www.betriebs-berater.de

Betriebs Berater

75 Jahre

10|2021

10. GWB-Novelle ... Weltsteuerordnung ... Konzernklausel ... Vergütungssysteme ... Recht ...

8.3.2021 | 76. Jg.
Seiten 577–640

DIE ERSTE SEITE

Dipl.-Betriebsw. **Gerhard Schmitt**, RA/StB
Bruxellis locuta – Causa finita? – Ertragsteuerliche Folgefragen aus dem Handels- und Kooperationsabkommen mit dem Vereinigten Königreich

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Harald Kahlenberg, RA, **Dr. Dietmar Rahlmeyer**, RA, und **Peter Giese**, RA
Die 10. GWB-Novelle: Mehr als eine Digitalisierungsnovelle | 579

STEUERRECHT

Falk Thörmer, LL.M., StB
Das neue Besteuerungsrecht der Marktstaaten an digitalen und konsumentenorientierten Geschäftsmodellen – Eine stabile Säule der neuen „Weltsteuerordnung"? | 599

Elisabeth Märker, RAin
Die Vorbehaltensfrist der Konzernklausel im Lichte des gleich lautenden Ländererlasses vom 22.9.2020 | 605

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Annekatrin Veit, RAin/StBin
BB-Rechtsprechungsreport zur Bilanzierung betrieblicher Altersversorgung 2020/2021 | 619

ARBEITSRECHT

Dominik von Zehmen, RA
Vergütungssysteme für Vorstände auf dem Prüfstand | 628

BB-Rechtsprechungsreport zur Bilanzierung betrieblicher Altersversorgung 2020/2021

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Dr. Harald Kahlenberg, RA, Dr. Dietmar Rahlmeyer, RA, und Peter Giese, RA*

Die 10. GWB-Novelle: Mehr als eine Digitalisierungsnovelle

Das GWB-Digitalisierungsgesetz enthält als Kernstück ein ganzes Bündel von Maßnahmen zur Verschärfung der Missbrauchsaufsicht über digitale Märkte und digitale Plattformen. Außerdem erleichtern Änderungen des Verwaltungsverfahrens die Kartellrechtsdurchsetzung, und die Umsetzung der ECN+-Richtlinie erweitert die Kompetenzen des Bundeskartellamts in Verwaltungs- und Bußgeldverfahren erheblich.

I. Einleitung

Seit Langem hat es Pläne gegeben, die kartellrechtlichen Vorschriften für die digitale Wirtschaft an die modernen Anforderungen anzupassen. Zunächst verzögerte sich die Vorlage eines offiziellen Referentenentwurfs[1] bis zum 24.1.2020 und des Kabinettsbeschlusses über den Regierungsentwurf[2] bis zum 9.9.2020.[3] Der Regierungsentwurf wurde am 29.10.2020 in erster Lesung im Bundestag beraten und anschließend an den federführenden Wirtschaftsausschuss und weitere Ausschüsse des Bundestages[4] verwiesen. In seiner Sitzung am 6.11.2020 befasste sich der Bundesrat[5] im ersten Durchgang mit dem Gesetzesentwurf. Am 25.11.2020 fand die Anhörung im Wirtschaftsausschuss statt. Dann ging es ganz schnell: Am 13.1.2021 stimmte der Wirtschaftsausschuss für das GWB-Digitalisierungsgesetz, der Bundestag beschloss das Gesetz nach zweiter und dritter Lesung am 14.1.2021 und der Bundesrat im zweiten Durchgang am 18.1.2021, das Gesetz wurde am selben Tag im Bundesgesetzblatt verkündet[6] und trat am 19.1.2021 in Kraft.[7] Das GWB-Digitalisierungsgesetz dient auch der Umsetzung der ECN+-Richtlinie[8], die bis zum 4.2.2021 in nationales Recht umzusetzen war.

II. Überblick

Die 10. GWB-Novelle verdient ihren Namen: Das GWB-Digitalisierungsgesetz führt nicht nur eine verschärfte Missbrauchsaufsicht insbesondere gegenüber marktstarken Digitalunternehmen ein (dazu III.). Es hat auch zum Ziel, den Mittelstand in der Fusionskontrolle zu entlasten (dazu IV.), das Verwaltungsverfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen, vor allem durch eine erleichterte Möglichkeit der Anordnung einstweiliger Maßnahmen (dazu V.), das Bußgeldrecht an die ECN+-Richtlinie anzupassen und Kriterien für die Bemessung von Bußgeldern festzulegen (dazu VI.), die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen von Kartellgeschädigten zu erleichtern (dazu VII.) sowie die Zusammenarbeit im europäischen Netzwerk der Wettbewerbsbehörden zu verbessern (dazu VIII.). Der Gesetzgeber greift aber mehrere Überlegungen zu Gesetzesänderungen nicht auf (dazu IX.).

III. Missbrauchsaufsicht

Zu den erklärten Zielen der 10. GWB-Novelle gehört die Schaffung eines Ordnungsrahmens, der auf die Anforderungen der Digitalisierung der Wirtschaft abgestimmt ist. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht wurde überarbeitet, um den Missbrauch von Marktmacht insbesondere durch digitale Plattformen besser erfassen und effektiv beenden zu können.[9] Hierzu greift der Gesetzgeber verschiedene Handlungsempfehlungen aus Studien, vor allem aus der von dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenen Studie „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ auf[10] und ändert das GWB wie folgt: Erstens wurde in § 18 Abs. 3b GWB das Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ etabliert, um der Vermittlungs- und Steuerungsfunktion von Plattformen Rechnung tragen zu können. Zweitens wurde in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB in Angleichung an die europäische Anwendungspraxis die sog. „*essential facilities doctrine*“ neu gefasst. Drittens schafft der Gesetzgeber mit § 19a GWB ein Novum, nämlich eine Kontrollmöglichkeit über Unternehmen, insbesondere der Digitalwirtschaft, mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb. Viertens wurde in § 20 Abs. 1 GWB der Schutzbereich auf große Unternehmen ausgeweitet. Fünftens normiert § 20 Abs. 1a GWB in bestimmten Konstellationen einen Anspruch auf Datenzugang. Sechstens wurde in § 20 Abs. 3a GWB ein Eingriffstatbestand für das sog. Tipping von Märkten eingeführt.[11]

* Die Autoren danken Frau Rechtsanwältin *Dr. Kathrin Schürnbrand* für ihre sehr kundige Unterstützung bei der Erstellung dieses Aufsatzes.

1 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 24.1.2020, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (Abruf: 21.2.2021).

2 Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492 vom 19.10.2020 beinhaltet in seinem Titel gleich auch Eigenlob: „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)“, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-gwb-digitalisierungsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (Abruf: 21.2.2021).

3 Zum Regierungsentwurf *Kahlenberg/Rahlmeyer/Giese*, BB 2020, 2691, mit zahlreichen Literaturnachweisen in dortiger Fn. 1.

4 Neben dem federführenden Wirtschaftsausschuss sind dies der Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz, der Gesundheitsausschuss, der Ausschuss für Kulturfragen, der Rechtsausschuss und der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit. Die Empfehlungen der Ausschüsse stammen vom 23.10.2020, BR-Drs. 568/1/20, abrufbar unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2020/0501-0600/568-1-20.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf: 21.2.2021).

5 Die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 568/20 vom 25.9.2020, als besonders eilbedürftige Vorlage gemäß Art. 76 Abs. 2 S. 4 GG, abrufbar unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2020/0501-0600/568-20.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf: 21.2.2021).

6 Das im BGBl. 2021 I Nr. 1, vom 18.1.2021, Seite 2, verkündete GWB-Digitalisierungsgesetz ist abrufbar unter https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D__1614061333353 (Abruf: 22.2.2021).

7 Eine konsolidierte Fassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter Berücksichtigung der 10. GWB-Novelle ist abrufbar unter https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-konsolidierte-Vorschriften.pdf (Abruf: 22.2.2021).

8 Richtlinie EU 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABlEU vom 14.1.2019, L 11, 3.

9 RegE (Fn. 2), S. 1.

10 RegE (Fn. 2), S. 62.

11 RegE (Fn. 2), S. 64.

1. Änderungen bei der Definition der Marktbeherrschung in § 18 GWB

Um die Anwendung des Kartellrechts auf digitale Märkte sicherzustellen, ergänzt das GWB-Digitalisierungsgesetz in § 18 GWB die Kriterien zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens.[12]

Das GWB-Digitalisierungsgesetz erweitert in § 18 Abs. 3 GWB den Katalog der zu berücksichtigenden Kriterien bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens. Nach dem neuen § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist auch der Zugang eines Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten, und zwar in allen Wirtschaftsbereichen, zu berücksichtigen. In der bisherigen Fassung des GWB galt dieses Kriterium gemäß § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB „*insbesondere bei mehrseitigen Märkten*". Die Änderung soll der wachsenden Bedeutung von Daten in allen Wirtschaftsbereichen Rechnung tragen.[13] Der Begriff der „Daten" taucht auch an anderen Stellen des GWB-Digitalisierungsgesetzes immer wieder auf. Um Unklarheiten bei der Auslegung des Datenbegriffes und eine damit verbundene erhebliche Rechtsunsicherheit[14] zu vermeiden, wäre eine gesetzliche Definition des Begriffs der „Daten" wünschenswert gewesen.

Das GWB-Digitalisierungsgesetz nimmt in dem neuen § 18 Abs. 3b GWB (und in § 20 Abs. 1 S. 2 GWB) das Konzept der sog. „Intermediationsmacht" auf: Danach ist „*[b]ei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, […] insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen*". Die Aufnahme dieses Konzepts in die Kriterien zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung soll der Bedeutung der Intermediäre für diejenigen Unternehmen Rechnung tragen, die ihre Produkte und Dienstleistungen über Intermediäre – laut Regierungsbegründung „*typischerweise mehrseitige digitale Plattformen*„ – anbieten. Da die Anbieter auf solchen Plattformen auf ein möglichst vorteilhaftes Listing angewiesen seien, könne eine Plattform im Extremfall den Marktzugang von Anbietern kontrollieren.[15] Mit dieser Ergänzung von § 18 Abs. 3b GWB folgt der Gesetzgeber den Empfehlungen der Studie zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen" und der Empfehlung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 in ihrem Bericht „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft".[16] Nach seinem Wortlaut fallen nicht nur digitale, sondern alle Arten von mehrseitigen Märkten in den Anwendungsbereich von § 18 Abs. 3b GWB.[17]

2. Anpassungen beim Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 GWB

Eine Reihe von Änderungen betrifft die Regelung des verbotenen Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen in § 19 GWB.

