veräußerer, wenn zu einem zukünftigen Zeitpunkt bestimmte Umsatz- oder Gewinnziele erreicht werden. Ebenfalls dazu zu rechnen sind Zahlungen für einen vereinbarten Wettbewerbsverzicht des Veräußerers.

Nummer 2 schreibt ausdrücklich vor, dass die Gegenleistung auch den Wert der Verbindlichkeiten einschließt, die der Erwerber übernimmt. Bei Unternehmenskäufen ist es zwar durchaus üblich, dass die Verbindlichkeiten des Veräußerers von dem zunächst höher angesetzten Kaufpreis abgezogen werden. Der Veräußerer erhält dann einen sozusagen reduzierten Kaufpreis. Diese Methode und damit die Maßgeblichkeit eines geringeren Gegenwertes stehen aber nicht im Einklang mit den Erwägungen, auf denen die Einführung der neuen Aufgreifschwelle beruht. Es wird erfasst, was der Zusammenschluss dem Erwerber wert ist. Die Übernahme von Verbindlichkeiten bringt zum Ausdruck, dass der Zusammenschluss ihm so viel wert ist, auch diese Belastungen zu tragen. Für den Veräußerer hat die Befreiung von Verbindlichkeiten einen positiven Wert. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass in den Fallkonstellationen, für die eine Anmeldepflicht begründet werden soll, die Zielunternehmen nicht nur geringe oder keine Umsätze machen, sondern in aller Regel und häufig in nicht unerheblichem Ausmaß Schulden haben. Auch im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht erhöhen Verbindlichkeiten den Wert der Gegenleistung.

Der Wert der einzelnen Bestandteile der Gegenleistung ist zu bestimmen, zu addieren und in einen Geldwert in Euro umzurechnen. Die Wertbestimmung ist auch bei komplexeren Transaktionen, etwa mit einem Austausch von Wertpapieren, anderen Beteiligungen und Vermögenswerten, von den Beteiligten selbst durchzuführen

Dem Anmelder steht es dabei grundsätzlich frei, welche Methode zur Wertbestimmung er anwendet, wenn sie in der Praxis der Unternehmensbewertung zur Fortführung des erworbenen Unternehmens anerkannt ist. Eine Wertbestimmung nach Liquidationswerten ist nicht zulässig. Die auf der Grundlage einer entsprechenden Wertbestimmung ermittelte und zwischen den Zusammenschlussbeteiligten vertraglich vereinbarte Höhe des Kaufpreises, einschließlich zuzüglich eventuell übernommener Verbindlichkeiten, löst im Regelfall eine Richtigkeitsvermutung für die Wertbestimmung aus. Es bedarf im Regelfall keiner zusätzlichen Testate etwa durch Wirtschaftsprüfer. Eine Überprüfung der Angaben durch das Bundeskartellamt bleibt hiervon unberührt.

Sollte erkennbar werden, dass die Bestimmung des Wertes der Gegenleistung für die beteiligten Unternehmen mit größeren Schwierigkeiten verbunden ist, ist die Herausgabe von Informationsmaterialien oder Leitlinien durch das Bundeskartellamt zu erwägen. Dieser Aspekt sollte auch im Rahmen der nach § 43a vorgesehenen Evaluierung der neuen Aufgreifschwelle beachtet werden.

### **Zu Buchstabe c**

Die Ergänzung um den neuen Schwellenwert des § 35 Absatz 1a erfolgt, weil die Erwägungen, die bisher eine Zusammenrechnung von Transaktionen zwischen denselben Unternehmen innerhalb von zwei Jahren rechtfertigten, auch für Zusammenschlüsse gelten sollen, die aufgrund der neuen Aufgreifschwelle in § 35 Absatz 1a kontrollpflichtig sind.

## **Zu Nummer 26**

### **Zu § 39**

#### **Zu Buchstabe a**

##### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zum neuen Schwellenwert in § 35 Absatz 1a, die nur für diese Fälle Anwendung findet. Zusätzlich zu den Umsatzangaben ist in einer Anmeldung der Wert der Gegenleistung nach § 38 Absatz 4a, einschließlich der Grundlagen für seine Berechnung anzugeben. Die Informationsanforderungen bleiben, entsprechend der Empfehlungen des International Competition Network für Anmeldungen, darauf beschränkt, die Anmeldepflicht und ggf. Wettbewerbsbedenken beurteilen zu können. Für die Zusammenschlussparteien entstehen keine unnötigen Belastungen.

Die Grundlage für die Berechnung des Werts ist in der Anmeldung dem Bundeskartellamt gegenüber offenzulegen. Dabei können die Bewertungen herangezogen werden, die im Kontext der Durchführung der Transaktion ohnehin erstellt wurden. So wird der Aufwand für die beteiligten Unternehmen und das Bundeskartellamt begrenzt.

Soweit zum Zeitpunkt der Anmeldung noch keine endgültige Einigung über den Unternehmenskaufvertrag erzielt wurde, und damit ggfs. auch die Höhe der Gegenleistung noch nicht feststeht, genügt zunächst die Angabe der von den Vertragsparteien im Rahmen der Vertragshandlungen jeweils angebotenen bzw. geforderten Gegenleistung. Soweit eine Einigung vor dem Abschluss des Fusionskontrollverfahrens erreicht wird, ist die Angabe nachzureichen.

##### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Einführung von § 35 Absatz 1a. Die Anmeldung muss ausschließlich in diesen Fällen speziell Informationen zu Art und Umfang der Tätigkeit des Unternehmens im Inland enthalten, das noch keine Umsätze in Höhe der zweiten Inlandsumsatzschwelle erzielt. Das können etwa Angaben dazu sein, inwieweit Nutzer im Inland Angebote des Unternehmens in Anspruch nehmen, Umsatz, Mitarbeiter, Standorte oder in Deutschland Forschungsprojekte durchgeführt werden.

#### **Zu Buchstabe b**

Die nach Absatz 5 bestehenden besonderen fusionskontrollrechtlichen Auskunftsbefugnisse des Bundeskartellamts in Bezug auf Marktanteile und Umsatzerlöse werden dem erweiterten Inhalt der Anmeldung zu Angaben zur Inlandstätigkeit in Absatz 1 Nummer 3a entsprechend ausgedehnt.

## **Zu Nummer 27**

### **Zu § 43a**

Es wird eine Evaluierung der neuen Regelungen in der §§ 35 Absatz 1a, 37 Absatz 2 Nummer 1 sowie 38 Absatz 4a vorgesehen.

## **Zu Nummer 28**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

## **Zu Nummer 29**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

## **Zu Nummer 30**

### **Zu § 47d**

Durch die Regelung wird ein Redaktionsversehen beseitigt. Die bisherige Liste der verwiesenen Vorschriften ist lückenhaft und enthält nicht alle Verfahrensvorschriften, die sich personell auf die „Kartellbehörde“ beziehen und mithin auf die Markttransparenzstelle nicht anwendbar sind, obwohl dies sachlich sinnvoll wäre.

## **Zu Nummer 31**

### **Zu § 47e**

#### **Zu Buchstabe a**

#### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Durch die Regelung wird ein Redaktionsversehen beseitigt. In der Grundnorm zur Meldepflicht in Absatz 1 sind bisher nicht alle in § 47g speziell genannten Meldepflichtigen benannt.

#### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Durch die Regelung wird ein Redaktionsversehen beseitigt. § 47g Absatz 4 sieht Meldepflichten für bestimmte, besonders große Letztverbraucher nach § 3 Nummer 25 des Energiewirtschaftsgesetzes vor. Die Ausnahme in § 47e Absatz 1 Nummer 4 soll daher nur die Gruppe der Haushaltskunden nach § 3 Nummer 22 des Energiewirtschaftsgesetzes umfassen.

#### **Zu Buchstabe b**

Die Regelung dient einer redaktionellen Klarstellung. Satz 1 soll den territorialen Geltungsbereich der Meldepflichten bestimmen. Satz 2 soll ein ergänzendes Instrument für die Durchsetzung von Meldepflichten zur Verfügung stellen, nicht aber die regulären Durchsetzungsinstrumente ersetzen.

## **Zu Nummer 32**

### **Zu § 47f**

#### **Zu Buchstabe a**

#### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Die Regelung dient einer Klarstellung. Übergreifendes Ziel der Ausgestaltung der Markttransparenzstelle ist die möglichst geringe Belastung der Meldepflichtigen. Dies kommt insbesondere in § 47b Absatz 3 Satz 3 zum Ausdruck, nach dem auf bestehende Quellen und Meldesysteme zurückzugreifen ist. Durch die Änderung wird eine öffentlich-rechtliche Grundlage geschaffen, damit die Markttransparenzstelle solche bestehenden Meldesysteme effektiv nutzen kann.

### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Es handelt sich um die Korrektur eines redaktionellen Versehens.

### **Zu Doppelbuchstabe cc**

Siehe Begründung zu Doppelbuchstabe aa.

### **Zu Doppelbuchstabe dd**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

### **Zu Buchstabe b**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

### **Zu Buchstabe c**

Die Regelung dient einer Klarstellung. Übergreifendes Prinzip der Ausgestaltung der Markttransparenzstelle ist die möglichst geringe Belastung der Meldepflichtigen. Dies kommt insbesondere in § 47b Absatz 3 Satz 3 zum Ausdruck, nach dem auf bestehende Quellen und Meldesysteme zurückzugreifen ist. Für die elektronische Übermittlung von Meldungen ist die Identifikation der Meldepflichtigen erforderlich. Für den parallelen Zweck unter VO 1227/2011 REMIT stellt ACER ein zentrales Registrierungsportal nach Artikel 9 REMIT zur Verfügung. Dieses kann auch für nationale Meldevorgänge genutzt werden. An dieser Stelle sind aller Wahrscheinlichkeit nach die meisten nationalen Meldepflichtigen ohnehin registriert.

### **Zu Nummer 33**

#### **Zu § 47g**

Im Intraday-Handel von EXAA und EEX können inzwischen Viertelstundenprodukte gehandelt werden. Hintergrund war, dass Prognosen- sowie Clearing und Ausgleichsenergie-Bewirtschaftung im Viertelstundenraster erfolgen, während in Börsenauktionen nur „Stundenstrukturen“ beschafft/veräußert werden können. Dies führt für Bilanzkreise zu Problemen bei der Portfoliobewirtschaftung und zu erheblichen Ausgleichsenergiekosten. Gleichzeitig haben auch die Übertragungsnetzbetreiber großes Interesse an einer exakteren Einhaltung der Fahrplanprognose der Bilanzkreise um die Stabilität des Übertragungsnetzes besser gewährleisten zu können. Damit hat sich das zu beobachtende und für den wettbewerblichen Stromhandel maßgebliche Zeitfenster entsprechend verkürzt.

### **Zu Nummer 34**

#### **Zu § 47h**

#### **Zu Buchstabe a**

Es handelt sich um die Korrektur eines Redaktionsversehens. Die Ersetzung des Einvernehmens mit der Bundesnetzagentur durch das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt hätte im Rahmen des Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas als Folgeänderung wegen der Änderung des § 47a Absatz 1 (Ansiedlung der Markttransparenzstelle bei der Bundesnetzagentur) - wie in §§ 47b und 47g geschehen (vgl. Beschlussempfehlung BT-Drucks. 17/11386) - auch in § 47h vorgenommen werden müssen.

### **Zu Buchstabe b**

Es handelt sich um die Korrektur eines Redaktionsversehens. Siehe Begründung zu Buchstabe a.

### **Zu Nummer 35**

#### **Zu § 47j**

Beseitigung eines Redaktionsversehens. § 47j steht in Kapitel 9 Abschnitt 1, der allein die Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas betrifft. Der Verweis auf § 81 Absatz 2 Nummer 5b passt insoweit nicht, da sich diese Vorschrift allein auf die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe bezieht.

### **Zu Nummer 36**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 37**

#### **Zu § 47k**

### **Zu Buchstabe a**

Die Streichung der Wörter „nach Absatz 1 Satz 1“ dient der Beseitigung eines Redaktionsversehens. Absatz 1 Satz 1 sieht die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für Kraftstoffe beim Bundeskartellamt vor. Deren Aufgaben ergeben sich erst aus dem Folgenden. Dabei stellt Absatz 1 Satz 2 zwar die „Ankerbestimmung“ dar, in seinem vollen Umfang wird der Aufgabenkreis der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe ausweislich Absatz 1 Satz 3 aber erst aus der Gesamtheit der Bestimmungen in § 47k deutlich. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe erst im parlamentarischen Verfahren zur Datenweitergabe an Anbieter von Verbraucher-Informationendiensten ermächtigt worden ist.

### **Zu Buchstabe b**

Die Änderung dient der Beseitigung eines Redaktionsversehens. Die Regelung des bisherigen Absatzes 9 Satz 3 findet sich bereits wortgleich in Absatz 7, auf den auch in § 81 Absatz 2 Nummer 6 verwiesen wird.

### **Zu Nummer 38**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 39**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 40**

#### **Zu § 50c**

### **Zu Buchstabe a**

Insbesondere in der digitalen Wirtschaft können Daten und der Zugang zu Datenquellen eine erhebliche Bedeutung für die Marktstellung von Unternehmen haben. In kartellbehördlichen Verfahren können daher auch datenschutzrechtliche Fragen und Belange zu

berücksichtigen sein. Umgekehrt kann auch die Marktmacht eines Unternehmens bei der Prüfung des Datenschutzrechts eine Rolle spielen. Für ihre Aufgabenerfüllung sind die Kartellbehörden und die Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern daher auf die Möglichkeit eines umfassenden Austauschs angewiesen, der auch personenbezogene Daten oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erfassen kann. Soweit den Datenschutzbeauftragten nach den für sie geltenden Gesetzen auch Aufgaben der Aufsicht über nicht-öffentliche Stellen zugewiesen sind, ist dieser Austausch mit den Beauftragten als Regulierungsbehörden bereits nach dem geltenden Recht möglich. Die Aufnahme der Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern in den § 50c Absatz 1 dient insoweit der Klarstellung.

### **Zu Buchstabe b**

Die Änderung geht auf den Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz vom Dezember 2015 zurück. In der Arbeitsgruppe Kartellrecht/Vielfaltssicherung bestand Einigkeit über das Ziel der Optimierung der verfahrensrechtlichen Zusammenarbeit der Kartellbehörden und der Landesmedienanstalten/Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) zur besseren Verzahnung von Kartell- und Medienrecht. Der bisherige § 50c Absatz 2 Satz 2 ermöglichte bereits den Informationsaustausch zwischen Behörden. Mit der Neuformulierung wird unterstrichen, dass der Informationsaustausch zwischen den in Absatz 1 genannten Behörden nicht nur eine Option, sondern den Regelfall darstellt, soweit dies für die Erfüllung der Aufgaben der Behörden erforderlich ist. Dies gilt insbesondere für die Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden und Landesmedienanstalten.

Durch die Änderungen werden die Auskunftspflichten von juristischen Personen und Personenvereinigungen ergänzt.

### **Zu Nummer 41**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 42**

### **Zu § 53**

Das Bundeskartellamt informiert die Öffentlichkeit bereits laufend über seine Tätigkeit in Form von Pressemitteilungen und vertiefenden Berichten.

