

Betriebs Berater

BB

51/52 | 2020

B2B-Plattform ... BKartA ... Einkommensteuertarif ... Tarifvorschlag ... Kurzarbeit ... Recht ... 14.12.2020 | 75. Jg.
Seiten 2881–2944

DIE ERSTE SEITE

Edith Kindermann, RAin und Notarin

Ein neues Jahrzehnt – ein neues anwaltliches Berufsrecht

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Rupprecht Podszun und Ass. jur. **Philipp Bongartz**

B2B-Marktplätze und IoT-Plattformen in der kartellbehördlichen Praxis | 2882

Alexandra Prohm, RAin, und **Anara Karagulova-Glantz**, RAin

Bundeskartellamt publicat – causa finita? – Neues zur Öffentlichkeitsarbeit des Amtes | 2892

STEUERRECHT

Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, Vors. RiBFH

BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2020 | 2903

Prof. Dr. Eckart Bomsdorf und **Prof. Dr. Dieter Dziadkowski**

Chance vertan: Bemerkungen zu den Einkommensteuertarifen 2021 und 2022 –
und ein neuer, auch das Soli-Problem lösender Tarifvorschlag | 2915

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Norbert Lüdenbach, WP/StB, und **Daniel Schubert**

BB-IFRS-Report 2020 | 2923

ARBEITSRECHT

Sören Seidel, RA/FAArbR, und **Merle Herrmann**, RAin

Personalabbau trotz Kurzarbeit – Auswirkungen auf den Bezug von Kurzarbeitergeld | 2932

Alexandra Prohm, RAin, und Anara Karagulova-Glantz, RAin

Bundeskartellamt publicat – causa finita? – Neues zur Öffentlichkeitsarbeit des Amtes

Das Bundeskartellamt (BKartA) informiert die Öffentlichkeit regelmäßig über Kartellrechtsverletzungen und nennt dabei in der Regel auch die beteiligten Unternehmen. Anlässlich zweier aktueller Beschlüsse des OLG Düsseldorf aus März 2020 geben die Verfasserinnen einen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Öffentlichkeitsarbeit des BKartA und analysieren die Veröffentlichungspraxis des Amtes. Darauf aufbauend liefert der Beitrag praktische Tipps für betroffene Unternehmen und beantwortet die Frage, ob und in welchen Fällen ein Vorgehen gegen Veröffentlichungen des Amtes Aussicht auf Erfolg hat.

I. Einführung

Über die nur im Zweijahres-Rhythmus erscheinenden Tätigkeitsberichte (§ 53 Abs. 1 GWB) hinaus informiert das BKartA die Öffentlichkeit laufend über seine Tätigkeit. Zu dieser Form der sog. aktiven¹ Öffentlichkeitsarbeit gehören die Veröffentlichung von Entscheidungen, aber auch Pressemitteilungen und Fallberichte.² Während Pressemitteilungen dazu dienen, die breite Öffentlichkeit über kartellbehördliche Verfahren und Maßnahmen zu informieren, richten sich Fallberichte aufgrund ihrer detaillierteren juristischen Ausführungen tendenziell eher an interessierte Fachkreise. In ihnen fasst das Amt nicht nur ausgewählte Entscheidungen bzw. Verfahren zusammen, sondern kann auch in Fällen, in denen es nicht zu einer förmlichen Entscheidung kam, wichtige Erkenntnisse vermitteln.

Die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA berührt widerstreitende Interessen (dazu näher unter (II)). Während sie für die betroffenen Unternehmen in der Regel mit einem Imageschaden einhergeht, sind die veröffentlichten Informationen insbesondere für Kartellgeschädigte im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen relevant. Mit dieser unterschiedlichen Interessenlage beschäftigte sich zuletzt das OLG Düsseldorf im März 2020: In zwei Beschlüssen³ untersuchte es die Rechtmäßigkeit von geplanten Veröffentlichungen im Kartellbußgeldverfahren gegen technische Gebäudeausrüster (TGA, B11-21/14)⁴ (III). Dabei ist die Öffentlichkeitsarbeit des Amtes im Bereich von Bußgeldverfahren⁵ nicht zum ersten Mal Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Mit der Rechtmäßigkeit sog. identifizierender Pressemitteilungen, in denen die beteiligten Unternehmen namentlich genannt werden, beschäftigte sich 2019 zuletzt der BGH.⁶ Aufbauend auf den OLG-Beschlüssen gibt der Beitrag einen Überblick über die rechtlichen Anforderungen an die Öffentlichkeitsarbeit (IV) und die Veröffentlichungspraxis des Amtes (V) in Bußgeldverfahren, bevor er mit praktischen Hinweisen für betroffene Unternehmen schließt (VI).

II. Die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA im Kontext widerstreitenden Interessen

Die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA betrifft auf der einen Seite das Informationsinteresse der Öffentlichkeit (insbesondere von Kartellge-

schädigten) (1) und das Interesse der Behörde an einer möglichst effektiven Wahrnehmung ihrer Aufgaben (2), auf der anderen Seite unterschiedliche unternehmerische Interessen (3).

1. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, insb. Kartellgeschädigter

Als staatliche Behörde in einer Demokratie kommt dem BKartA ein Informationsauftrag dahingehend zu, es der Allgemeinheit zu ermöglichen, sein Handeln nachzuvollziehen und kontrollieren zu können.⁷ Grds. sind alle Tätigkeitsbereiche des BKartA dabei von gewichtigem Interesse für die Öffentlichkeit.⁸ Bußgeldverfahren, mit denen Kartellabsprachen sanktioniert werden, kommt – vor dem Hintergrund des Ziels der Stärkung der Rechte von Kartellgeschädigten auf nationaler und EU-Ebene⁹ – jedoch besondere Bedeutung zu, denn Kartelle wirken sich regelmäßig mittelbar auch zu Lasten von Verbrauchern aus. Etwaige Schäden können im Wege privater Kartellschadensersatzklagen nach § 33a GWB geltend gemacht werden. In der Praxis werden solche Klagen meistens auf förmliche Bußgeldentscheidungen gestützt (sog. *follow-on*-Klagen). Der Grund ist, dass sie – sofern bestandskräftig (d. h. nicht mehr mit Rechtsbehelfen anfechtbar) – nach § 33b GWB für Gerichte bindend sind mit der Folge, dass der Kläger den Nachweis eines Kartellrechtsverstößes nicht mehr selbst führen muss. Die gestiegene Bedeutung des sog. *private enforcement* spiegelt sich auch in den hier besprochenen Urteilen (s. u.).

