



Die 10. GWB-Novelle

Schwerpunkte: Digitalmärkte und ECN+-Richtlinie

20. Januar 2021

Der Bundestag hat am Donnerstag, 14. Januar 2021, die 10. GWB-Novelle – das **GWB-Digitalisierungsgesetz** – beschlossen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde in der vom Wirtschaftsausschuss im Januar nochmals geänderten Fassung angenommen. Der Bundesrat billigte das Gesetz am 18. Januar 2021. Es wurde noch am selben Tag verkündet und ist **am 19. Januar 2021 in Kraft getreten**.

Ziel in den Worten der Gesetzesbegründung ist es insbesondere, einen **Ordnungsrahmen zur Gestaltung des digitalen Wandels in der Wirtschaft** zu schaffen. Im Anschluss an die Vorschläge der vom BMWi berufenen (Reform-)Kommission soll das Gesetz ein **fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0** etablieren – d.h. eine Wettbewerbspolitik ausgerichtet an den Anforderungen der „Datenökonomie, Plattformmärkte und „Industrie 4.0““ in den Worten des **Einsetzungsbeschlusses**. Dazu wurde ein **neues Instrument zur Regulierung von Marktmachtmissbrauch unterhalb der Marktherrschaft** entwickelt, um bei zunehmender Vermachtung der Digitalmärkte früher gegensteuern zu können. **Datenzugangsregelungen** sollen Innovationen fördern und Märkte offenhalten. Die Kartellrechtsdurchsetzung wird durch Umsetzung der **ECN+-Richtlinie** und **Nachbesserungen bei Schadensersatzfolgeklagen** gestärkt. Schließlich wird die **Fusionskontrolle** am unteren Ende zurückgefahren.

Wir fassen die wichtigsten Neuerungen nachfolgend zusammen und kommentieren zu Auswirkungen in der Praxis.

Missbrauchskontrolle: Verschärfungen für die Digitalwirtschaft

Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle steht im Zentrum der Gesetzesnovelle. Da große Digitalkonzerne rasant wachsen, marktübergreifende Macht gewinnen und somit auf die Geschäftschancen anderer Unternehmen Einfluss nehmen können, soll das GWB an die veränderten Verhältnisse im Bereich der Digitalwirtschaft angepasst werden. Vielfach bedeutet dies eine **Verschärfung der Missbrauchskontrolle**.

Nach Anreicherung des Marktmachtbegriffs um zusätzliche Kriterien für mehrseitige Märkte (teilweise auch „Plattformen“ genannt) und Netzwerke durch die 9. GWB-Novelle (§ 18 Abs. 3a GWB) wird nun ergänzend die **Intermediationsmacht** als Kriterium zur Bestimmung der Marktbeherrschung in einen neuen § 18 Abs. 3b GWB aufgenommen. Gemeint sind Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind und eine erhebliche Rolle für den Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten anderer Unternehmen spielen (sog. Gatekeeper). Bisher war die Intermediationsmacht von Vermittlungsplattformen kein ausdrückliches Kriterium bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern lediglich die Nutzung sog. Netzwerkeffekte in mehrseitigen Märkten. Das GWB-Digitalisierungsgesetz will sicherstellen, dass diese „missbrauchsanfällige Machtposition“ der Missbrauchskontrolle unterliegt.

§ 19 Abs. 1 GWB korrigiert die bisherige Praxis, wonach für den **Ausbeutungsmissbrauch eine Verhaltenskausalität** benötigt wurde. Der Missbrauchsvorwurf ist künftig also nicht mehr auf eine unmittelbare Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung beschränkt. Für die Variante des Behinderungsmissbrauchs entspricht dies bereits der deutschen und europäischen Praxis; die Neufassung erstreckt diesen Verzicht – in Anlehnung an den Facebook-Fall – nun auch auf die Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs. Inwieweit sich dies in einer neuen Praxis niederschlagen wird, die „Konsumenten(daten)ausbeutung“ in Internetmärkten in breiterem Umfang zu untersuchen, bleibt abzuwarten.