Mit dem neuen Absatz 4 wird klarstellend eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Berichten über Verfahren sowie über die Lage und Entwicklung auf dem Aufgabengebiet des Bundeskartellamts eingeführt. Durch Berichte kann das Bundeskartellamt die Öffentlichkeit zeitnah und umfassender über seine Arbeit informieren, als dies mit Pressemitteilungen oder durch den im Zweijahresrhythmus erscheinenden Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts möglich wäre, und so dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit angemessen Rechnung tragen. Die Veröffentlichung steht im freien Ermessen des Bundeskartellamts.

Von der Regelung des Absatzes 4 unberührt bleibt die Pressearbeit des Bundeskartellamts, die dazu dient, die allgemeine Öffentlichkeit über seine Tätigkeit zu informieren. Das OLG Düsseldorf hat bereits zu den Pressemitteilungen des Bundeskartellamts entschieden, dass die Behörde grundsätzlich befugt ist, über die Öffentlichkeit interessierende Vorgänge aus dem ihr zugewiesenen Tätigkeitsbereich durch eine Presseerklärung zu berichten. Voraussetzung ist, dass die mitgeteilten Tatsachen zutreffend wiedergegeben werden und nicht den sachlich gebotenen Rahmen überschreiten. Diese Form des staatlichen Informationshandelns erfordert keine besondere gesetzliche Ermächtigung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Oktober 2014 – VI-Kart 5/14 (V), Kart 5/14 (V) –, juris).

Der neue Absatz 5 regelt, dass das Bundeskartellamt seine Bußgeldentscheidungen auf seiner Internetseite spätestens dann mitteilen soll, wenn gegen sämtliche Betroffene und Nebenbetroffene eines Bußgeldverfahrens das Verfahren eingestellt worden ist oder ein Bußgeldbescheid oder eine sonstige abschließende Entscheidung ergangen ist. Diese Mitteilungen sollen mit Blick auf das Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter verfasst werden. Sie sollen potentielle Geschädigte insbesondere durch die in Satz 2 genannten Informationen in die Lage versetzen, das Bestehen möglicher Schadensersatzansprüche gegen Unternehmen zu prüfen, die an dem Verstoß beteiligt waren (Nummern 1-4). Potentielle Geschädigte sollen durch einen entsprechenden allgemeinen Hinweis auf ihr Recht auf Ersatz des ihnen aus einem Verstoß entstehenden Schadens aufmerksam gemacht werden (Nummer 5). Wenn die Bußgeldentscheidung bereits rechtskräftig ist, soll das Bundeskartellamt auch auf die Feststellungswirkung rechtskräftiger Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts nach § 33b in Zivilrechtsstreiten um Schadensersatz wegen eines Kartellrechtsverstößes hinweisen (Nummer 6).

#### **Zu Nummer 43**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 44**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 45**

#### **Zu § 73**

§73 wird ergänzt, so dass für Verfahren vor dem Beschwerdegericht auch die Vorschriften der Zivilprozessordnung zum elektronischen Rechtsverkehr entsprechend gelten. Aus diesem Grund kann der § 78a gestrichen werden.

#### **Zu Nummer 46**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 47**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 48**

#### **Zu § 78a**

Statt bisherigen Regelung des § 78a wird der § 73 am Ende ergänzt (siehe Begründung zum § 73). Der § 78a kann deshalb gestrichen werden.

#### **Zu Nummer 49**

#### **Zu § 80**

#### **Zu Buchstabe a**

#### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Die Vorschrift wird ergänzt, so dass auch die Erteilung von Auskünften gemäß § 31b Absatz 1 durch die Kartellbehörde gebührenpflichtig wird.

### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Die Gewährung von Einsicht in kartellbehördliche Akten nach §§ 406e, 475 StPO ist mit einem erheblichen Aufwand verbunden, der durch die Möglichkeit der Erhebung von Gebühren jedenfalls teilweise kompensiert werden soll.

### **Zu Buchstabe b**

### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Die Höchstgebühr von 5.000 Euro erscheint angesichts dieses Aufwands angemessen (Absatz 2 Satz 2 Nummer 3).

Vor der Gewährung von Einsicht ist die Akte um vertrauliche Informationen zu bereinigen. Dazu müssen insbesondere Unternehmen, deren potentielle Geschäftsgeheimnisse in den Akten enthalten sind, sowie natürliche Personen wegen ihrer enthaltenen personenbezogenen Daten durch die Kartellbehörde angehört werden. Auch nachdem die Behörde über die Gewährung von Akteneinsicht entscheiden hat, ist sie in Verfahren nach § 62 OWiG eingebunden, wenn durch Betroffene oder Antragsteller eine gerichtliche Entscheidung begehrt wird. Dazu sind häufig umfassende Schriftsätze erforderlich, die die Einbindung des Fallbearbeiters und weiterer Juristen erfordern.

### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Die Gebühr für die Erteilung von Auskünften gemäß § 31b Absatz 1 durch die Kartellbehörde (siehe oben, Buchstabe a Doppelbuchstabe aa) darf 5 000 Euro nicht übersteigen.

### **Zu Buchstabe c**

Absatz 4 Satz 2 stellt sicher, dass die Gebührenpflichtigkeit der Erteilung von Auskünften aus der kartellbehördlichen Akte nach §§ 406e oder 475 StPO nicht durch Satz 1 ausgeschlossen wird.

### **Zu Buchstabe d**

Die Regelung gibt den Kartellbehörden die Möglichkeit, die Kosten, die ihnen durch die Akteneinsicht nach § 406e und § 475 StPO entstehen von dem Antragsteller zu erheben.

### **Zu Nummer 50**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 51**

### **Zu § 81**

### **Zu Buchstabe a**

Diese Folgeänderung ist notwendig, da der bisherige § 81a der neue § 81b wird.

### **Zu Buchstabe b**

Der Entwurf sieht in Angleichung an das europäische Recht (Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. EG 2003 Nr. L 1 S. 1) (VO Nr. 1/2003)) die Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktion vor, die mit ausdifferenzierten Tatbeständen in das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht eingefügt wird. Ziel ist es zum einen, für die Zukunft zu verhindern, dass sich Unternehmen als

Normadressaten der sanktionsbewehrten Verbots- und Gebotsbestimmungen des europäischen und nationalen Kartellrechts Bußgeldern entziehen können. Zum anderen stellen die Regeln damit zugleich die Erfüllung der unionsrechtlichen Vorgaben an eine effektive Rechtsdurchsetzung sicher.

Die kartellrechtliche Praxis hat gezeigt, dass die effektive Rechtsdurchsetzung gegenüber Unternehmen durch Defizite des nationalen Regelungsrahmens bei der Rechtsnachfolge sowie bei Konzernstrukturen erheblich beeinträchtigt wird. So ist zu beobachten, dass Unternehmen zunehmend versuchen, kartellrechtliche Geldbußen in Millionenhöhe durch Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen zu vermeiden. Dieses Ergebnis kann trotz des schon geltenden § 30 Absatz 2a OWiG zum einen durch bestimmte Formen der Gesamtrechtsnachfolge insbesondere nach dem Umwandlungsgesetz (Abspaltung, Ausgliederung, teilweise Vermögensübertragung und Varianten des Formwechsels) herbeigeführt werden. Zum anderen kann dieses Ergebnis – wenn auch um den Preis gesellschafts- und deliktsrechtlicher Haftungsrisiken sowie etwaiger Anfechtungsrechte – im Wege der Einzelrechtsnachfolge erreicht werden, etwa indem die Veräußerung einer Gesellschaft nicht als share deal (Übertragung der Gesellschaftsanteile), sondern als asset deal (Übertragung des Gesamtbetriebs durch sachenrechtliche Geschäfte ohne Übertragung der Gesellschaftshülle) ausgestaltet wird oder aber indem sich eine Gesellschaft durch Abgabe einzelner Vermögensgegenstände, insbesondere an Konzernschwestern, entreichert. Darüber hinaus hat die Konzernleitung bei einheitlich gelenkten Konzernen die Möglichkeit, ihre nach außen agierenden Gesellschaften von vornherein mit einer geringen Finanzausstattung zu versehen oder diese anschließend in die Insolvenz gehen zu lassen mit allen nachteiligen Folgen für Standort und Belegschaft, obwohl das Vermögen im Konzern vorhanden ist.

Diese Umgehungsmöglichkeiten haben zur Folge, dass Kartellverstöße von Unternehmen, die sich maßgeblich an schwerwiegenden Kartellrechtsdelikten mit besonders hoher Sozialschädlichkeit beteiligt haben, nicht oder nur unzureichend geahndet werden können. Hierdurch entstehen erhebliche Gerechtigkeitslücken im Verhältnis zu anderen Unternehmen, die sich ihrer bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit nicht zu entziehen versuchen bzw. dies aufgrund ihrer internen Struktur gar nicht können. Größeren Unternehmen gelingt die Vermeidung oder Verringerung von Geldbußen regelmäßig leichter als kleineren Unternehmen, auch wenn sich ggf. beide am selben Kartell beteiligt haben.

### **Besonderheiten des Kartellrechts**

In Anbetracht der Besonderheiten des Kartellrechts stellt die Einführung neuer unternehmensgerichteter Sanktionierungsmöglichkeiten im GWB die sachgerechte und angemessene Reaktion auf die festgestellten Durchsetzungsdefizite dar.

Anders als in anderen Rechtsgebieten ist das Unternehmen im Kartellrecht in seiner Gesamtheit Normadressat der sanktionsbewehrten Gebote und Verbote (vgl. Sondergutachten Nr. 72 der Monopolkommission, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Tz. 27 ff.). Der kartellrechtliche Begriff des Unternehmens bezeichnet nach ständiger europäischer Rechtsprechung die wirtschaftliche Einheit, selbst wenn diese rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bzw. Personenvereinigungen gebildet wird (vgl. nur EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 60 – Akzo Nobel / Kommission). Maßgeblich ist, ob eine einheitliche Leitung im Sinne einer bestimmenden Einflussnahme auf die generelle Geschäftspolitik ausgeübt wird. Diese über den einzelnen Rechtsträger hinaus gehende Betrachtung trägt den wirtschaftlichen Realitäten ganz unterschiedlicher Unternehmensstrukturen Rechnung. Die wirtschaftlichen Anreize zu wettbewerbsschädlichem Verhalten von Unternehmen im Kartellrecht werden jedoch nur dann wirksam beseitigt, wenn die unternehmerische Einheit auch auf der Ebene der Sanktion als Ganzes adressiert und getroffen wird.

Die Regelungen tragen den europäischen Vorgaben Rechnung, die für den Bereich des Kartellrechts bestehen. So besteht neben den Wettbewerbsordnungen der Mitgliedstaaten ein einheitliches Wettbewerbsrecht der EU, das in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung beansprucht und auch von der Europäischen Kommission in einem eigenen Verfahren durchgesetzt werden kann. Seit Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 sind die Mitgliedstaaten ihrerseits verpflichtet, in sämtlichen Fällen, in denen der zwischenstaatliche Handel berührt ist, die materiellen Verbotsbestimmungen der Artikel 101 und 102 AEUV in Vollzug zu setzen. Das europarechtliche Effektivitätsgebot (effet utile, Artikel 4 Absatz 3 EUV, Artikel 197 AEUV) erfordert, dass diese europäischen Bestimmungen von den nationalen Wettbewerbsbehörden wirksam durchgesetzt werden. Die mitgliedstaatliche Ausgestaltung des Regelungsrahmens bei der Bußgeldverhängung darf insoweit nicht zu wesentlich unterschiedlichen Präventionsniveaus führen, da andernfalls eine unterschiedliche Behandlung gleich gelagerter Fälle droht, je nachdem welche Behörde innerhalb des Europäischen Wettbewerbsnetzes (European Competition Network, ECN) den Fall letztlich aufgreift. Gerade im Verhältnis zur Europäischen Kommission, die jeden nationalen Fall von gemeinschaftsweiter Bedeutung auch selbst aufgreifen könnte (Artikel 11 Absatz 6 VO Nr. 1/2003), ist ein Zurückfallen in der Verfolgungseffizienz zu vermeiden. Die Gesetzesänderung nach den Absätzen 3a bis 3e verschafft der dezentralen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrecht praktische Wirksamkeit und beseitigt die Spannungen, die im System paralleler Zuständigkeit und Fallverteilung innerhalb des ECN aufgrund der Defizite des nationalen Regelungsrahmens entstanden sind.

Ohne eine entsprechende Gesetzesänderung droht schließlich auch die kartellrechtliche Regelung der Umsatzzurechnung nach § 81 Absatz 4 Sätze 2 und 3 leer zu laufen. Nach dieser sind bei Konzernstrukturen für die Ermittlung der Bußgeldhöchstgrenze nicht nur die Umsätze der nach außen handelnden Tochtergesellschaft, sondern auch die Umsätze der mit ihr zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundenen Rechtsträger einzubeziehen. Diese Regelung hat sich im Kartellrecht als sachgerecht erwiesen. Denn das Wirtschaftssubjekt, das auf den Wettbewerbsprozess Einfluss nimmt und Nutznießer der aus der Tat erlangten Vorteile ist, ist bei einheitlich gelenkten Konzernen nicht die einzelne Gesellschaft, sondern vielmehr die unternehmerische Einheit. Dementsprechend bestimmen sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Ahndungsempfindlichkeit und der sich hieraus ergebende Abschreckungseffekt im Kartellrecht nicht nach den wirtschaftlichen Daten des nach außen handelnden Rechtsträgers, sondern nach denjenigen des Gesamtunternehmens (BGH, Beschluss v. 26.02.2013, KRB 20/12, Rn. 70 – Grauzementkartell). Ist es sachlich angemessen, im Kartellrecht bei der Bußgeldbemessung auf die Umsätze des Gesamtunternehmens abzustellen, so ist es inkonsequent und in den Auswirkungen problematisch, bei der Verhängung und Vollstreckung der so bemessenen Geldbuße allein auf die nach außen handelnde Gesellschaft zuzugreifen und die Konzernstrukturen unberücksichtigt zu lassen. Denn die Durchsetzung einer am Umsatz des Gesamtunternehmens bemessenen Geldbuße droht zu scheitern, wenn die verhängte Geldbuße infolge konzerninterner Maßnahmen – etwa infolge einer geringen Finanzausstattung oder Insolvenz – die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Tochter im Konzern übersteigt.

### **Übersicht über die Neuregelungen**

Durch den § 81 Absatz 3a bis 3e wird es den Kartellbehörden und Gerichten möglich sein, über § 30 Absatz 1 und 2a OWiG hinaus im Ordnungswidrigkeitenverfahren Geldbußen auch gegen weitere juristische Personen und Personenvereinigungen festzusetzen. Die Neuregelungen knüpfen dabei an den Begriff des Unternehmens im Sinne des Artikels 101 AEUV an.

