



Praxisgruppe Kartellrecht

Blogbeiträge zur 9. GWB Novelle

2017

**Hogan
Lovells**

Inhalt

Where's the beef? – Die Highlights der 9. GWB-Novelle in 5 Minuten	1
"I want my money back!" – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle	4
Tell me more, tell me more....Informationsansprüche nach der 9. GWB-Novelle (Part 1)	9
Tell me more, tell me more...Informationsansprüche nach der 9. GWB -Novelle (Part 2)	11
Plaintiff's paradise? – Die passing-on defence nach der 9. GWB-Novelle	13
(No) need to argue – Was bei Kartellschadensersatzklagen nach der 9. GWB-Novelle feststeht, vermutet wird oder geschätzt werden kann	16
No limits..? Die Verjährung von Kartell(schadenersatz)ansprüchen nach der 9. GWB-Novelle	19
Die Rückkehr der Sippenhaft – Haftung von Muttergesellschaften nach der 9. GWB-Novelle	23
Mind the gap – Neue transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle	26
Digital ist Trumpf! – Marktdefinition und neue Marktmachtkriterien für die digitalen Märkten	29
Es geht um die Wurst – Kartellbußgeldverfahren nach der 9. GWB-Novelle	31
Extrawürste – Ausnahmereiche für Pressekooperationen, Kreditverbände und Holzwirtschaft in der 9. GWB-Novelle	33
Freunde für immer? Die gesamtschuldnerische Haftung im Kartellschadensersatz	37
Wann gilt denn nun was? – Wann finden die Regelungen der 9. GWB-Novelle Anwendung?	39

Auch verfügbar unter:

<http://hoganlovells-blog.de/category/kartellrecht>



Open

Where's the beef? – Die Highlights der 9. GWB-Novelle in 5 Minuten

Vincent Stier & Jan Christian Eggers

Am 9. Juni 2017 tritt die 9. Novelle des deutschen Kartellgesetzes (GWB) in Kraft. Sie setzt vor allem die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie in deutsches Recht um. Darüber hinaus enthält sie aber noch eine Reihe weiterer Änderungen. Wir stellen die Highlights der Novelle im Überblick vor.

5:00

Neuregelungen für die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen

Es ist das erklärte Ziel der Novelle, die Durchsetzung von Kartellschadensersatzforderungen zu erleichtern. Diesem Ziel soll gleich eine ganze Reihe von Neuregelungen dienen, die überwiegend auf der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie beruhen.

4:45

Wo ein Kartell, da auch ein Schaden ...

Nach neuem Recht wird gesetzlich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Die Vermutung erstreckt sich sowohl auf das Bestehen eines Schadens, als auch dessen Verursachung durch den Kartellverstoß.

Widerlegt werden kann die Vermutung insbesondere mit dem Argument, die kartellbedingte Preiserhöhung sei an nachfolgende Marktstufen weitergereicht worden. Alternativ ist auch die Vorlage eines Gutachtens möglich, um nachzuweisen, dass der Kartellrechtsverstoß keine preissteigernde Wirkung hatte.

... aber welcher?

Ob ein bestimmtes Unternehmen im Einzelfall selber einen Schaden erlitten hat, muss es weiterhin selbst darlegen und beweisen. Das kann schwierig sein, je nachdem, ob es um den direkten Bezug vom Kartellanten, den mittelbaren Bezug über Zwischenhändler (die vielleicht

einen kartellbedingten Preisaufschlag weitergereicht haben, sog. "Passing-On") oder den Bezug von Dritten (zu einem vielleicht kartellbedingt allgemein überhöhten Preisniveau, sog. "Umbrella-Effekt") geht. Auch die Höhe des möglichen Schadens muss derjenige darlegen und beweisen, der Schadensersatz geltend macht. Die Vermutung bringt daher (nur) eine bedingte Hilfestellung für den Anspruchsteller.

... und bei wem?

Der in Anspruch genommene Kartellant kann sich mit dem Argument verteidigen, der Anspruchsteller habe den Preisaufschlag an seine eigenen Abnehmer weitergegeben (sog. "Passing-On"-Einwand).

Dies ist nicht neu, sondern im Grundsatz für das deutsche Recht spätestens seit der Entscheidung des BGH in Sachen "ORWI" geklärt. Während jedoch die vom BGH aufgestellten Anforderungen für beklagte Kartellanten sehr schwierig zu erfüllen waren, erscheint ein erfolgreicher Einwand der Schadensabwälzung künftig deutlich leichter zu führen.

Noch besser stehen zukünftig mittelbare Abnehmer. Sie haben einen Schadensersatzanspruch, wenn sie eine kartellbedingte Preiserhöhung weitergereicht bekommen haben. Dies können sie künftig einfacher darlegen. Denn nach neuem Recht wird zu ihren Gunsten widerleglich vermutet, dass der kartellbedingte Preisaufschlag an sie weitergereicht wurde. Die Vermutung erstreckt sich nicht auf den Umfang der Schadensabwälzung. Der Kartellant kann sich auf die Vermutung nicht berufen.

3:55

Hilfst Du mir, dann schütz ich Dich

Kartellanten, die im Ermittlungsverfahren als Kronzeugen auftreten und einen vollen Bußgelderlass erhalten, werden künftig auch im

anschließenden Schadensersatzverfahren privilegiert. Sie schulden nur noch ihren eigenen (unmittelbaren und mittelbaren) Abnehmern uneingeschränkt Schadensersatz. Allen übrigen Geschädigten haftet der Kronzeuge lediglich nachrangig; sie müssen sich daher zunächst an die anderen Kartellanten wenden. Spiegelbildlich ist auch die Ausgleichspflicht des Kronzeugen im Rahmen des gesamtschuldnerischen Binnenregresses entsprechend beschränkt.

3:35

Sag mir, was Du weißt

Kartellgeschädigte und Kartellanten haben nach neuem Recht Ansprüche auf Auskunft und auf Herausgabe von (prozessrelevanten) Beweismitteln gegen einander, aber auch gegen Dritte. Über die Anforderungen der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie hinaus gestaltet das neue deutsche Recht den Informationsanspruch als eigenständigen materiell-rechtlichen Anspruch aus.

Die begehrten Beweismittel müssen zwar weiterhin hinreichend genau bezeichnet werden; künftig reicht aber auch die genaue Bezeichnung von Beweismittelkategorien nach Art, Gegenstand, Erstellungszeit oder anderen Kriterien aus. Nicht herausgegeben werden müssen insbesondere Kronzeugenanträge.

3:20

Mehr Zeit!

Praktisch bedeutsam ist schließlich die Verlängerung der Verjährungsfrist für Kartellschadensersatzansprüche von drei auf fünf Jahre bei Kenntnis des Kartellgeschädigten von den anspruchsbegründenden Umständen. Im Anschluss an kartellbehördliche Verfahren ist die Verjährung zudem zukünftig für ein ganzes Jahr gehemmt. Wichtig für Kartellanten: Nach neuem Recht beginnt die Verjährung ihres gesamtschuldnerischen Regressanspruchs gegen die Mitkartellanten zukünftig erst mit der

Leistung des Ersatzes an den Geschädigten zu laufen.

3:05

Mütter haften für ihre Töchter

Im europäischen Kartellrecht haften Muttergesellschaften schon seit längerem mit Bußgeldern für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaften. Nach neuem Recht gilt künftig auch in Deutschland eine gesamtschuldnerische Bußgeldhaftung, wenn die beiden Unternehmen im Zeitpunkt des Kartellverstoßes eine "wirtschaftliche Einheit" bildeten. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn eine Gesellschaft die andere allein kontrolliert. Es kommt aber auch bei Mitkontrolle in Betracht.

2:45

Es geht (nicht mehr) um die Wurst

Die Rechtsprechung des BGH hatte 2011 in den Sachen "Versicherungsfusion" und "Transportbeton" deutlich gemacht, dass Unternehmen bestimmte Umstrukturierungen nutzen konnten, um die von einem Bußgeld betroffene Gesellschaft rechtlich und wirtschaftlich "untergehen" zu lassen. Der gegen die Gesellschaft gerichtete Bußgeldbescheid lief dann ins Leere. Von der Möglichkeit, dem kartellbehördlichen Bußgeld durch eine Umstrukturierung zu entfliehen, hatte insbesondere ein fleischverarbeitendes Unternehmen erfolgreich Gebrauch gemacht. Das "Schlupfloch" in der gesetzlichen Regelung wurde deshalb als "Wurstlücke" bezeichnet.

Das neue Recht soll solche gezielten Umstrukturierungen von Unternehmensgruppen mit dem Ziel der Bußgeldvermeidung künftig weiter erschweren. Die zwischenzeitlich eingeführte Bußgeldhaftung bei Gesamtrechtsnachfolge wird auf Fälle der teilweisen Gesamtrechtsnachfolge bei Aufspaltung erweitert. Außerdem haftet künftig auch der bloß "wirtschaftliche" Nachfolger.

2:05**Erweiterte Anmeldepflichten bei Unternehmenszusammenschlüssen**

Bisher bedürfen Unternehmenszusammenschlüsse in Deutschland einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe, wenn mindestens zwei beteiligte Unternehmen hinreichende Umsätze in Deutschland haben. Nach neuem Recht wird diese Regel aufgeweicht: Auch wenn nur ein beteiligtes Unternehmen deutsche Umsätze von mindestens € 25 Mio. hat, muss ein Unternehmenszusammenschluss künftig angemeldet werden, wenn (a) der "Wert der Gegenleistung" für den Zusammenschluss mehr als € 400 Mio. beträgt und (b) das zu erwerbende Unternehmen "in erheblichem Umfang" in Deutschland tätig ist.

