



Sehr geehrte Damen und Herren,

am Freitag ist die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten. Kernpunkt ist die Umsetzung der europäischen Schadensersatzrichtlinie in nationales Recht, wodurch die Geltendmachung von Schadensersatz bei Kartellverstößen deutlich erleichtert wird. Darüber hinaus enthält die Novelle praxisrelevante Gesetzesänderungen in den Bereichen Bußgeldverfahren, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle.

Über die für Unternehmen besonders relevanten Änderungen, die mit der Novelle verbunden sind, möchten wir Sie im Rahmen der vorliegenden Mandanteninformation unterrichten. Für alle weitergehenden Fragen stehen Ihnen gerne Ihre Ansprechpartner bei Kapellmann zur Verfügung.

Ihr Kapellmann-Team

kapellmann.de/kartellrecht

Praxisinfo Kartellrecht:

Wesentliche praxisrelevante Änderungen durch die 9. GWB-Novelle

Die 9. GWB-Novelle ist mit besonderem Interesse erwartet worden, da sie die EU-Schadensersatzrichtlinie in nationales Recht umsetzt. Darüber hinaus enthält sie weitere praxisrelevante Änderungen – sowohl branchenübergreifend als auch im Speziellen für die digitale Wirtschaft und das Presseverlagswesen. Nachfolgend geben wir Ihnen einen Überblick der wesentlichen praxisrelevanten Änderungen. Neben den branchenübergreifenden Änderungen zum Thema Schadensersatz (hierzu unter 1) und Bußgeldhaftung (hierzu unter 2) gehen wir auf die spezifischen Änderungen für die digitale Wirtschaft (hierzu unter 3), den Lebensmittelsektor (hierzu unter 4) sowie das Verlagswesen (hierzu unter 5) ein. Abschließend geben wir einen kurzen Überblick sonstiger praxisrelevanter Aspekte (hierzu unter 6).

1 Relevant für kartellbeteiligte und kartellgeschädigte Unternehmen: Erleichterung der Geltendmachung von Schadensersatz

Mit der Novelle wird die EU-Schadensersatzrichtlinie aus dem Jahr 2014 in nationales Recht umgesetzt. Der Großteil der in der Richtlinie enthaltenen Regelungen ist bereits seit längerem im deutschen Kartellrecht verankert, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass bereits zahlreiche Kartellschadensersatzverfahren bei deutschen Zivilgerichten anhängig sind (z. B. gegen das Schienenkartell, Zuckerkartell, Süßwarenkartell und jüngst Lkw-Kartell). Gleichwohl gibt es einige wichtige Änderungen, die es kartellgeschädigten Unternehmen weiter erleichtern, Schadensersatz geltend zu machen. Nachfolgend findet sich ein Überblick der wesentlichen Änderungen:

- **Schadensvermutung:** Es besteht nunmehr die gesetzliche Vermutung, dass ein nachgewiesenes Kartell einen Schaden verursacht hat. Die Vermutungswirkung bezieht sich sowohl auf den Eintritt des Schadens als auch auf dessen Verursachung durch den Kartellverstoß, nicht hingegen auf die Fragen der Betroffenheit des Klägers durch das Kartell und der Schadenshöhe.
- **Einwand und Vermutung der Schadensabwälzung:** Das beklagte (kartellbeteiligte) Unternehmen darf geltend machen, dass kein Schaden beim Kläger entstanden ist, wenn dieser einen kartellbedingten Preisaufschlag an seine eigenen Abnehmer weitergegeben hat (sog. „Passing-on“-Einwand). Wenn ein mittelbarer Abnehmer klagt, dann wird zu seinen Gunsten (unter bestimmten Voraussetzungen) vermutet, dass ein solcher Preisaufschlag abgewälzt wurde. Die Vermutung kann dadurch widerlegt werden, dass das kartellbeteiligte Unternehmen glaubhaft Tatsachen anführt, die eine Schadensabwälzung auf die mittelbaren Abnehmer ausschließen.
- **Gesamtschuldnerausgleich:** Ergänzend zu dem bereits bestehenden Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung der kartellbeteiligten Unternehmen werden kartellspezifische Sonderregelungen zur Bewertung der Verursachungsbeiträge eingeführt.
- **Privilegierung von KMU:** Neu eingeführt wird eine Privilegierung von kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Marktanteil. Diese werden unter bestimmten Bedingungen von dem generellen Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung ausgenommen und haften stattdessen nur für den Schaden, der den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern des KMU entstanden ist. Nur wenn von den übrigen kartellbeteiligten Unternehmen kein Schadensersatz erlangt werden kann, sollen KMU auch gegenüber anderen Geschädigten haften können.
- **Privilegierung von Kronzeugen:** Ähnlich wie im Falle von KMU gibt es auch für Kronzeugen eine Privilegierung dahingehend, dass Kronzeugen in der Regel nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, der ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern entstanden ist (sofern die übrigen Geschädigten ihre Ansprüche gegen die anderen kartellbeteiligten Unternehmen durchsetzen können).
- **Wirkungen von Vergleichen:** Vergleicht sich ein kartellbeteiligtes Unternehmen mit einem Kläger, so wird es in Höhe seines Schadensanteils mit Wirkung auch gegenüber den übrigen Gesamtschuldnern befreit. Abweichende Regelungen hiervon bleiben möglich.
- **Herausgabe von Unterlagen und Erteilung von Auskünften:** Sowohl kartellbeteiligte als auch kartellgeschädigte Unternehmen erhalten einen Anspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln gegenüber der jeweils anderen Partei oder Dritten. Ausgeschlossen ist hingegen die Herausgabe von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen. Der jeweilige Antragsteller ist zum Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Herausgabe verpflichtet. Hierdurch sollen ausufernde Auskunftsverlangen vermieden werden.
- **Verjährung:** Die kenntnisabhängige Verjährungsfrist wird von 3 auf 5 Jahre verlängert. Die absolute (kenntnisunabhängige) Verjährungsfrist beträgt 10 Jahre ab Anspruchsentstehung und Beendigung des Kartellverstoßes und 30 Jahre ab Vornahme der schädigenden Handlung. Der Regressanspruch eines gesamtschuldnerisch haftenden Kartellanten gegen die anderen kartellbeteiligten Unternehmen verjährt nicht, bevor das kartellgeschädigte Unternehmen befriedigt ist. Hierdurch soll der zahlende Gesamtschuldner gegenüber den übrigen Gesamtschuldnern geschützt werden.
- **Kosten der Nebenintervention:** Relevant aus Klägersicht ist die Begrenzung des Gegenstandswerts für die Kosten der Nebenintervention auf den Wert des Streitgegenstands der Hauptsache unabhängig von der Anzahl der beitretenden Nebenintervenienten. Hierdurch soll das Kostenrisiko eines kartellgeschädigten Klägers begrenzt werden.
- **Verfahrensvorschriften:** Neben den vorgenannten Änderungen zu den materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen finden sich in der Novelle ergänzende Regelungen zur Rolle des zuständigen Gerichts beim Zugang zu Beweismitteln, beim Zugang zur Behördenakte und zu den Beweisregeln, insbesondere im Hinblick auf Kronzeugenerklärungen.

Bewertung:

Die neuen Regelungen enthalten deutliche Erleichterungen für Kläger. Dies gilt neben der Kostenbegrenzung bei Nebenintervention unter anderem für die Verlängerung der Verjährungsfristen und die Offenlegungsmöglichkeiten von Beweismitteln. Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass zumindest im B2B-Bereich die seit einigen Jahren zu beobachtende Tendenz der vermehrten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen weiter verstärkt wird.