§ 81 Absatz 3a eröffnet die Möglichkeit, die unternehmensbezogene Geldbuße wegen des Kartellrechtsverstößes auch gegen Konzerngesellschaften festzusetzen, die mit der juristischen Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Kartellordnungswidrigkeit begangen hat, ein Unternehmen im Sinne des Unionsrechts gebildet und

unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss auf diese Gesellschaft ausgeübt haben. Hierdurch wird ein Gleichklang des Bußgeldadressaten mit dem Adressaten der materiellen Gebots- und Verbotsnormen sowie dem gesetzlichen Bußgeldrahmen (Absatz 4 Sätze 2 und 3) hergestellt. Zugleich sind die bisherigen Gestaltungsmöglichkeiten zur Bußgeldvermeidung durch konzerninterne Umstrukturierungen oder Vermögensübertragungen damit kein taugliches Mittel mehr, um sich der Zahlung der Geldbuße zu entziehen, da in diesen Fällen auch die zur Zeit der Begehung der Ordnungswidrigkeit beherrschenden Konzernober- und Zwischengesellschaften (nicht aber Schwestergesellschaften ohne bestimmenden Einfluss) haften. Strategien zur Bußgeldvermeidung mittels Vermögensverschiebungen innerhalb eines Unternehmens sind in der Folge erheblich erschwert.

Um wirksam auszuschließen, dass sich Unternehmen etwa durch die Einzelübertragung von Vermögenswerten auf innerhalb oder außerhalb des Unternehmens stehende juristische Personen oder Personenvereinigungen von Bußgeldforderungen befreien können, ermöglicht § 81 Absätze 3b und 3c darüber hinaus die Festsetzung von Geldbußen in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge und der wirtschaftlichen Nachfolge.

Speziell für Kartellordnungswidrigkeiten wird in Absatz 3c über die Gesamtrechtsnachfolge hinaus die wirtschaftliche Nachfolge geregelt, die auf dem unionsrechtlich etablierten Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität gründet. Wenn der ursprünglich haftende Betreiber rechtlich fortfällt oder wirtschaftlich nicht mehr existent ist, trifft die bußgeldrechtliche Verantwortung danach auch den Erwerber, der die Wirtschaftsgüter der juristischen Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, vollständig oder in Teilen übernimmt und die Geschäftstätigkeit fortsetzt. Dies gilt in verschärfter Weise dort, wo der kartellbefangene Geschäftsbereich konzernintern übertragen wird und damit im Unternehmen als wirtschaftlicher Einheit verbleibt.

### **Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht**

Die Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktion nach § 81 Absätze 3a bis 3e trägt dem europäischen Effektivitätsgebot Rechnung und wahrt zugleich rechtsstaatliche und grundrechtliche Prämissen. Insbesondere droht kein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz oder den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Von der Regelung sind nicht natürliche Personen, sondern ausschließlich juristische Personen und Personenvereinigungen betroffen. Bei diesen ist bereits fraglich, ob sie sich unmittelbar auf den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz berufen können, da dieser nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in tragendem Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie steht (BVerfG, Urteil v. 30.06.2009, BVerfGE 95, 220 (241 f.)). Da unternehmensgerichtete Geldbußen indes stets in grundrechtlich geschützte Positionen eingreifen (Artikel 2, 12 und 14 des Grundgesetzes), kommt jedenfalls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – in seiner Ausprägung als Übermaßverbot – zum Tragen. Die Ahndung muss insoweit in einem gerechten Verhältnis zu Schwere und Vorwerfbarkeit der Ordnungswidrigkeit stehen und die auferlegte Belastung für den Adressaten zumutbar sein.

Die Zuweisung der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit nach den Absätzen 3a bis 3c entsprechend dem Sinn und Zweck der europäischen Regelung ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie im Falle seiner Geltung auch mit dem Schuldprinzip vereinbar. Denn die rechtswidrige und vorwerfbare Handlung einer natürlichen Person, die einen Tatbestand nach Absatz 1 bis 3 verwirklicht, bildet nach den Absätzen 3a bis 3c weiterhin Voraussetzung und Anknüpfungspunkt der Sanktionierung. Lediglich das Zuweisungssubjekt wird den wirtschaftlichen Realitäten angepasst. Die zivilrechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft ist dabei für Sanktionszwecke kein zwingend vorgegebener Parameter. Bei einer einheitlich ausgeübten Leitung ist es vielmehr sachgerecht, die aus dem schuldhaften Verhalten der Leitungspersonen im Sinne des § 30 Absatz 1 OWiG folgende

bußgeldrechtliche Verantwortung dem Gesamtunternehmen zuzuweisen, unabhängig davon, bei welcher Konzerngesellschaft sie unmittelbar als Leitungsperson fungiert. Denn das Wettbewerbsverhalten der Marktteilnehmer lässt sich mit den Mitteln des Kartellrechts nur dann entsprechend den Zielen des Gesetzes steuern, wenn sich die Verhaltensbefehle und Konsequenzen auch an diejenigen Wirtschaftssubjekte richten, die tatsächlich auf den Wettbewerbsprozess Einfluss nehmen. Das sind in der heutigen Wirtschaftsrealität immer seltener einzelne Rechtsträger. Statt ihrer hat das Kartellrecht regelmäßig das Handeln von Konzernen zu bewerten, die sich – ohne selbst Rechtsträger zu sein – durch einen eigenständigen Willensbildungsprozess bezüglich der Unternehmensstrategie und des Marktverhaltens auszeichnen. Rechtstatsächlich ist dabei nicht die einzelne juristische Person der Ort des Willensbildungsprozesses, sondern vielmehr der Konzern oder sein Geschäftsbereich. Eine hinsichtlich ihres Wettbewerbsverhaltens steuerungsfähige Einheit stellt aber zugleich auch ein der Schuldzurechnung fähiges Subjekt dar (Ackermann, ZWeR 2010, 329 (346)).

Die bußgeldrechtliche Verantwortung wird demnach konsequenterweise der wirtschaftlichen Einheit in ihrer Gesamtheit zugewiesen, auch wenn nur ein Teil dieser Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit nach außen gehandelt hat. Die gesamtschuldnerische Haftung derjenigen Rechtsträger, die das Unternehmen zur Zeit der Begehung der Ordnungswidrigkeit bilden oder es als deren Gesamtrechtsnachfolger oder neuer Betreiber fortsetzen, stellt somit keine Haftung für ein „fremdes Verschulden“ dar, sondern folgt vielmehr aus ihrer Eigenschaft als Bestandteil bzw. Repräsentanten der materiell verantwortlichen Gesamtheit Unternehmen (wirtschaftliche Einheit).

Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge ergibt sich der Übergang sämtlicher Aktiva und Passiva einschließlich der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit daraus, dass der Gesamtrechtsnachfolger den ursprünglich haftenden Rechtsträger verkörpert und das verantwortliche Unternehmen als dessen Nachfolger weiter repräsentiert. Der Eintritt in sämtliche Rechtspositionen des Rechtsvorgängers ist im Wesen der Gesamtrechtsnachfolge angelegt (so bereits zu § 30 Absatz 2a OWiG BT-Drs. 17/11053, S. 22). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass kartellrechtliche Geldbußen keinen höchstpersönlichen Charakter aufweisen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.11.2012, Rs. V-4 Kart 3/12 (OWi), NZKart 2013, 254-256 und BGH, Beschluss v. 11.03.1986, KRB 8/85, WuW/E BGH 2265 (2266-2267)).

Ein Übergang der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit ist auch im Falle einer wirtschaftlichen Nachfolge zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten geboten und dadurch gerechtfertigt, dass der Erwerber die Wirtschaftsgüter der juristischen Person oder Personenvereinigung, der Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, übernimmt und das verantwortliche Unternehmen – in anderer Zusammensetzung – weiter betreibt. Die Inanspruchnahme des Nachfolgers, die bei externen Vermögensübertragungen nur ausnahmsweise bei einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Fortfall des Vorgängers erfolgt, entspricht der Zielsetzung der unternehmensgerichteten Sanktion. Es handelt sich nicht um eine originäre Sanktion als Antwort auf eine eigene Pflichtwidrigkeit der Leitungspersonen der Rechtsträger eines Unternehmens und auch nicht um eine spezialpräventive, auf Leitungspersonen eines bestimmten Rechtsträgers des Unternehmens zielende Maßnahme (vgl. OLG und BGH a.a.O.). Kartellrechtliche Geldbußen sollen vielmehr gewährleisten, dass die Geldbuße das zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte Vermögen der Wirtschaftsteilnehmer trifft, die von der Ordnungswidrigkeit profitieren, damit sich kartellrechtliche Absprachen im Ergebnis nicht lohnen und die Unternehmen angehalten werden, die zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs errichteten Gebote und Verbote zu beachten. Diese Zwecke werden auch dann erreicht, wenn der ursprünglich haftende Rechtsträger des Unternehmens rechtlich oder wirtschaftlich fortgefallen ist. Das verantwortliche Unternehmen wird wirtschaftlich durch den neuen Betreiber fortgeführt und das Vermögen, das von der Geldbuße getroffen werden soll, steht auch nach der Vermögensübertragung – wenngleich in anderer Rechtsträgerschaft

– weiterhin zur Verfügung und kann durch eine Geldbuße nach Absatz 3c weiterhin getroffen werden.

### **Zu Absatz 3a**

Absatz 3a schafft eine unternehmensgerichtete Sanktionsmöglichkeit und fügt diese in das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht ein. Die Regelung eröffnet in Angleichung an das europäische Recht die Möglichkeit, bei Verstößen gegen unternehmensgerichtete Vorschriften des Kartellrechts über § 30 Absatz 1 OWiG hinaus Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die juristischen Personen und Personenvereinigungen festzusetzen, die zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit als wirtschaftliche Einheit operiert und damit das Unternehmen gebildet haben, an das sich die kartellrechtlichen Gebots- und Verbotsnormen richten und dessen Umsatz Bezugspunkt des gesetzlichen Bußgeldrahmens (§ 81 Absatz 4 Sätze 2 und 3) ist. Die Bußgeldverantwortlichkeit wird hierbei auf lenkende Konzerngesellschaften begrenzt, die unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt haben, deren Leitungsperson die Kartellordnungswidrigkeit begangen hat.

Absatz 3a knüpft an § 30 Absatz 1 OWiG an, indem er die Kartellordnungswidrigkeit eines tauglichen Anknüpfungstäters im Sinne von § 30 Absatz 1 Nummern 1 bis 5 OWiG voraussetzt. Bei Verstößen gegen die unternehmensbezogenen Pflichten des Kartellrechts löst die Ordnungswidrigkeit der Leitungsperson jedoch nach Absatz 3a über § 30 Absatz 1 OWiG hinausgehend die Verantwortlichkeit des Unternehmens im Sinne des Artikels 101 AEUV aus. Nach dem von der europäischen Rechtsprechung entwickelten Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ist das Unternehmen für die von dem Anknüpfungstäter begangene Ordnungswidrigkeit materiell verantwortlich (EuGH, Urteil v. 11.07.2013, Rs. C-440/11 P, Rn. 37 – Kommission / Stichting Administratiekantoer Portielje). Die dem Unternehmen zuzurechnende Ordnungswidrigkeit löst zugleich die gemeinschaftliche persönliche Verantwortlichkeit seiner Rechtsträger für die Bußgeldzahlung aus (Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 12.01.2012, Rs. C-628/10 P und C-14/11 P, Rn. 173 f. – Alliance One u.a./ Kommission). Es handelt sich dabei um eine bewusste Lösung vom gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip und den Besonderheiten der nationalen Regelungen über die Haftung juristischer Personen (EuGH, Urteil v. 08.05.2013, C-508/11 P, Rn. 81f. – Eni / Kommission).

Nach Absatz 3a setzt die Verhängung von Geldbußen gegen die dort bezeichneten juristischen Personen und Personenvereinigungen zunächst voraus, dass diese zur Zeit der Ordnungswidrigkeit Teil desselben Unternehmens sind wie die juristische Person oder Personenvereinigung, der die Leitungsperson bei Begehung der Ordnungswidrigkeit angehörte.

Absatz 3a führt damit zu einer weiteren Angleichung des Kartellordnungswidrigkeitenrechts an das europäische Recht, so dass für seine Auslegung die Artikel 101 und 102 AEUV und die dazu ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union heranzuziehen sind (BGH, Urteil v. 06.11.2013, KZR 61/11, Rn. 54 – VBL-Gegenwert). Der Begriff des Unternehmens im Sinne des Absatzes 3a ist insoweit inhaltlich identisch mit dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit in § 81 Absatz 4 Satz 3, der im Wege der Angleichung der Bußgeldregelung an das europäische Recht bereits 2007 mit Artikel 1 Nummer 17 des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (BGBl. I 2007, S. 2968) Eingang in das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht gefunden hat und der durch die langjährige Praxis der Europäischen Kommission, die von der ständigen Rechtsprechung der europäischen Gerichte bestätigt ist, näher konkretisiert ist (vgl. bereits BT-Drs. 16/7156, S. 11).

Eine Muttergesellschaft und deren unmittelbare oder mittelbare Tochtergesellschaft sind Teil ein und derselben wirtschaftlichen Einheit und bilden damit ein Unternehmen im Sinne des Artikels 101 AEUV, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlich-

keit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt (EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 61 ff. – Akzo Nobel / Kommission); und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden (EuGH, Urteil v. 20.01.2011, Rs. C-90/09 P, Rn. 86 ff. – General Quimica / Kommission).

Dass die Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausüben kann und auch tatsächlich ausgeübt haben muss, ist integraler Bestandteil des unionsrechtlichen Begriffs vom Unternehmen als wirtschaftlicher Einheit. Der Entwurf differenziert hier, indem er die ausdrückliche Voraussetzung aufstellt, dass der Rechtsträger, gegen den nach Absatz 3a eine Geldbuße festgesetzt werden soll, einen bestimmenden Einfluss auf den Rechtsträger ausgeübt haben muss, dessen Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat. Inhaltlich ist darin jedoch keine Abweichung vom unionsrechtlichen Unternehmensbegriff zu sehen. Die Differenzierung dient allein der Klarstellung, dass nur zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Rechtsträger für die Bußgeldzahlung verantwortlich sind, die Einfluss auf das Verhalten der am Markt tätigen Gesellschaft ausgeübt haben. Dies trifft regelmäßig auf Schwestergesellschaften im Konzern nicht zu.

