

MODERNISIERUNG AN ALLEN FRONTEN

GWB-NOVELLE 2017 HEUTE VERABSCHIEDET

WICHTIGSTE NEUERUNGEN UND IHRE AUSWIRKUNGEN IN DER PRAXIS

Eigentlich hätte die **EU-Kartellschadensersatzrichtlinie** (2014/104/EU) schon bis Ende 2016 Einzug ins nationale Recht finden sollen – nun ist mit entsprechender Verspätung die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verabschiedet worden. Die auf der Richtlinie beruhenden Neuerungen erleichtern vor allem die Geltendmachung von Schadensersatz durch Kartellgeschädigte. Der Gesetzgeber nutzt die Gelegenheit aber auch für einen „bunten Strauß“ weiterer Änderungen. Besondere Anliegen waren die **Schließung der sog. „Wurstlücke“ in der Bußgeldhaftung** und die Schärfung der Eingriffsbefugnisse mit Blick auf die **Herausforderungen der Digitalisierung**.

Die Neuregelungen treten **überwiegend** bereits **rückwirkend zum 27. Dezember 2016** in Kraft. Allerdings ist das neue materielle Schadensersatzrecht nur auf nach dem 26. Dezember entstehende Schadensersatzansprüche anwendbar (mit Ausnahme der Verjährungsregelung, die auch für alle schon bestehenden, unverjährten Schadensersatzansprüche gilt), die neuen Verfahrensvorschriften einschließlich des (materiellen) Anspruchs auf Herausgabe von Beweismitteln und Auskunftserteilung nur auf Prozesse, in denen nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben wurde. Im Übrigen tritt das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft, höchstwahrscheinlich Anfang April.

Die **wichtigsten Neuerungen** fassen wir nachfolgend kurz zusammen und kommentieren ihre **Auswirkungen in der Praxis**.

Inhalt

Wesentliche Neuerungen	3
1. Fusionskontrolle: Verschärfungen für die digitale Wirtschaft; Erleichterungen für Bankenverbände	3
2. Öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung: Verschärfte Konzernhaftung und neue verbraucherorientierte Eingriffsbefugnisse	4
3. Private Kartellrechtsdurchsetzung: Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie	4
Ausblick	6
Ankündigung Veranstaltungen	7
Ansprechpartner	8

Wesentliche Neuerungen

1. FUSIONSKONTROLLE: VERSCHÄRFUNGEN FÜR DIE DIGITALE WIRTSCHAFT; ERLEICHTERUNGEN FÜR RUNDFUNK UND BANKEN

Die **Fusionskontrolle** wird auf Vorhaben ausgeweitet, die mangels Erreichen der Umsatzschwellen bisher nicht anmeldepflichtig waren. Künftig unterliegen auch Übernahmen von Start-up-Unternehmen zu besonders hohen Kaufpreisen der Kontrolle durch die Kartellbehörden. Hintergrund war die nicht anmeldepflichtige Übernahme Facebook/WhatsApp für einen Kaufpreis von 19 Milliarden Euro. Denn nach Ansicht des Gesetzgebers kann ein herausragender Transaktionswert ein hohes wettbewerbles Potential widerspiegeln. In Zukunft wird deshalb ein Zusammenschluss bei einem weltweiten Gesamtumsatz von 500 Millionen Euro und einem Inlandsumsatz von **weniger als 5 Millionen Euro** eines der beteiligten Unternehmen trotzdem anmeldepflichtig sein, wenn ein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielte, der Wert der Gegenleistung **mehr als 400 Millionen Euro** beträgt und das zu erwerbende Unternehmen **in erheblichem Umfang im Inland tätig** ist.

Gelockert, analog zur Pressefusionskontrolle, wird dagegen die **Rundfunkfusionskontrolle**; künftig ist statt des Zwanzigfachen nur noch das Achtfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen. Zugleich sieht die Novelle für **Kooperationen von Presseverlagen** eine Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) vor, soweit die Zusammenarbeit die wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb stärkt **und keine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich** stattfindet. Da das EU-Recht eine solche Ausnahme nicht kennt, wird das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit über die Anwendbarkeit dieser Bereichsausnahme entscheiden.