Hingegen bezweifeln wir, dass die neuen Regelungen die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch Endverbraucher fördern, da die Klägerseite weiterhin die Darlegungs- und Beweislast für wichtige Fragen (z. B. die Kartellbetroffenheit) trägt. Im Gegensatz zu anderen Jurisdiktionen gibt es gerade keine gesetzliche Regelung einer Sammelklage, die das finanzielle Risiko und den Aufwand für Endverbraucher begrenzen würde.

2 Relevant für kartellbeteiligte Unternehmen: *Bußgeldhaftung*

Ziel der Novelle ist es, die bislang bestehenden Sanktionslücken im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht zu schließen. Bislang war es Unternehmen möglich, durch gezielte Umstrukturierung einer drohenden Geldbuße zu entgehen (aufgrund der im Rahmen der Ermittlungen in der Wurstindustrie praktizierten Umstrukturierungen auch „Wurststücke“ genannt). Bereits mit der 8. GWB-Novelle aus dem Jahr 2013 wurden Umgehungsmöglichkeiten durch die Einführung eines neuen Sanktionstatbestandes im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) für Fälle einer Gesamtrechtsnachfolge bzw. einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung beschränkt. Gleichwohl fand diese Regelung keine Anwendung auf Fälle von Abspaltungen und Ausgliederungen, d. h. auf Fälle, in denen der ursprüngliche Rechtsträger weiterhin bestehen bleibt.

Die Regelungen der Novelle sehen neben den bisherigen Haftungsvorschriften folgende zusätzliche Sanktionsmöglichkeiten vor:

– Haftung von Konzernobergesellschaften:

Damit wird es – wie im EU-Kartellrecht – nunmehr möglich sein, Bußgelder (gesamtschuldnerisch) auch gegen Muttergesellschaften der

Gesellschaft, in deren Namen der Verstoß begangen wurde, zu verhängen. Voraussetzung ist, dass die Obergesellschaft(en) bereits zum Zeitpunkt der Begehung des Kartellverstoßes zum Konzern gehörten und auf die Gesellschaft, in deren Namen der Kartellverstoß begangen wurde, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben.

– Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers bzw. partiellen Gesamtrechtsnachfolgers durch Aufspaltung:

Diese neue, im GWB verankerte Vorschrift stellt einen Gleichlauf zu der bereits erwähnten, seit 2013 existierenden Vorschrift im OWiG dar und setzt dementsprechend das Erlöschen des ursprünglichen Rechtsträgers voraus.

– Haftung des wirtschaftlichen Nachfolgers:

Führt eine neue Gesellschaft das ursprüngliche Unternehmen, in dessen Namen der Kartellverstoß begangen wurde, fort (wirtschaftliche Kontinuität), so kann gegen diese Gesellschaft ebenfalls (gesamtschuldnerisch) das Bußgeld verhängt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll diese Vorschrift vor allem in den Fällen, in denen der kartellbefangene Geschäftsbereich konzernintern übertragen wurde und damit im Unternehmen als wirtschaftliche Einheit verbleibt, Anwendung finden. Ob diese Sanktionsvorschrift auch in den Fällen greift, in denen der ursprüngliche Rechtsträger zwar fortbesteht, aber auf dem von dem Kartellverstoß betroffenen Markt keine Geschäftsaktivitäten mehr entfaltet, lässt sich weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung eindeutig entnehmen. Das EU-Kartellrecht, dem der Begriff der „wirtschaftlichen Kontinuität“ entnommen wurde, sieht eine Anwendung auch in solchen Fällen unter bestimmten Umständen vor.

In Bezug auf Kartellverstöße, die bei Inkrafttreten der Novelle bereits beendet sind, finden diese Vorschriften keine unmittelbare Anwendung. Die Novelle sieht eine spezielle **Ausfallhaftung für den Übergangszeitraum** (d. h. in Fällen, in denen die Umstrukturierung nach Inkrafttreten der Novelle stattgefunden hat, die Beendigung des Kartellverstoßes aber bereits vor Inkrafttreten erfolgt war) vor.