Nur die in direkter Linie lenkenden Konzerngesellschaften können zur Bußgeldzahlung herangezogen werden, sofern zwischen den Gesellschaften die Voraussetzungen eines einheitlichen Unternehmens (wirtschaftliche Einheit) vorliegen (EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 60 – Akzo Nobel / Kommission). Dies setzt voraus, dass erstens die betreffenden Gesellschaften kapitalmäßig so eng miteinander verflochten sind, dass dadurch die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung (bestimmenden Einflussnahme) eröffnet wird (EuGH, Urteil v. 14.07.1972, Rs. C-48/69, Slg. 1972, 619, Rn. 136, 137 – ICI / Kommission) und zweitens, diese einheitliche Leitung (bestimmende Einflussnahme) auch tatsächlich ausgeübt wird (EuGH, Urteil v. 25.10.1983, Rs. C-107/82, Slg. 1983, 3151, Rn. 50 – AEG-Telefunken / Kommission und Urteil v. 16.11.2000, Rs. C-286/98 P, Slg. 2000, I-9925, Rn. 29 – Stora Kopparbergs Bergslags / Kommission). Für die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung ist es ausreichend, wenn die Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen ergibt, dass die Mutter bestimmenden Einfluss auf die generelle Geschäftspolitik der Tochter ausübt, die Tochter also ihr Marktverhalten trotz eigener Rechtspersönlichkeit nicht autonom bestimmt (EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 54 – Akzo Nobel / Kommission; Urteil v. 28.06.2005, Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 117 – Dansk Rørindustri / Kommission; Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-280/06, Rn. 49 Slg. 2007, I-10893, – ETI). Insbesondere kann der Einfluss der Mutter auf ihre Tochter in Bezug auf Unternehmensstrategie, Betriebspolitik, Betriebspläne, Investitionen, Kapazitäten, Finanzausstattung, Personalwesen und Rechtsangelegenheiten unmittelbar oder mittelbar Auswirkungen auf das Marktverhalten der Tochtergesellschaft und damit der gesamten Unternehmensgruppe haben (EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 73 – Akzo Nobel / Kommission unter Bezugnahme auf Generalanwältin Kokott, Schlussantrag v. 23.04.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 92). Schon die Ausübung der Funktion als Leitungs- und Koordinierungsinstanz führt mithin dazu, dass ein bestimmender Einfluss auf das Marktverhalten der Tochter ausgeübt wird. Auf Kenntnis oder Kennenmüssen der konkreten Ordnungswidrigkeit kommt es nicht an. Bei mehreren hintereinander geschalteten Gesellschaften bestehen insoweit keine Besonderheiten (EuGH, Urteil v. 19.07.2012, Rs. C-628/10 P und C-14/11 P, Rn. 42 ff., 50 ff., Rn. 101 a. E. – Alliance One u.a. / Kommission). Maßgeblich sind jeweils die tatsächliche Arbeitsweise und die tatsächliche Organisation innerhalb der Gruppe, so dass im Einzelfall auch eine (Schwester-)Gesellschaft, die rechtlich nicht an der Spitze eines Konzerns steht, einen bestimmenden Einfluss auf eine verbundene Gesellschaft ausüben und als de facto-Konzernmutter agieren kann (EuGH v. 10.07.2010, Rs. C-407/08 P, Slg. 2010, I-6375, Rn. 106 ff. – Knauf Gips / Kommission).

In Folge der einheitlichen Leitung muss auch eine lenkende Konzerngesellschaft als Bestandteil des einheitlichen Unternehmens für den jeweiligen Pflichtverstoß bußgeldrecht-

lich eintreten (EuG, Urteil v. 23.01.2014, Rs. T-391/09, Rn. 37 f. – Evonik Degussa und AlzChem / Kommission). Es handelt sich hierbei nicht um eine Regelung der Haftung Dritter, sondern um eine Haftung als Teil der verantwortlichen Gemeinschaft (EuGH, Urteil v. 29.09.2011, Rs. C-521/09 P, Slg. 2011, I-8947, Rn. 87 f. – Elf Aquitaine / Kommission). Die Haftung folgt somit nicht erst aus einer Anstiftung im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft oder aus einer Beteiligung der Muttergesellschaft an der Ordnungswidrigkeit, sondern ergibt sich aus dem Umstand, dass die betroffenen Gesellschaften ein einziges Unternehmen im Sinne der Kartellrechtsvorschriften bilden (EuGH, Urteil v. 19.07.2012, Rs. C-628/10 P und C-14/11 P, Rn. 39 f., 42 ff., 50 ff. Rn. 101 a. E. – Alliance One u.a. / Kommission; EuG, Urteil v. 12.10.2011, Rs. T-38/05, Slg. 2011, II-7005, Rn. 169 – Agropansión / Kommission). Das für die Ordnungswidrigkeit verantwortliche (einheitliche) Unternehmen wird demnach sowohl von der nach außen handelnden Tochter als auch von der im Hintergrund agierenden und die Geschäftspolitik bestimmenden Konzerngesellschaft gebildet. Eine Erhöhung oder Verdopplung der Geldbußen ist damit nicht verbunden, da mehrere Rechtsträger eines Unternehmens für dieselbe Ordnungswidrigkeit stets nur als Gesamtschuldner haften (vgl. Absatz 3d). Die Verantwortlichkeit für die Bußgeldzahlung wird folgerichtig den Rechtsträgern zugewiesen, die das Unternehmen zur Zeit der Begehung der Ordnungswidrigkeit bilden und dieses juristisch verkörpern (Generalanwältin Kokott a.a.O.). Dies ist bei Konzernstrukturen zunächst die Tochtergesellschaft, deren Leitungsperson unmittelbar nach außen gehandelt hat. Daneben treten durch Absatz 3a nun auch im deutschen Recht die diese Tochtergesellschaften lenkenden Gesellschaften.

### **Zu Absatz 3b**

Absatz 3b schafft eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Festsetzung von Geldbußen gegen Gesamtrechtsnachfolger in kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren. Ziel der Regelung ist es, auch die Gesamtrechtsnachfolge an das unionsrechtliche System anzupassen. Dazu geht die Neuregelung über die Bußgeldverantwortlichkeit nach § 30 Absatz 1 OWiG und die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen der „Nahezu-Identität“ (zuletzt BVerfG, Beschluss v. 20.08.2015 – 1 BvR 980/15, Rn. 13) sowie über § 30 Absatz 2a OWiG hinaus. Die Verantwortlichkeit erstreckt sich dabei auch auf die Gesamtrechtsnachfolger der nach Absatz 3a verantwortlichen juristischen Personen oder Personenvereinigungen.

Durch Absatz 3b werden die Möglichkeiten von Unternehmen, eine drohende bußgeldrechtliche Sanktion durch die gezielte Wahl gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen zu umgehen oder zu verringern, ausgeschlossen. Die Gesetzesänderung bewirkt dabei eine weitere Angleichung an das europäische Recht und trägt so dem Effektivitätsgebot (effet utile, Artikel 4 Absatz 3 EUV, Artikel 197 AEUV) Rechnung, wonach die europäischen Wettbewerbsregeln von den nationalen Wettbewerbsbehörden wirksam durchgesetzt werden müssen.

Nach der europäischen Rechtsprechung gehen im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge, bei der ein haftender Rechtsträger des Unternehmens zu existieren aufhört, die Aktiva und Passiva einschließlich der bußgeldrechtlichen Haftung für kartellrechtliche Ordnungswidrigkeit auf den Gesamtrechtsnachfolger über (EuG, Urteil v. 16.06.2011, Rs. T-194/06, Slg. 2011, II-3119, Rn. 62, bestätigt in EuGH, Urteil v. 05.12.2013, Rs. C-448/11 P, Rn. 28 – SNIA / Kommission; EuG, Urteil v. 14.12.2006, verb. Rs. T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, Slg. 2006, II-5169, Rn. 326 – Raiffeisen Zentralbank Österreich / Kommission; EuGH, Urteil v. 24.09.2009, Rs. C-125/07, Slg. 2009, I-8681, Rn. 71, 82 und 85 – Erste Group Bank u.a. / Kommission; Generalanwalt Mischo, Schlussanträge v. 18.05.2000, Rs. C-286/98, Slg. 2000, I-9925, Rn. 75 – Stora Kopparbergs Bergslags / Kommission). Selbst wenn noch kein Bußgeldverfahren eröffnet oder noch keine Geldbuße festgesetzt bzw. rechtskräftig geworden ist, findet ein Übergang der bußgeldrechtlichen Zahlungspflicht als ungewisse Verbindlichkeit statt (EuGH, Urteil v. 05.03.2015, Rs. C-343/13, Rn. 24 ff. – Modelo Continente Hipermercados). Sanktionsadressat bleibt auch

in den Fällen der Nachfolge stets das an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen. Nach Absatz 3b übernimmt der Gesamtrechtsnachfolger jedoch die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit und repräsentiert als Nachfolger einer ursprünglich haftenden juristischen Person oder Personenvereinigung das materiell verantwortliche Unternehmen weiter.

Die Tatsache, dass sich die Sanktion in der Sache gegen das Unternehmen als Ganzes richtet, führt dazu, dass die Angemessenheit der Geldbuße in jedem Fall auf das Unternehmen bezogen ist und die gegenüber dem Rechtsnachfolger festgesetzte Geldbuße auch den Wert des übernommenen Vermögens übersteigen kann. Satz 3 stellt daher klar, dass abweichend von der Rechtsnachfolge nach § 30 Absatz 2a OWiG die dortigen Begrenzungen der gegen den Nachfolger festsetzbaren Bußgeldhöhe (dort Satz 2) keine Anwendung finden.

Absatz 3b Satz 2 gewährleistet darüber hinaus, dass der Nachfolger im Bußgeldverfahren, das heißt im Verfahren zur Festsetzung einer Geldbuße sowie im anschließenden Vollstreckungsverfahren, auch hinsichtlich seiner verfahrensrechtlichen Position in gleicher Weise in die Stellung des Vorgängers eintritt, wie dies bei der Rechtsnachfolge nach § 30 Absatz 2a Satz 3 OWiG vorgesehen ist. Der dazu maßgebliche Zeitpunkt ist im Fall der Rechtsnachfolge im Sinne des Absatzes 3b der Zeitpunkt des Wirksamwerdens.

### **Zu Absatz 3c**

Der Begriff der wirtschaftlichen Kontinuität wird durch Absatz 3c neu in das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht eingeführt. Er ist Ausfluss des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs und als solcher durch die langjährige Praxis der Europäischen Kommission, die von der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte bestätigt ist, näher konkretisiert.

Nach diesem Grundsatz kommt bei konzernexternen Vermögensübertragungen etwa in Form des asset deals (Einzelübertragung der betriebsbildenden Vermögensgegenstände) eine Haftung des neuen Betreibers in Betracht, wenn der ursprünglich haftende Betreiber rechtlich fortfällt oder wirtschaftlich nicht mehr existent ist, d.h. keine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt (EuGH, Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007, I-10893, Rn. 40 – ETI; EuGH, Urteil v. 29.03.2011). Die bußgeldrechtliche Verantwortung trifft dann den Erwerber, der die Wirtschaftsgüter der juristischen Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, vollständig oder in Teilen übernimmt und die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen fortsetzt (EuG, Urteil v. 17.12.1991, Rs. T-6/89, Rn. 237 – Anic; EuG, Urteil v. 14.12.2006, Rs. T-259/02, Slg. 2006, II-5169, Rn. 325f – Raiffeisen Zentralbank Österreich / Kommission). Der frühere Betreiber ist dann zwar entweder formal oder wirtschaftlich nicht mehr existent, aber das an der Ordnungswidrigkeit beteiligte Unternehmen besteht bei der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtung – in anderer Zusammensetzung – weiter. Unerheblich ist dabei, ob das Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers das Gesamtvermögen in quantitativer Hinsicht prägt oder ob es nur einen vergleichsweise geringen Teil ausmacht.

Eine eigene Fallkonstellation innerhalb der europäischen Rechtsprechung bilden konzerninterne Vermögensübertragungen, bei denen der kartellbefangene Geschäftsbereich auf einen anderen Rechtsträger im selben Konzern übertragen wird. Da sich in diesen Fällen das verantwortliche Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit nicht ändert, wird der Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität nach der europäischen Rechtsprechung hier weiter verstanden und kann der erwerbende Rechtsträger u.U. auch dann zur Bußgeldzahlung herangezogen werden, wenn die juristische Person, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, rechtlich und wirtschaftlich noch fortbesteht (EuGH, Urteil v. 7.01.2004, Rs. C-204/00 P, Slg. 2004, I-123, Rn. 356 bis 359 – Aalborg Portland, Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007 I-10893, Rn.48 – ETI; EuGH, Urteil v.

18.12.2014, Rs. C-434/13 P, Rn. 49-53 – Parker Hannifin; ausführlich dazu Schlussanträge Generalanwalt Wathelet v. 4.09.2014, Rn. 37 ff. – Parker Hannifin).

Die Regelung erfasst dabei auch die wiederholte bzw. mittelbare Nachfolge. Für die verfahrensrechtliche Position des wirtschaftlichen Nachfolgers gilt Absatz 3b Satz 2 entsprechend. Sofern der Vorgänger rechtlich noch existiert, tritt der wirtschaftliche Nachfolger anders als bei der Rechtsnachfolge im Verfahren nicht an dessen Stelle, sondern als weiterer Beteiligter hinzu. Aus der entsprechenden Anwendung des Absatzes 3b Satz 2 folgt insoweit, dass die bisherigen Verfahrenshandlungen des Vorgängers auch gegen den wirtschaftlichen Nachfolger wirken. Gleiches gilt etwa für bereits erfolgte Verjährungsunterbrechungen. Im Fall der wirtschaftlichen Nachfolge im Sinne des Absatzes 3c erfolgt der Eintritt im Zeitpunkt der Übertragung der Geschäftstätigkeit (EuGH, Urteil v. 24.09.2009 – C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P, C-137/07 P, Rn. 83 – Erste Group Bank; EuGH, Urteil v. 18.12.2014, Rs. C-434/13 P, Rn. 50 – Parker Hannifin; Schlussanträge Generalanwalt Wathelet v. 04.09.2014, Rn. 68. – Parker Hannifin). Ab diesem Zeitpunkt kann auch gegen den Nachfolger eine Geldbuße festgesetzt werden (EuGH a.a.O.).

### **Zu Absatz 3d**

Satz 1 enthält Regelungen zum Höchstmaß der Geldbuße sowie zur Verjährung. Die Regelung über das Höchstmaß orientiert sich an § 30 Absatz 2 Satz 2 OWiG und sieht vor, dass sich das Höchstmaß nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße bestimmt. Auch die Verjährung richtet sich nach dem für die Ordnungswidrigkeit geltenden Recht. Hierdurch wird zum einen die Dauer der Verjährungsfrist festgelegt und zum anderen die Akzessorietät zur Bezugstat im Hinblick auf verjährungsunterbrechende Maßnahmen (§ 31 Absatz 1 OWiG) klargestellt.

Durch Satz 2 wird die Möglichkeit geschaffen, im Einzelfall erst das Verfahren gegen die nach § 30 OWiG verantwortliche Konzerngesellschaft und/oder gegen die handelnde natürliche Person abzuschließen und das Verfahren gegen die Konzernmutter nach Absatz 3a hiervon separat zu führen. Bei der (rechtlichen und wirtschaftlichen) Nachfolge erscheint eine solche Regelung als entbehrlich, da der Nachfolger hier an die Stelle des Vorgängers bzw. als weiterer Beteiligter hinzu tritt (vgl. Absatz 3b Satz 2, Absatz 3c Satz 2).

### **Zu Absatz 3e**

Die einheitliche Sanktionsrichtung gegen das Unternehmen führt dazu, dass dessen Teile gegenüber dem Staat in gleicher Weise für die Erfüllung von Bußgeldforderungen verantwortlich sind. Absatz 3d regelt daher, dass die betroffenen Rechtsträger, gegen die aufgrund derselben Kartellordnungswidrigkeit nach den Absätzen 3a bis 3c sowie nach § 30 Absatz 1 OWiG eine Geldbuße festgesetzt wurde, insoweit als Gesamtschuldner verantwortlich sind. Dies bedeutet, dass Kartellbehörden und Gerichte wegen einer Kartellordnungswidrigkeit die unternehmensbezogene Geldbuße (§ 81 Absatz 4 und 5) in voller Höhe sowohl gegen die Gesellschaft festsetzen können, für die der Anknüpfungstäter gehandelt hat, als auch gegen die diese Gesellschaft lenkenden Konzerngesellschaften. Die Beitreibung der Geldbußen kann grundsätzlich in voller Höhe bei jedem der Gesamtschuldner erfolgen. Die Erfüllung der nach diesen Vorschriften festgesetzten Bußgeldforderung durch einen Gesamtschuldner wirkt jedoch stets auch für die übrigen Gesamtschuldner und führt damit zum Erlöschen der gegen diese bestehenden Bußgeldforderungen (§ 422 Absatz 1 BGB). Im Übrigen finden §§ 421 bis 426 BGB entsprechende Anwendung.