2. Effektive Aufgabenwahrnehmung durch das BKartA

Das BKartA ist mit der Durchsetzung des Kartellrechts betraut, das neben Individualinteressen vor allem auch dem Schutz des Wettbewerbs als Institution dient.¹⁰ Die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA trägt zu einer effektiven Wahrnehmung dieser Aufgabe insofern bei, als dass sie grds. nicht nur eine spezial-, sondern auch eine generalpräventive Abschreckungswirkung entfaltet.¹¹ Normadressaten werden zumeist versuchen, ein kartellbehördliches Verfahren mit Publizitätswirkung und insbesondere sich ggf. anschließende private Kartellschadensersatzklagen zu vermeiden. Zudem werden nicht nur die betroffenen, sondern auch andere,

1 Bei der sog. passiven Öffentlichkeitsarbeit stellt das BKartA auf Presseanfragen hin Informationen zur Verfügung, informiert die Öffentlichkeit aber nicht proaktiv, vgl. *Quellmalz*, in: Loewenheim et. al., Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 53 GWB, Rn. 9.

2 Alle nachfolgenden Pressemitteilungen („PM“) und Fallberichte („FB“) sind solche des BKartA, abrufbar auf dessen Internetseite: <https://www.bundeskartellamt.de>.

3 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris, OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI – Kart 8/20 (V), juris.

4 FB v. 27.3.2020 – TGA.

5 §§ 81 ff. GWB.

6 BGH, 8.10.2019 – KVZ 14/19, juris.

7 *Podszun*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 1. Aufl. 2017, Kap. 16 Rn. 3; *Paal/Kumkar*, NZKart 2015, 366 f.

8 *Sewczyk*, WuW 2006, 244 f.

9 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union Text von Bedeutung für den EWR, „RL 2014/104/EU“.

10 *Säcker*, in: MüKo Bd. 1, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 3.

11 *Paal/Kumkar*, NZKart 2015, 366, 368; *Mundt*, NZKart 2016, 145.

in den Veröffentlichungen nicht genannte Unternehmen überprüfen, ob ihre Verhaltensweisen kartellrechtskonform sind. Außerdem betreibt das BKartA über seine Veröffentlichungen sog. *competition advocacy* und wirbt damit für den Wettbewerb als solchen.¹²

3. Die Interessen betroffener Unternehmen

Die Unterrichtung der Öffentlichkeit durch das BKartA geht regelmäßig mit der Berührung unternehmerischer Interessen einher. Insbesondere die namentliche Nennung in Veröffentlichungen kann eine Art „Prangerwirkung“¹³ entfalten und einen Reputationsverlust bzw. Imageschaden kombiniert mit daraus resultierenden Umsatzeinbußen zur Folge haben. Das OLG Düsseldorf¹⁴ hat anerkannt, dass das BKartA in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht¹⁵ beteiligter Unternehmen eingreift, wenn es sie in einer Pressemitteilung oder einem Fallbericht namentlich nennt. Ein Eingriff allein hat aber nicht automatisch die Rechtswidrigkeit des Behördenhandelns im Einzelfall zur Folge.¹⁶ Bei dem Unternehmenspersönlichkeitsrecht handelt es sich um ein sog. Rahmenrecht, dessen Reichweite nicht absolut festgelegt ist. D. h., dass über die Rechtmäßigkeit einer geplanten Veröffentlichung unter Würdigung aller Umstände im Wege einer Abwägung der von den Veröffentlichungen betroffenen Rechtsgüter und den mit der Informationsmaßnahme verfolgten Zwecken entschieden wird.¹⁷ Der Umfang des Persönlichkeitsschutzes ist bei Unternehmen generell reduziert, weil sie sich durch die Teilnahme am öffentlichen Wirtschaftsleben selbst in die Öffentlichkeit begeben und daher grds. auch damit rechnen müssen, dass die Allgemeinheit ihr Verhalten kritisch beurteilt.¹⁸ Vor dem Hintergrund, dass die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA regelmäßig negative Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen hat, kann der Informationsauftrag des Amtes jedoch nicht grenzenlos sein. Insbesondere muss das Amt den Gleichbehandlungs- und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigen.

III. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf aus März 2020

Die aktuellen Beschlüsse des OLG Düsseldorf zur Öffentlichkeitsarbeit des BKartA betrafen geplante Veröffentlichungen des BKartA im TGA-Bußgeldverfahren. Während das Gericht die beabsichtigten Pressemitteilungen und Fallberichte im ersten Fall¹⁹ als rechtswidrig erachtete (1.), beanstandete es sie im zweiten Fall²⁰ rechtlich nicht (2.).

Im TGA-Bußgeldverfahren hat das BKartA im Zeitraum 2017–2019 Geldbußen i. H. v. insgesamt rund 110 Mio. EUR gegen elf TGA-Anbieter wegen Absprachen bei der Vergabe von Großaufträgen verhängt. Ausgelöst wurde das Verfahren 2014 infolge eines Kronzeugenantrages.²¹ Kurz darauf erklärten sich drei weitere Unternehmen zur Kooperation mit dem BKartA im Rahmen der sog. Bonusregelung bereit. In den Bußgeldbescheiden wurden teilweise weitere Unternehmen als tatbeteiligt genannt, gegen die das BKartA aber keinen Bußgeldbescheid erlassen, sondern das Verfahren entweder wegen eines vollständigen Bußgelderlasses aufgrund der Bonusregelung oder aus anderen Gründen eingestellt hatte.

Sowohl Unternehmen A als auch Unternehmen B hatten als Kronzeugen eingeräumt, an kartellrechtswidrigen Absprachen in jeweils zwei bzw. vier Projekten beteiligt gewesen zu sein.

1. OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V)

Am 22.12.2017 verhängte das BKartA, nachdem es A Akteneinsicht gewährt hatte, zwei Geldbußen gegen das Unternehmen. Damit wurde

das Verfahren gegen A formell beendet. Gegen andere tatbeteiligte Unternehmen ermittelte das Amt noch weiter. Rund zwei Jahre später, nach Abschluss der Ermittlungen gegen die übrigen Beteiligten, teilte das BKartA A am 6.12.2019 (Freitag) um 14:48 Uhr per E-Mail mit, dass es beabsichtige, am 9.12.2019 (Montag) um 10 Uhr eine Pressemitteilung und einen Fallbericht zu dem Bußgeldverfahren zu veröffentlichen. Der geplanten Pressemitteilung zufolge sei A bei insgesamt 18 Projekten kartellbeteiligtes Unternehmen gewesen und die Beteiligung in vollem Umfang bußgeldrechtlich geahndet worden. Aus dem Fallbericht nebst Projektübersicht, auf den für weitere Einzelheiten verwiesen wurde, ergab sich, dass bei den nicht bußgeldrechtlich geahndeten 16 Projekten ein Bußgelderlass nach der Bonusregelung erfolgt sei.