Die Änderung soll dem Bundeskartellamt die Prüfung der wettbewerblichen Wirkungen von Zusammenschlüssen ermöglichen, bei denen ein beteiligtes Unternehmen trotz sehr geringer oder sogar fehlender Umsätze sehr hoch bewertet wird und daher einen hohen Kaufpreis erzielt (wie etwa beim Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp).

Die Neuregelung ist nicht leicht anzuwenden. So ist der "Wert der Gegenleistung" im Zeitpunkt des Zusammenschlusses vielfach nur schwer zu ermitteln (etwa bei Earn-Out-Regelungen, die derzeit noch keine Ermittlung der Gegenleistung erlauben). Auch ist fraglich, wann eine Tätigkeit in Deutschland "in erheblichem Umfang" vorliegt. Möglicherweise können hierfür schon geringe Forschungs- und Entwicklungs- oder Vertriebstätigkeiten ausreichen.

0:55**Neuregelungen für digitale Märkte**

Die Kartellbehörden waren schon bisher der Meinung; dass ein "Markt" im kartellrechtlichen Sinne nicht nur dann vorliegt, wenn entgeltliche Leistungen ausgetauscht werden. Zweifelsfrei

geklärt war die Frage aber nicht. Die 9. GWB-Novelle stellt nunmehr klar, dass ein "Markt" auch dann vorliegen kann, wenn unentgeltliche Leistungen erbracht werden. Dementsprechend können die Kartellbehörden auch solche Märkte im Rahmen der Zusammenschluss- und Missbrauchskontrolle untersuchen, auf denen der Leistung keine finanzielle Gegenleistung gegenübersteht.

In diesem Zusammenhang kommt eine weitere Neuregelung zum Zug: Die Marktstellung von Unternehmen auf mehrseitigen Märkten (insbesondere: Plattformmärkten) soll nicht mehr nur anhand "klassischer" Marktmachtkriterien (etwa: Marktanteile) beurteilt werden. Künftig sollen vielmehr insbesondere auch Netzwerkeffekte, Wechselaufwand von Nutzern zwischen mehreren Diensten, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck berücksichtigt werden.

**Jan Christian Eggers, LL.M. (Exeter)**

Kartellrecht
Counsel, Hamburg
T +49 40 419 93 0
jan.eggers@hoganlovells.com

**Vincent Stier**

Kartellrecht
Senior Associate, Hamburg
T +49 40 419 93 0
vincent.stier@hoganlovells.com

"I want my money back!" – Kartellschadenersatz nach der 9. GWB-Novelle

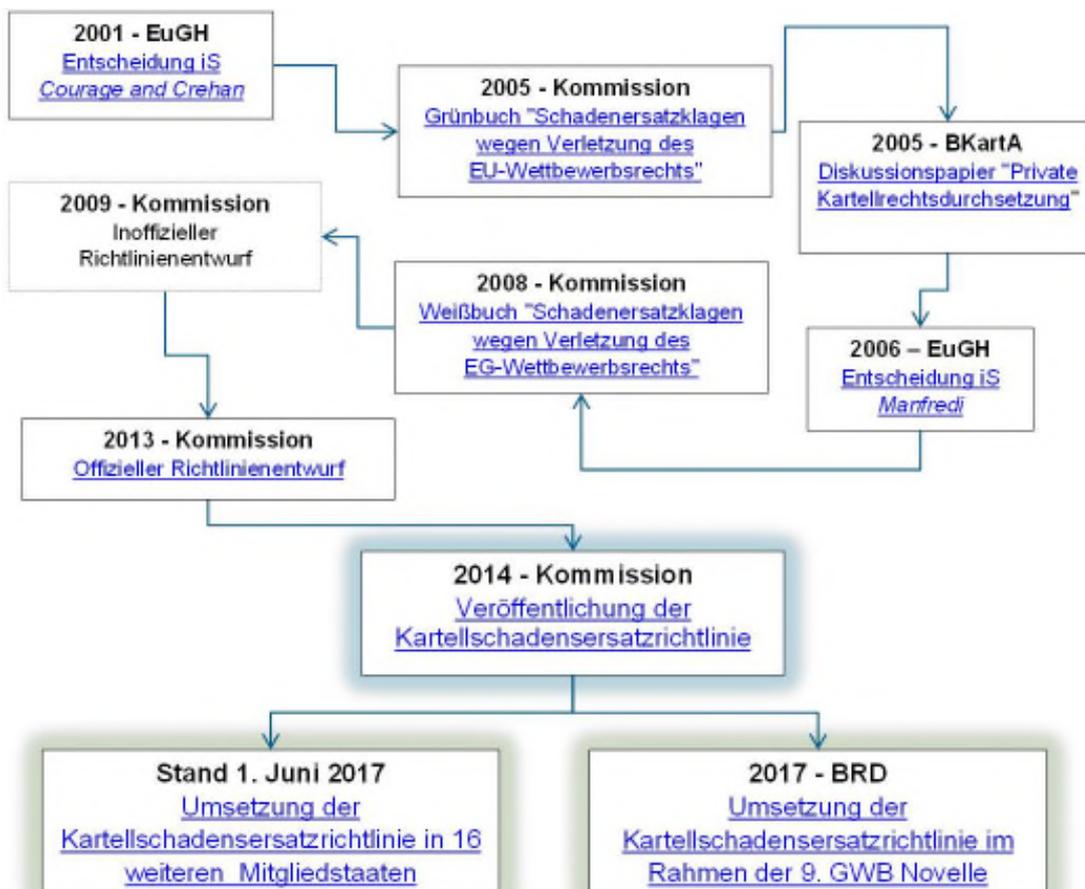
Vincent Stier

Einen bedeutenden Teil der neu in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle nehmen die Vorschriften zum Kartellschadenersatz ein. Die Vorarbeiten im [Referentenentwurf](#) und im [Regierungsentwurf](#) finden damit ihren Abschluss.

Trotz seiner Tradition und der ihm zugedachten Bedeutung führte das Kartellschadenersatzrecht hierzulande lange Jahre ein Schattendasein. In der jüngeren Vergangenheit hat das Thema Kartellschadenersatz jedoch erheblich an Bedeutung gewonnen. Dieser Entwicklung trägt nunmehr auch der Gesetzgeber Rechnung. Durch die 9. GWB-Novelle enthält das GWB erstmalig einen Kanon spezieller Regelungen, auf welche sowohl Kläger, als auch Beklagte im Rahmen von Kartellschadenersatzverfahren zurückgreifen können. Durch die erneute Verstärkung des bisherigen Regelungssystems gewinnt der Gerichtsstand Deutschland weiter an Attraktivität.

Was lange währt...

Bereits im Jahr 2001 stellte der EuGH in seiner [Courage-Entscheidung](#) klar, dass sich aus dem Kartellverbot auch ein Anspruch von Kartellgeschädigten auf Schadenersatz ergibt. Bis zur Schaffung einheitlicher mitgliedstaatlicher Standards sollte allerdings noch einige Zeit vergehen.



...wird endlich gut?!

Die neuen Vorschriften schaffen für das Kartellschadensersatz in vielen Bereichen Sonderregelungen, welche sich vom allgemeinen Deliktsrechts unterscheiden. Im Folgenden stellen wir die wichtigsten Bestimmungen näher dar.

Spot on - Die Anspruchsgrundlage

Bislang verbarg sich die Anspruchsgrundlage für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche in einem unscheinbaren Absatz zwischen anderen Regelungen zu zivilrechtlichen Folgen eines Kartellverstoßes.

Dies ändert sich nun: §33a GWB löst die Schadensersatzpflicht aus dem Schatten von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch und schafft für sie eine eigenständige, deutlich prominenter platzierte Anspruchsgrundlage.

You are family

Offen bleibt nach dem Wortlaut, ob sich die Schadensersatzpflicht zukünftig neben der am Verstoß beteiligten Einheit auch auf übergeordnete Konzerngesellschaften erstreckt. Nicht zuletzt die Konzernobergesellschaft bildet aus Sicht von Schadensersatzklägern häufig ein umso attraktiveres (weil solventeres) Ziel. Obgleich §33a Abs.1 GWB den bisherigen Wortlaut unverändert lässt, wird sich das deutsche Recht zukünftig wohl von einer strikten Anwendung des Rechtsträgerprinzips lösen müssen. Nicht zuletzt benennt die Kartellschadensersatzrichtlinie als Verpflichteten die gesamte wirtschaftliche Unternehmenseinheit. Ihrer praktischen Bedeutung entsprechend widmen wir dieser Fragestellung einen eigenen Beitrag dieser Blogserie.

Wo ein Kartell, da ein Schaden ... vermutlich

Gemäß §33a Abs.2 GWB wird zukünftig gesetzlich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Die Vermutung erstreckt sich auf das Bestehen des Schadens sowie dessen Verursachung durch den Verstoß. Annahmen über eine bestimmte Schadenshöhe sind damit freilich nicht verbunden. Die Darlegung des Schadensumfangs bleibt damit auch zukünftig eine der größten Herausforderungen für den Anspruchsteller. Zudem hat der Anspruchsgegner auch zukünftig die Möglichkeit, die Vermutung zu widerlegen, etwa im Wege eines entsprechenden gutachterlichen Nachweises.

Die Kartellbehörde – mein Freund und Helfer

Zugleich profitiert der Anspruchsteller auch zukünftig maßgeblich von kartellbehördlicher Vorarbeit: Eine vorangegangene Feststellung des Verstoßes durch die Behörde ist auch in Zukunft für das über den Schadensersatzanspruch entscheidende Gericht verbindlich. Nicht zuletzt deshalb werden sich Kartellschadensersatzklagen auch weiterhin in aller Regel an kartellbehördliche Bußgeldentscheidungen anschließen.

Wer hat den schwarzen Peter?