Beim Verbot der Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen (*essential facilities*) in

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB wird klargestellt, dass auch **Daten eine „essential facility“** sein können und daher Zugang – wenngleich gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts – beansprucht werden kann. Entgegen dem bisherigen Verständnis wird der Begriff damit in Übereinstimmung mit der europäischen Rechtsprechung erweitert, wonach schon länger nicht nur Zugang zu physischen Infrastrukturen erzwungen werden kann.

Mit § 19a GWB – der bedeutendsten und im Vorfeld auch umstrittensten Neuerung – wird ein **neuer Missbrauchstatbestand** geschaffen, der dem Bundeskartellamt („BKartA“) ein frühes Eingreifen im Falle vermuteter Wettbewerbsgefährdungen durch große Digitalkonzerne ermöglicht. Der Tatbestand richtet sich an Unternehmen, die auf mehrseitigen Märkten tätig sind und eine **überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb** haben. Diese Marktposition setzt nicht voraus, dass der Adressat auf einem oder mehreren Märkten bereits marktbeherrschend wäre – mithin wird mit dieser Norm die Eingriffsschwelle für die Missbrauchskontrolle erstmals unter die Marktbeherrschung abgesenkt und eine völlig neue Adressatenkategorie geschaffen. Diese Feststellung kann das BKartA förmlich und mit Befristung für bis zu fünf Jahre treffen. Sie kann mit einer Beschwerde nach § 63 Abs. 1 GWB angegriffen werden. Weiter erlaubt § 19a GWB der Behörde, den Normadressaten – neben den allgemeinen Missbrauchsvorschriften – nach § 19a Abs. 2 Nr. 1–7 GWB sieben enumerativ aufgeführte Verhaltensweisen zu untersagen, die jeweils dazu eingesetzt werden können, Marktmacht weiter zu verstärken. Hierzu zählen Verhaltensformen, die bislang selbst im Falle der Marktbeherrschung nicht *per se* missbräuchlich waren, etwa die Bevorzugung eigener Dienste gegenüber Wettbewerberangeboten (**Verbot der Selbstbevorzugung**), die Behinderung anderer Unternehmen auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten, soweit der Normadressat für deren Marktzugang von Bedeutung ist, oder die Einschränkung des Wettbewerbs auf anderen Märkten durch Nutzung gesammelter Daten (**Behinderung des Marktzutritts durch das Vorenthalten bestimmter Daten**). Eine sachliche Rechtfertigung des Verhaltens ist möglich, allerdings unter Umkehr der Beweislast, so dass eine „*non liquet*“ Situation

zu Lasten der Normadressaten geht, um die Untersagung zu erleichtern. Die Feststellungs- und Untersagungsentscheidung kann in ein und demselben Rechtsakt ergehen. Wegen des *ex-nunc* Charakters dieser „ad hoc Regulierung“ sind jedoch Schadensersatzklagen für die Vergangenheit nach § 32 Abs. 2a GWB ausgeschlossen und Bußgelder sind nicht vorgesehen. Vielmehr ist erklärtes Ziel, Digitalmärkte durch frühzeitiges Eingreifen vor einer Vermachtung schützen zu können, da die traditionelle Missbrauchskontrolle nach Entstehung marktbeherrschender Anbieter keine ausreichende Durchschlagskraft entwickeln könne. Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung wird dem **Bundesgerichtshof** zudem nach § 73 Abs. 5 Nr. 1 GWB die **erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit** für Streitigkeiten gegen Verfügungen des BKartA nach **§ 19a GWB** zugewiesen; dies wurde u.a. mit Blick auf die analoge Vorschrift des § 50 VwGO für rechtmäßig gehalten. Auch die Verkürzung des Rechtsweges dient der effektiveren Marktmachtkontrolle.