Ebenfalls mit Blick auf die Digitalisierung fand Eingang ins Gesetz, was die EU-Kommission (Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp) und das Bundeskartellamt (z. B. Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32– Online-Datingplattformen) in jün-

gerer Vergangenheit ihrer Praxis bereits zugrunde gelegt hatten: Der **Annahme eines Marktes** steht es nicht entgegen, dass eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird (§ 18 Abs. 2a n.F.). Diese Klarstellung zielt auf zwei- und mehrseitige Märkte, sog. **Plattformmärkte**. Paradebeispiele sind die „Social Media“, allen voran Facebook: Während die privaten Nutzer die Plattform kostenfrei nutzen können, finanziert sie sich durch Zahlungen der werbetreibenden Wirtschaft.

Bei der **Bewertung der Marktstellung im digitalen Sektor** werden künftig neben den klassischen Marktmachtkriterien **zusätzliche Parameter** zur Bewertung der Marktmacht angelegt, namentlich direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für Nutzer, Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und ein innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck. Auch dies zeichnet die vom Amt entwickelte Praxis nach.

Kleinere Änderungen betreffen auch andere fusionskontrollrechtliche Themen:

Vor dem Hintergrund der Niedrigzinsphase und der dadurch schlechten Ertragslage im traditionellen Kreditgeschäft werden vom Anwendungsbereich der Fusionskontrolle künftig Zusammenschlüsse zwischen Dienstleistern von **kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen** (Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV), Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR)) ausgenommen, die Back Office-Leistungen vergemeinschaften. Dies betrifft die sog. Marktfolge (z.B. Abwicklung des Zahlungsverkehrs und des Wertpapiergeschäfts) sowie die interne Verwaltung (z.B. Finanz- und Rechnungswesen).

Die Bereichsausnahme gilt nicht für Zentralbanken und Girozentralen.

Zur **Optimierung des Ministererlaubnis-Verfahrens** gilt künftig eine Höchstfrist von sechs Monaten; nach Ablauf dieser Frist ohne Entscheidung gilt der Antrag auf die

Ministererlaubnis als abgelehnt (§ 42 Abs. 4 S. 2 GWB n.F.). Die Frist kann auf Antrag um bis zu zwei Monate verlängert werden. Das Ministerium wird ergänzend Verfahrensleitlinien erlassen.

2. ÖFFENTLICHE KARTELLRECHTSDURCHSETZUNG: VERSCHÄRFTE KONZERNHAFTUNG UND NEUE VERBRAUCHERORIENTIERTE EINGRIFFSBEFUGNISSE

Im Zuge der Gesetzesänderung wird die **bußgeldrechtliche Haftung** von Unternehmen durch Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in Richtung einer „**Konzernhaftung**“ ausgeweitet. Eine Haftung der lenkenden **Konzernmutter** für ihre handelnde **Tochtergesellschaft** setzt voraus, dass die Gesellschaften zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes eine **wirtschaftliche Einheit** bildeten und die Mutter (un)mittelbar **bestimmenden Einfluss** auf ihre Tochter ausübte (§ 81 Abs. 3a GWB n.F.). Für letzteres streitet bei mehrheitlicher Beteiligung im europäischen Recht allerdings eine Vermutung. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Neuregelung steht im Streit.

Zentrales Anliegen des Gesetzgebers ist weiter die Ausschaltung der sog. „**Wurstlücke**“, die schon länger genutzt, im „Wurstkartell“ aber erstmals auch in der Wirtschaftspresse thematisiert wurde: Eine Bußgeldhaftung soll nicht mehr durch Umstrukturierungen eines Unternehmens umgangen werden können.

Dazu wird den Kartellbehörden die Möglichkeit eröffnet, den **Rechtsnachfolger oder den wirtschaftlichen Nachfolger** einer untergegangenen Gesellschaft zu bebußen, während bislang nur der Rechtsnachfolger im Falle überwiegender wirtschaftlicher Identität herangezogen werden konnte.

Da das besondere Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) einer Strafbegründung oder –schärfung für Kartell-taten, die bei Inkrafttreten der Novelle bereits beendet sind, entgegensteht, ist für den Übergangszeitraum eine **Ausfallhaftung** bestimmt. Die Regelung ermöglicht die Festsetzung eines Haftungsbetrages gegen beherrschende Gesellschaften und Nachfolger, wenn durch Umstrukturierungen nach Einleitung des Bußgeldverfahrens die Festsetzung oder Vollstreckung einer Geldbuße gegen die nach § 30 OWiG bußgeldverantwortliche Gesellschaft vereitelt wird.

Ferner kann das Bundeskartellamt künftig im Falle fehlender Zuständigkeit anderer Bundesbehörden wegen eines begründeten Verdachts auf **erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften**, die nach Art oder Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern beeinträchtigen, einzelne Wirtschaftszweige oder Arten von Vereinbarungen untersuchen. Dies ergänzt die bisherigen Sektoruntersuchungsbefugnisse. Ebenso kann sich das Amt als *amicus curiae* über kartellrechtliche Streitigkeiten hinaus nun auch in verbraucherschutzrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einbringen.