Das GWB-Digitalisierungsgesetz ersetzt in § 19 Abs. 1 GWB die Worte „die missbräuchliche Ausnutzung" durch „*[d]er Missbrauch*". Damit soll klargestellt werden, dass es für das Missbrauchsverbot entgegen der Entscheidung des OLG Düsseldorf i. S. Facebook[18] nicht auf eine strikte Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Verhaltensweise ankommt und es mithin nicht (mehr) erforderlich sein soll, dass der Normadressat seine Verhaltensweise allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann.[19] Ausdrücklich nicht beabsichtigt sein soll indes eine Öffnung des Tatbestandes von § 19 GWB für jede Art von rechtswidrigem Verhalten durch marktmächtige Unternehmen.[20] Gegenstand des GWB sei das sich in Marktbeziehungen vollziehende Marktverhalten von marktmächtigen Unternehmen. Verstöße von marktbeherrschenden Unternehmen gegen Rechtsnormen, die nicht den Inhalt von Marktbeziehungen zum Inhalt haben – die Regierungsbegründung nennt das Steuer-, Arbeits- oder Umweltrecht –, könnten keine Verletzung des Missbrauchsverbots begründen.[21]

Neu gefasst und um den Datenzugang erweitert wurde auch die *essential facilities doctrine* in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Danach liegt ein Missbrauch künftig insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Ware oder gewerblichen Leistung „*sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer solchen Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen, oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt*". Zielte das Verständnis des bisherigen Tatbestandes der missbräuchlichen Zugangsverweigerung in erster Linie auf die Verweigerung des Zugangs zu physischer Infrastruktur, stellt der Gesetzgeber nunmehr klar, dass auch die Weigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen, die Weigerung der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten und die Weigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten missbräuchlich sein können.[22] Beibehalten wird in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB die bisherige Formulierung „*gegen angemessenes Entgelt*". Trotzdem ist nach der Begründung des Regierungsentwurfs nicht ausgeschlossen, dass es auch Fälle geben kann, in denen eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt.[23]

3. Neue Anforderungen an Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb, § 19a GWB

Das größte Novum ist § 19a GWB. Mit § 19a GWB wurde dem Bundeskartellamt eine stärkere Kontrolle von solchen großen (Digital-) Konzernen ermöglicht, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.[24]

Dazu wurde ein neuartiges zweistufiges Verfahren eingeführt:

Nach § 19a Abs. 1 S. 1 GWB kann das Bundeskartellamt für ein Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf mehrseitigen Märkten im Sinne von § 18 Abs. 3a GWB tätig ist, durch gesonderte Verfügung zunächst feststellen (1. Stufe), dass diesem eine überragende markt-

12 RegE (Fn. 2), S. 79.
13 RegE (Fn. 2), S. 79.
14 So auch die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) – Vorschriften über die Reform der Missbrauchsaufsicht und zum Thema Digitalisierung, 26.2.2020, abrufbar unter https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/73a15d4c84c8c2c30822454ada3ed1fa/200214_stuv_stellungnahme_digitalisierung_missbrauchsaufsicht_10_gwb_novelle_bmwi.pdf (Abruf: 21.2.2021), S. 10.
15 RegE (Fn. 2), S. 80.
16 RegE (Fn. 2), S. 80.
17 Zur Kritik zum unklaren Wortlaut Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf (Fn. 14), S. 5 und S. 15.
18 OLG Düsseldorf, 26.8.2019 – Kart 1/19 (V), BB 2019, 2507 m. BB-Komm. *Galle*, K&R 2019, 661, WRP 2019, 1333, NZKart 2019, 495.
19 RegE (Fn. 2), S. 81.
20 RegE (Fn. 2), S. 82.
21 RegE (Fn. 2), S. 82.
22 RegE (Fn. 2), S. 83.
23 RegE (Fn. 2), S. 84.
24 Zur möglichen Verfassungswidrigkeit *Kahlenberg/Rahlmeyer/Giese* BB 2020, 2691, 2692 f.

übergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.[25] Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen eine solche überragende marktübergreifende Bedeutung hat, sind nach § 19a Abs. 1 S. 2 GWB insbesondere seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten, also auch auf anderen Märkten (Nr. 1), seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen (Nr. 2), seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten (Nr. 3), sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (Nr. 4) sowie seine Bedeutung für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter (Nr. 5) zu berücksichtigen. Diese Kriterien sind nicht abschließend und müssen nicht kumulativ erfüllt sein. Vielmehr ist – der Regierungsbegründung gemäß – eine Gesamtwürdigung aller im Einzelfall relevanten Umstände vorzunehmen.[26]

Nach der Regierungsbegründung zielt die Norm „auf einen kleinen Kreis von Unternehmen, die nicht nur häufig eine beherrschende Stellung auf einzelnen Plattform- oder Netzwerkmärkten im Sinne des § 18 Ab. 3a GWB innehaben, sondern über Ressourcen und eine strategische Positionierung verfügen, die es ihnen ermöglicht, erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter zu nehmen".[27] Das spricht für eine Gesetzesintention, nach der das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung Voraussetzung für die Anwendung der Norm ist.[28] Der Wortlaut der untersagungsfähigen Verhaltensweisen nach § 19a Abs. 2 GWB könnte so zu verstehen sein, dass die Verhaltensweisen nicht auf einem Markt stattfinden müssen, auf dem das marktmächtige Unternehmen marktbeherrschend ist.

Die durch gesonderte Verfügung vorzunehmende Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens ist nach § 19a Abs. 1 S. 3 GWB auf fünf Jahre zu befristen.[29] Nach dem Regierungsentwurf war im Gesetz noch keine Befristung vorgesehen; vielmehr sollte danach eine Frist von „*regelmäßig zwischen 5 und nicht mehr als 10 Jahren*" angemessen sein.[30]

Hat das Bundeskartellamt eine überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb durch (gesonderte) Verfügung festgestellt (1. Stufe), kann es dem Unternehmen gemäß § 19a Abs. 2 GWB durch eine weitere Verfügung (2. Stufe) verschiedenste Verhaltensweisen untersagen. Die Feststellung nach Abs. 1 kann mit der Verfügung nach Abs. 2 verbunden werden, § 19a Abs. 2 S. 4 GWB. Nach Kritik, dass die neuen Eingriffstatbestände nicht hinreichend klar und problemgerecht gefasst seien,[31] ist der Eingriffskatalog des Abs. 2 insbesondere durch Beispiele erheblich erweitert worden. Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach § 19a Abs. 1 GWB, dass dem Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt, dem Unternehmen nach Abs. 2 folgende Verhaltensweisen untersagen:

- Selbstbevorzugung, vor allem (a) durch Bevorzugung eigener Angebote bei der Darstellung oder (b) durch ausschließliche Vorinstallation oder anderweitige Integration eigener Angebote (Nr. 1),
- Behinderung auf Beschaffung- und Absatzmärkten, insbesondere (a) durch ausschließliche Vorinstallation oder anderweitige Integration von eigenen Angeboten des marktmächtigen Unternehmens oder (b) durch Behinderung anderer Unternehmen, eigene Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem marktmächtigen Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen (Nr. 2),
- Behinderung von Wettbewerbern auf einem Markt, auf dem das marktmächtige Unternehmen, auch ohne marktbeherrschend zu sein, seine Stellung schnell ausbauen kann, insbesondere (a) durch die automatische und nicht erforderliche Verknüpfung zweier unabhängiger Dienste ohne Einräumung ausreichender Wahlmöglichkeiten oder (b) die Nutzung eines Angebots des marktmächtigen Unternehmens von der Nutzung eines anderen Angebots dieses Unternehmens abhängig zu machen (Nr. 3),
- Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das marktmächtige Unternehmen zur Errichtung von Marktzutrittsschranken oder zur Behinderung von Wettbewerbern gesammelt hat, insbesondere (a) die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer ohne Wahlmöglichkeit der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des marktmächtigen Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, oder (b) die Verarbeitung von durch andere Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten, ohne diese Unternehmen eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Verarbeitung einzuräumen (Nr. 4)
- Behinderung der Interoperabilität von Produkten oder Erschwerung der Portabilität von Daten und damit den Wettbewerb zu behindern (Nr. 5),
- unzureichende Information anderer Unternehmen über Umfang, Qualität oder Erfolg der erbrachten Leistung oder anderweitige Erschwerung der Beurteilung des Wertes dieser Leistung (Nr. 6) sowie
- „Anzapfen" für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens, insbesondere (a) für deren Darstellung die Übertragung von dafür nicht zwingend erforderlichen Daten oder Rechte zu fordern oder (b) die Qualität der Darstellung dieser Angebote von der Übertragung hierzu in keinem angemessenen Verhältnis stehenden Daten oder Rechten abhängig zu machen (Nr. 7).

Der Katalog der Verhaltensweisen, die nach § 19a Abs. 2 GWB untersagt werden können, ist – laut Regierungsbegründung – zwar abschließend im Rahmen von § 19a GWB; das solle jedoch nicht bedeuten, dass die genannten Verhaltensweisen im Einzelfall nicht zugleich unter §§ 19 und 20 GWB fallen könnten.[32]

Die Untersagungsmöglichkeit des Bundeskartellamts besteht in allen Eingriffstatbeständen dann nicht, wenn die Verhaltensweise des Unternehmens sachlich gerechtfertigt ist, § 19a Abs. 2 S. 2 GWB. Die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung soll durch eine Interessenabwägung im Lichte der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes erfolgen.[33] Hierbei sei langfristigen Gesetzeszielen wie der Begrenzung wirtschaftlicher Machtstellungen, der Offenhaltung von Märkten und des Schutzes wettbewerblicher Prozesschancen ein besonderes Gewicht einzuräumen gegenüber kurzfristigen Effizienzen zugunsten betroffener Unternehmer und Verbraucher.[34]

25 RegE (Fn. 2), S. 84.
26 RegE (Fn. 2), S. 86.
27 RegE (Fn. 2), S. 84.
28 Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf (Fn. 14), S. 32.
29 RegE (Fn. 2), S. 85.
30 RegE (Fn. 2), S. 87.
31 Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Referentenentwurf_10_GWB_Novelle.html?nn=3591568 (Abruf: 21.2.2021).
32 RegE (Fn. 2), S. 87.
33 RegE (Fn. 2), S. 89.
34 RegE (Fn. 2), S. 90.