Der Schadensersatzanspruch dient dem Zweck, Nachteile auszugleichen, welche der Anspruchsteller infolge des rechtswidrigen Verhaltens erlitten hat. Dies bedeutet nicht nur, dass auch zukünftig die Sanktionierung des rechtswidrigen Verhaltens dem behördlichen Bußgeldverfahren vorbehalten bleibt. Ebenso soll der Schadensersatz nicht zu Überkompensation führen. Ziel ist vielmehr, den Anspruchsteller in

die Lage zu versetzen, in der er sich ohne die Zuwiderhandlung befunden hätte.

Einen Anspruch auf Ersatz der durch den Verstoß verursachten Mehrkosten hat daher nicht, wer den kartellbedingten Preisaufschlag an die eigenen (mittelbaren) Abnehmer weitergereicht hat. In diesem Fall ist aber der (mittelbare) Abnehmer seinerseits berechtigt, Ersatz für die seinerseits erlittenen Einbußen zu verlangen. Freilich erneut nur, soweit er diese Einbußen nicht seinerseits weitergereicht hat.

Der Abwälzungseinwand (sog. *Passing-on Defence*) war im Grundsatz bereits vor der 9. GWB-Novelle anerkannt. Obgleich in der Praxis nicht selten vieles dafür spricht, dass das rechtswidrige Verhalten indirekt auch nachfolgende Marktstufen beeinträchtigt hat, waren die durch die von der Rechtsprechung definierten Anforderungen an den Nachweis bislang aber nur schwer zu führen. Hier bringt die 9. GWB Novelle erhebliche Erleichterungen.

Dies gilt zum einen für mittelbare Abnehmer. Sie profitieren nunmehr von einer gesetzlichen Vermutung: Hat das rechtswidrige Verhalten zu einem Preisaufschlag gegenüber unmittelbaren Abnehmern geführt, und hat der mittelbare Abnehmer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen erworben, so wird vermutet, dass auch der Preisaufschlag weitergereicht wurde. Die Vermutung wirkt sowohl zu Lasten der Schädiger als auch der Abnehmer vorgelagerter Marktstufen. Diesen obliegt es sodann, die Vermutung zu widerlegen.

Zum anderen spricht einiges dafür, dass die Neuregelung auch dem Schädiger zugutekommt. So wird die Neuregelung vielfach so verstanden, dass sie im Vergleich zur einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in ORWI weniger strenge Anforderungen an den Abwälzungseinwand stellt. Ob dies zutrifft, und der Einwand damit nicht zuletzt als Verteidigungsmittel an praktischer Relevanz gewinnt, ist Gegenstand eines eigenen Beitrags dieser Blogserie.

Einer für alle – alle für einen?

Bereits bisher hafteten die am Verstoß Beteiligten grundsätzlich gemeinsam als Gesamtschuldner. Die 9. GWB-Novelle schafft mit §33d GWB nun erstmalig eine kartellrechtliche Spezialvorschrift. Diese enthält eine Vielzahl mehr oder weniger weitreichende Abweichungen von den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen.

Die Geschädigten können ihren Schaden auch in Zukunft grundsätzlich von jedem einzelnen Beteiligten in voller Höhe ersetzt verlangen. Es bleibt dann Sache der Beteiligten, im Innenverhältnis für eine gerechte Lastenverteilung zu sorgen. Allerdings schafft die 9. GWB-Novelle zwei bedeutende Ausnahmen zugunsten von kleinen und mittleren Unternehmen sowie dem wichtigsten Kronzeugen.

Die Haftung von kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Marktanteil (<5%) beschränkt sich unter bestimmten Voraussetzungen auf den Ersatz des Schadens ihrer eigenen unmittelbaren und mittelbaren Vertragspartner beschränkt. Vergleichbar privilegiert werden gem. §33e GWB Kronzeugen, welche zur Aufdeckung des Kartellverstoßes maßgeblich beigetragen haben. In Übereinstimmung mit der Kartellschadensersatzrichtlinie gilt dies allerdings nur für solche Kronzeugen, denen im Rahmen eines Kronzeugenprogramms ein vollständiger (!) Erlass der Geldbuße gewährt wurde. Für Reduktions-Kronzeugen bleibt es hingegen bei der umfassenden Haftung.

Andere Bezieher der kartellbefangenen Waren oder Dienstleistungen als die erwähnten Vertragspartner müssen ihren Schaden zunächst gegenüber den übrigen Beteiligten geltend machen. Die privilegierten Unternehmen haften ihnen lediglich, soweit von den übrigen Beteiligten kein vollwertiger Ersatz zu erlangen ist.

Die genannten Privilegierungen erstrecken sich darüber hinaus auch auf das Innenverhältnis zwischen den Kartellanten. Auch hier ist die Haftung der Höhe nach auf den Schaden beschränkt, der den (unmittelbaren und mittelbaren) Vertragspartnern der Privilegierten entstanden ist.

Anders als nach der allgemeinen Regelung bemisst sich die Haftung der am Verstoß Beteiligten im Innenverhältnis schließlich nicht nach Kopfteilen, sondern unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Dabei soll insbesondere das Maß der Schadensverursachung Berücksichtigung finden, aber auch Kriterien wie relevante Marktanteile, kartellbefangener Umsatz sowie kartellbedingte Mehrerlöse.

Mit den Details zur Neugestaltung der gesamtschuldnerischen Haftung befasst sich ein eigener Beitrag dieser Blogserie.

Vergleichsweise zufrieden?

Kartellschadensersatzverfahren ziehen sich zumeist über Jahre hin und sind die Parteien auf beiden Seiten mit erheblichen Kosten verbunden. Zugleich ist der Ausgang häufig nur schwer vorherzusehen. Dies erhöht den Anreiz zur einvernehmlichen Verständigung. Die Vergleichsbereitschaft in Kartellschadensersatzverfahren ist bereits im vorgerichtlichen Stadium außergewöhnlich hoch. Auch im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung ändert sich daran zumeist nichts.

Umso misslicher war bislang, dass die Wirkung von Vergleichen für die gesamtschuldnerische Haftung nur unzureichend geregelt war. §33f GWB trägt nunmehr erheblich zur Klärung bei. Er sieht vor, dass Vergleiche über kartellrechtliche Schadensersatzansprüche zum einen den sich vergleichenden Schädiger von seiner Ersatzpflicht befreien. Zum anderen verringert sich die Ersatzpflicht der übrigen Schädiger gegenüber dem betreffenden Anspruchsteller

infolge des Vergleichs, und zwar nicht nur in Höhe des Vergleichsbetrages, sondern in Höhe des vollständigen Anteils des am Vergleich beteiligten Schädigers an der Schadenssumme. Eine über den Vergleichsbetrag hinausgehende Ausfallhaftung des Schädigers können die Vergleichsparteien ausschließen.

Der gläserne Gegner

Eine weitere bedeutende Neuregelung enthält §33g GWB Über die Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie hinaus schafft dieser einen eigenständigen Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln sowie die Erteilung von Auskünften. Der Anspruch kann selbständig geltend gemacht werden, beispielsweise zur Unterstützung vorprozessualer Vergleichsverhandlungen. Zugleich fügt er sich in das Gesamtsystem der Informationsbeschaffung in Kartellschadensersatzfällen ein. Dabei wirkt der Anspruch sowohl zugunsten von Geschädigten, als auch von Kartellbeteiligten. Dem Gesamtkomplex der Informationsbeschaffung in Kartellschadensersatzfällen widmen wir zwei eigene Beiträge dieser Blogserie.

Wer zu spät kommt, den erwischt die Verjährung

§33h GWB bringt schließlich weitergehende Neuerungen hinsichtlich der Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen. Bisher beschränkten sich die kartellrechtlichen Sonderregelungen in diesem Bereich darauf, eine Hemmung der Verjährung für die Dauer des kartellbehördlichen Verfahrens anzuordnen. Die 9. GWB-Novelle bringt nunmehr weitergehende Modifikationen der allgemeinen Regelungen. Insbesondere verlängert sie die regelmäßige Verjährungsfrist von drei auf fünf Jahre. Zudem endet die Hemmung während dem behördlichen Verfahren zukünftig erst ein Jahr nach dessen Beendigung. Schließlich schützt die Regelung die Ausgleichsansprüche

der gesamtschuldnerisch haftenden Beteiligten untereinander vor vorzeitiger Verjährung.

Einen umfassenden Überblick über die Regelungen zur Verjährung bietet ein eigener Beitrag dieser Blogserie.

Kartellschadensersatz – quo vadis?

Unmittelbar zu Beginn betont die Kartellschadensersatzrichtlinie das Ziel, "zu gewährleisten, dass jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens von diesem Unternehmen oder dieser Unternehmensvereinigung zu verlangen, wirksam geltend machen kann."

Entsprechend schafft die 9. GWB-Novelle ein umfassendes Regelungssystem für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Dies ist nicht zuletzt mit Blick auf die Angleichung der mitgliedstaatlichen Regelungen zu begrüßen. Ebenso tragen die neuen Bestimmungen in vielerlei Hinsicht kartellrechtsspezifischen Besonderheiten Rechnung, die bislang unter den allgemeinen Regelungen unberücksichtigt blieben.

Es bleibt die praktische Bewährungsprobe. In welchem Umfang die Neuregelungen dabei tatsächlich in erster Linie zu einer weiteren Förderung von Kartellschadensersatzbegehren beitragen werden, bleibt abzuwarten. Angesichts des erheblichen Bedeutungszuwachses privater Schadensersatzklagen 'nach altem Recht' in den vergangenen Jahren liegt die Messlatte hier bereits hoch. Zudem nützen die Änderungen keinesfalls nur dem Kläger. Auch für Beklagte bieten die Neuregelungen

Potential, die eigene Position zu verbessern. Bezieht der Kläger dies in seine Überlegungen nicht hinreichend mit ein, kann sich das Kartellschadensersatzrecht der 9. GWB-Novelle für ihn als Schaf im Wolfspelz erweisen.