3. PRIVATE KARTELLRECHTSDURCHSETZUNG: UMSETZUNG DER SCHADENSERSATZRICHTLINIE

Schließlich setzt die Novelle die Schadensersatzrichtlinie um. Zentrale Zielsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie ist die **Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchset-**

zung. Die Novelle schafft ein kartellrechtliches Sonderprozessrecht, ein absolutes *Novum* in der deutschen Rechtssetzung. Denn die Geltendmachung von Scha-

densersatz soll für Abnehmer von kartellbedingt preisüberhöhten Waren und Dienstleistungen weiter erleichtert werden.

Dies geschieht durch ein ganzes Bündel an neuen prozessualen und materiellen Vorschriften:

(a) *Klägerfreundliche Bestimmungen*

Dazu wird zunächst die **Vorhersehbarkeit der Kostenrisiken** einer Klage auf Schadensersatz erhöht, indem Kosten der Nebeninterventionen auf den Wert der Hauptsache beschränkt werden. Dies entlastet Schadensersatzkläger.

Der bisher geltende Anscheinsbeweis dafür, dass Kartelle höhere Preise verursachen, wird zu einer **gesetzlichen Vermutung** heraufgestuft, **dass alle horizontalen Verstöße** (nicht mehr wie nach dem bisherigen Richterrecht, nur Preis- und Quotenkartelle, sondern etwa auch Informationsaustausch, soweit er künftiges Marktverhalten betrifft, Marktaufteilungen und Boykottvereinbarungen) einen Schaden verursachen. Diese Vermutung kann widerlegt werden; wie dies geschehen kann, wird sich in der Praxis allerdings erst zeigen müssen. Sie umfasst nicht die Betroffenheit des Klägers – auch zukünftig dürfte aber insoweit eine – gerichtlich eingeführte – Vermutung gelten, dass auch die von ihm bezogenen Waren oder Dienstleistungen betroffen waren.

Auch der **sog. Passing-on-Defence** widmet sich die Novelle. Dieser Begriff beschreibt den Einwand gegen Schadensersatzklagen, dass unmittelbare Abnehmer kartellbedingte Preiserhöhungen direkt an ihre eigenen Abnehmer weitergegeben haben und ihnen infolgedessen kein eigener Schaden entstanden ist. Künftig wird diese **Schadensabwälzung dem Grunde nach für einen mittelbaren Abnehmer** vermutet. Dies führt zu einer deutlichen Erleichterung für diese Kläger. Sie kann durch Glaubhaftmachung seitens des Beklagten, dass der Preisaufschlag nicht weitergegeben wurde, erschüttert werden. Ob und wie sich dies auf Klagen der unmittelbaren Abnehmer auswirkt, muss sich zeigen.

(b) *Veröffentlichung von Entscheidungen, Herausgabe- und Auskunftsansprüche*

Erst der Zugang zu Informationen über Schaden stiftende Kartellverstöße ermöglicht die Nutzung der Feststellungswirkung des Gesetzes (bereits seit 2005). Dazu sollen fort-

an die Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts veröffentlicht werden. Dies galt für EU-Entscheidungen (in nicht vertraulichen Fassungen sowie „*summary decisions*“) schon länger, während in Deutschland Pressemitteilungen und Fallberichte an die Stelle der eigentlichen Entscheidungen traten, was zu langwierigen Akteneinsichtsansprüchen der potentiell Geschädigten führte, mit Verfahrensdauern von zum Teil über einem Jahr. Die **Veröffentlichungspraxis des Amtes** wird mithin nun an die der EU angeglichen.

Des Weiteren gibt der Gesetzgeber potentiell Geschädigten einen weitreichenden **Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften** an die Hand. Ausgeschlossen ist der Anspruch nur dann, wenn er unverhältnismäßig ist. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bleiben geschützt. **Settlement-Erklärungen** und **Kronzeugenanträge** sind von der Herausgabe **ausgeschlossen**. Der Anspruch kann zur Vorbereitung von Schadensersatzklagen bereits vor **Klageerhebung** geltend gemacht werden. Zur effektiven Geltendmachung sieht die Novelle einen Katalog prozessualer Regelungen vor, der beispielsweise die Möglichkeit einer **einstweiligen Verfügung** unter Ausschluss des traditionell erforderlichen Verfügungsgrundes bei Herausgabe der für den Schadenersatzrechtsstreit bindenden Entscheidung der Wettbewerbsbehörde umfasst.