Weitere Verschärfungen betreffen schließlich das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot für Unternehmen mit **relativer Marktmacht** nach § 20 Abs. 1 GWB, das künftig **nicht mehr nur kleine oder mittlere Unternehmen schützt**. Denn auch Großunternehmen könnten einem Machtgefälle ausgesetzt sein, insbesondere, wenn sie auf **Zugang zu Daten** angewiesen und daher von digitalen Plattformen abhängig seien. Allerdings darf die vermeintliche Abhängigkeit nicht durch Gegenmacht wieder aufgewogen wird. Zugleich wird die Norm auch auf relativ marktstarke Intermediäre erstreckt, die den Zugang zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten kontrollieren (Gatekeeper). Diese Intermediäre soll ein **Datenzugangsanspruch** treffen, auch wenn ein Geschäftsverkehr für die relevanten Daten bislang nicht eröffnet ist – somit über die bisherige Praxis hinaus, welche die Entscheidung über den eigenen Vertriebsweg den Herstellern überließ (womit der Tatbestand endgültig aus seinem ursprünglichen Kontext, Abhängigkeit der Händler von Herstellern, herausrückt). Schließlich wird mit § 20 Abs. 3a GWB ein Verbotstatbestand neu geschaffen, der Praktiken marktmächtiger Plattformen entgegenwirken soll, welche die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindern und damit die ernstliche Gefahr

begründen, den Leistungswettbewerb erheblich einzuschränken (etwa Exklusivitätsbindungen). Hiermit soll einer Monopolisierung (sog. **tipping**) auf mehrseitigen Märkten durch Mittel außerhalb des Leistungswettbewerbs frühzeitig entgegengewirkt werden.

Verfahrensrecht: Stärkung einstweiliger Maßnahmen und neuer Anspruch auf Entscheidung über fehlenden Anlass zum Tätigwerden

Der Gesetzgeber **senkt die Voraussetzungen für den Erlass einstweiliger Maßnahmen** nach § 32a GWB durch das BKartA. Anstelle der bisherigen Gefahr eines ernststen, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb treten nun geringere Anforderungen. Eine Zuwiderhandlung muss überwiegend wahrscheinlich sein und die Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten. Das betroffene Unternehmen kann die einstweilige Maßnahme nur abwenden, wenn sie eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Hintergrund der Änderungen ist ein vor allem im Kontext der schnelllebigen Digitalwirtschaft gestiegenes Bedürfnis, möglichst rasch auf vermeintliche Verstöße reagieren zu können. Eine Abstellung, welche erst nach einem jahrelangen Verfahren ergeht, könnte zu spät kommen, weil zu diesem Zeitpunkt bereits ein nicht mehr zu behebender Schaden eingetreten sein könnte.

Eine deklaratorische **Entscheidung des BKartA** nach § 32c GWB, dass **kein Anlass zum Tätigwerden** gegen bestimmte Verhaltensweisen besteht, obliegt bisher dem Ermessen und kommt nur selten zur Anwendung. **Gestärkt** werden soll das Instrument nun durch einen neuen **Anspruch auf (deklaratorische) Entscheidung** innerhalb einer „weichen“ (Soll-)Frist von sechs Monaten (§ 32c Abs. 4 GWB). Ein Anspruch besteht, wenn eine Kooperation mit Wettbewerbern betroffen ist (vertikale Verhaltensweisen, etwa Bezugs- oder Vertriebsverträge, sind also nicht erfasst) und die Unternehmen

ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Feststellung haben. Die Regelungen reagieren auf investitionshemmende Rechtsunsicherheiten vor allem der Digitalwirtschaft (Datennutzung, Plattformgründung, etc.).

Daneben wird die bisherige **Praxis des sog. Vorsitzenschreibens kodifiziert** (§ 32c Abs. 1 GWB). Hiernach kann das BKartA künftig formlos mitteilen, dass es aufgrund seines Aufgreifermissens von der Einleitung eines Verfahrens absehen wird. Überdies kann es Leitlinien zur Ermessensausübung in diesen Fällen erlassen.

Der **Gegenstand von Sektoruntersuchungen** wird (soweit diese sektorübergreifend erfolgen) **auf unilaterale Verhaltensweisen ausgedehnt**. Das betrifft insbesondere mögliche Zuwiderhandlungen gegen das Missbrauchsverbot und Verbraucherschutznormen. Bislang waren nur Vereinbarungen erfasst.