Vincent Stier

Kartellrecht
Senior Associate, Hamburg
T +49 40 419 93 0
vincent.stier@hoganlovells.com

Tell me more, tell me more....Informationsansprüche nach der 9. GWB-Novelle (Part 1)

Dr. Elena Wiese

Durch die 9. GWB-Novelle soll die Schlagkraft des private enforcement erhöht werden. Diese Zielsetzung macht auch vor der Informationsbeschaffung nicht halt. Um die Position des Schadensersatzklägers zu stärken, soll ausdrücklich das Informationsdefizit der Geschädigten im Verhältnis zu den Kartellanten abgebaut werden. Nahezu reflexartig wurden die neuen Informationsrechte daher schnell als deutsche Discovery oder Discovery Light beschrieben. Doch was ist dran an den neuen Ansprüchen? Führen sie zu einer besseren Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen? Bringen sie tatsächlich anglo-amerikanische Zustände ins deutsche Recht?

Die Ausgangssituation

Kartellgeschädigte wurden in Deutschland bisher vor allem aufgrund von schwer überbrückbaren Informationsdefiziten von einer klageweisen Geltendmachung ihrer Ansprüche abgehalten. Zwar stand ihnen auf breiter Front die follow-on Wirkung des Bußgeldbescheides zur Darlegung des Verstoßes zur Seite. Doch sobald die Betroffenheit oder die Kausalität sowie die Höhe des Schadens dargelegt werden mussten, tappten Kartellgeschädigte meist im Dunkeln: Dokumente mussten vom Kartellanten häufig nur im Prozess und auch erst nach konkreter Bezeichnung herausgegeben werden. Dies erschwerte zunächst Vergleichsverhandlungen und sodann die prozessuale Durchsetzung insgesamt.

Stand-alone Ansprüche

Der Gesetzgeber hat die unzulängliche Ausgestaltung vorprozessualer Ansprüche erkannt. Als Lösung sieht das novellierte GWB daher von einem Schadensersatzprozess unabhängige, materielle Auskunfts- und Herausgabeansprüche vor. Die Anspruchsnorm des § 33g Abs. 1 GWB n.F. erlaubt es dem Geschädigten, auch bereits im Rahmen von Vergleichsverhandlungen mit der klageweisen Geltend-

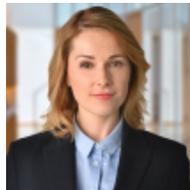
machung nur der Informationsansprüche zu drohen. Eine Klage auf Schadensersatz muss damit nicht einhergehen. Die Ansprüche richten sich zudem nicht nur gegen die Kartellanten. Sie richten sich gegen jeden, der im Besitz von Beweismitteln ist - mit Ausnahme der Wettbewerbsbehörden, für die Spezialregelungen im § 89c GWB n.F. bestehen. Der Auskunfts- und Herausgabeanspruch kann sich daher auch gegen kartellunbeteiligte Dritte richten, soweit diese im Besitz von relevanten Informationen sind.

Diese vorprozessualen Ansprüche gelten jedoch lediglich zugunsten der Geschädigten. Den Kartellanten stehen Informationsansprüche nach § 33g Abs. 2 GWB n.F. nur bei Rechtshängigkeit einer gegen sie gerichteten Auskunfts- oder Schadensersatzklage zu (oder im Fall einer durch sie erhobenen negativen Feststellungsklage auf passing-on des Schadens durch den vermeintlich Geschädigten). Dieses Ungleichgewicht könnte sich, konträr zum Ziel der Novelle, negativ auf Vergleichsverhandlungen auswirken. Ob neben den speziellen Ansprüchen der Kartellanten noch andere Informationsrechte (etwa aus § 242 BGB) in Betracht kommen, bleibt abzuwarten. Nach der Gesetzesbegründung sollen die Ansprüche der Kartellanten jedenfalls auf die Verteidigungssituation beschränkt sein.

Der Antrag lautet...Wie lautet der Antrag?

Eine Schwierigkeit des alten Rechts bestand in der hohen Hürde der Formulierung eines zulässigen Antrags. Die herausverlangte Information musste ebenso konkret bezeichnet werden wie auch ihre Prozessrelevanz dargetan werden musste. Diese strengen Anforderungen entstammten den Voraussetzungen des § 142 ZPO, der - anders als die neuen Ansprüche des § 33g GWB - auf die Herausgabe eines Originals zu Beweis Zwecken (etwa in Form einer Urkunde) gerichtet ist. Um die Herbeiführung einer solchen Beweiswirkung geht es bei der Informationsbeschaffung für den Kartellschadensersatzprozess jedoch zumeist nicht. Im Vordergrund steht nämlich die Information als solche. Dementsprechend kommt es auch nach den neuen

Ansprüchen nicht mehr auf die Bezeichnung eines konkreten Beweismittels an. Es genügt vielmehr die Bezeichnung von Kategorien von Beweismitteln, die durch Bezugnahme auf gemeinsame Merkmale wie beispielsweise Art, Gegenstand, Inhalt oder Zeit der Erstellung bestimmt werden. Als Rechtsfolge sind zumeist keine Originale, sondern lediglich Kopien oder elektronische Dateien herauszugeben.



Dr. Elena Wiese

Kartellrecht

Associate, Düsseldorf

T +49 211 1368 392

elena.wiese@hoganlovells.com

Doch was bedeutet dies für den Antrag? Ist der Antrag auf Übermittlung aller Korrespondenz, die via E-Mail zwischen den Herren Wettbe und Werber im Zeitraum vom 21. Oktober 2015 bis 9. Juni 2017 geführt wurde bestimmt genug? Sind Konkretisierungen nötig, die etwa den Betreff der E-Mail spezifizieren, ihren Inhalt oder ihren Empfängerkreis? Wie groß werden die Datenmengen sein?

Das geht doch zu weit!

In erster Linie muss der Antrag natürlich derart bestimmt sein, dass er den Streitgegenstand präzisiert und die Vollstreckbarkeit gewährleistet. Doch auch inhaltlich sollen die neuen Informationsansprüche nicht zu sog. *fishing expeditions* missbraucht werden. Dementsprechend existiert eine Reihe von *safeguards*, die eine Ausforschung des Auskunftsbeklagten durch zu weite Anträge gerade verhindern sollen. Auch ein der Form nach bestimmter, dem Inhalt nach aber ausufernder Informationsanspruch könnte nämlich unverhältnismäßig sein. Im § 33g Abs. 3 GWB n.F. sind daher allerlei spezielle und nicht abschließende Verhältnismäßigkeitserwägungen vorgesehen. Erforderlich ist danach auch die Ausgewogenheit von substantiiertes Darlegung eines möglichen Schadensersatzanspruchs und dem Informationsbegehren. An diesem Punkt wird reichlich Raum für Streit bestehen.

Zudem ist dem Schutz von vertraulichen Informationen und Unternehmensgeheimnissen Rechnung zu tragen. Diese Informationen sollen weiterhin geschützt werden. Geheimhaltungsbedürftige Informationen wären daher nicht zu offenbaren. Oder doch?

Tell me more, tell me more... Informationsansprüche nach der 9. GWB -Novelle (Part 2)

Dr. Elena Wiese

Unternehmensgeheimnis adé?

Vertrauliche Informationen und Unternehmensgeheimnisse genießen einen besonderen Schutz auch nach der GWB-Novelle. Der Grund liegt auf der Hand: Ist eine geheime Information einmal in der Welt, wird sie offenkundig und verliert ihren Schutz. Der Auskunftsbeklagte kann dem Informationsbegehren daher die Vertraulichkeitskarte entgegenhalten. Allein mit der Geltendmachung der Vertraulichkeit ist aber noch nicht Schluss. Dem Auskunftskläger steht nämlich die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung nach § 89b Abs. 6 GWB n.F. offen. Im Rahmen dieser Prüfung, die wohl nach dem Vorbild des § 99 Abs. 2 VwGO in-camera stattfinden wird, stellt das Gericht (nach Anhörung) fest, ob tatsächlich geheimhaltungsbedürftige Informationen vorliegen. Sollte dies der Fall sein, kann das Gericht diese nach erneuter Abwägung im Einzelfall doch noch an den Auskunftskläger herausgeben, soweit das Informationsbedürfnis das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Ob diese Dokumente sodann an den Anspruchskläger selbst herausgegeben werden, ob dem anwaltlichen Vertreter eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber seinem Mandanten auferlegt werden kann (und darf) – dazu verhält sich das neue Gesetz nicht konkret genug.

Es ist jedoch eine interessante Entwicklung, dass gerade im Kartellschadensersatzverfahren Geheimnisschutz nicht mehr absolut gewährt wird, sondern gegen das Recht auf rechtliches Gehör abzuwägen ist. Diese theoretische Fortentwicklung muss jedoch auch den Praxistest bestehen können. Denn wie die zuständigen Gerichte die noch unberechenbare Last der in-camera Zwischenverfahren bewältigen werden, ist noch völlig offen. Zuständig ist nach wie vor das nach der Verordnung über die Bildung

gemeinsamer Kartellgerichte zuständige Landgericht, da es sich auch bei den selbständigen Auskunftsansprüchen nach dem neu gefassten § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG n.F. um bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten handelt.

Kooperationsbereitschaft wird privilegiert

Neben den genannten *safeguards* bestehen aber auch absolute Ausschlussgründe. Bonusanträge, Settlement-Erklärungen und Zitate aus den Vorgenannten müssen nicht herausgegeben bzw. offengelegt werden. Ebenfalls, und das geht über die Richtlinie hinaus, sind Vernehmungsprotokolle absolut von der Herausgabe ausgeschlossen. Zweierlei wird sich hier klären müssen: Zum einen, ob der absolute Schutz von Vernehmungsprotokollen mit der Richtlinie vereinbar ist, insbesondere mit deren Definition der freiwilligen Erklärungen. Zum anderen, ob der absolute Schutz von Bonusanträgen mit der Rechtsprechung der europäischen Gerichte in Einklang zu bringen ist.