(c) *Verjährung*

Die regelmäßige Verjährungsfrist wird von drei **auf fünf Jahre verlängert**. Dies soll auch für bereits bestehende, aber noch nicht verjährte Ansprüche gelten. Hierdurch bleibt kartellbetroffenen Unternehmen mehr Zeit, Schadensersatzklagen einzuleiten. Weiter wird die Verjährung künftig nicht vor **Beendigung des Verstoßes beginnen**, was insbesondere bei langjährigen Kartellen die absolute Verjährung sehr erheblich verlängert.

Die **Hemmung der Verjährung** endet künftig statt nach 6 Monaten erst **ein Jahr nach bestands- oder rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens**. Klarstellend geregelt wird das bereits geltende Recht zum Beginn der Verjährungshemmung. Danach beginnt die Verjährungshemmung, wenn die Wettbewerbsbehörde, als solche handelnde Gerichte oder die Europäische Kommission Maßnahmen (etwa die Entgegennahme ei-

nes Kronzeugenantrags oder die Beantragung eines Durchsuchungsbeschlusses) im Hinblick auf eine Untersuchung wegen Verstoßes **gegen nationales oder europäisches Kartellrecht** treffen, jedoch formell noch kein Verfahren eingeleitet wurde. Auch die Klage auf Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln führt zur Verjährungshemmung.

Die **Verjährungsfrist für den Innenausgleich** unter gesamtschuldnerisch haftenden Kartellanten beginnt nun erst mit der Befriedigung des Schadensersatzanspruchs. D.h. nunmehr können Regressforderungen von zur Zahlung verpflichteten Kartellmitgliedern nicht bereits verjährt sein, wenn der Anspruch im Außenverhältnis erstmals festgestellt wird (etwa wenn die Schadensersatzkläger ihre eigene Frist ausschöpfen).

(d) Kronzeugenprivileg

Ein prägender Charakterzug der GWB-Novelle ist die **Privilegierung des Kronzeugen**. In Zukunft sollen Erklärungen

des Kronzeugen nicht nur **absoluten Schutz vor Herausgabe** genießen (vgl. oben), er soll auch nur seinen **eigenen mittelbaren und unmittelbaren Abnehmern** zum Schadensersatz verpflichtet sein. Gegenüber anderen Geschädigten soll ihn lediglich eine Ausfallhaftung für den Fall treffen, dass diese von den übrigen Kartellanten keinen vollständigen Ersatz erlangen können. Diese Regelung soll auch auf den Innenregress durchschlagen. Hiermit soll die Sorge möglicher Kronzeugen vor drohenden Schadensersatzklagen gelindert werden, so dass die Bereitschaft zu Bonusanträgen trotz der nun noch klägerfreundlicheren Gesetzeslage erhalten bleibt.

Bezüglich der Verpflichtung zum Schadensersatz wird die gleiche Privilegierung für **kleine und mittlere Unternehmen (KMU)** eingeführt.

Ausblick

Die **Ausweitung der bußgeldrechtlichen Haftung** im Konzernverbund dürfte zu einer spürbaren Haftungsverstärkung führen. Fortan gilt im deutschen Kartellrecht der Grundsatz: „**Eltern haften für ihre Kinder**“. Erhebliche praktische Bedeutung dürfte der **neue Herausgabe- und Auskunftserteilungsanspruch** erlangen. In Verbindung mit dem Bündel an Klageerleichterungen für Kartellgeschädigte, das die Novelle mit sich bringt, ist von einer **weiteren Zunahme der Kartellschadensersatzklagen** auszugehen. Kartellgeschädigten bleibt zukünftig wesentlich mehr Zeit zur Geltendmachung von Schadensersatz. Gleichzeitig wird die **Neuregelung zur Passing-on-Defence** zu komplexeren Verfahren führen. Die Reaktion der Praxis auf die steigenden Bußgeld- und Schadensersatzrisiken dürfte zu einer Akzentuierung präventiver Compliance-Maßnahmen führen. Hingegen

erwarten wir, dass die Voraussetzungen des neuen **fusionskontrollrechtlichen Anmeldetatbestands** nur in seltenen Fällen erfüllt sein werden und dieser Tatbestand somit keine große Bedeutung erlangen wird. Nichtsdestotrotz ist ab einem Kaufpreis von 400 Millionen Euro künftig erhöhte Aufmerksamkeit geboten.