Die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung seiner Verhaltensweise liegt bei dem betreffenden Unternehmen, § 19a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB. Die Regierungsbegründung hält diese Beweislastumkehr für zumutbar, weil die zur Rechtfertigung erforderlichen Informationen aus der Sphäre des betreffenden Unternehmens stammen, dort vorliegen und sich etwa aus internen Strategieunterlagen ergeben sollen.[35] Ohnehin sei die Belastung durch die Beweislastumkehr „begrenzt", da die in § 19a Abs. 2 GWB genannten Verhaltensweisen erst in Verbindung mit einer behördlichen Verfügung unmittelbare Geltung entfalten.[36] Von dieser Beweislastumkehr verspricht sich der Gesetzesentwurf einen „*erheblichen Effektivitätsgewinn*" bei der Anwendung der Norm.[37]

Überraschenderweise ist am Ende des Gesetzgebungsverfahrens eine Regelung in das GWB-Digitalisierungsgesetz aufgenommen worden, wonach über Beschwerden gegen Verfügungen des Bundeskartellamts nach § 19a GWB nicht – wie sonst bei Beschwerden – das OLG, sondern der BGH „*im ersten und letzten Rechtszug*" entscheidet, § 73 Abs. 5 GWB. Es wurde die Frage gestellt, ob das die Antwort des Gesetzgebers auf eine unliebsame Rechtsprechung des OLG Düsseldorf im Eilverfahren von Facebook sei[38] und dieser Gerichts-Spruchkörper insoweit einfach abgeschafft werden solle.[39] Der BGH entscheidet bei Beschwerden gegen Verfügungen des Bundeskartellamts nach § 19a GWB als „*Beschwerdegericht*" (§ 73 Abs. 5 GWB) und muss daher den Sachverhalt von Amts wegen ermitteln (§ 75 Abs. 1 GWB). Der BGH ist dadurch in Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen des Bundeskartellamts nach § 19a GWB nicht nur – wie als Rechtsbeschwerdegericht – Rechtsinstanz (§ 77 Abs. 2 GWB), sondern auch Tatsacheninstanz.

4. Ausweitung des Schutzbereichs der Missbrauchskontrolle von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht, § 20 Abs. 1 GWB

Das GWB-Digitalisierungsgesetz weitet ferner den Schutzbereich der Missbrauchsaufsicht bei der Kontrolle von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht aus. Der Bezug in § 20 Abs. 1 GWB a. F. auf „*kleine und mittlere Unternehmen*" wurde gestrichen. In den Schutzbereich der Norm fallen jetzt auch große Unternehmen, die von einem relativ marktmächtigen Unternehmen abhängig sind.[40] Die Erweiterung des Schutzbereichs ist nicht auf die digitale Wirtschaft begrenzt. Gleichwohl verspricht sich die Regierungsbegründung von der Änderung für die digitale Wirtschaft einen besonderen Nutzen für den Wettbewerb[41] – etwa bei der Kontrolle von Behinderungsstrategien digitaler Plattformen mit „Torwächter"-Position.[42]

5. Anspruch auf Datenzugang für bestimmte abhängige Unternehmen, § 20 Abs. 1a GWB

Nach dem neu eingefügten § 20 Abs. 1a GWB kann sich eine Abhängigkeit eines Unternehmens gegenüber einem Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht auch daraus ergeben, „*dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden*" (Datenzugang bei relativer Marktmacht). Hierdurch wird eine Fallgruppe der datenbedingten Abhängigkeit gesetzlich normiert,[43] die im Kern eine Fortentwicklung der bereits bekannten Fallgruppen der unternehmensbedingten bzw. nachfragebedingten Abhängigkeit darstellen soll.[44] Nach § 20 Abs. 1a S. 2 GWB kann im Fall einer datenbedingten Abhängigkeit die „*Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten … auch dann eine unbillige Behinderung nach Abs. 1 darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist*". Mit dieser Formulierung stellt der Gesetzgeber klar, dass eine datenbedingte Abhängigkeit keine jahrzehntelange faktische Ausrichtung eines Geschäftsmodells auf ein anderes Unternehmen oder eine vertragliche Beziehung voraussetzt.[45]

6. Neuer Eingriffstatbestand für sog. Tipping, § 20 Abs. 3a GWB

Des Weiteren führt das GWB-Digitalisierungsgesetz in dem neuen § 20 Abs. 3a GWB das Verbot des Tipping durch Nicht-Leistungswettbewerb ein. Nach § 20 Abs. 3a S. 1 GWB liegt eine unbillige Behinderung „*auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird*". Hiermit wird in Umsetzung der Empfehlung der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen ein neuer Gefährdungstatbestand für das sog. Tipping von Märkten normiert.[46] Unter Tipping ist die Transformation eines durch starke positive Netzwerkeffekte geprägten Marktes mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt zu verstehen.[47] Solange das Tipping auf einem Erfolg von Unternehmen im Leistungswettbewerb beruht, wird es wettbewerbspolitisch nicht beanstandet.[48] Anders ist es jedoch, wenn Unternehmen das Tipping durch gezielte Behinderungsstrategien herbeiführen.[49] Hier sei ein schnelles Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erforderlich; nach bisheriger Rechtslage sei dies aber erst nach dem Entstehen kartellrechtlich relevanter Marktmacht und damit zu spät möglich. Diese Schutzlücke im deutschen Kartellrecht schließt die neue Vorschrift § 20 Abs. 3a GWB.[50] Erfahrungswerte zur effektiven Verhinderung eines drohenden Tipping und zur Festlegung von Eingriffsschwelle und Zeitpunkt sind derzeit sehr begrenzt.[51] Die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe sind nicht unproblematisch.[52] Es ist z. B. unklar, ob die Norm auf digitale Plattformmärkte beschränkt sein soll.[53] Außerdem nennt der Wortlaut von § 20 Abs. 3a GWB als verbotene Verhaltensweise die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten (im Referentenentwurf noch „positive" Netzwerkeffekte), während die Regierungsbegründung von „starken Netzwerkeffekten"[54] spricht.[55]

35 RegE (Fn. 2), S. 90.
36 RegE (Fn. 2), S. 90.
37 RegE (Fn. 2), S. 90.
38 OLG Düsseldorf, 26.8.2019 – Kart 1/19 (V), BB 2019, 2507 m. BB-Komm. *Galle*, K&R 2019, 661, WRP 2019, 1333, NZKart 2019, 495.
39 *Bechtold*, in einem Kommentar zu „Facebook im Eilverfahren", NZKart 2021, 3, 4.
40 RegE (Fn. 2), S. 91.
41 RegE (Fn. 2), S. 91.
42 RegE (Fn. 2), S. 91.
43 RegE (Fn. 2), S. 93.
44 RegE (Fn. 2), S. 93.
45 RegE (Fn. 2), S. 93.
46 RegE (Fn. 2), S. 97.
47 RegE (Fn. 2), S. 95.
48 RegE (Fn. 2), S. 95.
49 RegE (Fn. 2), S. 95.
50 RegE (Fn. 2), S. 96.
51 Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf (Fn. 14), S. 17.
52 Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf (Fn. 14), S. 18.
53 Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf (Fn. 14), S. 18.
54 RegE (Fn. 2), S. 96.
55 Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Referentenentwurf (Fn. 14), S. 19.

IV. Fusionskontrolle

Die Änderungen in der Fusionskontrolle sind für die Unternehmenspraxis wichtig, vor allem die deutliche Erhöhung der inlandsbezogenen Umsatzschwellenwerte.

1. Anhebung der Inlands-Umsatzschwellen

a) Die Neuregelung

Die deutsche Fusionskontrolle findet weiterhin Anwendung, wenn erstens die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro erzielen und zweitens bestimmte Inlands-Umsatzschwellen überschritten haben, § 35 Abs. 1 GWB. Diese Inlands-Umsatzsatzschwellen sind beträchtlich erhöht worden: Im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss muss ein beteiligtes Unternehmen nunmehr in Deutschland Umsatzerlöse von mehr als 50 Mio. Euro (bisher 25 Mio. Euro) und ein anderes beteiligtes Unternehmen nunmehr in Deutschland Umsatzerlöse von mehr 17,5 Mio. Euro (bisher 5 Mio. Euro) erzielt haben, § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Beteiligte Unternehmen sind in der Regel der Erwerber und das Zielunternehmen.

Auch in der Vorschrift des § 35 Abs. 1a GWB über die transaktionswertbezogene Anmeldepflicht werden die beiden Inlands-Umsatzschwellenwerte entsprechend erhöht. Im Auge zu behalten bleibt, dass der Transaktions-Schwellenwert des § 35 Abs. 1a GWB in Höhe von 400 Mio. Euro unverändert geblieben ist.

Damit sind „in letzter Minute" die ohnehin schon erhöhten Umsatzschwellen des Regierungsentwurfs nochmals deutlich angehoben worden (mit 17,5 Mio. Euro als politischer Kompromiss zwischen 15 und 20 Mio. Euro). Das Bundeswirtschaftsministerium nimmt an, dass sich aufgrund der angehobenen Inlands-Umsatzschwellen die Anzahl der bei dem Bundeskartellamt anmeldepflichtigen M&A-Transaktionen um ca. 30–40 % reduzieren wird.

b) Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Wegen dieser Erhöhung der Inlands-Umsatzschwellenwerte sollte auch die Anmeldepflicht bereits laufender Transaktionen geprüft werden. Denn die neuen Inlands-Umsatzschwellenwerte gelten für alle Zusammenschlussvorhaben, die am 19.1.2021 – dem Tag des Inkrafttretens der Novelle – noch nicht vollzogen worden sind, also auch für solche Transaktionen, die bereits schuldrechtlich vereinbart und auch in der Umsetzung weit fortgeschritten sind, ohne bereits im Rechtssinne vollzogen[56] worden zu sein. Außerdem sollten solche Vorhaben neu bewertet werden, die in der Vergangenheit deshalb nicht angegangen worden sind, weil man sie für fusionskontrollrechtlich nicht freigabefähig hielt.

2. Modifikation der Bagatellmarktklausel

Nach § 36 Abs. 2 S. 1 GWB sind Zusammenschlüsse, von denen nur Bagatellmärkte betroffen sind, nicht untersagbar (was aber nichts an ihrer etwaigen Anmeldepflichtigkeit ändert). Die maßgebliche Umsatzgrenze dafür, dass ein Bagatellmarkt, der seit fünf Jahren existieren muss, vorliegt, ist von 15 Mio. Euro auf 20 Mio. Euro angehoben worden. Auf der anderen Seite sind nunmehr die Umsätze mehrerer Bagatellmärkte zusammenzurechnen. Im Wege der Bündelungstheorie[57] geschah dies allerdings auch bisher schon teilweise.