Und wenn nicht?

Soweit ein Auskunftsverpflichteter seiner Vorlagepflicht nicht nachkommen will, kommt nach neuem Recht ein Schadensersatzanspruch nach § 33g Abs. 8 GWB n.F. in Betracht. Dieser Anspruch setzt natürlich die Bezifferung des Schadens voraus, der aufgrund der schuldhaften Nichtvorlage entstanden ist. Hierfür wäre aber erforderlich, dass der durch Nichtvorlage Geschädigte weiß, welcher Schaden ihm durch die Nichtvorlage entstanden ist. Diese Information ist jedoch gerade ungewiss. Ein Zirkelschluss, dessen Lösung in der Praxis interessant zu werden verspricht.

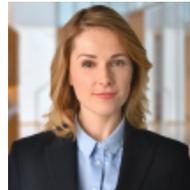
Doch warum eigentlich ein Schadensersatzanspruch? Sollten die neuen Informationsansprüche nicht grundsätzlich als materielle Ansprüche nach den §§ 887 ff. ZPO vollstreckbar sein? Dann würde es eines Schadensersatzanspruchs wohl gerade nicht bedürfen. Jedoch ordnet § 89b Abs. 1, 2 GWB n.F. die entsprechende Anordnung des § 142 ZPO an. Die nach § 142 ZPO ergehenden prozessualen Anordnungen werden jedoch nicht vollstreckt, vielmehr kann die schuldhaftige Nichtvorlage nachteilig bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Liegt nun die Lösung darin, dass die von einem Schadensersatzprozess unabhängig geltend gemachten Informationsansprüche vollstreckt werden, während die beweisrechtlichen Wirkungen für Informationsansprüche innerhalb eines Schadensersatzprozesses gelten? Oder sperrt der Schadensersatzanspruch beide Annahmen? Diese Unsicherheiten werden erst die Gerichte beseitigen können.

Ein vielleicht gar nicht ganz so scharfes Schwert

Die neuen Informationsansprüche werden nicht zur Schärfe anglo-amerikanischer Rechtszustände reifen. Dem wirken die erläuterten *safeguards* sowie die mangelnde Schnelligkeit des Verfahrens entgegen. Das ursprünglich vorgesehene einstweilige Verfügungsverfahren wurde nämlich im letzten Schritt des Gesetzgebungsverfahrens auf die Vorlage des Bußgeldbescheides reduziert. Dem Anreiz für Geschädigte könnte zudem und insbesondere der Kostenerstattungsanspruch nach § 33g Abs. 7 GWB n.F. entgegenstehen. Dieser neue Anspruch belastet den Auskunftskläger mit demjenigen Aufwand, den der Auskunftspflichtige zum Zwecke der Bereitstellung der Informationen, etwa durch eine *e-search*, den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Der subjektive Maßstab der Norm könnte den gut gemeinten Anspruch, der eigentlich den

Schutz Dritter bezweckte, in ein rotes Tuch für Kartellgeschädigte verwandeln. Angesicht der Keule der Kostenlast könnte sie gar von der klageweisen Geltendmachung der neuen Informationsansprüche absehen.

Erst die Praxis kann daher zeigen, wie weit die neuen Ansprüche einer *Discovery* tatsächlich ähneln und ob sie das *private enforcement* insgesamt stärken können.



Dr. Elena Wiese

Kartellrecht

Associate, Düsseldorf

T +49 211 1368 392

elena.wiese@hoganlovells.com

Plaintiff's paradise? – Die passing-on defence nach der 9. GWB-Novelle

Dr. Marc Schweda

Kartellanten, die von ihren Abnehmern auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, verteidigen sich regelmäßig mit dem Einwand der Schadensabwälzung (sog. passing-on defence). Danach kann ein Abnehmer des Kartells keinen Schadensersatz verlangen, soweit er den kartellbedingten Preisaufschlag an seine Abnehmer weiter gereicht hat. Dem liegt ein allgemeiner Gedanke des Schadensrechts zugrunde, wonach der Geschädigte nicht mehr an Schadensersatz verlangen können soll, als zur Wiedergutmachung seines tatsächlich erlittenen Schadens erforderlich ist. Der Geschädigte soll also nicht überkompensiert werden. Spiegelbildlich hierzu ist in solchen Fällen den Abnehmern auf der nächsten Marktstufe, die den tatsächlichen Schaden tragen, ein eigener Ersatzanspruch zuzuerkennen. Diese Prinzip (Einwand der Schadensabwälzung möglich, dafür können mittelbare Abnehmer einen eigenen Ersatzanspruch geltend machen) regelt nunmehr die 9. GWB-Novelle in § 33c GWB. Der deutsche Gesetzgeber setzt damit Vorgaben der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie um. Aber ist das wirklich neu? Immerhin hatte schon der BGH in seiner ORWI-Entscheidung von 2011 den Einwand der Schadensabwälzung sowie Ersatzansprüche mittelbarer Abnehmer gegen das Kartell grundsätzlich anerkannt. Bleibt also alles beim alten? Dieser Frage widmet sich dieser Beitrag.

Der Einwand der Schadensabwälzung nach bisherigem Recht

Alles wie gehabt? Das kann man mit guten Gründen bezweifeln. Wie so häufig steckt der Teufel hier im Detail.

Zunächst noch einmal kurz zur bisherigen Rechtslage.

Zwar hatte der BGH in *ORWI* den Einwand der Schadensabwälzung grundsätzlich anerkannt. Er hat daran aber zugleich hohe Anforderungen gestellt.

Dem BGH ging es dabei ersichtlich darum, die Effektivität von Kartellschadensersatzklagen nicht zu schwächen und die beklagten Kartellanten nicht zu leicht vom Haken zu lassen. Denn rechtspolitisch ist der Einwand der Schadensabwälzung nicht unumstritten. Kartellanten entgehen vollständig der zivilrechtlichen Haftung aus dem Kartell, wenn der Einwand erfolgreich ist und die mittelbaren Abnehmer ihre Ersatzansprüche nicht geltend machen. Ein solches Szenario ist gar nicht so selten. Es tritt typischerweise bei Streuschäden auf, z.B. wenn die mittelbaren Abnehmer Endverbraucher sind, die jeder für sich nur einen unbedeutenden Schaden in Form eines Preisaufschlags erlitten haben. In solchen Fällen klagen die mittelbaren Abnehmern in der Regel nicht selbst. Eine gebündelte Verfolgung von Ansprüchen könnte zwar einen Klageanreiz setzen. Das deutsche Recht sieht aber für eine kollektive Rechtsdurchsetzung nur sehr begrenzte Möglichkeiten vor.

Deshalb hat der BGH die Latte für den Einwand der Schadensabwälzung hoch gelegt.

- Um den Einwand erfolgreich zu führen, muss der beklagte Kartellant nach den *ORWI*-Grundsätzen zunächst anhand der Marktverhältnisse darlegen, dass eine Weiterwälzung des Schadens zumindest

plausibel in Betracht kommt. Diese Hürde ist zumeist noch gut zu bewältigen.

- Schwieriger wird es aber bei den weiteren Voraussetzungen. Danach muss der Kartellant darlegen und ggf. beweisen, dass der Abnehmer keine anderweitigen Nachteile erlitten hat, wie z.B. einen Absatzrückgang infolge der kartellbedingten Preiserhöhungen. Zudem muss er darlegen und ggf. beweisen, dass die Preiserhöhungen nicht in Wirklichkeit auf eigenen unternehmerischen Leistungen des Abnehmers beruhen, z.B. auf einer eigenen Wertschöpfung durch Weiterverarbeitung oder auf seinem Verhandlungsgeschick.
- Diesen Nachweisanforderungen können die beklagten Kartellanten in den wenigsten Fällen genügen, zumal der BGH ihnen nur sehr eingeschränkt Erleichterungen in Form von einer sekundären Darlegungslast zugestehen möchte.

Was bleibt von *ORWI* im neuen Recht?

Die spannende Frage ist daher: Sind die *ORWI*-Grundsätze mit Einführung des § 32c GWB überholt? Oder finden sie weiter bei der Auslegung diese Norm Anwendung?

Von der Beantwortung dieser Frage hängt zu einem nicht unerheblichen Teil ab, ob Kartellschadensersatzklagen in Folge der 9. GWB-Novelle erleichtert oder sogar im Ergebnis erschwert werden. Es verwundert daher nicht, dass der Kampf um die Deutungshoheit bereits voll entbrannt ist.

Nachweis fehlender anderweitiger Nachteile

Der Wortlaut von § 33c Abs. 1 S. 1 GWB lässt auf den ersten Blick vermuten, dass die strengen *ORWI*-Anforderungen keinen Eingang ins neue Recht gefunden haben. Danach kann der Abnehmer keinen Schaden geltend machen, soweit er einen kartellbedingten Preisaufschlag an

seine Abnehmer weitergegeben hat. Zwar trägt der beklagte Kartellant hierfür nach allgemeinen Regeln die Beweislast. Den Nachweis, dass der Abnehmer keine anderweitigen Nachteile erlitten und erhöhte Preise nicht nur aufgrund eigener unternehmerischer Leistungen hat durchsetzen können, scheint der beklagte Kartellant aber nicht erbringen zu müssen. Deshalb wird die Neuregelung vielfach so interpretiert, dass sie weniger strenge Anforderungen an den Einwand der Schadensabwälzung stellt, als der BGH in *ORWI*.

Das Lager der klägerfreundlichen Anwälte hält dem allerdings die Gesetzesbegründung entgegen, die ausdrücklich auf die *ORWI*-Entscheidung Bezug nimmt und die Neuregelung als bloße Klarstellung bezeichnet.