Am Ende könnte „nach der Novelle vor der Novelle“ bedeuten: Die EU-Kommission hat soeben einen Vorschlag für eine **Richtlinie zur Stärkung der Eingriffsbefugnisse der mitgliedstaatlichen Behörden** veröffentlicht (COM(2017 142/2)), durch die nationale Hindernisse bei der dezentralen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts ausgeräumt werden sollen. Die Kommission gibt mit diesem Vorschlag die Zurückhaltung bei der Harmonisierung mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts endgültig auf, da sie der Auffassung ist, dass

trotz der seit 2004 (nach Inkrafttreten der der Kartellverfahrensordnung 1/2003) EU-weit über 850 nationalen Durchsetzungsentscheidungen die **nationalen Wettbewerbsbehörden nicht über alle erforderlichen Mittel zur wirksamen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts verfügen**; zum Beispiel über die Möglichkeit, Datenträger, wie Laptops, Mobiltelefone und Tablets, zu durchsuchen. Viele der vorgeschlagenen

Richtlinienbestimmungen sind bereits geltendes deutsches Recht. Dennoch kämen weitere verfahrensrechtliche Neuerungen auf den Gesetzgeber zu – falls die Kommission ihre Vorstellungen durchsetzen kann –, etwa hinsichtlich der **EU-weiten Koordinierung von Kronzeugenprogrammen** oder der **Auslandsvollstreckung von Bußgeldern innerhalb der EU**. Die nächste Novelle erscheint bereits absehbar.

Ankündigung Veranstaltungen

VERANSTALTUNGEN VON ALLEN & OVERY IN DEUTSCHLAND

27. April 2017 | ab 18.30 Uhr | Düsseldorf

Im Dialog mit Allen & Overy - Frühjahrsempfang 2017

Bei Interesse an einer dieser Veranstaltungen wenden Sie sich bitte an Veranstaltungen@allenoverly.com oder informieren Sie sich über unsere Events Website unter www.allenoverly-event.de

Ansprechpartner

Wenn Sie Fragen zu einem der in unserem Newsletter angesprochenen Themen haben, wenden Sie sich bitte an die untenstehend Genannten oder Ihren gewohnten Ansprechpartner bei Allen & Overy LLP.

Publikationen können Sie über Germany.Marketing@allenoverly.com bestellen.



Dr. Ellen Braun
Partner | Hamburg

Kontakt
Tel + 49 40 82 221 2137
ellen.braun@allenoverly.com



Dr. Börries Ahrens
Partner | Hamburg

Kontakt
Tel +49 40 82221 2124
boerries.ahrens@allenoverly.com

Allen & Overy LLP

Dreischeibenhaus 1 | 40211 Düsseldorf | Tel +49 211 2806 7000

Bockenheimer Landstraße 2 | 60306 Frankfurt am Main | Tel +49 69 2648 5000

Kehrwieder 12 | 20457 Hamburg | Tel +49 40 82 221 20

Maximilianstraße 35 | 80539 München | Tel +49 89 71043 3000

www.allenoverly.de

Allen & Overy unterhält eine Datenbank mit Geschäftsadressen, um das Serviceangebot für Mandanten weiterzuentwickeln und zu verbessern. Diese Angaben leiten wir nicht an externe Stellen oder Organisationen weiter. Falls Angaben unzutreffend sind oder Sie keine Veröffentlichungen von Allen & Overy mehr erhalten möchten, wenden Sie sich bitte an germany.marketing@allenoverly.com.

In diesem Dokument bezieht sich "Allen & Overy" auf "Allen & Overy LLP bzw. ihre verbundenen Unternehmen". 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 gleichwertigem Status in einem verbundenen Unternehmen der Allen & Overy LLP.

Die Allen & Overy LLP oder ein Mitglied des Allen & Overy-Verbundes unterhalten Büros in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Athen (Repräsentanz), Bangkok, Barcelona, Belfast, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest (assoziiertes Büro), Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho-Chi-Minh-Stadt, Hongkong, Istanbul, Jakarta (assoziiertes Büro), Johannesburg, London, Luxemburg, Madrid, Mailand, Moskau, München, New York, Paris, Peking, Perth, Prag, Rangun, Riad (Kooperationsbüro), Rom, São Paulo, Schanghai, Seoul, Singapur, Sydney, Tokio, Toronto, Warschau, Washington D.C.

Dieses Dokument dient nur zur allgemeinen Information und ersetzt nicht die rechtliche Beratung. | FR.24372639