3. Grundsätzlicher Wegfall der Vollzugsanzeige

Bisher waren die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verpflichtet, dem Bundeskartellamt auch den Vollzug ihres angemeldeten Zusammenschlusses unverzüglich anzuzeigen. Diese wettbewerbspolitisch wenig relevante Verpflichtung ist gestrichen worden. Allerdings müssen nach dem neu gefassten § 39 Abs. 6 GWB anmeldepflichtige, aber vor Vollzug nicht angemeldete Zusammenschlüsse weiterhin bei dem Bundeskartellamt angezeigt werden, ohne dass damit ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot geheilt würde. Vielmehr stellt der Verstoß gegen diese Anzeigepflicht eine eigenständige Ordnungswidrigkeit dar, § 81 Abs. 2 Nr. 4 GWB.

4. Absenkung des Faktors für Presseumsätze

Für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteile sowie für die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und den Absatz von Rundfunkwerbezeiten waren nach alter Rechtslage das 8fache der Umsatzerlöse anzusetzen. Diese Presserechenklausel wird auf den Faktor 4 abgesenkt. Laut Regierungsentwurf soll trotz der Neuregelung gesichert sein, dass Erwerbe durch die zehn größten deutschen Zeitungsverlage anmeldepflichtig bleiben.[58]

5. Umsatzermittlung nach IFRS gleichwertig

Unternehmen, die ihre Jahresabschlüsse nach den internationalen Rechnungslegungsvorschriften des International Financial Reporting Standard (IFRS) erstellen, mussten nach bisheriger Rechtslage für die Zwecke der Umsatzermittlung ihre Umsätze zusätzlich nach den HGB-Vorschriften berechnen. Dieser Aufwand entfällt künftig dadurch, dass der IFRS-Standard ebenfalls maßgeblich ist, § 38 Abs. 1 S. 2 GWB.

6. Elektronische Anmeldung erleichtert

Elektronische Anmeldungen werden erleichtert. Neben der De-Mail-Adresse und der qualifizierten elektronischen Signatur steht jetzt auch der Empfang über ein besonderes elektronisches Behördenpostfach und über eine Internetplattform zur Verfügung, § 39 Abs. 1 S. 2 GWB.

7. Verlängerung der Untersagungsfrist

Die Frist im Hauptprüfverfahren, innerhalb derer das Bundeskartellamt entscheiden muss, ist von vier Monaten auf fünf Monate verlängert worden, § 40 Abs. 2 S. 2 GWB.

8. Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse auf Aufforderung

a) Die Neuregelung

Eine ungewöhnliche Neuregelung enthält § 39a GWB (zuweilen als Remondis-Klausel apostrophiert). Danach kann das Bundeskartellamt ein Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss eines Unternehmens mit anderen Unternehmen anzumelden, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist. Zunächst müssen bestimmte Umsatzgrenzen überschritten sein: für den Erwerber 500 Mio. Euro Umsatz weltweit, für das zu erwerbende Unternehmen 2 Mio. Euro Umsatz mit mehr als zwei Drittel des Umsatzes im Inland. Ferner muss das Bundeskartellamt in dem betroffenen Wirtschaftszweig eine Sektoruntersuchung durchgeführt haben, und es müssen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den künftigen Zusammenschluss der Wettbewerb in diesem Wirtschaftszweig erheblich

56 Zum Vollzugsbegriff *Wiedemann/Steinwerth*, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 21, Nr. 54 ff.
57 Dazu *Bechtold/Bosch*, GWB, 9. Aufl. 2018, § 36, Rn. 49.
58 RegE (Fn. 2), S. 109.

behindert werden könnte. Schließlich muss das Unternehmen, an das sich die Aufforderung richtet, einen *„Anteil von mindestens 15 % am Angebot oder an der Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen in Deutschland"* haben, womit gerade nicht der Marktanteil gemeint ist, sondern eine andere Kennziffer, deren Bedeutung sich auch beim Lesen der Gesetzesmaterialien[59] nicht so recht erschließt.

b) Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Es bleibt abzuwarten, ob § 39a GWB praktische Bedeutung erlangen wird. Gegen eine effektive Anwendung spricht, dass die Vorschrift kompliziert ausgestaltet ist, eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe enthält und bisher unbekannte Termini in das Gesetz einführt. Sollten auch vor Inkrafttreten des Gesetzes schon durchgeführte Sektoruntersuchungen eine ausreichende Grundlage bieten, würde sich der potentielle Anwendungsbereich solcher Anmeldeverfügungen erheblich erweitern.

9. Krankenhausfusionen als neue Ausnahme

Nach § 186 Abs. 9 GWB – und damit ziemlich versteckt geregelt – sind die Fusionskontrollvorschriften nicht anzuwenden auf Zusammenschlüsse, die eine standortübergreifende Konzentration von mehreren Krankenhäusern oder einzelne Fachrichtungen mehrerer Krankenhäuser zum Gegenstand haben, sofern ihnen keine anderen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entgegenstehen und dies das zuständige Bundesland bestätigt hat, eine Förderung des Vorhabens nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz festgestellt wurde[60] und schließlich der Zusammenschluss bis zum 31.12.2027 vollzogen wird.

10. Doch keine Änderungen bei der Ministererlaubnis

Die im Regierungsentwurf noch vorgesehenen Änderungen bei der Ministererlaubnis, insbesondere eine Verschärfung der materiellen Voraussetzungen, sind nicht Gesetz geworden.

V. Verwaltungsverfahren

1. Erweiterte kartellbehördliche Ermittlungsbefugnisse

Die Novelle enthält deutlich erweiterte kartellbehördliche Befugnisse im Verwaltungsverfahren. Das wird mit der Notwendigkeit begründet, die sog. ECN+-Richtlinie umzusetzen. Regelungstechnisch wird dabei § 59 GWB a. F. in § 59 GWB (Auskunftsverlangen), § 59a GWB (Prüfung von geschäftlichen Unterlagen) und § 59b GWB (Durchsuchungen) aufgeteilt. Inhaltlich weitestgehend unverändert geblieben sind § 57 GWB (Ermittlungen, Beweiserhebung), § 58 GWB (Beschlagnahme) und auch § 59a GWB, der aus § 59 GWB a. F. herausgelöst wurde.

a) Anhörung der Beteiligten auch (nur) mündlich, § 56 Abs. 1 GWB

§ 56 Abs. 1 S. 1 GWB bestimmt unverändert, dass die Kartellbehörde den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben hat. Nunmehr heißt es ergänzend, dass über die Form einer Anhörung die Kartellbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet (§ 56 Abs. 1 S. 2 GWB) und sie die Anhörung auch mündlich durchführen kann, wenn die besonderen Umstände des Falles dies erfordern (§ 56 Abs. 1 S. 3 GWB).

Ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf soll im allgemeinen Verwaltungsrecht anerkannt sein, dass eine Anhörung keiner bestimmten Form unterliege und die Beteiligten deswegen auch mündlich angehört werden könnten.[61] Bisher war allgemeines Verständnis, dass eine Anhörung im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens schriftlich zu erfolgen hat, und so ist es bisher durchweg von den Kartellbehörden praktiziert worden. Es ist auch schwerlich vorstellbar, wie in komplexen Angelegenheiten, um die es sich im Kartellrecht praktisch immer handelt, die Beteiligten allein mündlich ihre maßgeblichen Argumente präsentieren können.

Die geänderte Rechtslage soll nicht etwa die Konsequenz haben, dass die Beteiligten eine mündliche Anhörung beanspruchen könnten. Vielmehr bleibt es dabei, dass es im Ermessen der Kartellbehörde liegt, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, § 56 Abs. 7 S. 1 GWB.

b) Akteneinsichtsrecht spezialgesetzlich normiert, § 56 Abs. 3–6 GWB

§ 56 Abs. 3 GWB normiert jetzt ein grundsätzliches Akteneinsichtsrecht der Beteiligten im kartellbehördlichen Verwaltungsverfahren. Dieses Recht bestand bisher schon nach § 29 VwVfG. Aufgegriffen wird in § 56 Abs. 3 S. 2 GWB jetzt die schon bisher geübte Praxis, die Einsichtnahme durch Übersendung elektronischer Dokumente zu gewähren.

Ebenfalls im Einklang mit der bisherigen Praxis erstreckt sich das Akteneinsichtsrecht nicht auf Geschäftsgeheimnisse Dritter und auch nicht auf Entscheidungsentwürfe und vorbereitende Arbeiten der Kartellbehörde, § 56 Abs. 4 GWB.

Praxistipp: Unternehmen ist weiterhin anzuraten, Geschäftsgeheimnisse in Schriftsätzen und beigefügten Unterlagen deutlich zu kennzeichnen, damit der ihnen zustehende Geheimnisschutz auch praktisch gesichert ist. Wird eine solche Kennzeichnung versäumt und hat die Kartellbehörde einen entsprechenden Hinweis verlangt (was routinemäßig geschieht), darf die Kartellbehörde nach § 56 Abs. 6 S. 2 GWB von der Zustimmung zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen ausgehen.

Nach § 56 Abs. 4 S. 1 GWB kann die Behörde, wie nach § 29 Abs. 2 VwVfG, dem Antragsteller die Einsicht in Unterlagen versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben der Behörde geboten ist. Als wichtige Gründe in diesem Sinne nennt die Begründung den Schutz von Informanten sowie – sehr allgemein und vage – die Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbsbehörden.[62]

Die Kartellbehörde kann nach § 56 Abs. 5 S. 1 GWB auch nicht verfahrensbeteiligten Dritten Auskünfte aus den Verfahrensakten erteilen oder Einsicht in Verfahrensakten gewähren, soweit hierfür ein berechtigtes Interesse dargelegt wird. Die Regelungen des § 56 Abs. 4 GWB zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sind auch in diesem Fall anzuwenden, § 56 Abs. 5 S. 2 GWB. Die Begründung äußert sich nicht zu der Frage, ob es sich hierbei um ein rechtliches Interesse handeln muss oder ob auch ein wirtschaftliches Interesse ausreicht, sondern verweist hierzu auf die BGH-Rechtsprechung,[63] nach der *„ein eigenes, gewichtiges und auf andere Weise nicht zu befriedigendes Informa-*

59 RegE (Fn. 2), S. 112.
60 Hierzu kritisch *Burholt/Kresken*, WuW 2021, 17, 19.
61 RegE (Fn. 2), S. 131.
62 RegE (Fn. 2), S. 132.
63 RegE (Fn. 2), S. 133.

tionsinteresse gegenüber der Behörde, gerade im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Rechten" darzulegen ist.[64]

Soll die Akteneinsicht der Erhebung eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches dienen, ist die Einsicht nach § 56 Abs. 5 S. 3 GWB auf die Überlassung von Entscheidungen nach § 32 GWB (Abstellungs- und Feststellungsverfügungen), § 32a GWB (Einstweilige Maßnahmen), § 32b GWB (Verpflichtungszusagen), § 32c GWB (Kein Anlass zum Tätigwerden), § 32d GWB (Entzug der Gruppenfreistellung) und § 60 GWB (Einstweilige Anordnungen) begrenzt. Unberührt hiervon bleiben die Vorschriften der §§ 89c, 89d GWB für die Einsichtnahme Dritter in Bußgeldakten.