A setzte sich gegen die angekündigten Veröffentlichungen gerichtlich zur Wehr. Nachdem das BKartA erklärte, von den Veröffentlichungen abzusehen, begehrte A Feststellung, dass beide rechtswidrig gewesen wären. Zur Begründung führte A an, dass sie nur wegen der kartellrechtswidrigen Manipulation an zwei Projekten bebußt wurde und ihr wegen der weiteren 16 Projekte weder rechtliches Gehör noch Einsicht in die Verfahrensakte des BKartA gewährt worden sei. Das OLG erklärte die geplanten Veröffentlichungen beide für rechtswidrig.

a) Falsche Tatsachendarstellung

Das OLG Düsseldorf stellte klar, dass der Inhalt einer an die Öffentlichkeit gerichteten Veröffentlichung sachlich zutreffend sein müsse.²² Bei abgeschlossenen Kartellbußgeldverfahren müsse insbesondere zu erkennen sein, ob die Kartellbeteiligung eines Unternehmens bußgeldrechtlich geahndet oder lediglich im Bußgeldbescheid gegen ein anderes Unternehmen ohne Bindungswirkung nach § 33b S. 1 GWB²³ festgestellt wurden.²⁴ Hier entstünde fälschlicherweise der Eindruck, A sei nicht nur wegen der kartellrechtswidrigen Manipulation von zwei, sondern von allen 18 Projekten bebußt worden. Ob der Zusatz in der Projektübersicht als Anlage zum Fallbericht diesen falschen Eindruck korrigieren könne, sei zweifelhaft.²⁵

b) Verweigerung rechtlichen Gehörs

Das OLG stellte fest, dass A hier nicht in der gebotenen Art rechtliches Gehör gewährt wurde. Die Stellungnahmefrist betrug nur wenige Stunden und sei damit unangemessen kurz bemessen gewesen.²⁶ Im Ergebnis liefe dies auf eine Verweigerung rechtlichen Gehörs hinaus.²⁷ Zudem habe das Amt es unterlassen, A über den Sachverhalt zu infor-

12 Steger, ZWeR 2013, 179, 181.

13 Kahlenberg/Hempel, WuW 2006, 127 f.

14 OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI Kart 5/14 (V), juris Rn. 36.

15 Nach der Rspr. des BGH erstreckt sich der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auf juristische Personen, wenn sie in ihrem sozialen Geltungsbereich bspw. als Wirtschaftsunternehmen betroffen sind, vgl. BGH, 19.4.2005 – X ZR 15/04, juris Rn. 27.

16 OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI Kart 5/14 (V), juris Rn. 37.

17 OLG Düsseldorf, 13.3.2019 – VI Kart 7/18 (V), juris Rn. 142; OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI Kart 5/14 (V), juris Rn. 37.

18 BGH, 22.9.2009 – VI ZR 19/08, juris Rn. 21.

19 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris.

20 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris.

21 Nach der Bonusregelung des BKartA v. 7.3.2006 wird einem Kartellbeteiligten das drohende Bußgeld erlassen, wenn er sich als erster an das BKartA wendet und ein Kartell aufdeckt.

22 So bereits BGH, 8.10.2019 – KVZ 14/19, juris.

23 Die Bindungswirkung bedeutet, dass ein Gericht an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen, mit denen das BKartA oder die Europäische Kommission einen Kartellrechtsverstoß begründen, gebunden ist.

24 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 37.

25 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 38.

26 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 40.

27 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 44.

mieren, aus dem sich die kartellrechtswidrige Beteiligung an den 16 ihr gegenüber nicht geahndeten Projekten ergeben solle. A hatte bisher nur Einsicht in die behördlichen Bußgeldakten zu den zwei Projekten, wegen der es bebußt wurde, erhalten. Somit war es A unmöglich, sich diesbezüglich zu verteidigen.²⁸ Damit kam es auch nicht darauf an, ob A vollständige Akteneinsicht hätte gewährt werden müssen oder ob eine Zusammenfassung/sonstige Mitteilung des relevanten Sachverhalts ausgereicht hätte.²⁹

2. OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V)

Gegen B verhängte das BKartA vier Geldbußen im Wege der Verständigung (sog. *settlement*). Der Bußgeldbescheid ist rechtskräftig. Am 9.3.2020 (Montag) teilte das BKartA B mit, dass es beabsichtige am 11.3.2020 (Mittwoch) eine Pressemitteilung und am 13.3.2020 (Freitag) einen Fallbericht zu veröffentlichen. In beiden wurde das tatbeteiligte Unternehmen C, gegen das das Verfahren eingestellt wurde, nicht genannt.

Gegen die geplanten Veröffentlichungen ging B gerichtlich vor und machte u. a. geltend, dass ihr kein rechtliches Gehör gewährt, in ihr Unternehmenspersönlichkeitsrecht u. a. durch einen von der üblichen Verwaltungspraxis abweichenden Detailgrad eingegriffen, gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen und das Settlement-Verfahren gefährdet wurde. Das OLG wies diese Argumente zurück und erklärte die beabsichtigten Veröffentlichungen für rechtmäßig.

a) Rechtliches Gehör muss bei unveränderter Sach- und Rechtslage nicht erneut gewährt werden

Das OLG stellt klar, dass den Interessen der betroffenen Unternehmen bereits dann ausreichend Rechnung getragen wird, wenn sie zu sämtlichen Feststellungen und Schlussfolgerungen der Kartellbehörde, die zu ihren Lasten gehen, Gehör erhalten. Sofern dies bereits vor Veröffentlichung geschehen ist, müssten die Unternehmen nicht erneut angehört werden.³⁰ Hier habe B Einsicht in die behördlichen Bußgeldakten zu den vier (ihr gegenüber bußgeldrechtlich geahndeten) Projekten erhalten. Das Gebot rechtlichen Gehörs sei hier nicht dadurch verletzt worden, dass B darüber hinaus nicht auch der Akteninhalt zu weiteren kartellrechtlich manipulierten Projekten zugänglich gemacht wurde. Anders als bei A wurde hier keine Kartellbeteiligung von B an weiteren, bußgeldrechtlich nicht geahndeten Projekten in den geplanten Veröffentlichungen festgestellt und auch kein dahingehender Eindruck erweckt.³¹

b) Kein rechtswidriger Eingriff in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht

Einen Eingriff in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht von B lehnte das OLG hier ab. Weder enthielten die geplanten Veröffentlichungen sachlich unzutreffende Informationen zum Nachteil von B, noch sei deren Detailgrad zu beanstanden. Grundsätzlich sei die Behauptung von B, das BKartA veröffentliche normalerweise deutlich weniger detaillierte Fallberichte, zu pauschal. Zudem sei nicht ersichtlich, inwieweit dadurch zugunsten von B ein Vertrauensschutz dahingehend begründet würde, dass das BKartA den gesetzlichen Rahmen des § 53 Abs. 5 S. 2 GWB (s. IV.1) nicht vollumfänglich ausschöpfe.³² Insbesondere seien Angaben zu den am Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen und den betroffenen Waren/Dienstleistungen zu machen, um private Kartellschadenersatzklagen zu erleichtern.³³

c) Keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Das Gericht stellte fest, dass das BKartA nicht dadurch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoße, dass es C, ein ebenfalls an den Kartellverstößen beteiligtes Unternehmen, im Fallbericht nicht namentlich erwähnte. Das Amt habe alle bebußten Unternehmen im Fallbericht genannt. Da kein Bußgeld gegen C verhängen wurde, sei es nur konsequent, C nicht namentlich zu nennen. In der Tat wurde das Ermittlungsverfahren gegen C ohne Bußgeldbescheid unter Anwendung der Bonusregelung und wegen im Jahr 2015 eingetretener Unternehmensinsolvenz eingestellt. Die Frage, ob der Fallbericht hier noch den Vorgaben von § 53 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 GWB genüge – die Norm spricht von Angaben zu den Unternehmen, die am Verstoß beteiligt waren –, ließ das OLG letztlich dahinstehen (s. dazu auch unter IV.2.b)). Legt man das Vorbringen von B zugrunde, war C ein kartellbeteiligtes Unternehmen und wäre bei wortlautgemäßer Gesetzesauslegung daher grundsätzlich in den Fallbericht aufzunehmen. Das OLG ging darauf nicht weiter ein, denn B könne ohnehin keine Rechte oder Ansprüche aus der unterlassenen Erwähnung von C herleiten. Unabhängig davon, ob die Norm überhaupt eine drittschützende Wirkung entfalte, diene sie jedenfalls nicht dem Schutz von B als Kartelltäter, sondern im Gegenteil der Erleichterung des *private enforcement*.³⁴

d) Keine Gefährdung des Settlement-Verfahrens

Das OLG stellt fest, dass die detaillierte Auflistung und unternehmensbezogene Zuordnung der einzelnen kartellbefangenen Beschaffungsvorgänge das Settlement-Verfahren nicht gefährde. B hatte angeführt, dass sie der Verständigung mit dem BKartA in dem Kartellbußgeldverfahren in dem Vertrauen darauf zugestimmt habe, dass sich die entscheidende Beschlussabteilung wie zugesagt für eine nur allgemeine und wenig detaillierte Veröffentlichung einsetzen werde. Letztlich sei diese Erwartung durch den gewählten Detailgrad der Mitteilungen enttäuscht worden. Das OLG wies dieses Vorbringen zurück und stellte klar, dass Settlements der Aufdeckung von Kartellen dienen sollten, nicht aber dem Interesse der Kartellanten, etwaige Kartellschadenersatzklagen dadurch zu erschweren, dass Fallberichte möglichst pauschal abgefasst werden.³⁵

IV. Rechtliche Anforderungen an die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA im Bußgeldverfahren

Aufbauend auf den OLG-Beschlüssen soll nachfolgend ein komprimierter Überblick über die rechtlichen Anforderungen, die das BKartA bei Veröffentlichungen im Zusammenhang mit Bußgeldverfahren beachten muss, gegeben werden.

1. Rechtsgrundlage

Im Hinblick auf die Rechtsgrundlage für die Veröffentlichungstätigkeit des BKartA ist nach der Art der Veröffentlichung zu unterscheiden. Tätigkeitsberichte erlässt das BKartA im Zweijahres-Rhythmus auf Grundlage von § 53 Abs. 1 GWB. Im Zuge der 9. GWB-Novelle im Jahr 2017

28 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 45.

29 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 45.

30 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 29.

31 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 16.

32 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 36.

33 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 36.

34 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 36.

35 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 41.

wurde § 53 GWB um die Absätze 4 und 5 ergänzt. Mit § 53 Abs. 4 GWB schaffte der Gesetzgeber klarstellend eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Berichten über Verfahren sowie über die Lage und Entwicklung auf dem Aufgabengebiet des BKartA³⁶ und setzte Diskussionen im Schrifttum zu der Frage, ob und in welcher Form das BKartA Öffentlichkeitsarbeit über Tätigkeitsberichte hinaus betreiben darf, ein Ende.³⁷ Zuvor hatte das BKartA die Öffentlichkeit ohne explizite Rechtsgrundlage über bestimmte Fälle mittels Pressemitteilungen und Fallberichten informiert. Die Kompetenznorm des § 53 Abs. 4 GWB ist weit gefasst und deckt – mit Ausnahme von Pressemitteilungen, die als Form des staatlichen Informationshandels laut Gesetzesbegründung keiner Rechtsgrundlage bedürfen³⁸ – alle Veröffentlichungen des BKartA ohne Differenzierung nach Tätigkeitsbereich, Verfahrensart, Verfahrensstadium oder Detailliefe ab.³⁹ § 53 Abs. 5 GWB regelt speziell Veröffentlichungen zu Bußgeldentscheidungen und ist insofern *lex specialis* zu § 53 Abs. 4 GWB. Die Norm steht in engem Zusammenhang mit den ebenfalls neu eingeführten §§ 33a ff. GWB und dem Ziel des EU-Gesetzgebers, private Kartellschadensersatzklagen zu fördern.⁴⁰ Das BKartA soll die Öffentlichkeit spätestens dann über erlassene Bußgeldentscheidungen informieren, wenn das Verfahren gegen sämtliche (Neben-)Betroffene eingestellt worden ist oder ein Bußgeldbescheid oder eine sonstige abschließende Entscheidung ergangen ist. Dabei sollen folgende Mindestangaben gemacht werden: Angaben zum wesentlichen Sachverhalt (Nr. 1), zur Art des Verstoßes und zum Begehungszeitraum (Nr. 2), den beteiligten Unternehmen (Nr. 3) sowie den betroffenen Produkten/Dienstleistungen (Nr. 4). Diese Informationen sollen es potentiell Geschädigten ermöglichen, das Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche zu prüfen.⁴¹ Entsprechend soll es auch einen Hinweis auf die Möglichkeit der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche (Nr. 5) und die Bindungswirkung rechtskräftiger Bußgeldentscheidungen (Nr. 6) geben.