Die **Mitwirkungspflicht** natürlicher Personen im Rahmen unternehmensbezogener **Auskunftsverlangen** und während **Durchsuchungen** des BKartA erstreckt sich künftig auch auf **selbstbelastende Informationen**, statt wie bisher jeder zur Auskunft verpflichteten Personen ein uneingeschränktes Auskunftsverweigerungsrecht auch zugunsten des Unternehmens einzuräumen. Dies gilt in Umsetzung der **ECN+-Richtlinie** nicht nur für Kartellverwaltungsverfahren, sondern ebenso für Bußgeldverfahren. Dem verfassungsrechtlichen *nemo tenetur*-Grundsatz wird durch ein Beweisverwendungsverbot Rechnung getragen, das jedoch nur zugunsten von natürlichen Personen gelten soll, nicht zugunsten der betroffenen Unternehmen, die diesen verfassungsrechtlichen Schutz nicht genießen.

Fusionskontrolle: Erhöhung der 1. und 2. Inlandsumsatzschwelle und neue Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse

Die Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle waren im internationalen Vergleich bislang sehr niedrig. Um der Inflationsentwicklung seit der letzten Anpassung der ersten Inlandsumsatzschwelle im

Jahr 2002 (damals im Rahmen der Umrechnung der DM-Umsatzschwelle in EUR) ausreichend Rechnung zu tragen, war eine Anhebung aus Sicht des Bundestags gerechtfertigt. Vor diesem Hintergrund wird die **erste Inlandsumsatzschwelle** des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB von EUR 25 Mio. auf **EUR 50 Mio. erhöht, die zweite Inlandsumsatzschwelle** von EUR 5 Mio. auf **EUR 17,5 Mio.** Die Erhöhung soll die Fallzahl des Amtes um über 20% reduzieren, sowie vornehmlich mittelständische Unternehmen entlasten. Die **Anschlussklausel**, wonach der Erwerb eines Unternehmens mit Umsätzen bis zu EUR 10 Mio. (einschließlich etwaig kontrollierender Unternehmen) fusionskontrollfrei war, wird durch die Erhöhung der zweiten Inlandsumsatzschwelle gegenstandslos und entfällt. Andreas Mundt, der Präsident des BKartA befürchtet, dass aufgrund der Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen auch bedenkliche kleinere Fälle nicht mehr kontrolliert werden könne, sieht aber Freiraum für die behördliche Durchsetzung i.ü. entstehen: *„Mit den freiwerdenden Ressourcen werden wir uns noch besser auf die wirklich kritischen Fälle fokussieren können.“*

Eine Folgeänderung betrifft § 35 Abs. 1a GWB. Mit der 9. GWB-Novelle wurde hier die auf den Wert der Gegenleistung abstellende Aufgreifschwelle eingeführt. Bei der Einführung dieser **„Transaktionswertschwelle“** wurden die Umsatzschwellen parallel zu den beiden Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB festgesetzt. Dieser Gleichlauf soll durch eine Anpassung der Umsatzschwellen fortgeführt werden.

Die **Bagatellmarktschwelle** des § 36 Abs. 1 GWB wird ebenfalls von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. angehoben. Zugleich wird der Wortlaut angepasst, so dass eine gebündelte Betrachtung mehrerer Bagatellmärkte möglich ist, wie nach der Rechtsprechung schon bisher.

Die Novelle erhöht schließlich die **Frist für das Hauptprüfverfahren** von vier auf fünf Monate. Dieser Schritt war nach Ansicht des Gesetzgebers erforderlich, um den gesteigerten Analyseanforderungen bei Anwendung des SIEC-Tests gerecht zu werden.

Die Novelle führt ferner zu einer Angleichung des GWB an die FKVO bei der **Zusammenrechnung mehrerer Zusammenschlüsse** zwischen demselben Erwerber und Veräußerer innerhalb von zwei Jahren: Es wird nicht mehr erforderlich sein, dass die Umsatzschwellen erstmals bei einer Folgetransaktion erreicht werden. Damit wird zugleich eine Gesetzeslücke geschlossen.

Weiter **entfällt** durch die Novelle die Pflicht zur Abgabe einer **Vollzugsanzeige** eines angemeldeten Zusammenschlusses. Allerdings sind künftig anmeldepflichtige Zusammenschlüsse, die vor Vollzug (versehentlich) nicht angemeldet wurden, unverzüglich beim BKartA anzuzeigen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht ist weiterhin bußgeldbewehrt.