Zu Zugangsbegehren von Medien und der Wissenschaft soll der Regierungsbegründung zufolge[65] auf die Wertungen des § 476 StPO zurückgegriffen werden, wonach das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung erheblich überwiegen muss.

c) Auskunftsverlangen ohne prinzipielles Auskunftsverweigerungsrecht, § 59 GWB

Bedeutsam ist der grundsätzliche Wegfall des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO durch § 59 Abs. 5 GWB a. F. Ein solches Recht sei – so der Regierungsentwurf – mit Art. 8 S. 2 der ECN+-Richtlinie nicht vereinbar, da es der Wirksamkeit von Auskunftsverlangen entgegenstehe.[66] Maßgeblich auch für das deutsche Verwaltungsverfahren soll künftig der Standard sein, der von der europäischen Rechtsprechung für Auskunftsverlangen der Kommission entwickelt worden ist, namentlich im Orkem-Urteil des EuGH.[67]

Mit dem Ziel, den Anforderungen des Grundgesetzes (noch) zu entsprechen, wird folgender Weg beschritten:

- Zunächst wird statuiert, dass ein Auskunftsverlangen „verhältnismäßig" sein muss (§ 59 Abs. 3 S. 1 GWB), und dass es den Adressaten nicht zum Geständnis einer Straftat oder einer (auch Kartell-) Ordnungswidrigkeit „zwingen" darf (§ 59 Abs. 3 S. 2 GWB).
- Richten sich Auskunftsverlangen an Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, sind aber natürliche Personen zur Mitwirkung verpflichtet, müssen auch diese natürlichen Personen belastende Tatsachen offenbaren, sofern „die Informationserlangung auf andere Weise wesentlich erschwert oder nicht zu erwarten ist", § 59 Abs. 3 S. 3 GWB.
- Gegen die natürliche Person, die nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen eine Auskunft erteilt hat, darf diese Auskunft in einem Strafverfahren oder einem OWiG-Verfahren nur mit ihrer Zustimmung gegen sie selbst oder einen Angehörigen im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO verwendet werden, § 59 Abs. 3 S. 4 GWB.
- Werden Auskunftsverlangen unmittelbar an natürliche Personen gerichtet, sind die vorstehenden Regelungen entsprechend anzuwenden, § 59 Abs. 4 S. 1 GWB. Jedoch gilt in diesem Fall grundsätzlich das Aussageverweigerungsrecht des § 55 StPO, dann aber wiederum nicht, wenn die Auskunft „nur" die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet und die Kartellbehörde der betreffenden natürlichen Person „im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat", § 59 Abs. 4 S. 2 GWB.

Der Regierungsentwurf meint, mit diesen Regelungen sei das verfassungsrechtlich garantierte Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung beachtet, wobei er davon ausgeht, dass sich dieser Grundsatz auf die Menschenwürde gründe und daher auf Verbände „nicht wesensmäßig" anwendbar sei.[68] Ob diese Einschränkung des *nemo tenetur*-Prinzips in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung wirklich verankert ist, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Jedenfalls könnte es der statuierte Regelungsmechanismus den Kartellbehörden ermöglichen, Unternehmensangehörige als Belastungszeugen gegen ihren Arbeitgeber zu instrumentalisieren.[69] Denn wenn die Kartellbehörde dem betreffenden Mitarbeiter eine Nichtverfolgungszusage für seine kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen erteilt hat, kann er – in der Terminologie des Regierungsentwurfs – durchaus gezwungen werden, Tatsachen zu offenbaren und Unterlagen herauszugeben, die das Unternehmen, bei dem er beschäftigt ist, der Gefahr einer Verfolgung und Verurteilung wegen einer Kartellordnungswidrigkeit oder einer Straftat (etwa einer Submissionsabsprache nach § 298 StGB) aussetzt. Verstöße gegen die Auskunfts-, Erscheinens- und Herausgabepflichten des § 59 GWB sind bußgeldbewehrt, § 81 Abs. 2 Nrn. 7 und 8 GWB, wobei gegen natürliche Personen eine Geldbuße bis zu 100 000 Euro verhängt werden kann, § 81c Abs. 1 S. 2 GWB.

Für die Praxis relevant ist schließlich die Erstreckung des Auskunftsverlangens auf den weiten, EU-rechtlichen Unternehmensbegriff. Bisher waren im Rahmen eines Konzernverbunds nur solche Auskünfte zu erteilen, auf die die Gesellschaft, der gegenüber das Auskunftsverlangen erging, Zugriff hatte, z. B. auf Tochtergesellschaften. Künftig kommt es darauf an, ob innerhalb des Unternehmens im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit[70] Auskünfte erteilt werden können, so dass es auch genügt, wenn eine Mutter- oder Schwestergesellschaft des Unternehmens, dem gegenüber das Auskunftsverlangen erging, die Information liefern kann.[71]

d) Durchsuchungen mit Fragerecht der Kartellbehörde, § 59b GWB

Die jetzt in § 59b GWB geregelte Durchsuchungsbefugnis der Kartellbehörde ist dem EU-Vorbild nachgebildet, was zu einer höheren Detaillierung, aber auch zur Einschränkung verfassungsrechtlich begründeter Rechte führt.

Ein wesentlicher Unterschied zum geltenden Recht liegt darin, dass künftig kein Auskunftsverweigerungsrecht mehr bestehen soll. Die Kartellbehörde kann zunächst Informationen verlangen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten, § 59b Abs. 3 Nr. 3 GWB. Das entspricht der europäischen Praxis. Wer auf das Informationsverlangen nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig antwortet, handelt ordnungswidrig nach § 81 Abs. 2 Nr. 11 GWB. Natürliche Personen müssen auch Tatsachen offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen, § 59b Abs. 3 S. 2 GWB, sollen also kein Auskunftsverweigerungsrecht mehr haben. Wie nach § 59 GWB dürfen solche Auskünfte gegen die natürliche Person in einem solchen Ver-

64 BGH, 14.7.2015 – KVR 55/14, BB 2015, 2504 m. BB-Komm. *Wagener*, Rn. 16 – Trinkwasserpreise.
65 RegE (Fn. 2), S. 133.
66 RegE (Fn. 2), S. 137.
67 EuGH, 18.10.1989 – 374/87, Slg. 1989, 3283 Rn. 34 f. – Orkem/Kommission.
68 RegE (Fn. 2), S. 139 unter Hinweis auf BVerfG, 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96, NJW 1997, 1841, 1843 f.
69 Krit. auch *Mäger/Budde*, DB 2020, 378, 379.
70 Dazu *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 26 ff.
71 RegE (Fn. 2), S. 135.

fahren nur mit ihrer Zustimmung gegen sie selbst oder einen nahen Angehörigen verwendet werden, § 59b Abs. 3 S. 3 GWB.

Nach § 59b Abs. 4 GWB ist die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis zu protokollieren, bei Fehlen einer richterlichen Anordnung auch die Tatsachen, die zur Annahme einer Gefahr im Verzug geführt haben.

§ 59b Abs. 5 S. 1 GWB regelt, dass die strafprozessualen Regeln über Zufallsfunde (§§ 108 Abs. 1 und 110 StPO) entsprechend gelten. Es ist somit ausdrücklich im GWB normiert, dass Zufallsfunde einstweilen in Beschlag genommen werden können.

§ 59b Abs. 5 S. 2 GWB statuiert eine Pflicht zur Duldung der Durchsuchung. Verstöße können mit Zwangsgeldern sanktioniert werden. Nach § 86a S. 2 GWB kann für jeden Tag des Verzugs ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen weltweiten Tagesgesamtumsatzes auferlegt werden.

e) Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Die geänderten Verfahrensvorschriften machen es notwendig, Merkblätter und Schulungsunterlagen für den Fall von Durchsuchungen durch Kartellbehörden zu überarbeiten. In der Angleichung an das EU-Recht liegt gewissermaßen ein Rationalisierungsvorteil, der allerdings damit erkauft wird, dass dies auf niedrigerem rechtsstaatlichem Niveau geschieht.

2. Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden erleichtert, § 32a GWB

Der Gesetzgeber sieht ein ausgeprägtes Bedürfnis für einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden. Insbesondere bei Rechtsverstößen durch marktmächtige Unternehmen und auf digitalen Märkten müsse den Kartellbehörden eine zeitnahe Intervention möglich sein.[72] Beim Andauern der Rechtsverstöße bestehe die Gefahr, dass ein erheblicher Schaden für die wettbewerblichen Verhältnisse oder für einzelne betroffene Unternehmen eintritt, der nach Abstellung des Verstoßes womöglich nur schwerlich behoben werden könne.[73] § 32a GWB a. F. wird „mangelnde Praxistauglichkeit" attestiert, so dass Reformbedarf bestehe.[74]

§ 32a GWB nennt *lege lata* ausdrücklich keinen Maßnahmegrund. Nach herrschender Meinung genügt ein *prima facie*-Nachweis des Rechtsverstoßes.[75] § 32a Abs. 1 GWB verlangt insoweit, dass eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung *„überwiegend wahrscheinlich erscheint"*, was auf das Gleiche hinauslaufen dürfte.

Spürbar abgesenkt wird mit dem neuen Recht aber die Gefährdungslage. Bisher wurde vom Gesetz „die *Gefahr eines ernsten, nicht wieder gut zu machenden Schadens für den Wettbewerb*" gefordert.[76] Jetzt genügt es, wenn die einstweilige Maßnahme *„zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist"*, § 32a Abs. 1 S. 1 GWB. Allerdings bedarf es – so einschränkend in der Gesetzesbegründung – einer besonderen Rechtfertigung, wenn nach lediglich summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage eine vorläufige Regelung getroffen wird, weshalb ein sog. qualifizierter Schaden drohen muss.[77] Eine einstweilige Maßnahme kann dann nicht angeordnet werden, sofern das von ihr betroffene Unternehmen *„Tatsachen glaubhaft macht, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte"*, § 32a Abs. 1 S. 2 GWB.