Im Gegensatz zu § 53 Abs. 4 GWB, der das „Ob“ einer Veröffentlichung in das freie Ermessen des BKartA stellt, ist das Ermessen der Behörde im Rahmen von § 53 Abs. 5 GWB gebunden („soll“ statt „kann“).⁴² In begründeten Fällen sind Abweichungen dennoch möglich.⁴³

2. Rechtliche Anforderungen

Begrenzt werden die Veröffentlichungsbefugnisse des BKartA in Bußgeldverfahren im Hinblick auf das „Wie“ durch die allgemeinen Anforderungen an staatliches Informationshandeln und die Mindestvorgaben nach § 53 Abs. 5 S. 2 Nr. 1–6 GWB.⁴⁴ Ausgesuchte Aspekte, die Gegenstand der Rechtsprechung waren, werden nachfolgend aufgezeigt.

a) Sachlich zutreffende Berichterstattung

Eine grundsätzliche Anforderung an staatliches Informationshandeln ist, dass Tatsachen zutreffend wiedergegeben und der sachlich gebotene Rahmen (Willkürverbot) nicht überschritten werden.⁴⁵ Wahre Äußerungen sind – auch wenn sie für den Betroffenen nachteilig sind – hinzunehmen, sofern sie nicht die Intim-, Privat- oder Vertraulichkeits-, sondern die Sozialsphäre, namentlich die wirtschaftliche Betätigung des Persönlichkeitsrechtsträgers betreffen.⁴⁶ Mit welchem Detailgrad das BKartA Informationen preisgibt, steht grds. im freien Ermessen der Behörde.⁴⁷ Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind selbstverständlich weiterhin zu beachten. Das BKartA muss den Verfahrensstand eindeutig angeben, d. h. es muss einer Veröffentlichung zu entnehmen sein, ob ein Verfahren eingeleitet oder bereits abgeschlossen wurde, und ob eine Entscheidung rechtskräftig ist. Aus

§ 53 Abs. 5 S. 1 GWB („spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens“) ergibt sich, dass das BKartA auch über noch laufende Verfahren berichten kann.⁴⁸ Voraussetzung ist allerdings, dass sich aus der Mitteilung eindeutig ergibt, dass es sich (i) um ein laufendes Verfahren und (ii) eine vorläufige Einschätzung handelt.⁴⁹ Bisher hat sich das Amt nach eigenen Aussagen jedoch nicht proaktiv zu laufenden Ermittlungen in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren geäußert⁵⁰ und – soweit ersichtlich – hält das Amt an dieser Praxis fest.

b) Nennung beteiligter Unternehmen und etwaiger Einstellungsgründe

Am Kartellrechtsverstoß beteiligte Unternehmen sollen nach § 53 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 GWB genannt werden. Dies umfasst unstreitig diejenigen Unternehmen, gegen die ein Bußgeldbescheid erlassen wurde. Ob auch Unternehmen, die zwar am Kartellverstoß beteiligt, aufgrund von Kooperationsbeiträgen (insbesondere Kronzeugen), Insolvenz oder aufgrund einer als geringfügig einzuschätzenden Tatbeteiligung aber nicht bebußt wurden, ebenfalls zu nennen sind, ist nicht eindeutig (s. zur Veröffentlichungspraxis des BKartA, V.). Der BGH hat in der Asphaltmischgut-Entscheidung aus 2019 festgestellt, dass die Nennung tatbeteiligter, aber nicht bebußter Dritter in einem vom BKartA veröffentlichten Fallbericht dem Sinn und Zweck von § 53 Abs. 5 GWB, dem Informationsinteresse möglicher Geschädigter Rechnung zu tragen und private Kartellschadensersatzklagen zu erleichtern, entspreche.⁵¹ Das OLG Düsseldorf hat es im Beschluss vom 25.3.2020 jedoch dahinstehen lassen, ob ein Fallbericht, in dem ein tatbeteiligtes Unternehmen, gegen das das Verfahren eingestellt wurde, nicht namentlich genannt wird, noch den Vorgaben des § 53 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 GWB genügt (s. III.2.c)). Die Bindungswirkung des § 33b GWB erstreckt sich nur auf die Adressaten der kartellbehördlichen Entscheidung, nicht jedoch auf Unternehmen, deren Kartellrechtsverstoß in der Entscheidung festgestellt wird, ohne dass sie zugleich zu Adressaten ebendieser Entscheidung gemacht werden.⁵² Für die sachliche Reichweite der Bindungswirkung einer Bußgeldentscheidung ist deren Benennung dennoch von Bedeutung. Der BGH betont, dass die Kunden solcher Unternehmen sich zwar nicht ihnen gegenüber, wohl aber gegenüber den Adressaten des Bußgeldbescheides auf die Bindungswirkung des § 33b GWB berufen und als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen können (§ 33d GWB).⁵³

36 Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, 82.

37 Podszun, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 16, Rn. 3 m. w. N.

38 BT-Drs. 18/10207, 82 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI-Kart 5/14 (V), juris Rn. 38.

39 Krauser, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 53 GWB Rn. 17.

40 Podszun, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 16, Rn. 16.

41 BT-Drs. 18/10207, 82.

42 Krauser, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 53 GWB, Rn. 25.

43 Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 53 GWB Rn. 12; Schneider, in: Langen/Bunten, 13. Aufl. 2018, § 53 GWB, Rn. 12.