Die Haftung im Innenverhältnis der Gesamtschuldner können diese grundsätzlich unter sich regeln. Soweit sie keine Vereinbarung über die Ausgleichsansprüche treffen, sind diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anhand der Umstände des Ein-

zelfalls zu bemessen, insbesondere anhand der individuellen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge der Beteiligten sowie der für die Bemessung der Geldbuße maßgeblichen Tatsachen (BGH, Urteil v. 18.11.2014, KZR 15/12, BGHZ 203, 193-218, Rn. 32 – Calciumcarbid-Kartell II; EuGH, Urteil v. 10. 04.2014, Rs. C-247/11 P und C-253/11 P, C-247/11 P, C-253/11 P, Rn. 152 152 – Areva u.a. / Kommission).

### **Zu Buchstabe c**

#### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Es handelt sich um eine redaktionelle Klarstellung. Absätze 3a, 3b und 3 regeln speziell „gegen“ welchen Rechtsträger des Unternehmens über § 30 OWiG hinaus eine Geldbuße festgesetzt werden kann. Durch die Formulierung „Im Falle“ wird klargestellt, dass die Regelung des Höchstmaßes wie bisher für alle Konstellationen gilt, in denen der Bußgeldadressat einem Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit oder einer Unternehmensvereinigung angehört.

#### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Bei der Ergänzung um Personenvereinigungen handelt es sich um eine redaktionelle Klarstellung. Die Regelung wird bereits gegenwärtig in diesem Sinne ausgelegt und auf Personenvereinigungen erstreckt.

### **Zu Buchstabe d**

Bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Verhältnisse für die Bemessung der Geldbuße im Fall von konzernangehörigen Gesellschaften ist die wirtschaftliche Lage der Konzernmutter maßgeblich zu berücksichtigen. Dies ist notwendige Folge der unternehmensgerichteten Bußgeldhöhe, wie sie bereits gegenwärtig in § 81 Absatz 4 Sätze 2 und 3 zum Ausdruck kommt. Absatz 5 Satz 3 dient insofern allein der Klarstellung, dass es bei der Bemessung der Geldbuße auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens als Sanktionsadressat ankommt.

### **Zu Buchstabe e**

#### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Durch die Regelung wird der Beginn der Verzinsung zwei Wochen weiter nach hinten verlagert. Die Verzinsung beginnt demnach erst vier Wochen nach der Zustellung des Bußgeldbescheides und nicht mehr wie bisher nach zwei Wochen. Hintergrund ist, dass in Fällen, in denen innerhalb von zwei Wochen kein Einspruch gegen den Bußgeldbescheid eingelegt wird, dem Betroffenen nach § 95 OWiG in der Regel eine Schonfrist von weiteren zwei Wochen zur Begleichung der Bußgeldforderung eingeräumt wird. Die Regelung dient der Klarstellung, dass in solchen Fällen keine Zinsen innerhalb der Schonfrist anfallen, und passt in diesem Zuge den Beginn für die übrigen Verzinsungsfälle entsprechend an.

#### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Die Neuregelung hinsichtlich einer Verjährung der Geltendmachung schafft über die bestehende Rechtsprechung zur Verjährung des Anspruchs nach Geltendmachung hinaus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.02.2014, V-4 Kart 8/13 OWi, NZKart 2014, 461 juris-Rn. 12ff.) eine feste zeitliche Grenze für die Inanspruchnahme des Bußgeldschuldners, die für sämtliche Fälle seit Inkrafttreten der Verzinsungsregelung im Rahmen der 7. GWB-Novelle zum Tragen kommt. Sie trägt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Kommunalabgabenrecht Rechnung, wonach das Rechtsstaatsprinzip es erfordert, dass Abgaben zum Vorteilsausgleich nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Vorteils festgesetzt werden können (BVerfG, Beschluss vom 05.03.2013, 1 BvR 2457/08,

BVerfGE 133, 143, juris-Rn. 42 bis 46, 50). Die Grenze von 15 Jahren orientiert sich an der Rezeption dieser Entscheidung im Kommunalabgabenrecht (vgl. § 19 Absatz 1 Satz 1 KAG BB). Sie ist angemessen vor dem Hintergrund, dass den Belangen von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden regelmäßig schon durch eine Verjährungsfrist von 30 Jahren hinreichend gedient ist (vgl. BFH, Urteil vom 07.07.2009, VII R 24/06, BFHE 225, 524 juris-Rn. 45ff).

## **Zu Nummer 52**

### **Zu § 81a**

Im Hinblick auf Kartelltaten, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits beendet sind, ist zu beachten, dass das besondere Rückwirkungsverbot des Artikels 103 Absatz 2 Grundgesetz jeder rückwirkenden Strafbegründung oder Strafschärfung entgegensteht. Aufgrund der zum Teil erheblichen Dauer umfangreicher Kartellbußgeldverfahren würden damit in zahlreichen Fällen, insbesondere auch in derzeit laufenden Untersuchungen Anreize und Möglichkeiten verbleiben, der Festsetzung und Vollstreckung einer angemessenen Geldbuße zu entgehen.

Vor diesem Hintergrund bezweckt § 81a, für den Übergangszeitraum, d.h. bis zur vollen Wirksamkeit der Neuregelung, Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen entgegenzuwirken. Die Regelung ist erforderlich, um den europäischen Vorgaben, vor allem dem europarechtlichen Effektivitätsgebot (effet utile, Artikel 4 Absatz 3 EUV, Artikel 197 AEUV), Rechnung tragen zu können und den Vollzug des Kartellrechts sicherzustellen. Wird die Festsetzung oder Vollstreckung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung, die nach § 30 Absatz 1 oder Absatz 2a OWiG bußgeldrechtlich verantwortlich wäre, durch Veränderungen nach Einleitung des Verfahrens (teilweise) vereitelt, so ermöglicht die Regelung ein Vorgehen gegen beherrschende Gesellschaften und Nachfolger. Rechtsgrund für die Anordnung einer Ausfallhaftung ist nicht die Kartellordnungswidrigkeit, sondern vielmehr ein der Tat nachgelagertes Ereignis, namentlich das nach Einleitung des Bußgeldverfahrens veranlasste Erlöschen einer nach § 30 OWiG verantwortlichen Gesellschaft oder eine anderweitige Verschiebung von Vermögen, die zur Folge hat, dass das Bußgeld nicht festgesetzt oder vollstreckt werden kann, also das Vermögen des Bußgeldverantwortlichen sich verringert. Ein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf gegen das Unternehmen ist damit, anders als bei der Neuregelung nach § 81 Absatz 3a bis Absatz 3c, nicht verbunden. Dies zeigt sich bereits darin, dass § 81a Absatz 1 nicht das Unternehmen im Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit zum Gegenstand hat, dem allein das kartellrechtswidrige Verhalten der Leitungspersonen zugerechnet werden könnte, sondern die bei der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens beherrschenden juristischen Personen oder Personenvereinigungen adressiert. Diese trifft keine originäre Verantwortlichkeit, die aus ihrer Eigenschaft als Repräsentant des verantwortlichen Unternehmens folgt und die gleichberechtigt neben jene der nach § 30 Absatz 1 OWiG verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung treten würde. Dementsprechend werden sie nicht Adressat der mit einer Geldbuße beabsichtigten Pflichtenmahnung, d.h. einer repressiven staatlichen Reaktion auf einen zurechenbaren Verstoß. Vielmehr handelt es sich vorliegend um rein haftungsrechtliches Einstehenmüssen für die Bußgeldverantwortlichkeit. Dieses greift zudem nur subsidiär ein, wenn die nach § 30 OWiG verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung erlischt oder bei ihr eine Vermögensverschiebung vorgenommen wird, so dass eine angemessene Geldbuße nicht festgesetzt oder voraussichtlich nicht vollstreckt werden kann. Mit der neuen Regelung werden folglich Umgehungen verhindert, ohne dass die Betroffenen selber Adressat der Sanktion würden. Dies erfolgt, entsprechend dem Grundgedanken des zivilrechtlichen Instituts der Anfechtung, indem der Vollstreckungszugriff auf Dritte erweitert wird. Gegenüber dem dinglichen Arrest (zur Nichtgeltung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Hinblick auf die Neuregelung zum dinglichen Arrest in § 30 Absatz 6 OWiG vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.11.2014, V-4 Kart 14/14 (OWi), BA S. 4) belastet dieser Ansatz die nach § 30 OWiG verfolgten juristi-

schen Personen und Personenvereinigungen sowie ihrer Muttergesellschaften insoweit weniger, als dass sie in ihrer Verfügungsgewalt nicht beschränkt werden. Die Regelung geht über die Grundsätze des Anfechtungsrechts hinaus, soweit nicht nur Nachfolger, sondern auch juristische Personen oder Personenvereinigungen erfasst werden, welche bei Einleitung des Bußgeldverfahrens einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben. Dies ist aufgrund der insoweit vorausgesetzten engen Bindung, bei der die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt (siehe Begründung zu § 81 Absatz 3a), gerechtfertigt.

### **Zu Absatz 1**

Entsprechend der Zielsetzung, Maßnahmen mit der Folge der Bußgeldvermeidung entgegen zu wirken, ist der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Veränderungen (Erlöschen oder Vermögensverschiebung) begrenzt, die nach Einleitung des Bußgeldverfahrens eintreten. Mit der Bekanntgabe der Einleitung des Verfahrens wird der nach § 30 OWiG verantwortlichen juristische Person oder Personenvereinigung Kenntnis vom bestehenden Tatverdacht vermittelt. Unterliegt sie dem bestimmenden Einfluss weiterer juristischer Personen oder Personenvereinigungen, so werden auch diese regelmäßig Kenntnis erlangen bzw. ist es angemessen, ihnen die Kenntnis der beherrschten Tochtergesellschaft zuzurechnen. Gleiches gilt für juristische Personen oder Personenvereinigungen, die in der Folge als Gesamtrechtsnachfolger in die Rechtspositionen des Vorgängers eintreten oder die das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen. Diese werden über die übliche Risikoprüfung bei Unternehmensübernahmen (Due Diligence) regelmäßig Kenntnis vom anhängigen Ordnungswidrigkeitenverfahren erlangen. Ansonsten sind sie über die zivilrechtlichen Möglichkeiten der Anfechtung sowie des Gewährleistungs- und Schadensersatzrechts gegen die hier rein finanzielle Inanspruchnahme hinreichend geschützt.

Voraussetzung für das Entstehen einer Haftung ist, dass die nach § 30 OWiG verantwortliche Person oder Personenvereinigung erlischt oder bei ihr Vermögen verschoben wird. Ein Erlöschen kann zum einen in Folge der Liquidation der juristischen Person oder Personenvereinigung eintreten. Es kann zum anderen aber auch Resultat einer Rechtsnachfolge, etwa durch Verschmelzung (§ 20 Absatz 1 Nr. 2 UmwG), Aufspaltung (§ 131 Absatz 1 Nr. 2 UmwG) oder Anwachsung sein. In diesen Fällen kann zwar bereits nach geltender Rechtslage gegen den Rechtsnachfolger eine Geldbuße verhängt werden, wenn die Voraussetzungen der von der Rechtsprechung zu § 30 Absatz 1 OWiG entwickelten Fallgruppen der „Nahezu-Identität“ erfüllt sind oder § 30 Absatz 2a OWiG anwendbar ist. Nach Absatz 1 kommt eine Haftung der bei Einleitung des Bußgeldverfahrens beherrschenden Muttergesellschaft jedoch in all jenen Fällen in Betracht, in denen ein Rechtsnachfolger zwar vorhanden ist, gegen diesen aber (etwa aufgrund der Beschränkungen des § 30 Absatz 2a S. 2 OWiG) eine angemessene Geldbuße nicht festgesetzt oder vollstreckt werden kann.

Auch das Merkmal der Verschiebung von Vermögen ist auf die nach § 30 OWiG verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung bezogen. Soweit es in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens als Ganzes zu Veränderungen kommt (Umsatzrückgang, wirtschaftliche Schwierigkeiten), finden diese bei der Bemessung der angemessenen Geldbuße Berücksichtigung. Denn zum einen beruht der gesetzliche Bußgeldrahmen des § 81 Absatz 4 Sätze 2 und 3 auf den aktuellen Umsätzen, die im Geschäftsjahr vor der Behördenentscheidung erzielt wurden. Zum anderen ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens bei der Bemessung nach § 81 Absatz 4 Satz 6 GWB, § 17 Absatz 3 OWiG zu berücksichtigen. Eine Vermögensverschiebung allein bei der nach § 30 OWiG verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung hingegen hat keinen Einfluss auf die Höhe der angemessenen Geldbuße. Sie kann dessen Vollstreckung jedoch faktisch vereiteln. Eine Verschiebung von Vermögen ist anzunehmen, wenn nach Einleitung des Bußgeldverfahrens eine Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen herbeigeführt wird, die gravierend genug ist, dass eine ange-

messene Geldbuße voraussichtlich nicht mehr einbringlich ist. Dies ist insb. gegeben bei einer Verkleinerung des Haftungsvermögens in Folge vermögensmindernder Handlungen, etwa Vermögensübertragungen an Dritte, die ohne äquivalente Gegenleistung erfolgen. Bei der Auslegung des Merkmals der Verschiebung von Vermögen ist eine einheitliche wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich. Das Merkmal bezieht sich auf den gesamten wirtschaftlichen Vorgang, so dass auch eine sukzessive Verschiebung von Vermögen erfasst wird, die in mehreren Schritten durchgeführt wird. Nicht erfasst ist die Situation, dass die Vermögensausstattung der nach § 30 OWiG verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung sich nicht verändert, sondern von Anfang an unzureichend war, um eine in Bezug auf das Gesamtunternehmen angemessene Geldbuße wirtschaftlich tragen zu können. Die Tatbestandsvoraussetzung einer Vermögensverschiebung erfordert keine subjektiven Elemente und setzt insbesondere nicht den Nachweis einer Umgehungsabsicht voraus.

Die neue Regelung erfasst sowohl den Fall, dass eine bereits festgesetzte Geldbuße voraussichtlich nicht mehr vollstreckt werden kann als auch den Fall, dass bereits eine Festsetzung der Geldbuße ausscheidet, etwa weil die ursprünglich verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung durch eine Umstrukturierung erloschen ist, ohne dass die Bußgeldverantwortung auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist.