Informationsbeschaffung

Ähnlich verhält es sich bei der Frage, inwiefern der beklagte Kartellant vom Kläger Offenlegung von Informationen verlangen kann, die ihm ermöglichen, den Einwand der Schadensabwälzung zu führen.

Die 9. GWB-Novelle gibt dem beweisbelasteten Beklagten insoweit einen materiell-rechtlichen Anspruch, vom Kläger oder einem Dritten in angemessener Weise die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften zu verlangen (§ 33g Abs. 2 Satz 1, Abs. 9, §§ 89b ff. GWB). Das geht deutlich über die *ORWI*-Grundsätze hinaus, die dem beklagten Kartellanten auch bei Beweisnot nur ausnahmsweise Erleichterung in Gestalt einer sekundären Darlegungslast des Klägers gewähren.

Dem wird allerdings entgegengehalten, dass die Herausgabe und Auskunftserteilung ausgeschlossen ist, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist (§ 33g Abs. 3 GWB). Im Rahmen der insoweit erforderlichen Abwägung wollen einige Stimmen die strengen *ORWI*-Anforderungen berücksichtigen, so dass sich im Ergebnis kein Unterschied ergibt.

Ob das so richtig ist, wird aber bezweifelt. Immerhin dient § 33c GWB der Umsetzung von Vorgaben der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie. Zwar setzt diese Richtlinie grundsätzlich nur Mindeststandards. Strengere nationale Regelungen sind also nicht per se ausgeschlossen. Allerdings wird vertreten, dass die Artikel 12-15 der Richtlinie, die die entsprechenden Vorgaben für den Einwand der Schadensabwälzung enthalten, auf eine Vollharmonisierung gerichtet sind und daher den Mitgliedstaaten keine Umsetzungsspielräume belassen.

Klarheit wird hier nur die Rechtsprechung bringen können. Bis dahin werden aber sicherlich noch einige Jahre ins Land gehen.

Klagemöglichkeiten mittelbarer Abnehmer

Und was ist mit den Klagemöglichkeiten der mittelbar Geschädigten?

Der BGH hatte ihre Klagebefugnis in *ORWI* grundsätzlich anerkannt. Sie mussten aber darlegen und beweisen können, dass die unmittelbaren Abnehmer den Schaden an sie durchgereicht haben.

Das neue Recht stärkt demgegenüber die mittelbaren Abnehmer und gewährt ihnen eine widerlegbare Vermutung der Schadensabwälzung (§ 33c Abs. 2 und 3 GWB). Diese Vermutung gilt allerdings nur für das "ob" der Abwälzung. In welcher Höhe der Schaden weitergereicht wurde, also das "wie", muss der mittelbare Abnehmer darlegen und beweisen, wobei die Gerichte die Höhe schätzen können (§ 287 ZPO).

Noch weitgehend ungelöst ist dabei das Problem der Klagen auf verschiedenen Absatzstufen. Wie kann in solchen Fällen verhindert werden, dass ein Kartellant entweder doppelt in Anspruch genommen wird, also vom unmittelbaren und vom mittelbaren Schädiger, oder der Haftung ganz entgeht? Diese Möglichkeit besteht, wenn die jeweils angerufenen Gerichte

mit Blick auf die Schadensabwälzung zu unterschiedlichen Befunden gelangen. Der Gesetzgeber hat sich zu diesem Problem nicht verhalten und die Lösung der Rechtsprechung überlassen. Der BGH hatte in *ORWI* auf die Möglichkeit der Streitverkündung hingewiesen. Um dem Kläger insoweit das Kostenrisiko zu nehmen, deckelt die 9. GWB-Novelle die Summe der Gegenstandswerte mehrerer Nebeninterventionen auf den Streitwert der Hauptsache (§ 89a Abs. 3 GWB). Sinnvoller wäre aber wohl eine Verfahrenskonzentration bei einem Gericht gewesen, zu der sich der Gesetzgeber indes nicht durchringen konnte.



Dr. Marc Schweda

Kartellrecht

Partner, Hamburg

T +49 40 419 93 509

marc.schweda@hoganlovells.com

(No) need to argue – Was bei Kartellschadensersatzklagen nach der 9. GWB-Novelle feststeht, vermutet wird oder geschätzt werden kann

Hubertus Weber

Wo kein Kläger, da kein Richter: Die private Durchsetzung des Kartellrechts setzt voraus, dass sich Kläger finden, die gegen ein Kartell gerichtlich vorgehen. Kläger finden sich dort, wo sich Klagen lohnen. Zwar winkt den Geschädigten eines Kartells Schadensersatz in Höhe vieler Millionen oder Milliarden. Allgemein sind die Hürden im deutschen Zivilprozess aber hoch, weil der Kläger alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss. Will der Gesetzgeber, dass sich möglichst viele Kläger finden, muss er deshalb die Beweislast mindern. Schon nach bisherigem Recht galten für Kartellschadensersatzklagen bestimmte Beweiserleichterungen. Mit der 9. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber eine weitere Hürde abgebaut. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick darüber, was bei Kartellschadensersatzklagen nach der 9. GWB-Novelle feststeht, vermutet wird oder geschätzt werden kann – und deshalb nicht (mehr) bewiesen werden muss.

Was müsste der Kläger nach allgemeinen Regeln beweisen?

Allgemein muss der Kläger alle Tatsachen darlegen und beweisen, die seinen Anspruch begründen. Der Anspruch auf Ersatz eines Kartellschadens ist begründet, wenn der Beklagte schuldhaft gegen Kartellrecht verstoßen hat, dem Kläger durch den Kartellverstoß ein Schaden entstanden ist und der Schaden in der eingeklagten Höhe besteht (bisher § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1, jetzt § 33a Abs. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB). Der Geschädigte eines Kartells müsste also eigentlich den Kartellverstoß, ein Verschulden, den Schadenseintritt und die Schadenshöhe darlegen und beweisen.

Was muss der Kläger nach den speziellen Kartellschadensersatzregeln beweisen?

Von dieser allgemeinen Beweislastregel machen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die geltende Rechtsprechung einige Ausnahmen:

Der Kartellverstoß steht fest

Völlig dem Beweis (und Gegenbeweis) entzogen ist das erste Tatbestandsmerkmal – der Kartellverstoß –, wenn die Europäische Kommission, das Bundeskartellamt oder eine andere Kartellbehörde eines EU-Mitgliedstaates entschieden hat, dass der Beklagte gegen Kartellrecht verstoßen hat und diese Entscheidung bestandskräftig ist, also entweder nicht angefochten oder endgültig richterlich bestätigt wurde (bisher § 33 Abs. 4, jetzt § 33b GWB). Bei einer solchen Follow-on-Klage ist das Gericht an die Entscheidung der Behörde gebunden, auch wenn es selbst anders entschieden hätte.

Die 9. GWB-Novelle hat an dieser Bindungswirkung nichts geändert. In *Lottoblock II* hat der BGH klargestellt, dass Bindungswirkung nicht nur bedeutet, dass das Tatbestandsmerkmal Kartellverstoß feststeht (sog. Tatbestandswirkung), sondern das Gericht alle Feststellungen, die sich auf den Kartellverstoß beziehen, seiner Entscheidung zugrunde legen muss (sog. Feststellungswirkung). Nicht restlos geklärt ist die Frage, ob die Bindungswirkung auch solche sog. doppelrelevanten Feststellungen umfasst, die sich wie die Marktabgrenzung auf den Kartellverstoß und ein weiteres Tatbestandsmerkmal (z.B. den Schadenseintritt) beziehen. Die Begründung der 9. GWB-Novelle scheint hiervon auszugehen. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte weiter entscheiden werden.

Das Verschulden ist (relativ leicht) zu beweisen

Für das Verschulden trifft den Kläger nach wie vor die volle Darlegungs- und Beweislast. Wenn aber in einem Follow-on-Prozess feststeht, dass der Beklagte gegen Kartellrecht verstoßen hat, wird dies relativ einfach gelingen. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf scheidet nur dann aus, wenn der Beklagte einem unvermeidbaren Rechtsirrtum unterlag, an den die Rechtsprechung hohe Anforderungen stellt. Es bleibt also insoweit bei der alten Rechtslage.

Der Schadenseintritt wird (überwiegend) vermutet

Änderungen bringt die 9. GWB-Novelle für den Beweis des Schadenseintritts ("Ob" des Schadens). Hier sind zwei Fragen zu unterscheiden, weil Kartellanten mitunter einzelne Geschäftsbeziehungen von der Kartellabrede ausnehmen oder abredewidrig doch den Wettbewerbspreis verlangen: Hat der Kläger Waren oder Dienstleistungen abgenommen, auf die sich die Kartellabrede erstreckt ("Betroffenheit")? Hat sich der Kartellverstoß preissteigernd ausgewirkt (Schadenseintritt im engeren Sinn)?

Für die Betroffenheit gilt nach wie vor der Anscheinsbeweis, d.h. alle Waren oder Dienstleistungen, die von Kartellanten auf dem relevanten Markt bezogen werden, gelten dem ersten Anschein nach als "kartellbefangen". Nur wenn der Beklagte Tatsachen darlegt und beweist, die einen atypischen Sachverhalt begründen, trägt der Kläger die volle Darlegungs- und Beweislast.

Der Schadenseintritt im engeren Sinn unterlag nach *Lottoblock II* der Beweiserleichterung nach § 287 ZPO i.V.m. § 33 Abs. 3 S. 3. Das Gericht musste den Schadenseintritt also nicht (mehr) für wahr, sondern nur für erheblich wahrscheinlich halten. Mit der 9. GWB-Novelle ist die Darlegungs- und Beweislast des Klägers nunmehr völlig entfallen. Der Schadenseintritt

wird jetzt bei Horizontal-Kartellen, d.h. Kartellen zwischen Wettbewerbern, kraft Gesetzes vermutet (neu § 33a Abs. 2), kann aber – das unterscheidet die Vermutung von der Bindungswirkung – vom Beklagten widerlegt werden, etwa durch den Nachweis, dass der Kläger die Preiserhöhung an dessen Abnehmer weitergegeben hat (sog. "Passing-on-Defense").