44 Krauser, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 53 GWB, Rn. 18 ff.

45 BT-Drs. 18/10207, S. 82. Vgl. auch OLG Düsseldorf, 13.3.2019 – Kart 7/18 (V), juris Rn. 145 m. w. N.

46 OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI-Kart 5/14 (V), juris Rn. 50.

47 Ob sich bzgl. der Detailliefe der Berichterstattung ein Vertrauensschutz aus der Veröffentlichungspraxis des BKartA ergeben kann, hatte das OLG Düsseldorf in dem Beschluss vom 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 44, offengelassen.

48 Ein Bußgeldverfahren ist dann abgeschlossen, wenn gegen sämtliche (Neben-)Betroffene das Verfahren eingestellt worden ist, ein Bußgeldbescheid erlassen wurde oder eine sonstige abschließende Entscheidung ergangen ist.

49 Krauser, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 53 GWB, Rn. 19; a. A. Kahlenberg/Hempel, WuW 2006, 127, 133 ff., Paal/Kumkar, NZKart 2015, 366, 371 ff., 374 f. (einschränkend).

50 Mundt, NZKart 2016, 145 f.

51 BGH, 8.10.2019 – KVZ 14/19, juris Rn. 9.

52 Lübbig, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 33b GWB, Rn. 9.

53 BGH, 8.10.2019 – KVZ 14/19, juris Rn. 7, 9.

Grenzen sind der Berichterstattung – auch wenn sie grundsätzlich sachlich zutreffend ist – dort gesetzt, wo es sich um Unternehmensinterna wie bspw. Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse handelt. Betriebsgeheimnisse umfassen technisches Wissen im weiteren Sinne, insbesondere Verfahrensabläufe oder Produktionsmethoden, und betriebliches Know-how.⁵⁴ Zu Geschäftsgeheimnissen zählt kaufmännisches Wissen, z.B. Umsätze, Gewinnspannen, Kalkulationen, Vertragskonditionen, Geschäfts- und Marketingstrategien.⁵⁵

c) Gebot des rechtlichen Gehörs

Aus § 56 GWB folgt, dass das BKartA den Beteiligten eines Kartellverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 GG und gilt sowohl für Verwaltungsakte als auch für schlichtes Verwaltungshandeln (zu denen Veröffentlichungen des BKartA gehören). Das Recht auf rechtliches Gehör umfasst dabei zum einen den Anspruch, von dem Verfahren und der eigenen Verfahrensbeteiligung sowie dem Verfahrensstoff vollständig unterrichtet zu werden, zum anderen das Recht in ausreichender Weise zur Sach- und Rechtslage Stellung nehmen zu können.⁵⁶ Notwendig für letzteres ist in jedem Fall die Setzung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme.⁵⁷ Aus den aktuellen OLG-Beschlüssen folgt zudem, dass es genügt, wenn das betroffene Unternehmen ein Mal zu dem Sachverhalt bzw. den rechtlichen Erwägungen, auf die das Amt die Bebußung stützt, angehört wird.⁵⁸

d) Verhältnismäßige Berichterstattung

Staatliches Informationshandeln ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen und darf insbesondere nicht willkürlich sein.⁵⁹ Eingriffe in die Freiheitsphäre betroffener Unternehmen durch die Veröffentlichungstätigkeit des BKartA sind nur dann und insoweit zulässig, als dass der Schutz öffentlicher Interessen sie erfordert. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind das Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit gegeneinander abzuwägen. Die Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass Letzteres die Interessen der Unternehmen im Regelfall überwiegt, insbesondere angesichts des Interesses Kartellgeschädigter, Schadenersatzansprüche durchsetzen zu können. Exemplarisch stellte das OLG Düsseldorf 2014 fest, dass das Informationsinteresse der Öffentlichkeit gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen umso mehr wiegt, je stärker die Öffentlichkeit als Endverbraucher von dem kartellrechtswidrigen Verhalten betroffen sei.⁶⁰ Dass das OLG Düsseldorf die geplanten Veröffentlichungen des BKartA im Beschluss vom 17.3.2020 (s. III.1.) als rechtswidrig einstufte, hängt vor allem mit den Umständen des Einzelfalls zusammen: Geplante Veröffentlichungen rund zwei Jahre nachdem A Akteneinsicht gewährt und das Verfahren gegen A beendet wurde, falsche Tatsachendarstellung und extrem kurz bemessene Frist zur Stellungnahme. Im Regelfall liegt zwischen Verfahrensbeendigung und Veröffentlichung ein deutlich geringerer Zeiträumen.

V. Die Veröffentlichungspraxis des BKartA in Bußgeldverfahren

Die Auswertung der Pressemitteilungen und Fallberichte des BKartA im Zeitraum 2013 bis 2020⁶¹ zeigt, dass die Veröffentlichungspraxis des Amtes nicht im Hinblick auf alle Aspekte einheitlich ist. Die Mindestvorgaben des § 53 Abs. 5 S. 2 GWB setzt das BKartA aber – soweit

ersichtlich – seit Einführung der Norm im Jahr 2017 mit Ausnahme der Nr. 3 (Angaben zu den Unternehmen, die an dem Verstoß beteiligt waren, s. u.) einheitlich um.

Grds. veröffentlicht das BKartA Pressemitteilungen und Fallberichte unter Nennung der beteiligten Unternehmen erst nachdem das Bußgeldverfahren gegen sie zum Abschluss gekommen ist. Die Namen persönlich Betroffener werden in Veröffentlichungen einheitlich nicht genannt. Soweit ersichtlich war insb. dort, wo bestimmte Positionen im Unternehmen genannt wurden, keine Individualisierung möglich (z.B. nicht namentliche Nennung eines „Vertriebsleiters“ bei einer Abteilung, die mehrere dutzende Vertriebsleiter umfasst).⁶² Zudem nennt das Amt Bußgeldsummen – mit Ausnahme der Pressemitteilung zum Schienenkartell,⁶³ in der die einzelnen Bußgelder der jeweils beteiligten Unternehmen aufgeschlüsselt wurden – nur in aggregierter Form. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zur Praxis der Europäischen Kommission dar, die u. a. den tatbezogenen Umsatz und die einzelnen Bußgelder der beteiligten Unternehmen aufschlüsselt. In allen Veröffentlichungen weist das BKartA außerdem auf die fehlende Rechtskraft der Bußgeldbescheide bzw. die Möglichkeit hin, gegen diese Einspruch einzulegen.