Ferner wird durch die Novelle ein **neuer Tatbestand** eingeführt, der es dem BKartA erlaubt, zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse in einem bestimmten Wirtschaftszweig aufzufordern. Hierdurch sollen sog. *killer acquisitions* verhindert werden, also der systematische Aufkauf von Start-up Unternehmen bzw. von besonders wachstumsstarken *market entrants*. Gem. § 39a Abs. 1 GWB kann das BKartA Unternehmen dazu verpflichten, in einem oder mehreren bestimmten Wirtschaftszweigen auch Zusammenschlüsse anzumelden, bei denen das zu erwerbende Unternehmen die geltenden Inlandsumsatzschwellen unterschreitet (ab EUR 2 Mio., davon mehr als zwei Drittel im Inland). Die Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse gem. § 39a GWB Abs. 3 GWB setzt allerdings voraus, dass das BKartA in einem der betroffenen Wirtschaftszweige bereits eine (typischerweise mehrere Jahre dauernde) Sektoruntersuchung gem. § 32e GWB durchgeführt hat. Die Aufforderung ergeht durch Verwaltungsakt und verpflichtet dazu, für drei Jahre ab Zustellung der Entscheidung jeden Zusammenschluss in dem oder den fraglichen Wirtschaftszweigen anzumelden.

Schließlich werden gewisse Zusammenschlüsse im **Krankenhausbereich** befristet (Vollzug bis Ende 2027) von der Fusionskontrolle ausgenommen. Wesentliche Voraussetzung ist die Förderung aus dem Krankenhausstrukturfond.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sah endlich eine Verschärfung der formellen als auch der

materiellen Voraussetzungen für eine **Ministererlaubnis**. Diese Novellierung hätte das Instrument der Ministererlaubnis für die Praxis wohl obsolet werden lassen. Letztlich übernahm der Wirtschaftsausschuss diese Verschärfung **nicht**.

Kartellbußgeldverfahren: Erweiterte Befugnisse für das Bundeskartellamt, erheblich angehobene Buß- und Zwangsgelder

Zwangsgelder, welche die Kartellbehörde für verfahrensrechtliche Verstöße – etwa für die Verweigerung oder Verzögerung verlangter Auskünfte – verhängen kann, werden von bisher mindestens EUR 1.000 und höchstens EUR 10 Mio. **auf bis zu 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen weltweiten Tagesgesamtumsatzes** des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung erhöht.

Verfahrensverstöße, wie z.B. Behinderung einer Nachprüfung, der Siegelbruch oder eine unvollständige oder unrichtige Beantwortung eines Auskunftsverlangens, können künftig statt wie bislang max. EUR 100.000 mit max. 1% des globalen Unternehmensumsatzes bebußt werden. Zugleich erweitert die Novelle die **inhaltliche Reichweite der Auskunftsverlangen im Kartellbußgeldverfahren** – bislang grundsätzlich begrenzt auf Umsatz- und Beteiligungsangaben – durch Verweis auf die Regeln für das Verwaltungsverfahren, die entsprechend anwendbar werden. Das Instrument des erweiterten Auskunftsverlangens soll zudem auch dem OLG Düsseldorf unmittelbar zur Verfügung stehen.

Verbände können künftig **mit einem Bußgeld von bis zu 10% des Gesamtumsatzes** der auf dem betroffenen Markt tätigen Verbandsmitglieder sanktioniert werden. Nicht berücksichtigt wird dabei der Umsatz der bereits bebußten Unternehmen und des Kronzeugen. Das BKartA erhält auch die Möglichkeit, die Zahlung eines auf Basis der Mitgliederumsätze festgelegten und gegen einen (auch teilweise) zahlungsunfähigen **Verband verhängten Bußgeldes von den Verbandsmitgliedern direkt zu verlangen**, und zwar zuvorderst von denen, die im relevanten Zeitraum in den Entscheidungsgremien