Bewertung:

Der Kreis der Bußgeldverantwortlichen wird durch die neuen Regelungen erheblich erweitert. Insbesondere die an das EU-Kartellrecht angelehnte Einführung einer Konzernhaftung ermöglicht es den Kartellbehörden, auf konzerninterne Umstrukturierungen zu reagieren. Inwieweit die Kartellbehörden von der Möglichkeit der Bebußung von Konzernobergesellschaften Gebrauch machen werden, bleibt abzuwarten. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das Bundeskartellamt jedenfalls bei dem Verdacht von Vermögensverschiebungen auf diese Haftungsvorschrift zurückgreifen wird. Flankiert werden die zusätzlichen Sanktionsmöglichkeiten durch weitergehende Auskunftspflichten der Unternehmen, insbesondere im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen und Vermögensverschiebungen.

3 Relevant für (auch) in der digitalen Wirtschaft tätige Unternehmen

Die Novelle stellt zum einen klar, dass auch im Falle unentgeltlicher Leistungsbeziehungen ein Markt im kartellrechtlichen Sinne vorliegen kann. Die Vorschrift ist insbesondere für Nutzer und Betreiber von Plattformen relevant.

Zum anderen kodifiziert die Novelle einen Kriterienkatalog, der bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf mehrseitigen Märkten (d. h. Leistungen werden mindestens zwei unterscheidbaren Nutzergruppen angeboten) heranzuziehen ist. Kriterien sind danach u. a. direkte und indirekte Netzwerkeffekte, der Wechselaufwand für die Nutzer, der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck. Man verspricht sich hiervon, die Kräfteverhältnisse auf Plattformmärkten besser bewerten zu können.

Bewertung:

Die neuen gesetzlichen Regelungen entsprechen weitgehend der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts (hingegen hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Verfahren betreffend die Hotelplattform HRS anders geurteilt) und stärken daher seine Position. Es ist zu begrüßen, dass – insbesondere im Hinblick auf die Bewertung von unentgeltlichen Dienstleistungen – nunmehr Rechtssicherheit geschaffen ist.

Es liegt auch nahe, dass das Bundeskartellamt in Zukunft verstärkt „digitale“ Sachverhalte untersu-

chen wird, auch bei Unternehmen der „Old Economy“ mit digitalen Aktivitäten, z. B. im Rahmen der Industrie 4.0. Neben dem Datenschutzrecht bildet das novellierte Kartellrecht hier einen wesentlichen regulatorischen Rahmen.

4 Relevant für marktmächtige Unternehmen und ihre Geschäftspartner sowie für den Lebensmittelsektor

Unternehmen mit besonderer Marktmacht (insb. einer marktbeherrschenden Stellung, die ab einem Marktanteil von 40% gesetzlich vermutet wird) ist es untersagt, diese zum Nachteil anderer Marktteilnehmer zu missbrauchen. Eine Ausprägung ist das sog. Anzapfverbot, das es besonders marktstarken Unternehmen untersagt, von Vertragspartnern sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile zu fordern. Die Novelle konkretisiert nun, wann die Aufforderung eines marktbeherrschenden Unternehmens, ihm Vorteile zu gewähren, sachlich gerechtfertigt ist und wann nicht. Diese Regelung richtet sich insbesondere gegen Praktiken großer Ketten des Lebensmitteleinzelhandels (LEH), deren Verhalten gegenüber Herstellern das Bundeskartellamt seit längerem kritisch sieht.

Des Weiteren wird das bislang bis zum 31.12.2017 befristete Verbot von Untereinstandsverkäufen im Lebensmittelbereich dauerhaft in das GWB aufgenommen und es wird eine Definition des Einstandspreises neu in das Gesetz eingeführt.

Bewertung:

Das Verhältnis zwischen den Herstellern von Lebensmitteln und dem LEH bildet seit einigen Jahren einen Ermittlungsschwerpunkt des Bundeskartellamts. Die Novelle verschärft nun die Regeln, die hier zu beachten sind. Das Anzapfverbot gilt dabei auch für andere Branchen und es ist davon auszugehen, dass das Bundeskartellamt es insbesondere auch auf den Vertrieb anderer Konsumgüter anwenden wird, wenn der Handel dort eine deutlich stärkere Marktstellung hat als die ihn beliefernden Hersteller.