Im Gros der Fälle nennt das Amt sowohl Kronzeugen als auch kooperierende Unternehmen namentlich. In Abweichung dazu hat das Amt Kronzeugen in den Verfahren Kfz-Schilderpräger⁶⁴ und Abpackunternehmen⁶⁵ nicht namentlich benannt, obwohl beide Verfahren überhaupt erst durch Kronzeugenanträge eingeleitet wurden. Kooperierende Unternehmen wurden ausnahmsweise in den Veröffentlichungen zum Verfahren Containertransport⁶⁶ nicht namentlich genannt. In den Verfahren Wärmeabschirmbleche⁶⁷ und Hafenschleppdienstleister⁶⁸ ergaben sich die Identitäten nur aus einer Gesamtschau mit früher veröffentlichten Pressemitteilungen.

Mit Blick auf Verfahrenseinstellungen ist kein einheitliches Muster in der Veröffentlichungspraxis des BKartA zu erkennen. In sog. „Wurstlücken“-Fällen⁶⁹ hat das Amt die Unternehmen, die sich einer Bußgeldhaftung durch gezielte Umstrukturierungen entzogen haben, namentlich genannt und der Öffentlichkeit auch die Gründe für die Einstellung dargelegt.⁷⁰ Wenn das Amt Verfahren aus anderen Gründen eingestellt hat, hat es die jeweiligen Unternehmen, die nicht bebußt wurden, teilweise namentlich genannt (z.B. in den Verfahren Bahnschwellen⁷¹ sowie Mühlenindustrie⁷²), teilweise nicht (z.B. in

54 Paal/Kumkar, NZKart 2015, 366, 368 m. W. N.

55 Paal/Kumkar, NZKart 2015, 366, 368 m. W. N.

56 A. a. O., juris Rn. 42.

57 OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 44.

58 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 29.

59 OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI-Kart 5/14 (V), juris Rn. 39.

60 OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI-Kart 5/14 (V), juris Rn. 38. Dieser Aspekt wurde vom OLG Düsseldorf im Beschluss v. 13.3.2019 (Kart 7/18 (V)) besonders betont. Das Gericht stellte fest, dass die Öffentlichkeit ein ganz erhebliches aktuelles Interesse an den berichteten Kartellrechtsverstößen habe, da es sich um Fälle schweren Rechtsbruchs handle, die insb. zu Schäden für Endkunden einschließlich mehrerer Kommunen geführt hätten.

61 Dieser Beitrag berücksichtigt Veröffentlichungen bis einschließlich Juni 2020.

62 So z. B. FB v. 14.6.2013 – Drogerieartikel.

63 PM v. 23.7.2013 – Schienenhersteller.

64 FB v. 29.5.2020 – Kfz-Schilderpräger.

65 FB v. 21.11.2019 – Abpackunternehmen für Kartoffeln und Zwiebeln.

66 PM v. 25.8.2015 – Containertransporte.

67 PM v. 13.7.2017 und FB v. 18.8.2017 – Automobilzulieferer.

68 PM v. 18.12.2017 und FB v. 26.2.2018 – Hafenschleppdienstleister.

69 Vor der 9. GWB-Novelle erlaubte es eine Regelungslücke im Gesetz einer Vielzahl von Unternehmen, einer Bußgeldhaftung durch gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen zu entgehen. Dadurch konnten allein im sog. Wurstkartell Bußgelder in dreistelliger Millionenhöhe nicht verhängt werden. Umgangssprachlich wird dieses regulatorische Schlupfloch seitdem umgangssprachlich als „Wurstlücke“ bezeichnet.

70 FB v. 10.4.2019 (Aktualisierung) – Asphaltmischgut; FB v. 1.9.2017 – Wurstkartell.

71 PM v. 25.2.2016 – Bahnschwellen.

72 FB v. 8.5.2017 (Aktualisierung) – Mühlenindustrie.

den Verfahren Kfz-Schilderträger,⁷³ Pflanzenschutzmittel⁷⁴ und Industriebatterien⁷⁵). In den Veröffentlichungen zum TGA-Verfahren,⁷⁶ die Streitgegenstand des OLG-Beschlusses vom 25.3.2020 waren, wurde das Unternehmen C namentlich nicht genannt.⁷⁷ Die Öffentlichkeit erfuhr erst im Zuge der späteren gerichtlichen Auseinandersetzung davon.⁷⁸ In anderen Fällen, in denen beteiligte Unternehmen während des Verfahrens insolvent wurden, hat das BKartA davon berichtet und die jeweiligen Unternehmen auch namentlich genannt (bspw. in den Verfahren Sanitär-, Heizungs- und Klimaproducte⁷⁹ oder Haushaltsgeschirr⁸⁰).

Ob das BKartA die Unternehmen, gegen die es Verfahren eingestellt hat, mit Blick auf § 53 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 GWB in Pressemitteilungen und Fallberichten zukünftig in Übereinstimmung mit der BGH-Rechtsprechung im Asphaltmischgutverfahren⁸¹ einheitlich nennen wird, bleibt – auch angesichts der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25.3.2020 – abzuwarten. Die Veröffentlichungspraxis des BKartA seit Einführung des § 53 Abs. 5 GWB im Jahr 2017 scheint nahezulegen, dass das Amt bisher davon ausgeht, dass Unternehmen, gegen die es Verfahren eingestellt hat, in Veröffentlichungen nicht zu nennen sind.⁸² Insoweit scheint das Amt die „Soll“-Vorschrift des § 53 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 GWB eher weit auszulegen.⁸³