Dass eine Geldbuße in entsprechender Höhe ggf. überhaupt nicht festgesetzt wird bzw. nicht festgesetzt werden kann, es also an einem Bußgeldbescheid oder Urteil fehlt, steht einer Haftung der nach Absatz 1 verantwortlichen juristischen Personen und Personenvereinigungen nicht grundsätzlich entgegen. Haftung bedeutet vorliegend, dass diese mit ihrem Vermögen für die (abstrakte) Bußgeldverantwortlichkeit der nach § 30 OWiG verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung mit einstehen muss. Soweit eine Festsetzung gegen letztere ausscheidet, wird diese Verantwortlichkeit mit der Berechnung der „hypothetischen“ Geldbuße im Verhältnis zu der nach Absatz 1 verantwortlichen Personen und Personenvereinigungen konkretisiert. Die Regelung greift insoweit den im Umwandlungsrecht entwickelten Gedanken auf, dass auch dort, wo noch keine Geldbuße festgesetzt bzw. rechtskräftig geworden ist, bereits eine Verpflichtung besteht, die sogar als solche auf andere Rechtsträger übergehen kann (EuGH, Urteil v. 05.03.2015, Rs. C-343/13, Rn. 24 ff. – Modelo Continente Hipermercados). Da den nach Absatz 1 Verantwortlichen dabei alle Einwände in Bezug auf Tatbestand und Bußgeldhöhe zustehen, bleibt ihre Haftung akzessorisch – allein in Bezug auf das Erlöschen oder die Vermögenslosigkeit der Tätergesellschaft gilt dies nicht.

Nach Absatz 1 verantwortlich sind primär die juristischen Personen und Personenvereinigungen, die bei der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben, wobei dieses Tatbestandsmerkmal wie bei § 81 Absatz 3a zu verstehen ist. Diese Alternative greift jedoch nicht bei rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachfolgen außerhalb von Konzernstrukturen bzw. dort, wo die Konzernmutter selbst die nach § 30 OWiG verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung ist. Aus diesem Grund ist auch eine Haftung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachfolger der „Tätergesellschaft“ vorgesehen.

Die Höhe des Haftungsbetrags wird bestimmt durch die Höhe der nach § 81 Absätze 4 und 5 in Bezug auf das Unternehmen angemessenen Geldbuße. Die angemessene Geldbuße ist bereits unter dem geltenden Recht in Bezug auf das Unternehmen festzusetzen. Ausgangspunkt ist der gesetzliche Bußgeldrahmen des § 81 Absatz 4 Satz 2, der sich auf das Unternehmen bezieht, dem nach § 81 Absatz 4 Satz 3 alle natürlichen und juristischen Personen zugehören, die als wirtschaftliche Einheit operieren (vgl. BGH, Beschluss v. 26.02.2013, KRB 20/12, Rn. 70 – Grauzementkartell). Bei der konkreten Bemessung der Geldbuße ist im Hinblick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ebenso auf den Gesamtkonzern abzustellen (vgl. Begründung zu § 81 Absatz 5 Satz 3). Eine Abweichung von der unternehmensbezogenen Bemessung resultiert aus § 30 Absatz 2a Satz 2 OWiG, wo zum Schutz der juristischen Personen oder Personenvereinigungen, die als Rechts-

nachfolger mit einer Geldbuße belegt werden, Einschränkungen vorgesehen sind. Diese finden hier, wo es um die bloße Haftung für Änderungen nach Einleitung des Bußgeldverfahrens geht, keine Rechtfertigung und sind für die Festsetzung des Haftungsbetrags unbeachtlich.

### **Zu Absatz 2**

Erlischt die nach Absatz 1 verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung ihrerseits infolge einer Gesamtrechtsnachfolge oder wird das von ihr betriebene Unternehmen von einer anderen juristischen Person oder Personenvereinigung in wirtschaftlicher Kontinuität fortgeführt, so geht die Haftung in entsprechender Anwendung der § 81 Absatz 3b und Absatz 3c auf den Nachfolger über.

### **Zu Absatz 3**

Um die Geltung hoher Schutzstandards für die Haftenden und eine problemlose Verbindung mit Bußgeldverfahren zu ermöglichen, wird in Satz 1 auf die Vorschriften für die Festsetzung und Vollstreckung einer Geldbuße zurückgegriffen. Der Haftungsbescheid enthält jedoch keinen Ahndungsausspruch im Sinne des § 65 OWiG. In ihm sind der Grund für die Haftung und die zugrunde liegende Tat zu bezeichnen; im Übrigen gilt § 66 OWiG entsprechend.

Satz 2 sieht vor, dass sich die Verjährungsfrist für die Haftung nach dem für die Ordnungswidrigkeit geltenden Recht richtet und dementsprechend entweder 3 oder 5 Jahre beträgt (vgl. § 81 Absatz 8).

Satz 3 enthält eine Regelung zum Verjährungsbeginn. Nach § 31 Absatz 3 OWiG beginnt die Verfolgungsverjährung bei Ordnungswidrigkeiten mit Beendigung der Handlung bzw. dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs. Die Haftung nach Absatz 1 wird jedoch erst durch Erlöschen der nach § 30 OWiG verantwortlichen Person oder Personenvereinigung bzw. der bei ihr eingetretenen wesentlichen Vermögensverschlechterung ausgelöst. Es ist deshalb angemessen, einen eigenständigen Verjährungsbeginn vorzusehen, der an diesen Zeitpunkt anknüpft, zu dem die Verfolgung der nach § 30 OWiG verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung allerdings noch nicht auf Grund Verjährung ausgeschlossen sein darf. Diese Anknüpfung stellt sicher, dass bei einem Erlöschen oder einer Vermögensverschlechterung zu einem sehr späten Zeitpunkt des Verfahrens, insb. kurz vor Eintritt der absoluten Verjährung, eine hinreichende Zeit für die Durchführung des Verfahrens zum Erlass eines Haftungsbescheids verbleibt.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 hat eine rein sichernde Wirkung, ohne dass der vollstreckbare Betrag erhöht wird. Für einen Haftungsschuldner wirkt sich die Regelung ausschließlich vorteilhaft aus, da er im Falle einer Zahlung durch einen anderen Haftungsschuldner oder Bußgeldschuldner entlastet wird. Nicht bedenklich ist, dass auch umgekehrt die Zahlung eines Haftungsschuldners zu einer Verringerung der Zahlungsverpflichtung eines Bußgeldschuldners führen kann. Der Eintritt einer Vermögensminderung gerade beim Bebußten ist nicht mehr Bestandteil der vollstreckbaren Sanktion (vgl. BGHSt 37, 226 zur Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte)

### **Zu Nummer 53**

#### **Zu § 81b**

#### **Zu Buchstabe a**

Durch die Neuregelung des § 81a wird der bisherige § 81a der neue § 81b.

## **Zu Buchstabe b**

### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Die Ergänzung erstreckt den Anwendungsbereich der Auskunftspflichten auf die Fälle des neuen § 81a, der eine Festsetzung von Haftungsbeträgen im Übergangszeitraum ermöglicht.

### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Durch die neuen Nummern 3 und 4 werden zusätzliche Auskunftspflichten zur Unternehmensstruktur (Nummer 3) sowie zu Nachfolgekonstellationen (Nummer 4) eingeführt.

Die Neuregelung in Nummer 3 dient dem Ziel, eine effektive Aufklärung der Unternehmensstruktur und der dahinter stehenden Unternehmensträger zu gewährleisten. Normadressat der kartellrechtlichen Verbotsbestimmungen ist das Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit. Auf Bußgeldzumessungsebene wird ebenfalls auf das Unternehmen in diesem Sinne abgestellt (vgl. § 81 Absatz 4 Sätze 2 und 3). Der neue § 81 Absatz 3a sieht vor, dass – neben den nach § 30 OWiG verantwortlichen Rechtsträgern – zugleich diejenigen juristischen Personen oder Personenvereinigungen bußgeldrechtlich zu Verantwortung gezogen werden können, die bestimmenden Einfluss im Unternehmen ausgeübt haben. In der Praxis ist es somit notwendig, das für die Zuwiderhandlung verantwortliche Unternehmen und die dahinter stehenden Rechtsträger zu identifizieren. Denn ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts wird aus mehreren Rechtsträgern gebildet, wenn eine Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Die in Nummer 3 vorgesehene Auskunftspflicht im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Verbindungen zu anderen Rechtsträgern, insbesondere über Beteiligungsverhältnisse, dient somit der Ermittlung der möglichen Unternehmensstruktur. Die Auskunft zu Gesellschafterrechten und -vereinbarungen sowie deren tatsächlicher Ausübung einschließlich der Herausgabe der diesbezüglichen Dokumente sind notwendig um aufzuklären, ob im Verhältnis zu den verbundenen Gesellschaften von dem Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen ist. Insoweit werden insbesondere Gesellschafterlisten, Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern (wie Poolvereinbarungen), Minderheitenrechte sowie die Teilnehmer an Gesellschafterversammlungen und das Stimmverhalten bei Gesellschafterbeschlüssen erfasst. Zu den weiteren Dokumenten, die für die Aufklärung erforderlich sind und für die nach Nummer 3 eine Pflicht zur Auskunftserteilung und Herausgabe besteht, gehören Unternehmens- und Gesellschaftsverträge sowie Geschäftsordnungen und Protokolle von Sitzungen wichtiger Gremien. Hierunter fallen insbesondere auch die Geschäftsordnungen und Protokolle von Beiräten.

Die Neuregelung in Nummer 4 ist für die Klärung der Frage erforderlich, ob eine wirtschaftliche oder rechtliche Nachfolge im Sinne der neuen Regelungen nach § 81 Absatz 3b und 3c vorliegt. Insbesondere wenn eine wirtschaftliche Nachfolge in Betracht kommt, die als „asset deal“ (Übertragung des Gesamtbetriebs durch sachenrechtliche Geschäfte ohne Übertragung der Gesellschaftshülle) ausgestaltet wird, ist es für eine effektive Durchsetzung der neu eingeführten Verantwortlichkeit des wirtschaftlichen Nachfolgers wesentlich, dass diese von einer Auskunftspflicht über den Erhalt und die Übertragung von Vermögenswerten sowie die rechtliche Ausgestaltung flankiert wird. Entsprechendes gilt für die Fälle einer Verschiebung von Vermögen im Rahmen der Übergangsregelung zur Ausfallhaftung in § 81a Absatz 1 und 2.

Da der personale Anwendungsbereich der Auskunftspflichten auf juristische Personen und Personenvereinigungen begrenzt ist, wird der Schutzbereich des verfassungsrechtlich garantierten Verbots eines Zwangs zur Selbstbelastung (sogenannter Nemo-tenetur-Grundsatz) nicht tangiert. Dieser Grundsatz steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in einem tragenden Zusammenhang mit der Menschenwürde und ist

daher auf Verbände nicht wesensmäßig anwendbar im Sinne von Artikel 19 Absatz 3 des Grundgesetzes (vgl. BVerfG, Urteil vom 30.06.2009, BVerfGE 95, 220 (241)). Die Selbstbelastungsfreiheit natürlicher Personen wird, wie insbesondere auch Absatz 3 verdeutlicht, durch die Anpassungen der Auskunftspflichten nicht betroffen. Die eingeführten Änderungen wahren zudem das allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires (rechtsstaatliches) Verfahren, das für juristische Personen und Personenvereinigungen zum Tragen kommt. Sie stellen einen ausgewogenen Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Verfolgung von Kartellrechtsverstößen und der Wahrung von Verteidigungsinteressen dar. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Auskunftspflichten nicht den Tatnachweis betreffen, sondern vielmehr die Unternehmensstruktur sowie die Umstände einer wirtschaftlichen und rechtlichen Nachfolge. Es handelt sich somit ebenso wie bei den Umsätzen im Sinne der Nummern 1 und 2 lediglich um tatferne Informationen.

#### **Zu Nummer 54**

#### **Zu § 82**

Satz 3 sieht eine Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaft gegenüber der zuständigen Kartellbehörde vor. Die Zuständigkeitsregelung des § 82 Satz 1 hat sich in der Praxis bewährt. Eine effektive Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörde und Staatsanwaltschaft setzt allerdings voraus, dass sich die beteiligten Verfolgungsinstanzen über die von der Vorschrift erfassten Verstöße stets zu einem frühen Verfahrensstadium gegenseitig in Kenntnis setzen. Die Kartellbehörden sind ihrerseits bereits verpflichtet, die zuständige Staatsanwaltschaft von der Einleitung eines Verfahrens im Sinne des § 82 Satz 1 zu informieren und das Verfahren hinsichtlich der Verfolgung der natürlichen Personen an diese abzugeben (§ 41 OWiG). In diesem Zusammenhang übermittelt die Kartellbehörde auch die relevanten Informationen und Beweismittel. Um die Effektivität der Verfolgung von Submissionsabsprachen und anderen schweren kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen, die zugleich Straftaten sind, in Bezug auf Unternehmen weiter zu steigern, führt die neue Regelung in Satz 3 auch umgekehrt eine Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaften gegenüber den Kartellbehörden ein. Der gegenseitige Austausch von Informationen und Beweismitteln erfolgt wie bisher auf der Grundlage von § 46 Absatz 1 OWiG, § 161 StPO, § 474 StPO und § 41 OWiG.

Um die Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörde und Staatsanwaltschaft in Fällen mit paralleler Zuständigkeit weiter zu verbessern, sieht Satz 4 vor, dass sich die zuständigen Verfolgungsbehörden über Ermittlungsmaßnahmen mit Außenwirkung, insbesondere Durchsuchungen, bereits im Vorfeld informieren. Auf diese Weise kann die jeweils andere Verfolgungsinstanz ihre eigenen Ermittlungen auf geplante Maßnahmen abstimmen oder sich bei Bedarf hieran beteiligen.

#### **Zu Nummer 55**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 56**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 57**

Die bisherige Formulierung „gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes“ wurde durch die Formulierung „gegen eine Vorschrift dieses Teils“ ersetzt. Der Regelungsgehalt der Vorschrift wurde dadurch nicht verändert, sondern nur entsprechend der bisherigen Auslegung präzisiert, wonach nur materiellrechtliche Verbote des Gesetzes gemeint sind, nicht

jedoch verfahrensrechtliche Regelungen oder etwa das in den Teilen 4 bis 6 enthaltene Vergaberecht.

## **Zu Nummer 58**

### **Zu § 89a**

#### **Zu Buchstabe a**

Folgeänderung zu der Änderung des § 33 und Einführung des neuen § 33a. Der bisherige § 89a Absatz 1 bezog sich u.a. auf den bisherigen § 33 und damit sowohl auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (§ 33 Absatz 1) als auch auf Schadensersatzansprüche einer Partei (bisher § 33 Absatz 3, nunmehr § 33a Absatz 1). Die Änderung ist notwendig, um den Regelungsinhalt des § 89a Absatz 1 beizubehalten.