Eine Vermutung des Schadenseintritts im engeren Sinn gilt nicht nur zugunsten des unmittelbaren, sondern auch zugunsten des mittelbaren Abnehmers. Bislang musste der mittelbare Abnehmer-Kläger den vollen Beweis dafür erbringen, dass kartellbedingte Preisüberhöhungen über den unmittelbaren Abnehmer an ihn durchgereicht wurden. Mit der 9. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber die Beweislast nun stark reduziert. Wenn der mittelbare Abnehmer-Kläger darlegt und beweist, dass der Kartellverstoß einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer zur Folge hatte und er "kartellbefangene" Waren oder Dienstleistungen abgenommen hat, wird ein "Passing-on" des Preisaufschlags widerleglich vermutet (neu § 33c Abs. 2 GWB).

Die Schadenshöhe kann geschätzt werden

Hinsichtlich der Schadenshöhe ergeben sich keine Änderungen gegenüber der alten Rechtslage. Es bleibt bei der Schätzung durch das Gericht (bisher § 33 Abs. 3 S. 3, jetzt § 33a Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 287 ZPO). Der Kläger muss dafür wenigstens Anhaltspunkte für die Größenordnung darlegen, was regelmäßig die Expertise von Sachverständigen erfordert. Einer Mindestschadenschätzung, wie sie Teile der Literatur vorgeschlagen hatten, um den Geschädigten eine verlässliche Kalkulation zu erleichtern (etwa in Höhe von 10% des Wertes der Gegenleistung des Geschädigten ([hier](#))), hat der Gesetzgeber eine Absage erteilt. Ob sich eine Mindestschadenschätzung in der Rechtsprechung herausbilden wird, bleibt abzuwarten.

Im Ergebnis wird die private Durchsetzung weiter gestärkt

Die Änderungen der 9. GWB-Novelle zur Darlegungs- und Beweislast werden die private Durchsetzung des Kartellrechts weiter stärken. Einzelne Fragen, etwa zur Reichweite der Bindungswirkung bei doppelrelevanten Feststellungen oder zur Schätzung eines Mindestschadens, werden die Gerichte weiter beschäftigen. Es bleibt spannend!



Hubertus Weber

Kartellrecht

Associate, München

T +49 89 290 12 0

hubertus.weber@hoganlovells.com



No limits..? Die Verjährung von Kartell(schadenersatz)-ansprüchen nach der 9. GWB-Novelle

Dr. Manuel Knebelsberger

Auf den ersten Blick scheint kein Stein auf dem anderen geblieben zu sein. Der neue § 33h GWB weist kaum äußerliche Gemeinsamkeiten mit dem alten § 33 Abs. 5 GWB auf, der bis dato einzigen im GWB enthaltenen Spezialverjährungsregel für Kartellschadenersatzansprüche. Was gewaltig daherkommt – der neue § 33h GWB erstreckt sich über insgesamt acht Absätze –, ist bei näherer Betrachtung auch inhaltlich durchaus weitreichend – wenn auch vielleicht nicht gar so weitreichend, wie die Verachtung der Absätze auf den ersten Blick suggeriert. Die Ausdehnung des Gesetzestextes geht zu einem Gutteil darauf zurück, dass in das GWB nun ein umfassendes Spezialverjährungsregime für Kartell(schadenersatz)ansprüche aufgenommen worden ist, das zwar auch die speziellen Vorgaben aus der Kartellschadenersatzrichtlinie 2014/104/EU umsetzen soll, das im Übrigen jedoch weithin das allgemeine – bisher auf Kartell(schadenersatz)ansprüche anwendbare – Verjährungsregime des BGB nachvollzieht. Hier hat sich der Gesetzgeber um weitestgehende Konsistenz mit den allgemeinen verjährungsrechtlichen Regeln bemüht. Entsprechend (ver)stecken (sich) die Unterschiede vielfach im Detail – was allerdings nicht bedeutet, dass sie nicht durchaus gravierend wären. Daneben enthält der neu eingeführte § 33h GWB aber auch so einiges wirklich Neues. Eines ist (fast) allen Änderungen gemein: Sie stärken die private Rechtsdurchsetzung durch Kartellgeschädigte.

Aus drei mach fünf

Die wohl augenfälligste Änderung betrifft die Ausweitung der kenntnisabhängigen Verjährungsfrist von drei (§ 195 BGB) auf fünf Jahre (jetzt § 33h Abs. 1 und 2 GWB, jeweils zum Jahresende). Für Kartellgeschädigte bedeutet das, dass ihnen (zumindest potentiell) mehr Zeit zur Verfügung steht, um ihre Klage vorzubereiten und ggf. sogar noch weitere Entwicklungen (etwa die Reaktion der Kartellanten auf Klagen Dritter) abzuwarten. Bei der kenntnisunabhängigen Verjährung bleibt es hingegen bei der zehnjährigen Verjährungsfrist (§ 33h Abs. 3 GWB bzw. § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB).

Unwissenheit schützt vor Verjährungsbeginn

Ein Novum im Verjährungsrecht ist, dass die (kenntnisabhängige) Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnt, wenn der Kartellgeschädigte Kenntnis nicht nur von den anspruchsbegründenden Umständen sowie der Identität des Kartellanten erlangt hat (oder erlangen musste), sondern darüber hinaus auch davon, dass es sich bei dem schädigenden Ereignis um einen "Verstoß nach § 33 Absatz 1", also einen (bußgeldbewehrten) Kartellverstoß handelt (§ 33h Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB). Der Sache nach muss der Kartellant demnach zukünftig, will er sich erfolgreich auf Verjährung berufen, zusätzlich darlegen und beweisen, dass der Kartellgeschädigte den in Frage stehenden Sachverhalt auch zutreffend als Kartellverstoß unter die einschlägigen kartellrechtlichen Normen subsumiert hat (bzw. subsumieren musste). Es wird spannend zu sehen sein, welchen Darlegungs- und

Beweismaßstab die Rechtsprechung insoweit anlegen wird bzw. wie viel kartellrechtlicher Sachverstand dem "gemeinen Kartellgeschädigten" zugeschrieben werden wird.

Ende gut, alles gut

Weitere Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist fortan, dass der fragliche Kartellverstoß beendet worden ist (§ 33h Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 2 GWB). Somit verjährt ein Kartell(schadenersatz)anspruch auch dann nicht, wenn er auf einen sehr weit in die Vergangenheit reichenden Kartellverstoß zurückgeht, solange dieser erst in der jüngeren Vergangenheit beendet worden ist oder sogar noch andauert. Damit können Kartellgeschädigte auch sehr weit zurückliegende Schäden potentiell noch liquidieren mit entsprechenden Auswirkungen auf die Anspruchshöhe.

Nur keine Hemmungen..?

Die Hemmungsvoraussetzungen und –wirkungen werden in mehrerlei Hinsicht ausgeweitet (§ 33h Abs. 6 GWB): Zum einen wird klargestellt, dass es für eine Hemmung aufgrund kartellbehördlicher Untersuchungen nicht notwendigerweise einer förmlichen Verfahrenseinleitung bedarf, sondern (jedwede) "*Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder ihr Verfahren*" genügen (§ 33h Abs. 6 Nrn. 1 und 2 GWB). Ausreichend sind zukünftig zudem "*Maßnahmen*" EU-ausländischer Kartellbehörden im Hinblick auf das jeweils eigene nationale (sowie das europäische) Wettbewerbsrecht (§ 33h Abs. 6 Nr. 2 GWB). Ganz neu ist der Hemmungstatbestand für den Fall, dass ein Kartellgeschädigter gegen den Kartellanten Klage auf Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB erhoben hat (§ 33h Abs. 6 Nr. 3 GWB). Eine ausdauernde Rechtsverteidigung gegen gerichtlich geltend gemachte Auskunfts- und Herausgabeansprüche bringt daher für den

Kartellschädiger verjährungsrechtlich keine Vorteile. Neben diesen spezialgesetzlichen Hemmungstatbeständen bleiben die allgemeinen Hemmungstatbestände, insbesondere nach § 204 BGB, freilich parallel anwendbar. Im Gegensatz zu den allgemeinen Hemmungstatbeständen, für die eine nachlaufende Hemmungswirkung von sechs Monaten gilt (§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB), sehen die spezialgesetzlichen Hemmungstatbestände des § 33h Abs. 6 GWB eine nachlaufende Hemmungswirkung von einem Jahr vor (§ 33h Abs. 6 Satz 2 GWB).