3. Kein Anlass zum Tätigwerden – § 32c GWB erweitert

Aufgrund des Selbstveranlagungsprinzips sind die Unternehmen berechtigt, aber auch verpflichtet, ihr Handeln selbst auf kartellrechtliche Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Ein „Negativattest" des Kartellamts gibt es grundsätzlich nicht. Eine – recht begrenzte – Ausnahme bietet § 32c GWB a. F. (= § 32 Abs. 1 GWB n. F.), wonach die Kartellbehörde entscheiden kann, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden, sofern nach ihrer Einschätzung ein kartellrechtlicher Verstoß nicht vorliegt.

Dieses Instrument wird dadurch erweitert, dass nach § 32c Abs. 2 GWB die Kartellbehörde auch mitteilen kann, dass sie im Rahmen ihres Aufgreifermessens von der Einleitung eines Verfahrens absieht, also auch dann nicht tätig wird, wenn ein kartellrechtlicher Verstoß vorliegt bzw. vorliegen könnte. Damit wird das Instrument des sog. Vorsitzendenschreibens auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Das Bundeskartellamt kann darüber hinaus allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens festlegen, § 32c Abs. 3 GWB.

Des Weiteren gewährt § 32c Abs. 4 GWB den Unternehmen einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB unter zwei Voraussetzungen. Erstens muss es sich um eine horizontale Kooperation handeln; ausgeklammert bleibt damit von vornherein die gesamte Palette der vertikalen Kooperationen (selektive Vertriebssysteme, Internetvertrieb etc.). Zweitens muss ein erhebliches wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Entscheidung bestehen; dieses Erfordernis eröffnet der Kartellbehörde einen sehr weitgehenden Beurteilungsspielraum, zumal der Gang zu den Gerichten insoweit eher theoretischer Natur ist.

VI. Kartellbußgeldrecht

Eine umfassende Überarbeitung erfahren die kartellbußgeldrechtlichen Vorschriften in den §§ 81 ff. GWB durch die 10. GWB-Novelle. Durch eine redaktionelle Neustrukturierung erfolgt zunächst eine Entflechtung des durch mehrere vorherige Gesetzesnovellen unübersichtlich gewordenen § 81 GWB a. F. Dieser ist nun aufgespalten in die drei Abschnitte (1.) Bußgeldvorschriften, (2.) Kronzeugenprogramm und (3.) Bußgeldverfahren.

1. Verbandsverantwortlichkeit

Das GWB-Digitalisierungsgesetz führt zu erheblichen Änderungen für die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmensvereinigungen. Dies betrifft einerseits die absolute Bußgeldhöhe und andererseits die Rückgriffmöglichkeiten von Unternehmensvereinigungen bei ihren Mitgliedern.

a) Erhöhung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen

Die Umsetzung von Art. 15 Abs. 2 ECN+-Richtlinie erfordert eine Erhöhung des Bußgeldrahmens für Kartellverstöße von Unternehmens-

72 RegE (Fn. 2), S. 97.
73 RegE (Fn. 2), S. 97.
74 RegE (Fn. 2), S. 98.
75 *Bechtold/Bosch* (Fn. 57), § 32a, Rn. 5.
76 *Bechtold/Bosch* (Fn. 57), § 32a, Rn. 5.
77 RegE (Fn. 2), S. 99.

vereinigungen. Dies setzt das GWB-Digitalisierungsgesetz in § 81c Abs. 4 GWB um und knüpft den Bußgeldrahmen nicht mehr wie bisher an den Umsatz der Unternehmensvereinigung selbst an,[78] sondern an den Umsatz der Mitglieder der Unternehmensvereinigung. Künftig beträgt der Bußgeldrahmen 10 % des vorjährigen Gesamtumsatzes derjenigen Mitglieder der Unternehmensvereinigung, die auf dem von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Markt tätig waren. Dies soll, so die Gesetzesbegründung, auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Bußgelder gegen Unternehmensvereinigungen bisher „*vergleichsweise gering*" ausgefallen sind.[79]

Für die Bestimmung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen werden nur die Umsätze solcher Unternehmen ausgenommen, gegen die bereits wegen derselben Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße festgesetzt wurde bzw. denen ein Erlass nach der Kronzeugenregelung gewährt wurde, § 81c Abs. 4 S. 2 GWB.

b) Rückgriff bei Mitgliedsunternehmen

§ 81b GWB regelt, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen eine Unternehmensvereinigung ein von der Kartellbehörde festgesetztes Bußgeld nicht begleichen kann. Hierzu sieht § 81b GWB – entsprechend den Vorgaben aus Art. 14 Abs. 3 und Abs. 4 ECN+-Richtlinie – ein mehrstufiges Verfahren vor:

Nach § 81b Abs. 1 GWB müssen Unternehmensvereinigungen künftig bei ihren Mitgliedern Rückgriff nehmen, sofern sie selbst nicht in der Lage sind, eine gegen sie festgesetzte Geldbuße zu begleichen und die Kartellbehörde eine angemessene Frist gesetzt hat, in der die Unternehmensvereinigung ihre Mitglieder zur Zahlung von Beiträgen aufgefordert hat.

Sollte die Unternehmensvereinigung nach Fristsetzung durch die Kartellbehörde den angeforderten Betrag nicht vollständig beglichen haben, kann die Kartellbehörde nach § 81b Abs. 2 GWB den ausstehenden Betrag unmittelbar von jedem Mitgliedsunternehmen anfordern, dessen Vertreter zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes Entscheidungsgremien der Unternehmensvereinigung angehörten. Sollte auch dieses Verlangen nicht zu einer vollständigen Begleichung des Bußgeldes geführt haben, kann die Kartellbehörde den noch ausstehenden Betrag nach § 81b Abs. 3 GWB von jedem Mitglied der Unternehmensvereinigung anfordern, das auf einem von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Markt tätig war.

Unternehmen können sich nach § 81b Abs. 4 GWB gegen den Rückgriff nach § 81b Abs. 1 bis 3 GWB nur wehren, wenn sie darlegen können, dass sie den kartellrechtswidrigen Beschluss der Unternehmensvereinigung nicht umgesetzt haben und außerdem entweder von diesem Beschluss keine Kenntnis hatten oder sich aktiv von ihm distanziert haben.

c) Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Für Unternehmen führen die Änderungen zu einer deutlichen Risikoerhöhung im Falle von bestehenden und künftigen Verbandsmitgliedschaften. Unternehmen und Verbände sollten spätestens jetzt ihre kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen kritisch auf den Prüfstand stellen und gegebenenfalls nachjustieren.

2. Höhere Geldbußen für Verstöße gegen Verfahrensvorschriften

Auch für Verstöße gegen bestimmte Verfahrensvorschriften enthält die 10. GWB-Novelle bedeutende Änderungen.

a) Erhöhung des Bußgeldrahmens

Verstöße gegen bestimmte Verfahrensvorschriften werden künftig teurer. Während bislang geringfügigere Verfahrensverstöße mit einem Bußgeld bis zu einer Höhe von 100 000 Euro sanktioniert werden konnten, schafft der Gesetzgeber in Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie einen umsatzbezogenen Bußgeldrahmen. Jetzt sieht § 81c Abs. 3 GWB für die dort bezeichneten Verfahrensverstöße einen Bußgeldrahmen von bis zu 1 % des Gesamtumsatzes des betroffenen Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung vor.[80]

b) Erfasste Verfahrensvorschriften

Von dem erhöhten Bußgeldrahmen sind insbesondere Verstöße gegen die neugeschaffenen Ermittlungskompetenzen des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit Auskunftsverlangen und im Rahmen von Durchsuchungen nach den §§ 59, 59a und 59b GWB erfasst. Dies betrifft z. B. die nicht richtige, nicht vollständige oder nicht fristgemäße Beantwortung eines Auskunftsverlangens der Kartellbehörde nach § 59 Abs. 2 oder Abs. 4 GWB oder die Beantwortung eines Auskunftsverlangens im Rahmen von Durchsuchungen gem. § 59 b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB. Auch der Siegelbruch fällt gem. § 81c Abs. 3 i.V. m. § 81 Abs. 2 Nr. 10 GWB hierunter.

c) Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Die Erhöhung des Bußgeldrahmens für bestimmte Verfahrensvorschriften wird erhebliche Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis haben. Dies folgt naturgemäß bereits aus der Anhebung des Bußgeldrahmens, die zu höheren Bußgeldern führen wird. Aber auch gerade die Einbeziehung der neuen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes in die so zu bebußenden Verstöße führt dazu, dass Unternehmen ihre internen Handlungsanweisungen im Falle von Durchsuchungen kritisch prüfen sollten. Die Verweigerung der Mitwirkung an einer für unzulässig gehaltenen Ermittlungsmaßnahme führt nun zu einem substanziellen Bußgeldrisiko.

3. Bußgeldzumessung

Als Reaktion auf die anhaltende Kritik an der bislang stark divergierenden Bußgeldbemessungspraxis zwischen Bundeskartellamt einerseits und OLG Düsseldorf andererseits,[81] nimmt der Gesetzgeber in § 81d Abs. 1 S. 2 GWB Kriterien auf, die für die Bußgeldbemessung heranzuziehen sind.

a) Ausgangslage

Während sich das Bundeskartellamt für die Berechnung der konkreten Geldbuße hauptsächlich am tatbezogenen Umsatz orientiert,[82] ist für die Gerichte die 10 %ige Bußgeldobergrenze maßgeblich. Dies führte in der Vergangenheit zu erheblichen Verböserungen der Bußgelder durch das OLG Düsseldorf.[83]

78 Der Umsatz der Unternehmensvereinigung besteht regelmäßig aus den Mitgliedsbeiträgen der Mitglieder.
79 So RegE (Fn. 2), S. 149.
80 Vgl. auch die Parallelvorschrift in Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003.
81 Vgl. *Giese u. a.*, NZKart 2020, 562, 563; *Hassemer/Dallmeyer*, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz, 2010, S. 48.
82 Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25.6.2013, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.html (Abruf: 22.10.2020).
83 OLG Düsseldorf, 15.4.2013 – VI-4 Kart 2-6/10 OWi, juris – Flüssiggas III, aufgehoben aus prozessualen Gründen durch BGH, 9.10.2018 – KRB 60/17, BB 2019, 321 Ls; OLG Düsseldorf, 26.1.2017 – V-4 Kart 4/15 OWI, juris – Süßwaren, aufgehoben aus prozessualen Gründen durch BGH, 21.6.2019 – KRB 10/18, CB 2020, 174; OLG Düsseldorf, 28.2.2018 –

b) Neuerungen durch das GWB-Digitalisierungsgesetz

Das GWB-Digitalisierungsgesetz sieht hierfür nun in § 81d Abs. 1 S. 2 GWB eine „zweckmäßige" Konkretisierung[84] vor, indem die Vorschrift nun eine nicht abschließende Aufzählung an Kriterien vorgibt, die für die Bußgeldbemessung heranzuziehen sind. Gemäß § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB ist auch der tatbezogene Umsatz nun ausdrücklich als Zumessungskriterium benannt. Weitere Kriterien sind unter anderem die Bedeutung der von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkte und Dienstleistungen, § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB, die Art der Ausführung der Zuwiderhandlung, § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB und ob es sich bei dem Kartelltäter um einen Erst- oder Wiederholungstäter handelt, § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Halbs. 1 GWB.