5 Relevant für Presseverlage

Die Novelle enthält für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit von Presseunternehmen außerhalb des redaktionellen Bereichs eine weitgehende Kooperationsmöglichkeit. Solche Kooperationen

unterfallen zukünftig nicht dem Kartellverbot. Angesichts dessen sind kartellfreie Kooperationen im Bereich Vertrieb, Herstellung und Zustellung von Presseerzeugnissen sowie Zusammenlegen des Anzeigen- und Werbegeschäfts möglich.

Bewertung:

Die Privilegierung der Presseverlage ist sehr weitreichend, da eine generelle Ausnahme vom Kartellverbot für Kooperationen jeglicher Art geschaffen wird. In der Praxis wird sich vor allem die Frage stellen, wie die Abgrenzung zum EU-Kartellrecht, in dem es eine solche Privilegierung nicht gibt, gelingt. Denn im Einzelfall kann die Einschätzung, ob durch eine Kooperation der zwischenstaatliche Handel berührt ist und damit das EU-Kartellrecht Anwendung findet, schwierig sein.

6 Sonstige besonders praxisrelevante Aspekte

- **Transaktionsschwelle in der Fusionskontrolle:** Es wird eine neue Aufgreifschwelle eingeführt, die an den Transaktionswert anknüpft. Übersteigt der Transaktionswert (inkl. der übernommenen Verbindlichkeiten) den Betrag von 400 Mio. €, so sind Zusammenschlussvorhaben vorab beim Bundeskartellamt anzumelden, selbst wenn nicht alle Kriterien der bisherigen umsatzbasierten Aufgreifschwelle erfüllt sind. Voraussetzung ist weiterhin, dass das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang in Deutschland tätig ist. Anlass für diese neue Regelung ist der damalige Zusammenschluss zwischen Facebook und WhatsApp,

der trotz eines hohen Kaufpreises von ca. 19 Mrd. USD nicht der deutschen Fusionskontrolle unterfiel.

- **Wirtschaftlicher Verbraucherschutz:** Das Bundeskartellamt erhält beschränkte Zuständigkeiten zur Stärkung der Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes. Insbesondere wird die Kompetenz zur Durchführung von Sektoruntersuchungen auf Bereiche erweitert, in denen es Anhaltspunkte für dauerhafte bzw. wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften (z. B. UWG-Verstöße) gibt.
- **Übergangsbestimmungen:** Einzelne Bestimmungen der Novelle entfalten ihre Wirkung auch auf Zeiträume, die vor Inkrafttreten der Novelle liegen. Dies betrifft insbesondere die Verjährungsvorschriften.

Bewertung:

Die vorgenannten sonstigen Änderungen werden aufgrund der dominierenden Themen zum Schadensersatzrecht und zur Schließung der bisherigen Sanktionslücken im Bußgeldverfahren leicht übersehen. Dabei enthalten sie durchaus praxisrelevante Neuerungen. Insbesondere die neue Transaktionsschwelle in der Fusionskontrolle kann neben der digitalen Wirtschaft auch für andere Branchen, in denen es sehr wertvolle Geschäftssparten gibt, ohne dass diese Geschäftssparten bereits erheblichen Umsatz generieren (z. B. Biotechnologie), erhebliche Auswirkungen entfalten.

Impressum

Alle Texte dieser Information sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Obgleich diese Information sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Sie soll einen ersten Überblick der angesprochenen Themen geben und stellt keinen anwaltlichen Rechtsrat dar. Sie ersetzt keine auf den Einzelfall bezogene Beratung.

Wenn Sie unsere Praxisinfo nicht mehr erhalten möchten, können Sie diese unter newsletter@kapellmann.de abbestellen.
© Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Juni 2017.