VI. Praktische Hinweise für betroffene Unternehmen

Die Analyse der Beschlüsse des OLG Düsseldorf aus März 2020 bestätigt die bisherige Entscheidungspraxis deutscher Gerichte⁸⁴ und zeigt, dass es grds. wenig erfolgversprechend ist, Pressemitteilungen oder Fallberichte in Bußgeldverfahren gerichtlich anzugreifen. Sowohl die Veröffentlichungspraxis des BKartA als auch die Entscheidungspraxis deutscher Gerichte zeigt, dass im Rahmen der Abwägung des Geheimhaltungsinteresses der betroffenen Unternehmen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit zumeist letzterem der Vorzug gegeben wird. Speziell mit Blick auf die relativ klaren Vorgaben von § 53 Abs. 5 S. 2 GWB wird ein Vorgehen gegen Bußgeldmitteilungen wohl nur in Ausnahmefällen Aussicht auf Erfolg haben, bspw. dann, wenn das BKartA sachlich unzutreffend berichtet oder kein rechtliches Gehör gewährt. Beide Aspekte sind von den betroffenen Unternehmen umfassend zu prüfen. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass rechtliches Gehör zu den in den Veröffentlichungen geplanten Verlautbarungen, die zu Lasten der Unternehmen gehen, nur einmal gewährt werden muss,⁸⁵ sollte das gewährte Gehör umfänglich ausgeschöpft und von den Unternehmen auch selbst dokumentiert werden. Statthafter Rechtsbehelf gegen die Öffentlichkeitsarbeit des BKartA ist – über den Wortlaut der Norm hinaus – die Beschwerde nach § 63 Abs. 1 GWB.⁸⁶ Noch im Vorfeld der geplanten Veröffentlichung können betroffene Unternehmen Rechtsschutz im Wege einer vorbeugenden Unterlassungsbeschwerde geltend machen. Allerdings wird diese nur in Ausnahmefällen statthaft sein.⁸⁷ Im Regelfall wird es als angemessen und ausreichend erachtet, dass der Beschwerdeführer nachträglich Rechtsschutz erlangt.⁸⁸ Im Zusammenhang mit dem Rechtsbehelf der Beschwerde in der Hauptsache, kann über § 64 Abs. 3 GWB i.V.m. § 60 GWB eine einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts begehrt werden.⁸⁹ Daneben sind Ansprüche aus Amtshaftung denkbar.⁹⁰

Vor dem Hintergrund der geringen Erfolgsaussichten gerichtlichen Rechtsschutzes sollte möglichst präventiv verhindert werden, dass In-

formationen an die Öffentlichkeit gelangen. Durch Kontakt zum BKartA können in der Regel sowohl Zeitpunkt als auch Inhalt der Veröffentlichungen in Erfahrung gebracht werden. Die Öffentlichkeitsarbeit steht grds. im Ermessen des BKartA, weswegen es ratsam ist, zu eruiieren, ob Gesprächsbereitschaft besteht. Auf etwaige Bedenken (bspw. Geschäftsgeheimnisse) sollten sowohl der zuständige Berichterstatte als auch die Pressestelle des BKartA, die nicht den Beschlussabteilungen, sondern der Leitung direkt untersteht, rechtzeitig hingewiesen werden. Denkbar ist grds. auch eine der Veröffentlichung des BKartA kurzfristig nachfolgende eigene Pressemitteilung, um negativer *publicity* proaktiv entgegenzuwirken. Nicht ratsam erscheint es hingegen, dem Amt damit zuvorzukommen. Ein derartiges Vorpreschen könnte – in Abhängigkeit der konkreten Darstellung des Verfahrens und der gewählten Tonart – dazu führen, dass das Amt seine eigene Veröffentlichung nachjustiert.

Der eindeutig beste Schutz vor negativer *publicity* durch Veröffentlichungen des BKartA ist und bleibt aber selbstredend ein kartellrechtskonformes Verhalten.

Alexandra Prohm, RAin, ist in der Praxisgruppe Kartellrecht der Sozietät Dentons Europe LLP in Berlin tätig. Sie verfügt über besondere Expertise in Fusionskontrollverfahren sowohl vor der Europäischen Kommission als auch vor dem BKartA. Darüber hinaus vertritt sie Mandanten in Kartellverfahren vor der Europäischen Kommission und parallelen Verfahren vor EU-Gerichten.



Anara Karagulova-Glantz, RAin, ist in der Praxisgruppe Kartellrecht der Sozietät Dentons Europe LLP in Berlin tätig. Sie ist spezialisiert auf Vertriebskartellrecht, Compliance und auf Marktmachtmisbrauchsverfahren und vertritt Mandanten ebenfalls vor den deutschen und europäischen Wettbewerbsbehörden und vor EU-Gerichten.



73 FB v. 29.5.2020 – Kfz-Schilderträger.
 74 PM v. 13.1.2020 – Pflanzenschutzmittel.
 75 FB v. 15.4.2019 (Aktualisierung) – Industriebatterien.
 76 FB v. 27.3.2020 – TGA.
 77 C wurde bereits 2015, also deutlich vor Abschluss des Bußgeldverfahrens 2019, insolvent.
 78 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 37 f.
 79 FB v. 16.3.2018 – Bruttopreisempfehlungen.
 80 FB v. 5.12.2013 – Haushaltsgeschirr.
 81 BGH, 8.10.2019 – KVZ 14/19, juris Rn. 9.
 82 Eine Ausnahme stellt der Fallbericht im Verfahren Asphaltmischgut dar, s. o.
 83 Auch in der aktualisierten Version des Fallberichts im Verfahren Kfz-Schilderträger v. 29.5.2020 hat das BKartA die Unternehmen gegen die das Verfahren aus Ermessensgründen eingestellt wurde, nicht namentlich genannt.
 84 OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI Kart 5/14 (V), juris Rn. 1 f., OLG Düsseldorf, 13.3.2019 – Kart 7/18 (V), juris Rn. 1 f., BGH, 8.10.2019 – KVZ 14/19, juris Rn. 1 f.
 85 OLG Düsseldorf, 25.3.2020 – VI-Kart 8/20 (V), juris Rn. 29.
 86 § 63 Abs. 1 GWB spricht selbst nur von „Verfügungen“. Pressemitteilungen und Fallberichte stellen eine Freigabe von Informationen dar, entfalten als schlichtes Verwaltungshandeln keine Regelungswirkung und stellen deswegen auch keine Verfügungen dar, vgl. Klose, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 54 GWB Rn. 18. In der Praxis wird die Norm aber weit ausgelegt und auf alle Streitigkeiten, an denen das BKartA beteiligt ist, angewendet, vgl. OLG Düsseldorf, 9.10.2014 – VI Kart 5/14 (V), juris Rn. 34; Podszun, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 16 Rn. 12.
 87 Voraussetzung ist u. a. ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis. Ein solches wird von Gerichten dann angenommen, wenn das Verwaltungshandeln unmittelbar bevorsteht und dem Unternehmen durch die Veröffentlichung irreparable oder zumindest nur schwer auszugleichende Nachteile drohen, vgl. OLG Düsseldorf, 17.3.2020 – Kart 1/20 (V), juris Rn. 26.
 88 *Johanns/Roesen*, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 64 GWB Rn. 10.
 89 *Johanns/Roesen*, in: MüKo Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 64 GWB Rn. 10.
 90 *Podszun*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 1. Aufl. 2017, Kap. 16 Rn. 12.