Durch den Wirtschaftsausschuss wurde außerdem kurz vor Verabschiedung des finalen Gesetzes als Zumessungskriterium aufgenommen, ob angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Kartellverstößen, also ein kartellrechtliches Compliance-System, vor der Zuwiderhandlung installiert waren,[85] § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Halbs. 2 GWB.[86] Auch das Bemühen von Unternehmen, die Zuwiderhandlung aufzudecken bzw. den Schaden wiedergutzumachen sowie die nachträgliche Einführung eines kartellrechtlichen Compliance-Systems fließen in die Bußgeldzumessung mit ein,[87] § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB.

c) Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Die neuen Kriterien zu der Bußgeldzumessung stellen eine graduelle Verbesserung zu der bisherigen Praxis dar. Letztendlich werden sie aller Voraussicht nach jedoch nicht zu einer deutlichen Verbesserung der Situation von Unternehmen bzw. zu mehr Rechtssicherheit führen, etwa durch die Erhöhung der Transparenz der Bußgeldzumessung, da auch unter Heranziehung dieser Zumessungskriterien die konkrete Bußgeldzumessung durch Bundeskartellamt einerseits und OLG Düsseldorf andererseits zu gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.[88]

Von besonderer Relevanz für Unternehmen ist die Berücksichtigung von wirksamen kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen als Bußgeldzumessungskriterium. Aus der Formulierung des § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Halbs. 2 GWB ergibt sich zweierlei: Durch die Installation eines kartellrechtlichen Compliance-Systems kann das Bußgeld für einen kartellverstoß geringer ausfallen, soweit es sich um ein „wirksames" Compliance-System handelt. Im Umkehrschluss könnte der Vorschrift möglicherweise auch entnommen werden, dass das gänzliche Fehlen von kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen als bußgelderhöhendes Kriterium wirken kann. Unternehmen sollten daher ihre bestehenden kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen auf den Prüfstand stellen oder – spätestens jetzt – Compliance-Maßnahmen ergreifen. Andernfalls könnten künftige Kartellverstöße u. U. (noch) teurer werden.

4. Abschaffung der absoluten Verjährung nach Einspruchseinlegung

Legt ein Unternehmen Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamtes ein, kann keine absolute Verjährung mehr eintreten. Nach § 81g Abs. 4 S. 2 GWB, der die Vorgaben aus Art. 29 Abs. 2 ECN+-Richtlinie umsetzen soll,[89] wird die absolute Verjährungsfrist nach § 81g Abs. 4 S. 1 GWB abweichend von § 33 Abs. 3 S. 2 OWiG um den Zeitraum verlängert, in dem das Verfahren bei Gericht anhängig ist. Dadurch soll auch der Gefahr begegnet werden, dass Betroffene eines bei Gericht anhängigen Verfahrens „auf Zeit spielen".[90]

Für Unternehmen bedeutet dies, dass gerichtliche Kartellbußgeldverfahren, die ohnehin bereits eine sehr lange Verfahrensdauer aufweisen, künftig noch länger andauern können. Durch die Abschaffung der absoluten Verjährung im gerichtlichen Bußgeldverfahren geht für das Gericht der (letzte) Anreiz verloren, das Verfahren zeitnah abzuschließen.[91]

5. Kronzeugenprogramm gesetzlich geregelt

Mit den neu geschaffenen §§ 81h – 81n GWB stellt der Gesetzgeber die bisherigen Verwaltungsgrundsätze des Bundeskartellamts für das sog. Kronzeugenprogramm[92] auf eine gesetzliche Grundlage.

Inhaltlich ändert sich wenig im Vergleich zu der bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes. Erwähnenswert ist § 81k Abs. 3 GWB, der einen Ausschluss von dem Erlass des Bußgeldes für Kartellteilnehmer vorsieht, die andere zu der Teilnahme am Kartell gezwungen haben bzw. denen ein entsprechender Versuch nachgewiesen wird. Ebenfalls hervorzuheben ist die eng auszulegende Ausnahmevorschrift des § 81l Abs. 3 GWB, die die sog. partielle Immunität[93] gesetzlich regelt. Für Fälle, in denen ein Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung zusätzlich Tatsachen vorträgt, die von dem Bundeskartellamt zur Verhängung höherer Geldbußen verwendet werden, werden diese Tatsachen nicht bußgelderhöhend gegen den Vortragenden verwendet.

Für Unternehmen ändert sich durch die Kodifizierung des gesetzlichen Kronzeugenprogramms wenig. Nach wie vor kommt ein vollständiger Erlass des Bußgeldes für den ersten Kronzeugenantragsteller in Betracht, § 81k Abs. 1 GWB, sowie eine Ermäßigung der Geldbuße für weitere Antragsteller, § 81l GWB.

6. Abschaffung des Auskunftsverweigerungsrechts

Parallel zu den neuen Regelungen für das Verwaltungsverfahren,[94] wird auch im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren das Auskunftsverweigerungsrecht für Unternehmen und natürliche Personen, also insbesondere ihre Unternehmensangehörigen, weitgehend abgeschafft, § 82b Abs. 1 i.V. m. §§ 59, 59b Abs. 3 GWB. Wie in Verwaltungsverfahren müssen diese nun auch in Bußgeldverfahren selbstbelastende Informationen erteilen, sofern sie nicht „zum Geständnis" einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung „gezwungen" werden. Dies gilt gleichermaßen für Unternehmen und natürliche Personen, und zwar mit der Maßgabe, dass natürliche Personen nur dann selbstbelastende Auskünfte geben müssen, wenn die Kartellbehörde der betreffenden natürlichen Person zuvor eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat, und darüber hinaus für die natürliche Person nur die Gefahr der Verfolgung in einem kartellrechtlichen Bußgeldverfahren besteht, aber insb. nicht die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung, § 82b Abs. 1 und 2 i.V. m. § 59 Abs. 3 GWB.

V-4 Kart 3/17 OWi, juris – Rossmann, aufgehoben aus prozessualen Gründen durch BGH, 9.7.2019 – KRB 37/19, WuW 2019, 471.

84 RegE (Fn. 2), S. 152.

85 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/25868; vgl. zur bußgeldmindernden Wirkung eines Compliance-Systems auch BGH, 9.5.2017 – 1 StR 265/16, BB 2017, 1931 Ls m. BB-Komm. *Behr*, CB 2017, 330 m CB-Komm. *Bings/Link*.

86 Vgl. hierzu auch *Giese u. a.* NZKart 2020, 565.

87 RegE (Fn. 2), S. 153.

88 Vgl. *Giese u. a.*, NZKart 2020, 566.

89 RegE (Fn. 2), S. 155.

90 RegE (Fn. 2), S. 156.

91 Vgl. hierzu auch *Giese u. a.*, NZKart 2020, 646, 651; *Steinberg/Wirtz*, WuW 2020, 8,13.

92 Bekanntmachung Nr. 9/2006 des Bundeskartellamts über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7.3.2006.

93 Vgl. hierzu Ziff. 25, 26 Abs. 3 der Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, 2006/C 298/11, ABlEU vom 8.12.2006, C 298, 17.

94 Vgl. oben Abschn. V.1.c).

Für Unternehmen hat die Abschaffung des Auskunftsverweigerungsrechts ganz erhebliche Konsequenzen. So sind Unternehmen und insbesondere ihre Unternehmensangehörigen künftig bußgeldbewehrt dazu gezwungen, auch solche Umstände und Tatsachen offenzulegen, die dazu führen können, dass das Bundeskartellamt einen Bußgeldbescheid gegen das Unternehmen überhaupt erst erlassen kann. Die einzelnen Unternehmensangehörigen können künftig dazu verpflichtet werden, gegen ihr Unternehmen auszusagen. Den daraus resultierenden Konflikt mit der Treupflicht von Unternehmensangehörigen gegenüber dem Unternehmen nimmt der Gesetzgeber hin, und entscheidet diesen zugunsten des Verfolgungs- und Aufdeckungsinteresses des Bundeskartellamtes.[95]

7. Abschaffung des Zwischenverfahrens und „Entmachtung" der Staatsanwaltschaft

Das GWB-Digitalisierungsgesetz schafft das Zwischenverfahren nach Einlegung eines Einspruchs gegen einen Bußgeldbescheid mit den Änderungen in § 82a GWB faktisch ab. Danach werden die Vorschriften der § 69 Abs. 4 und Abs. 5 S. 2 Halbs. 2 OWiG künftig nicht mehr angewendet, die bisher die alleinige Verfolgungszuständigkeit nach Einspruchseinlegung der Staatsanwaltschaft zuordnete und dieser außerdem das alleinige Recht einräumte, das Verfahren gegebenenfalls gegen den Willen des Bundeskartellamtes einzustellen. Außerdem wird für die Staatsanwaltschaft eine Weiterleitungspflicht der Akten des Bundeskartellamtes an das Gericht geschaffen, § 82a Abs. 1 S. 2 GWB. Eine unabhängige Prüfung des Tatvorwurfs des Bundeskartellamtes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch die Staatsanwaltschaft wird damit künftig entfallen. Die Staatsanwaltschaft wird künftig zu einer reinen „Durchleitungsbehörde".[96]

Darüber hinaus wird die Generalstaatsanwaltschaft auch im kartellgerichtlichen Verfahren weitgehend entmachtet, indem dem Bundeskartellamt eine eigenständige Verfahrensposition eingeräumt, § 82a Abs. 2 S. 2 GWB, und außerdem die unbedingte Pflicht zur Teilnahme der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Verfahren aufgehoben wird.[97]

Unternehmen geht mit der Abschaffung des Zwischenverfahrens und der Entmachtung der Staatsanwaltschaft eine Rechtsschutzmöglichkeit verloren bzw. das Rechtsschutzniveau wird hierdurch deutlich abgesenkt.[98] Ein Abänderung des Bußgeldbescheids oder gar eine Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren ist damit künftig von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr wird nach Einlegung eines Einspruchs künftig die Klärung von Fragen, auch möglicherweise die mitunter schwierige und zeitintensive Aufklärung von tatsächlichen Verhältnissen, ausschließlich im gerichtlichen Verfahren erfolgen. Auf eine Unterstützung durch die Staatsanwaltschaften können Gerichte dabei künftig nicht mehr zählen.