des Verbands saßen, und nachrangig von den anderen Verbandsmitgliedern, die im betroffenen Markt tätig sind. Ausgeschlossen vom Rückgriffsrecht sind aber im selben Verfahren bereits bebußte Unternehmen und der Kronzeuge. Der zu verlangende Betrag **darf 10% des Gesamtumsatzes des jeweiligen Verbandsmitglieds** nicht überschreiten. Ein Verbandsmitglied kann sich von der Zahlungspflicht befreien, wenn es darlegt, dass es den bußgeldrelevanten Verbandsbeschluss nicht umgesetzt hatte, nicht kannte oder sich von dem Beschluss vor der Eröffnung des Bußgeldverfahrens aktiv distanziert hatte.

Die Novelle konkretisiert die **Kriterien für die Zuweisung der Bußgelder** gegen Unternehmen und Verbände. Dazu sollen insbesondere die Art des Verstoßes, die volkswirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Produkte, der mit dem Verstoß unmittelbar oder mittelbar in Zusammenhang stehende Umsatz und ggf. wiederholte Verstöße zählen. Im positiven Sinne soll künftig berücksichtigt werden, ob **angemessene und wirksame Compliance-Maßnahmen** zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen geführt haben, die in der Folge Gegenstand der Ermittlungen wurden – eine begrüßenswerte Öffnung der deutschen Praxis im Anschluss an vergleichbare Privilegierungen im Ausland (etwa in Frankreich, Großbritannien und Rumänien, wo ein effizientes Compliance-System mit einer Bußgeldreduzierung von bis zu 10% honoriert wird). Diese erweiterte, zugleich nicht abschließende, Liste der Bußgeldkriterien soll zu einer Harmonisierung der Bußgeldbemessung im Verfahren vor dem BKartA und dem OLG Düsseldorf beitragen. Wesentlicher Anlass war der faktische Verlust des Rechtsschutzes in den Fällen, in denen zu befürchten steht, wie zumeist, dass das OLG die vom Amt nach den eigenen Leitlinien verhängten Bußgelder deutlich anheben würde; ob die neue Fassung dieses Problem behebt, darf allerdings bezweifelt werden.

In den neuen Vorschriften §§ 81h bis 81l GWB findet das **Kronzeugenprogramm des BKartA seine gesetzliche Verankerung**. Die Regelungen entsprechen größtenteils den Grundsätzen der bestehenden Bonusregelung, erweitert um die entsprechenden Vorgaben der ECN+-Richtlinie. Die An-

wendbarkeit des Kronzeugenprogramms auf horizontale Hardcore-Verstöße wird bestätigt. Die Begründung ergänzt, dass das BKartA im Rahmen seines Ermessens **eine Kooperation bei der Bußgeldbemessung auch außerhalb horizontaler Zuwiderhandlungen würdigen** kann, wie es bislang bereits (unausgesprochene) Praxis war. Der Kronzeugenantrag soll grundsätzlich auch für aktuelle und ehemalige Mitarbeiter des Antragstellers gelten (wie bisher).

Die Novelle stärkt schließlich in Erfüllung der Vorgaben der ECN+-Richtlinie die Stellung des BKartA in Rechtsbehelfsverfahren gegen Bußgeldentscheidungen. Das BKartA wird nun sowohl im Zwischenverfahren, i.e. nach Einlegung des Einspruchs, als auch im Gerichtsverfahren, i.e. nachdem die Staatsanwaltschaft die Akte an das Gericht übersendet hat, als Antragsgegner beteiligt und verfügt über die allgemeinen Ermittlungsbefugnisse eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens. Somit wird **das BKartA künftig der Staatsanwaltschaft gleichgestellt** und erhält sämtliche prozessualen Rechte, die ihr zustehen. Daraus folgt z.B., dass für die Einstellung des gerichtlichen Bußgeldverfahrens die Zustimmung sowohl der Staatsanwaltschaft als auch des BKartA erforderlich sein wird.