#### **Zu Buchstabe b**

§ 89a Absatz 3 begrenzt das Risiko eines Klägers, im Falle seines Unterliegens in einem Schadensersatzprozess im Kartellbereich mit übermäßig hohen Prozesskosten konfrontiert zu werden, die durch Nebeninterventionen entstehen. Ziel der Regelung ist es dem Kläger bereits vor dem Beginn des Prozesses die Prognose des Prozesskostenrisikos zu erleichtern. Der Kläger muss gemäß § 101 Absatz 1 ZPO im Falle seines Unterliegens die Kosten der Streithelfer des Beklagten tragen. Gleichzeitig hat er jedoch keinen Einfluss auf die in Kartellfällen häufig hohe Zahl der Streithelfer/Nebenintervenienten. Auch besteht nach bisheriger uneinheitlicher Rechtsprechung keine Gewissheit über die zu erwartenden Kosten pro Streithelfer. Diese Kostenbelastung ist ex ante nicht eindeutig kalkulierbar, so dass Geschädigte von potentiellen Klagen abgeschreckt werden könnten. § 89a Absatz 3 schafft hier Sicherheit und reduziert das maximale Risiko des Klägers durch Nebeninterventionen. Die Praxis von Schadensersatzprozessen der letzten Jahre macht deutlich, dass Kartellanten regelmäßig ihren Mitkartellanten den Streit verkünden, um ihre Regressansprüche (vgl. §§ 830, 840 i.V.m. § 426 BGB) zu sichern (vgl. Weitbrecht, NJW 2012, 881 (883)). Die gesamtschuldnerische Haftung aller Beteiligten an Verstößen im Sinne des § 33a Absatz 1 wird explizit im § 33d Absatz 1 geregelt, so dass weiterhin häufige Streitverkündungen zu erwarten sind. Zudem kommt auch die Streitverkündung gegenüber kartellgeschädigten Abnehmern nachfolgender Marktstufen in Betracht, um sich vor dem Risiko mehrfacher Inanspruchnahme zu schützen.

Darüber hinaus ist die Höhe des Gebührenstreitwerts der Nebenintervention streitig. Teilweise wird vertreten, dass sich der Gebührenstreitwert der Nebenintervention grundsätzlich nach dem Streitwert der Hauptsache richte, wenn der Nebenintervenient im Prozess die gleichen Anträge stellt, wie die von ihm unterstützte Hauptpartei (BGH, 30.10.1959, V ZR 204/57, NJW 1960, 42 (43)), oder wenn er keine eigenen (eingeschränkten) Anträge stellt (so z.B. das OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. Februar 2015, VI-W (Kart) 1/15-CDC Zement). Dies wird unter anderem damit begründet, dass der Nebenintervenient in einem fremden Prozess agiere und lediglich das Interesse einer der Parteien unterstütze, so dass es auf sein eigenes wirtschaftliches Interesse nicht ankomme. Dem wird beispielsweise vom OLG Köln (Beschluss v. 30.3.2012, 16 W 30/11) und vom OLG München (Beschluss v. 3.4.2012, W416/12 Kart) widersprochen. Der Gebührenstreitwert der Nebenintervention könne von dem der Hauptsache abweichen, da er sich gemäß § 48 Absatz 1 Satz 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO nach dem zu schätzenden Interesse des Nebenintervenienten richte. Der Nebenintervenient unterstütze die Partei nur insoweit, als sein eigenes Interesse betroffen sei.

Zur Reduzierung des Prozesskostenrisikos eines Klägers reicht es aus, den Kostenerstattungsanspruch des Streithelfers zu beschränken, ähnlich wie dies § 89a Absatz 1 zu Lasten des Beklagten regelt. Vorgesehen ist daher eine Ermessensentscheidung des Gerichts hinsichtlich des Gegenstandswertes für die für die Kostenerstattung maßgebliche

Vergütung des Rechtsanwalts des Nebenintervenienten und gleichzeitig eine Beschränkung der Summe der Gegenstandswerte mehrerer Nebeninterventionen auf den Wert des Streitgegenstandes der Hauptsache. Diese Beschränkung ist gerechtfertigt. Den gemäß § 33d Absatz 1 gesamtschuldnerisch haftenden Kartellanten drohen im Unterliegensfall Regressansprüche im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs. Ihr Interesse am Obsiegen des Beklagten richtet sich daher nach ihrer Haftungsquote im Innenverhältnis. Maximal kommen Regressansprüche in Höhe der vollen Klageforderung in Betracht. Auch wenn die Höhe eines möglichen Regressanspruchs der unterstützten Hauptpartei zum Zeitpunkt der Wertfestsetzung nicht feststeht, so können die Regressansprüche gegenüber allen Mitkartellanten in der Summe die Klageforderung nicht übersteigen. Die Entscheidung über die Verteilung der Werte der einzelnen Nebeninterventionen wird ins Ermessen des Gerichts gestellt (vgl. § 3 ZPO). Möglich wäre es, die Haftungsquoten im Innenverhältnis bei der Wertfestsetzung zu berücksichtigen. Da diese strittig oder schlicht unbekannt sein können, ist im Rahmen der Ermessensausübung auch eine Aufteilung nach Kopfteilen möglich, was den Grundsätzen des § 100 Absatz 1 und 2 ZPO entsprechen würde.

### **Zu Nummer 59**

### **Zu § 89b**

§ 89b dient der Umsetzung der Artikel 5, 6, 13, 14 der Richtlinie 2014/104/EU.

### **Zu den Absätzen 1 und 2**

Absatz 1 und 2 geben den Gerichten die Möglichkeit, die Erteilung von Auskünften oder die Herausgabe von Beweismitteln innerhalb von Rechtsstreiten anzuordnen, wenn die Voraussetzungen nach § 33g Absätze 1 bis 6 vorliegen.

Die Vorschriften ermöglichen die Anordnung der Auskunftserteilung oder Herausgabe von Beweismitteln, ohne dass dazu ein gesonderter Rechtsstreit über den Anspruch nach § 33g geführt werden muss. Vor allem Dritte, die zur Herausgabe oder Auskunft verpflichtet werden sollen, werden auf diese Weise von ihrem Kostenrisiko entlastet, das sie bei einer Klage tragen würden. Zudem erhalten Dritte, die die Berechtigung der Ansprüche nicht ohne Weiteres einschätzen können, durch die richterliche Anordnung die Gewähr dafür, dass das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 33g von einem Gericht geprüft wurde. Die Regelung § 33g Absatz 6 gehen dabei den Verweigerungsrechten nach § 142 Absatz 2 ZPO vor.

### **Zu Absatz 3**

Zur Beschleunigung der Informationsbeschaffung kann das Gericht über den Anspruch nach § 33g Absatz 1 oder Absatz 2 auch durch Zwischenurteil entscheiden. Dieses Zwischenurteil ist nach Satz 2 selbstständig angreifbar. Die selbstständige Anfechtbarkeit des Zwischenurteils ist sachgerecht. Denn die Entscheidung über den Anspruch nach § 33g hat in rechtlicher Hinsicht keinen Einfluss auf die Entscheidung über den Anspruch auf Schadensersatz.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 regelt die Gründe, aus denen auf Antrag einer Partei ein anhängiger Schadensersatzrechtsstreit ausgesetzt werden kann. Nummer 1 gewährleistet, dass ein Schadensersatzrechtsstreit bis zur Erledigung des Anspruchs nach § 33g auf Auskunft oder Herausgabe ausgesetzt werden kann, damit nicht über den Rechtsstreit entschieden wird, bevor die Auskunft, die den Rechtsstreit beeinflussen soll, erteilt bzw. das Beweismittel herausgegeben ist. Dies setzt voraus, dass der Anspruch nach § 33g unmittelbare tatsächliche Auswirkungen auf den Schadensersatzrechtsstreit hat.

Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU. Die Aussetzungsmöglichkeit soll der Förderung außergerichtlicher Vergleiche dienen.

### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 stellt sicher, dass der Anspruch auf Erteilung einer Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln auch kurzfristig und ohne die Notwendigkeit einer Geltendmachung dieses Anspruchs in einem gesonderten Hauptverfahren durchgesetzt werden kann. Die regelmäßig damit einhergehende Vorwegnahme der Hauptsache ist unvermeidbar, um den Zweck der schnellen Schaffung eines vollstreckungsfähigen Titels zu erreichen. Satz 2 stellt sicher, dass der Verpflichtete vor der Anordnung in jedem Fall angehört wird (Vorgabe des Artikels 5 Absatz 7 der Richtlinie 2014/104/EU).

### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 setzt Artikel 5 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU um. Die Vorschrift bringt den legitimen Schutz von vertraulichen Informationen mit dem Ziel der Richtlinie in Einklang, Geschädigten die zur Rechtsverfolgung erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen.

Das Gericht kann dazu die Offenlegung von vertraulichen Informationen durch begründeten Beschluss anordnen. Dabei hat das Gericht in erster Linie aus eigener Anschauung die Sachdienlichkeit der Informationen für die Schadensersatzklage zu beurteilen. Nur wenn diese gegeben ist, kommt eine Offenlegung von vertraulichen Informationen in Betracht. Für die Entscheidung über die Offenlegung sind darüber hinaus die Interessen des Anspruchstellers und der Betroffenen, deren Geheimnisse offengelegt werden sollen, gegeneinander abzuwägen. Dabei sind insbesondere die in § 33g Absatz 3 Satz 2 benannten Kriterien zu berücksichtigen. Zudem ist zu beachten, dass Informationen, die älter sind als fünf Jahre, in der Regel keine Vertraulichkeit mehr genießen. Unternehmensbezogene Angaben, die geheim und vertraulich waren, sind in der Regel nicht mehr aktuell, da sie ihren geschäftlichen Wert eingebüßt haben (EuG, Beschluss vom 16. November 2012, T-345/12, Celex-Nummer 62012TO0345; ähnlich BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 –, BGHZ 190, 145-172, - juris, Rn. 77). Das Interesse des mutmaßlichen Schädigers, eine Inanspruchnahme auf Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 zu vermeiden, ist nicht als schutzwürdiges Interesse in die Abwägung einzubeziehen (Artikel 5 Absatz 5 der Richtlinie 2014/104/EU).

### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 ermöglicht den Gerichten ein an die Praxis zur Gewährleistung der Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei immaterialgüterrechtlichen Besichtigungs- und Auskunftsansprüchen (z. B. § 140b des Patentgesetzes) angelehntes Vorgehen (Kühnen, GRUR 2005, 185ff.). Dabei ist es insbesondere Aufgabe des Gerichts zu gewährleisten, dass vor allem keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch Bevollmächtigte oder Gutachter der Parteien an die von ihnen vertretenen Parteien oder Dritte weitergegeben werden.

### **Zu Absatz 8**

Absatz 8 setzt Artikel 6 Absatz 7 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Die Vorschrift schafft die Möglichkeit, die Reichweite von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen gerichtlich überprüfen zu lassen. Um zu gewährleisten, dass von dieser Überprüfbarkeit nur in solchen Fällen Gebrauch gemacht wird, in denen ein Anlass dazu besteht, enthält Satz 1 ein Begründungserfordernis. Der Antragsteller soll, soweit er dazu in der Lage ist, darlegen, aus welchen Gründen und ggf. in welchem Umfang ein Beweismittel nicht vom Schutz für Kronzeugenerklärungen oder Vergleichs-

ausführungen erfasst sein soll. Soweit das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass ein Beweismittel vollständig oder teilweise nicht unter den Schutz nach § 33g Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 oder 2 fällt, kann es nach den allgemeinen Regeln deren Herausgabe bzw. Auskunftserteilung anordnen.

Das Erfordernis, die betroffene Wettbewerbsbehörde anzuhören, gewährleistet, dass dem Gericht bei seiner Entscheidung die Einschätzung der Wettbewerbsbehörde mit ihrem besonderen Sachverstand und ihrer Praxiserfahrung zur Verfügung steht. Zudem ist auch das Bundeskartellamt nach § 90 Absatz 1 zu beteiligen.

Die Mitglieder des Gerichts sind nach Satz 5 zur Geheimhaltung verpflichtet und haben dies auch bei der Erstellung der Entscheidungsgründe zu beachten. Das Gericht muss sicherstellen, dass die übersandten Dokumente nur dem Gericht zugänglich sind und die darin enthaltenen Informationen nicht Dritten oder Verfahrensbeteiligten offengelegt werden, soweit sie Kronzeugenerklärungen oder nicht zurückgezogene Vergleichsausführungen enthalten.

### **Zu § 89c**

#### **Zu den Absätzen 1 und 2**

Die Absätze 1 und 2 setzen Artikel 6 Absatz 1 und Absatz 10 der Richtlinie um.

Aufgrund dieser Vorschrift können Gerichte im Rahmen eines bei ihnen anhängigen Rechtsstreits die Wettbewerbsbehörden um Vorlage von Urkunden und Gegenständen aus der kartellbehördlichen Verfahrensakte zum Zwecke der Offenlegung ersuchen. Dazu gehören auch solche Beweismittel, die in dem betreffenden wettbewerbsbehördlichen Verfahren amtlich verwahrt werden. Die Regelung stellt damit eine Sonderregelung zu den ohnehin bereits möglichen gerichtlichen Ersuchen um Vorlage der Akte nach § 273 Absatz 2 ZPO und die mögliche Einsichtsgewährung nach § 299 ZPO dar. Das Ersuchen nach § 273 Absatz 2 ZPO bleibt durch die Vorschriften dieses Paragraphen unberührt, wenn die Unterlagen nur gerichtsintern verwendet werden sollen. Sollen Beweismittel aus der Akte auch den Parteien zugänglich gemacht werden, so kann dies aber künftig nur noch erfolgen, soweit die Voraussetzungen dazu nach der vorliegenden Regelung gegeben sind. Daneben kann das Gericht auch um die Erteilung amtlicher Auskünfte ersuchen, um diese den Parteien zugänglich zu machen, soweit dies nicht unverhältnismäßig ist (vgl. Absatz 3).

Der Antragsteller muss nach Absatz 1 glaubhaft machen, einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 zu haben und die in der Akte erwarteten, erforderlichen Informationen auf zumutbare andere Weise nicht erlangen zu können. Durch diese Voraussetzungen wird gewährleistet, dass die Beweismittel – entsprechend Artikel 6 Absatz 10 der Richtlinie – vorrangig nach § 33g von Privaten verlangt werden.

Der Antrag an das Gericht soll mit Blick auf die Voraussetzungen des Absatzes 2 möglichst genau bestimmen, welcher Inhalt in dem jeweiligen Beweismittel erwartet wird und aus welchen Gründen vermutet wird, dass sich das betreffende Beweismittel in den Akten der Wettbewerbsbehörde befindet. Zudem soll der Antragsteller die Erforderlichkeit des jeweiligen Beweismittels für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs bzw. für die Verteidigung gegen diesen erläutern. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Antrag verhältnismäßig ist (vgl. Absatz 3) kann es nach Absatz 2 Einsicht in die Beweismittel aus der wettbewerbsbehördlichen Akte gewähren oder Auskünfte aus der Akte erteilen, soweit dies dem Umfang des Antrags entspricht, die Informationen oder Beweismittel für die Durchsetzung des Anspruchs oder die Verteidigung gegen diesen erforderlich sind und die Einsichtnahme oder Auskunftserteilung nicht unverhältnismäßig ist (vgl. Absatz 3).

Bevor das Gericht Einsicht gewährt oder Auskunft erteilt, hat es die davon Betroffenen und die Wettbewerbsbehörde, deren Akte betroffen ist, anzuhören (Absatz 2 Satz 2). Zudem ist dem Bundeskartellamt nach § 90 Absatz 1 Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Mit Absatz 2 Satz 3 wird insbesondere der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gewährleistet. Die Ausnahme von Auskunftserteilung oder der Zugänglichmachung soll jedoch nur erfolgen, wenn wichtige Gründe dafür sprechen. Diese sind im Rahmen der Anhörung nach Satz 2 vorzutragen. Erforderlichenfalls hat das Gericht weitere Anhörungen durchzuführen, z.B. wenn Geheimnisse Dritter betroffen sein können, die zuvor nicht bekannt waren. Das Verfahren nach § 89b Absatz 6 ermöglicht die Offenlegung der nach Satz 3 geheim gehaltenen Informationen (Absatz 2 Satz 4).