VII. Kartellschadensersatz

Am Kartellschadensersatzrecht werden nur wenige Änderungen vorgenommen. Diese haben jedoch bedeutsame Auswirkungen sowohl auf Schadensersatzkläger als auch auf Schadensersatzbeklagte.

1. Gesetzliche Vermutung der Kartellbetroffenheit

Das GWB-Digitalisierungsgesetz schafft eine weitere Beweiserleichterung für Kartellschadensersatzkläger.[99] Jetzt wird auch die sogenannte Kartellbetroffenheit widerleglich vermutet, § 33a Abs. 2 S. 4 GWB und § 33c Abs. 3 GWB.

Damit revidiert der Gesetzgeber die Schienenkartell-Rechtsprechung des BGH[100] und erleichtert Unternehmen jetzt die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen weiter. Spiegelbildlich wird Schadensersatzbeklagten ein wichtiges Verteidigungsargument genommen bzw. diesen die Darlegungslast dafür aufgebürdet, dass bestimmte Geschäfte nicht von dem Kartell betroffen waren. Dies stellt eine deutliche Schwächung der Verfahrensposition von schadensersatzbeklagten Unternehmen dar. Der Gesetzgeber stellt allerdings klar, dass diese Vermutung keine Wirkung für sog. Preisschirmschäden[101] entfaltet.[102]

2. Herausgabeanspruch nach § 89b GWB auch ohne Eilbedürftigkeit

Eine Korrektur sieht das GWB-Digitalisierungsgesetz für den im Zuge der 9. GWB-Novelle eingeführten Herausgabeanspruch nach § 89b GWB a. F. vor, indem nach § 89b Abs. 5 S. 2 GWB künftig keine Eilbedürftigkeit für den Herausgabeanspruch vorausgesetzt wird. Damit revidiert der Gesetzgeber die Rechtsansicht mehrerer Instanzgerichte, die § 89b Abs. 5 GWB a. F. so auslegten, dass der bisherige Verzicht auf die Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit nicht zu einem generellen Verzicht auf die Dringlichkeit führt. Vielmehr ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift lediglich eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit, die bereits dann als widerlegt galt, wenn nach Kenntniserlangung der kartellbehördlichen Entscheidung mehr als vier Wochen bis zur Geltendmachung des Auskunftsanspruchs verstrichen waren.[103]

VIII. Zusammenarbeit im europäischen Netz der Wettbewerbsbehörden

Eine umfassende Überarbeitung der bisherigen Vorschriften sieht das GWB-Digitalisierungsgesetz für die allgemeinen Vorschriften zur Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden vor. Den Mindestvorgaben des Umsetzungsauftrags aus der ECN+-Richtlinie (Art. 24–28) ist der Gesetzgeber in den neugefassten §§ 50 bis 50f GWB nachgekommen. Die unmittelbaren praktischen Auswirkungen dieser Änderungen für Unternehmen sind gering. Erwähnenswert ist, dass künftig nur noch das Bundeskartellamt für die Durchsetzung des EU-Kartellrechtes zuständig ist, § 50 Abs. 1 GWB. Die parallele Zuständigkeit der Landeskartellbehörden hierfür entfällt. Die praktische Auswirkung für Unternehmen dürfte gering sein.

IX. Was die Novelle nicht regelt

1. Mit der 9. GWB-Novelle war dem Bundeskartellamt ein Enquêterecht bei Verstößen gegen verbraucherrechtliche Vorschriften ein-

95 Vgl. hierzu und zu der Kritik an der Abschaffung des Auskunftsverweigerungsrechts *Giese u. a.*, NZKart 2020, 646.
96 Vgl. *Steils/Rieck*, NZKart 2021, 16.
97 Vgl. RegE (Fn. 2), S. 164, und *Steils/Rieck*, NZKart 2021, 16, 18.
98 Vgl. *Steils/Rieck*, NZKart 2021, 16, 18.
99 Vgl. zu den bisherigen Beweiserleichterungen im Kartellschadensersatzrecht, insb. durch die 9. GWB-Novelle *Kahlenberg/Heim*, BB 2017, 1155, 1157 ff.
100 BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, BB 2019, 396 m. BB-Komm. *Petrasincu*, CB 2019, 393, WRP 2019, 474, WuW 2019, 91.
101 EuGH, 5.6.2014 – C-557/12, BB 2014, 1550 m. BB-Komm. *Kühne*, CB 2014, 348–350, EWS 2014, 150, RIW 2014, 523, WRP 2014, 829, Rn. 5 f. – Kone u. a.; *Zöttl*, EuZW 2014, 586, 568.
102 RegE (Fn. 2), S. 104.
103 OLG Düsseldorf, 3.4.2018 und 7.5.2018 – VI-W (Kart) 2/18, WuW 2018, 415 – Herausgabe von Beweismitteln I und II.

geräumt worden, § 32e Abs. 5 GWB. Es war erwartet worden, dass mit der nächsten Novelle operative Befugnisse hinzukommen. Der Forderung des Bundesrats, dem Bundeskartellamt im Rahmen der 10. GWB-Novelle in diesem Bereich bestimmte Eingriffsbefugnisse einzuräumen,[104] ist der Bundestag nicht gefolgt.[105]

2. Im kartellrechtlichen Schadensersatzrecht wurde diskutiert, eine Vermutung zu der Schadenshöhe[106] in das GWB aufzunehmen. Entsprechenden Forderungen ist der Gesetzgeber mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz nicht nachgekommen.
3. Die 10. GWB-Novelle greift auch die Thematik des *legal privilege*, also des Schutzes von anwaltlichen Unterlagen und anwaltlicher Korrespondenz vor einer Beschlagnahme durch die Kartellbehörden, nicht auf, obgleich die 10. GWB-Novelle die Anpassung an das EU-Verfahrensrecht als ein zentrales Ziel benennt und für eine gesetzliche Klarstellung nach wie vor praktischer Bedarf besteht.[107]

X. Fazit

Eine große Novelle? Ob das (deutsche) Kartellrecht mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz tatsächlich die Herausforderungen des digitalen Zeitalters meistert, bleibt abzuwarten. Skepsis ist aufgrund der Komplexität der Materie und der neuen Begrifflichkeiten angebracht. Möglicherweise ist auch eher von dem von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen EU Digital Markets Act[108] ein Durchbruch zu erwarten.

Ansonsten bietet die 10. GWB-Novelle Licht und Schatten. Aufgrund der erhöhten Schwellenwerte in der Fusionskontrolle sind deutlich weniger Anmeldungen als bisher und damit eine Entlastung der Unternehmen zu erwarten. Andererseits wird mit dem neuen § 39a GWB ein neuer Aufgreiftatbestand für die Fusionskontrolle geschaffen. Ähnlich der Befund im Verfahrensrecht: Einerseits Verbesserung der Möglichkeit der kartellbehördlichen Abklärung mit dem erweiterten § 32c GWB, andererseits erhebliche Beschneidung der Unternehmensrechte, vor allem weitestgehende Aushöhlung des *nemo tenetur*-Prinzips, und die Änderungen im Bußgeldrecht werden schwerlich dazu führen, die gerichtliche und behördliche Ahndungspraxis anzugleichen.

Dr. Harald Kahlenberg, RA, ist Partner der Anwaltssozietät CMS Hasche Sigle. Er berät seit 30 Jahren Unternehmen und Verbände in allen Fragen des EU- und deutschen Kartellrechts und vertritt sie vor der Europäischen Kommission, dem Bundeskartellamt, den Landeskartellbehörden und den Gerichten.

Dr. Dietmar Rahlmeyer, RA, ist Partner von CMS Hasche Sigle und berät seit vielen Jahren Unternehmen und Vorstände/Geschäftsführer im EU- und deutschen Kartellrecht. Sein Fokus sind Bußgeldverfahren und die horizontale und vertikale Unternehmenskooperation. Er ist u. a. Mitherausgeber des Beck'schen Handbuchs zum Vertriebskartellrecht.

Peter Giese, RA, ist Counsel der Anwaltssozietät CMS Hasche Sigle. Er berät und vertritt in allen Fragen des EU- und deutschen Kartellrechts. Herr Giese hat an der gegenüber dem Bundeswirtschaftsministerium abgegebenen Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e. V. zu dem Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle mitgewirkt.

104 Vgl. BR-Drs. 568/20 vom 6.11.2020, S. 8 ff.
105 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/25868, S. 3, 106 ff.
106 RegE (Fn. 2), S. 104, vgl. zu den Anforderungen an die Schätzung nach § 287 ZPO auch BGH, 12.7.2016 – KZR 25/14, BB 2016, 2188 m. BB-Komm. *Brinker*, CB 2016, 435 m. CB-Komm. *Jungermann*, ZfWG 2016, 343, WuW 2016, 488 – Lottoblock II, und jüngst LG Dortmund, 30.9.2020 – 8 O 115/14 (Kart), BB 2020, 2575 mit BB-Komm. *Brueckner.*
107 Vgl. *Giese u. a.*, NZKart 2020, 646.
108 Das Digital Services Act package, bestehend aus Digital Markets Act und Digital Services Act, das die Europäische Kommission erarbeitet und das jetzt in das Europäische Parlament geht, ist abrufbar unter https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package (Abruf: 21.2.2021).

BGH: Verkürzung der Gewährleistungsfrist auf ein Jahr bei Gebrauchtwagen (noch) zulässig

BGH, Urteil vom 18.11.2020 – VIII ZR 78/20
ECLI:DE:BGH:2020:181120UVIIIZR78.20.0
Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2021-590-1**
unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

a) § 475 Abs. 2 letzter Halbs. BGB aF (= §476 Abs. 2 letzter Halbs. BGB nF) verstößt gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, weil nach dieser Vorschrift entgegen Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL bei einem Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über gebrauchte Sachen eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist für Sachmängelgewährleistungsrechte auf weniger als zwei Jahre zugelassen wird. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL nur eine Vereinbarung über die Verkürzung der Haftungsdauer auf bis zu ein Jahr, nicht jedoch über die Verkürzung der Verjährungsfrist erlauben.

b) Eine richtlinienkonforme Anwendung von § 475 Abs. 2 letzter Halbs. BGB aF (= §476 Abs. 2 letzter Halbs. BGB nF) dahingehend, dass diese Regelung entfällt oder nur eine Vereinbarung über die Verkürzung der Haftungsdauer erlaubt, kommt jedoch nicht in Betracht. Die