Private Kartellrechtsdurchsetzung: Förderung von Offenlegungsansprüchen und Vermutung der Kartellbetroffenheit

Im Kartellschadensersatzrecht sah man anfänglich keinen Bedarf für Neuregelungen. Hier gab es bekanntlich umfassende Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle, mit der die EU-Schadensersatzrichtlinie umgesetzt wurde. Nun erblickte er Gesetzgeber in der „jüngeren Rechtsprechung“ aber doch gewisse **Hürden für Geschädigte**, die **beseitigt** werden.

Einmal wird die **Durchsetzung von Offenlegungsansprüchen erleichtert**. Das OLG Düsseldorf wies im April 2018 einen Antrag auf Herausgabe einer Bußgeldentscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 89b Abs. 5 GWB zurück. Die Entscheidung verneinte unter anderem den dafür erforderlichen Auskunftsanspruch nach

§ 33g GWB, weil er nicht rückwirkend auf Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB a.F. anwendbar sei. Die Novelle **ordnet** daher nun ausdrücklich **eine Rückwirkung an**.

Das OLG Düsseldorf wies den Offenlegungsantrag daneben mangels **Eilbedürftigkeit** zurück. Auch dieses **Erfordernis** wird durch die Novelle **ausgeräumt**.

Die dritte Nachbesserung betrifft die Frage der **Kartellbetroffenheit**. Der BGH hat in seinem Urteil in Sachen *Schienenkartell* aus Dezember 2018 den zuvor in der Rechtsprechung angenommenen Anscheinsbeweis abgelehnt. Im Zuge des Gesetzgebungsprozesses wurden bemängelt, dass die seitdem geltenden Anforderungen Geschädigte vor Nachweisschwierigkeiten stellten (was mit Blick auf die jüngste BGH-Rechtsprechung allerdings nicht mehr der Fall ist). Trotzdem wird nun die mit der 9. GWB-Novelle eingeführte gesetzliche Vermutung der Schadentstehung von einer **gesetzlichen**

Vermutung der Kartellbetroffenheit flankiert. Beide Vermutungen entfaltet allerdings **keine Rückwirkung**, sondern erfassen nur Ansprüche, die nach Inkrafttreten der 9. bzw. 10. GWB-Novelle entstehen.

Kontakte



Dr. Ellen Braun
Partner - Hamburg/München
Tel +49 40 82221 2137
ellen.braun@allenoverly.com



Dr. Bőrries Ahrens
Partner - Hamburg
Tel +49 40 82221 2124
boerries.ahrens@allenoverly.com

Allen & Overy LLP

Dreischeibenhaus 1, 40211 Düsseldorf | Tel +49 211 2806 7000 | Fax +49 211 2806 7800
Bockenheimer Landstraße 2, 60306 Frankfurt am Main | Tel +49 69 2648 5000 | Fax +49 69 2648 5800
Kehrwieder 12, 20457 Hamburg | Tel +49 40 82 221 20 | Fax +49 40 82 221 2200
Maximilianstraße 35, 80539 München | Tel +49 89 71043 3000 | Fax +49 89 71043 3800

allenoverly.de

Allen & Overy bezieht sich auf Allen & Overy LLP bzw. ihre verbundenen Unternehmen. Die Allen & Overy LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC306763 eingetragene Limited Liability Partnership englischen Rechts. Die Allen & Overy LLP ist von der Solicitors Regulation Authority of England and Wales zugelassen und untersteht deren Aufsicht.

Jeder Hinweis auf Partner bezieht sich auf die Gesellschafter der Allen & Overy LLP bzw. Mitarbeiter oder Berater der Allen & Overy LLP, deren Status und Qualifikationen denen eines Gesellschafters entsprechen, oder eine Person mit einem gleichwertigen Status in einem verbundenen Unternehmen der Allen & Overy LLP. Eine Liste der Gesellschafter der Allen & Overy LLP sowie der als Partner bezeichneten Personen, die nicht Gesellschafter sind, kann am Sitz der Gesellschaft, One Bishops Square, London, E1 6AD, oder in jedem deutschen Büro eingesehen werden.

Allen & Overy ist eine internationale Anwaltskanzlei mit rund 5.500 Mitarbeitern, darunter etwa 550 Partner, an über 40 Standorten weltweit. Eine aktuelle Liste aller Standorte von Allen & Overy finden Sie unter allenoverly.com/locations.