### **Zu Absatz 3**

Die Vorschrift setzt Artikel 6 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU um.

Die Verhältnismäßigkeitserwägungen sind sowohl bei der Entscheidung über das Ersuchen der Wettbewerbsbehörde nach Absatz 1 als auch bei der Abwägung über für Herausgabe von Beweismitteln aus der Akte sowie die Auskunftserteilung daraus nach Absatz 2 zu berücksichtigen. Sowohl die Anordnung der Vorlage der Akte und der zugehörigen Beweisstücke als auch die Anordnung der Einsichtnahme in bzw. die Auskunftserteilung aus dem Akteninhalt müssen verhältnismäßig sein (Satz 1). Dabei hat das Gericht in seine Abwägung zunächst dieselben Erwägungen nach § 89b Absatz 3 Satz 2 einzubeziehen wie bei der Entscheidung über die Auskunftserteilung und die Herausgabe von Beweismitteln durch Private.

Mit der möglichst genauen Bestimmtheit des in der Akte erwarteten Beweismittels (Nummer 1) wird verhindert, dass durch eine allgemeinere Bestimmung eine umfassendere Information erlangt werden kann. Wenn das in der wettbewerbsbehördlichen Akte erwartete Beweismittel nur allgemein beschrieben ist, wird es in der Regel angemessen sein, statt einer Einsicht in bestimmte Beweismittel nur eine dem Antrag entsprechend allgemein gehaltene Auskunft zum Inhalt der Akte zu erteilen, der dem Antragsteller eine konkretere Bestimmung des Beweismittels oder der Information ermöglicht, auf deren Erlangung sein Antrag zielt. Die Möglichkeit der Einsicht nach Absatz 2 soll nicht zu einer Ausforschung von Personen führen können, deren Informationen in der Akte enthalten sind.

Bei einem Antrag, der im Hauptsacheverfahren über den Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 gestellt wird, ist in höherem Maße gewährleistet, dass die Einsicht zum Zweck der Informationsbeschaffung für diesen Rechtsstreit erfolgt und die Informationsbeschaffung nicht anderen Zielen dient. Dies ist bei der Abwägung ebenfalls zu berücksichtigen (Nummer 2).

Schließlich ist bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit in besonderer Weise dem Interesse der Allgemeinheit an der Effektivität der öffentlichen Kartellverfolgung Rechnung zu tragen (Nummer 4). Die Einsichtnahme in oder die Auskunftserteilung aus der wettbewerbsbehördlichen Akte kann erhebliche Auswirkungen auf die Verfahrenspraxis von Wettbewerbsbehörden haben, wenn Informationen offengelegt werden, deren Geheimhaltung durch die Wettbewerbsbehörde zugesichert wurde oder die inhaltlich in engem Zusammenhang mit solchen besonders geschützten Dokumenten stehen. In besonderer Weise ist daher der Einfluss auf laufende Verfahren und die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren zu beachten.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 6 Absätze 5 bis 7 um.

Die Wettbewerbsbehörden können die Vorlegung von Beweismitteln in den Fällen nach Satz 1 Nummern 1 bis 4 sowie § 33g Absatz 5 ablehnen. Diese Ablehnungsrechte betreffen die nach der Richtlinie ausdrücklich von der Offenlegung ausgenommenen Beweismittel.

Die Herausgabe von Kronzeugenerklärungen, Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden, und internen Vermerken können die Wettbewerbsbehörden immer ablehnen. Interne Vermerke sind Unterlagen und Daten, denen allein eine innerdienstliche Bedeutung zukommt. Dies sind insbesondere Arbeitsvermerke im Fortgang der Ermittlungen unter Bewertung der bisherigen Ermittlungsergebnisse oder sonstige rein interne behördliche Hilfs- oder Arbeitsmittel nebst entsprechenden Dateien, die Handakten der Ermittlungsbehörden sowie andere innerdienstliche Vorgänge wie etwa Entwürfe und Notizen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2009 – 3 StR 89/09 –, Rn. 20, juris). Diese waren schon bisher von der Akteneinsicht nach § 406e StPO ausgenommen (AG Bonn, Beschluss vom 18. Januar 2012 – 51 Gs 53/09 –, juris, Rn. 31). Zudem können die Behörden Herausgabe von verfahrensbezogener Kommunikation der Wettbewerbsbehörden mit der Europäischen Kommission, den Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und den in gerichtlichen Bußgeldverfahren zuständigen Generalstaatsanwaltschaften ablehnen (Nummer 4).

Bis zum Abschluss des behördlichen Verfahrens können die Wettbewerbsbehörden auch die Herausgabe von Beweismitteln ablehnen, die unter § 33g Absatz 5 fallen (Satz 2, 1. Halbsatz). Nach Abschluss des Verfahrens erlischt das Ablehnungsrecht und die Behörden sind verpflichtet diese Beweismittel in gleicher Weise wie nicht geschützte Beweismittel an das ersuchende Gericht zu übermitteln.

Satz 2 sieht in entsprechender Anwendung des § 89b Absatz 8 eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit für den Umfang des Ablehnungsrechts der Wettbewerbsbehörde vor. Dazu übersendet die Behörde, dem Gericht auf sein Ersuchen hin, die Beweismittel, deren Übersendung sie nach Satz 1 abgelehnt hat. Dabei sind nur solche Beweismittel zu übersenden, die von dem zugrundeliegenden Antrag nach § 89b Absatz 8 erfasst sind. Das Gericht entscheidet dann, ob und in welchem Umfang die Beweismittel dem Ablehnungsrecht nach diesem Absatz unterfallen. Dabei sind insbesondere die Geheimhaltungspflichten nach § 89b Absatz 8 zu beachten.

### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 stellt sicher, dass die Regelungen des § 89c zum Antrag auf Einsicht in die Akten der Wettbewerbsbehörde nicht durch einen Akteneinsichtsantrag nach § 406e oder nach § 475 StPO umgangen werden. Die Regelung gewährleistet zudem die von Artikel 6 Absatz 10 vorgesehene Subsidiarität der Einsicht in die Akten der Wettbewerbsbehörden. Um potentiellen Geschädigten auch weiterhin die Prüfung ihrer Schadensersatzansprüche und ggf. die Vorbereitung der Sammlung weiterer Informationen zu ermöglichen, sieht Satz 2 die Möglichkeit der Einsichtnahme in Bußgeldbescheide vor, unabhängig davon, ob der betreffende Bußgeldbescheid zum Zeitpunkt der Einsichtsgewährung rechtskräftig ist oder nicht.

Satz 3 stellt klar, dass § 33g Absatz 1 und Absatz 2 keine Anwendung auf Wettbewerbsbehörden findet. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Regelungen dieses Paragraphen, die die besonderen Vorgaben des Artikels 6 der Richtlinie umsetzen, nicht umgangen werden, indem von Wettbewerbsbehörden die Herausgabe von Beweismitteln oder Auskunftserteilung nach § 33g verlangt wird.

### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 regelt, dass die übrigen Bestimmungen des § 89c auch anwendbar sind, wenn sich die wettbewerbsbehördliche Akte oder Teile davon bei einer anderen Behörde, zum

Beispiel bei Staatsanwaltschaften, oder einem Gericht befindet. Diese treten in die Rolle der Wettbewerbsbehörde ein. Die notwendige Beteiligung der zuständigen Wettbewerbsbehörde bleibt davon unberührt (Satz 2).

### **Zu § 89d**

§ 89d dient der Umsetzung von Artikel 7 der Richtlinie 2014/104/EU. Die Absätze 1 bis 3 gewährleisten, dass die dort bezeichneten Beweismittel in Rechtsstreiten um Schadensersatz wegen eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 nicht zum Beweis einer Tatsache verwendet werden können.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2014/104/EU um.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 2014/104/EU um.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU um.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 gewährleistet, dass die Vorgaben der Artikel 5 und 6 der Richtlinie 2014/104/EU und deren Umsetzung in den §§ 33g und 89c nicht durch andere zivilprozessuale Vorlagepflichten oder Offenlegungspflichten unterlaufen werden.

### **Zu § 89e**

#### **Zu Absatz 1**

Die Richtlinie 2014/104/EU verwendet an zahlreichen Stellen den Begriff *Wettbewerbsbehörden*, um damit die Europäische Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden zu bezeichnen (Artikel 2 Nr. 8 der Richtlinie). Wettbewerbsbehörden in diesem Sinne sind in Deutschland das Bundeskartellamt und die Kartellbehörden der Bundesländer sowie die Europäische Kommission und die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Absatz 1 ist erforderlich, um die Lesbarkeit und Verständlichkeit der Vorschriften zu wahren, die auf diese Behörden Anwendung finden sollen. Zudem wird der Begriff der Wettbewerbsbehörde im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht einheitlich verwendet. Die Regelung dieses Absatzes ist daher auch zur Klarstellung erforderlich.

#### **Zu Absatz 2**

Zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU werden zahlreiche Verfahrensvorgaben der Richtlinie als materiell-rechtliche Regelungen ausgestaltet. Der Absatz gewährleistet, dass den Prozessparteien keine Nachteile entstehen, wenn von deutschen Gerichten Schadensersatzansprüche wegen Verstößen gegen nationales Wettbewerbsrecht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union entschieden werden, die nicht unter § 33a Absatz 1 fallen, weil sie keinen Verstoß im Sinne des § 33 Absatz 1 darstellen. Der Absatz ordnet die entsprechende Anwendbarkeit der materiell-rechtlich ausgestalteten Verfahrensvorgaben der Richtlinie auf solche Schadensersatzansprüche an, die sich nicht aus dem deutschen Recht ergeben. Ohne diese Regelung würde die Gefahr bestehen, dass

die Umsetzungen dieser Vorgaben der Richtlinie auf solche Fälle keine Anwendung finden würde.

In Fällen grenzüberschreitender Zustellungen von gerichtlichen Anordnungen oder der grenzüberschreitenden Beweisaufnahme sind immer auch die Regelungen in den Verordnungen (EU) Nr. 1393/2007 und Nr. 1206/2001 über die die Zustellung gerichtliche und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen und über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen und im Verhältnis zu Drittstaaten die für den vertraglichen oder vertraglosen Rechthilfeverkehr jeweils geltenden Regelungen zu beachten.

### **Zu Nummer 60**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

### **Zu Nummer 61**

### **Zu § 90**

#### **Zu Buchstabe a**

Die Änderung stellt klar, dass unabhängig von Gericht und Verfahrensart in allen Rechtsstreitigkeiten mit Bezug zum EU-Kartellrecht oder der parallelen deutschen Norm des GWB nicht nur die Informationspflichten nach Absatz 1 bestehen, sondern auch das Stellungnahmerecht der Kartellbehörden nach Absatz 2 und 3, wie es auch zur vollständigen Umsetzung von Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 geboten ist. Außer in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kann die Anwendung des EU-Kartellrechts als Haupt- oder Vorfrage auch in Verfahren vor den Sozialgerichten, den Verwaltungsgerichten, den Arbeitsgerichten oder den Verfassungsgerichten in Betracht kommen. Satz 2 stellt klar, dass die Unterrichtungspflicht auch in Fällen besteht, in denen – wie etwa in § 69 Absatz 2 Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – eine entsprechende Anwendung der in Satz 1 genannten Bestimmungen vorgesehen ist.

Die Regelung ermöglicht dem Bundeskartellamt zudem durch seine Stellungnahmen dazu beizutragen, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Wahrung der Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts in Deutschland in Verfahren über die Auskunftserteilung und Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g und §§ 89b ff. hinreichend und angemessen berücksichtigt wird. Durch die Pflicht der Gerichte, das Bundeskartellamt auch über Verfahren wegen des Anspruchs nach § 33g, Auskunftersuchen nach § 89c sowie Anordnungen nach § 89b Absatz 2 zu unterrichten, wird gewährleistet, dass das Bundeskartellamt über alle Offenlegungen nach diesen Vorschriften in Deutschland informiert wird, auch wenn es selbst nicht unmittelbar von dem Verfahren betroffen ist. Damit wird das in Erwägungsgrund 30 der Richtlinie vorgeschlagene Informationssystem für Offenlegungen in Deutschland eingerichtet.

#### **Zu Buchstabe b**

§ 90 Absatz 5 dient der Umsetzung von Artikel 17 Absatz 3 der Richtlinie 2014/104/EU. Das Gericht kann danach beim Bundeskartellamt eine Stellungnahme zur Bemessung der Höhe des durch einen Verstoß gegen das Kartellrecht entstandenen Schadens beantragen. Die Abgabe der Stellungnahme steht im freien Ermessen des Bundeskartellamts. Bei der Ausübung des Ermessens wird das Bundeskartellamt insbesondere die Verfahrensbelastung und das vorrangige Interesse der Allgemeinheit an seiner Tätigkeit in der öffentlichen Kartellverfolgung zu berücksichtigen haben. Satz 2 stellt klar, dass das Stellungnahmerecht des Präsidenten des Bundeskartellamts nach Absatz 2 von der Regelung des Satzes 1 unberührt bleibt. Auch ohne Antrag eines Gerichts kann das Bundeskartellamt

danach zur Bemessung der Höhe des Schadens in einem gerichtlichen Verfahren Stellung nehmen.

#### **Zu Nummer 62**

Neufassung der Gliederungsebenen, siehe Begründung zu Nummer 1.

#### **Zu Nummer 63**

#### **Zu § 186**

Absatz 3 regelt das Verhältnis der für den Übergangszeitraum konzipierten Ausfallhaftung des § 81a zu den neuen Bestimmungen in § 81 Absatz 3a bis e, die den Kreis der Bußgeldverantwortlichen ausgehend vom Unternehmensbegriff erweitern. Die Regelungen über die Ausfallhaftung finden demnach nur Anwendung, wenn das Erlöschen der nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes eintritt oder nach diesem Zeitpunkt Teile des Vermögens verschoben werden. Die Regelungen über die Ausfallhaftung kommen zum Tragen, soweit die Tat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits beendet war. Wurde die Tat ganz oder teilweise nach diesem Zeitpunkt begangen, gehen die Regelungen des § 81 Absatz 3a bis e vor.

#### **Zu Artikel 2 (Änderung des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung, der Verweis bezieht sich auf den neuen § 90 Absatz 1 Satz 4 GWB, der mit der bisherigen Satz 2 wortgleich ist.

#### **Zu Artikel 3 (Änderung des Sozialgerichtsgesetzes)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung. Aufgrund der Streichung von § 78a GWB und der gleichzeitigen Ergänzung von § 73 GWB muss der Verweis entsprechend angepasst werden.

#### **Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)**

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.

#### **Zu Artikel 5 (Neubekanntmachung)**

Aufgrund der zahlreichen Änderungen ist eine Neubekanntmachung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angebracht. Die Vorschrift enthält die hierfür erforderliche Ermächtigung.