Ausgleichende Gerechtigkeit

Eine ganz grundlegende Änderung kommt recht unscheinbar daher: der Verjährungsbeginn von Ausgleichsansprüchen mehrerer Kartellanten untereinander. Dieser wird nun an die (tatsächliche) Befriedigung eines Kartellschadenersatzanspruchs durch einen Kartellanten gegenüber einem (oder mehreren) Kartellgeschädigten angeknüpft (§ 33h Abs. 7 GWB). Während diese Ausgleichsansprüche untereinander, die fortan in § 33d Abs. 2 GWB geregelt sind, im Grundsatz den materiell-rechtlichen Regeln des Gesamtschuldnerausgleichs nach allgemeinem Zivilrecht (§ 426 BGB) folgen (und dementsprechend der allgemeinen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB unterliegen), besteht eine wesentliche durch die 9. GWB-Novelle eingeführte Änderung – neben gewissen Haftungserleichterungen für Kronzeugen (§ 33e Abs. 3 GWB) sowie kleine und mittlere Unternehmen (§ 33d Abs. 4 GWB) – darin, den Beginn der Verjährung zeitlich nach hinten zu verschieben. Das bietet für einen Kartellanten den Vorteil, dass er gegenüber den übrigen Kartellanten keine verjährungshemmenden Maßnahmen (insbesondere Streitverkündung) treffen muss und auch nicht, wie im Falle der Legalzession nach § 426 Abs. 2 BGB, mit (übergeleiteten) Einwendungen konfrontiert werden kann, die die übrigen Kartellanten dem Kartellgeschädigten hätten entgegenhalten können. Die

Wohltat des (deutlich) späteren Verjährungsbeginns kommt zwar in erster Linie dem zum Schadenersatz bereiten (oder gezwungenen) Kartellschädiger zugute. Mittelbar dürften aber auch die Kartellgeschädigten insoweit hiervon profitieren, als Kartellschädiger aufgrund besserer Regressaussichten gegenüber anderen Kartellanten mehr Offenheit für Vergleichsverhandlungen zeigen könnten. Für die bisher noch nicht in Anspruch genommenen Kartellschädiger erhöht sich in jedem Fall das Risiko, noch zu einem deutlich späteren Zeitpunkt in Regress genommen zu werden.

Kein Vorteil ohne Nachteil...

Eine weitere Regel scheint auf den ersten Blick eine Benachteiligung des Kronzeugen zu beinhalten: Für Kartellgeschädigte, die nicht unmittelbare oder mittelbare Abnehmer oder Lieferanten eines **Kronzeugen** sind, beginnt die (kenntnisabhängige) Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen gegen den Kronzeugen erst mit Ablauf des Jahres zu laufen, in dem sie von den übrigen Kartellanten keinen vollständigen Ersatz erlangen können (§ 33h Abs. 8 Nr. 1 GWB). Das heißt Kronzeugen können potentiell länger in Haftung genommen werden. Bei näherer Betrachtung stellt sich diese Regelung jedoch lediglich als verjährungsrechtliche Reaktion auf die – ebenfalls neu eingeführte – Kronzeugenprivilegierung dar, wonach der Kronzeuge für Kartellgeschädigte, die nicht seine unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten sind, nur subsidiär gegenüber den übrigen Kartellanten haftet (§ 33e Abs. 1 Satz 2 GWB). Der Kronzeuge soll zwar gegenüber den übrigen Kartellanten privilegiert werden – im Zweifel gehen aber die Interessen der Kartellgeschädigten, vollständigen Schadenersatz zu erlangen, vor. Die praktische Relevanz dieser (wohl ohnehin nur deklaratorischen) Verjährungsverschiebung dürfte indes begrenzt bleiben. Sie gilt von vornherein nur für Kronzeugen mit einem

vollständigen Bußgelderlass (vgl. § 33e Abs. 1 Satz 1 GWB) und auch nur für bestimmte Gruppen von Kartellgeschädigten. In jedem Fall sollten Anspruchsteller i.S.d. § 33e Abs. 1 Satz 2 GWB neben der (nach hinten verschobenen) fünfjährigen kenntnisabhängigen Verjährungsfrist ohnehin stets auch die kenntnisunabhängige zehnjährige Verjährungsfrist im Blick behalten. Rechtsstreitigkeiten mit widerwilligen Kartellanten können sich sehr langwierig gestalten; der Nachweis dafür, dass von sämtlichen übrigen Kartellanten kein vollständiger Ersatz zu erlangen war, wird daher möglicherweise erst nach vielen Jahren – letztlich erfolgloser – Rechtsstreitigkeiten geführt werden können. Das Ende der zehnjährigen kenntnisunabhängigen Verjährung mag dann nicht mehr allzu fern sein. Eine ähnliche Verjährungsregel sieht das neue Recht schließlich auch für die (subsidiäre) Inanspruchnahme von – ebenfalls haftungsprivilegierten (vgl. § 33d Abs. 3 GWB) – **kleinen und mittleren Unternehmen** vor (§ 33h Abs. 8 Nr. 2 GWB).

Jetzt gilt's! ...oder doch schon früher?

Die neuen Verjährungsregeln nach § 33h GWB treten – wie auch der Großteil der durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Regelungen zum *private enforcement* – mit Wirkung vom 27. Dezember 2016 (dem Datum, bis zu dem die Kartellschadenersatzrichtlinie hätte umgesetzt sein müssen) in Kraft. Entsprechend gelten die neuen Verjährungsregeln für Ansprüche, die nach dem novellierten Kartell(schadenersatz)-recht entstanden sind (§ 186 Abs. 3 Satz 2, 1. Hs. GWB). Darüber hinaus gelten sie aber auch für Ansprüche, die noch nach der alten Rechtslage (also vor dem 27. Dezember 2016) entstanden waren, soweit jene zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der 9. GWB-Novelle am 9. Juni 2017 noch nicht verjährt waren (§ 186 Abs. 3 Satz 2, 2. Hs. GWB); allerdings soll das alte Verjährungsregime in jedem Fall für den Verjährungsbeginn und die

Verjährungshemmung anwendbar bleiben (§ 186 Abs. 3 Satz 3 GWB). Angesichts dieser komplexen Regeln dürfte die Frage der zeitlichen (teils rückwirkenden) Anwendbarkeit der durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Regelungen zum *private enforcement* die Gerichte noch häufiger beschäftigen.



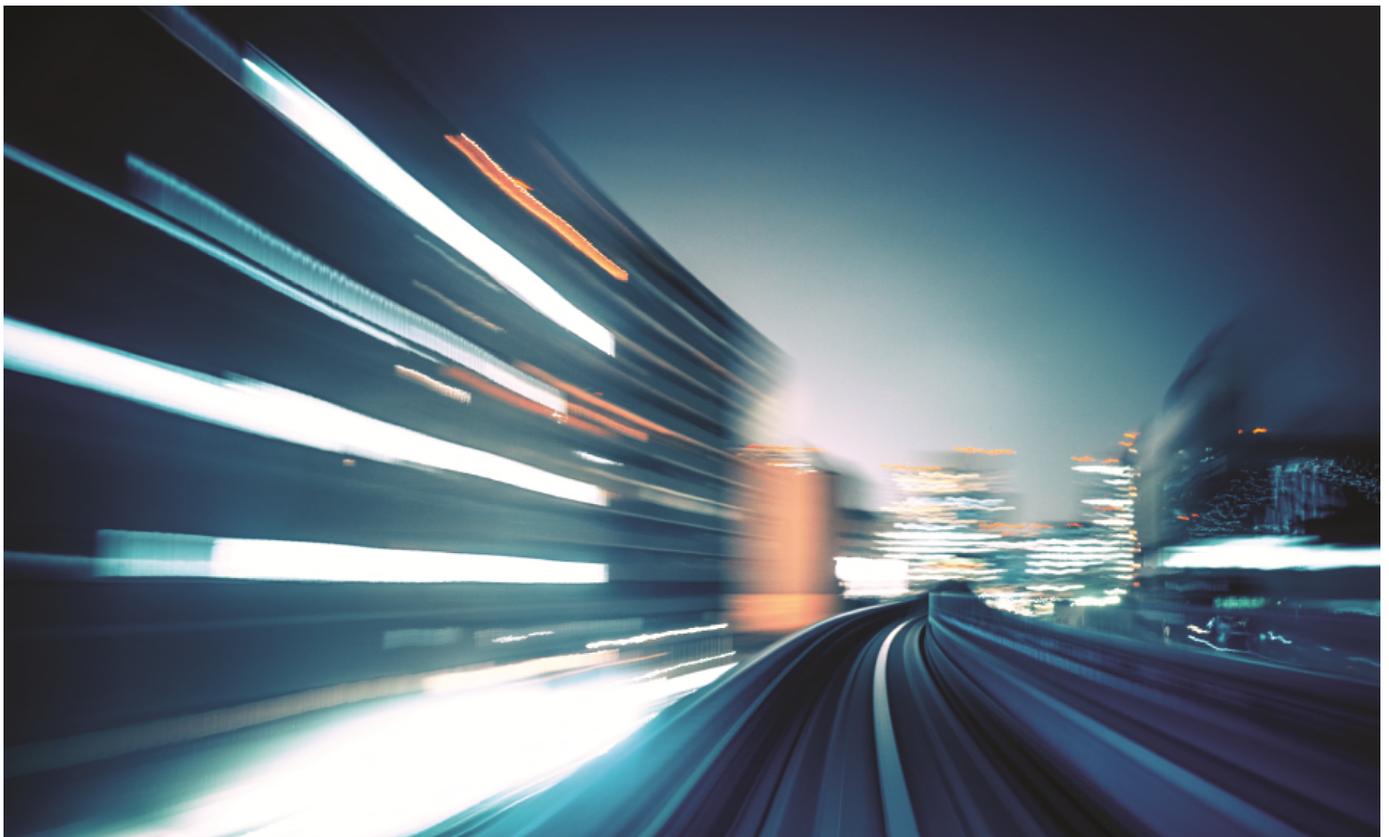
Dr. Manuel Knebelsberger,
LL.M. (Stockholm)

Kartellrecht

Senior Associate, Hamburg

T +49 40 419 93 0

manuel.knebelsberger@hoganlovells.com



Die Rückkehr der Sippenhaft – Haftung von Muttergesellschaften nach der 9. GWB-Novelle

Dr. Marc Schweda

Das Mittelalter gilt als die Hochzeit der Sippenhaft in Deutschland. Nach dem Prinzip der Sippenhaft mussten Familienmitglieder für Taten ihrer Angehörigen einstehen, gleich ob sie selbst daran beteiligt waren oder nicht. Sippenhaft war also eine Form der Kollektivhaftung. Das Familienmitglied haftete auch dann, wenn es sich selbst nichts hatte zu schulde kommen lassen. Das deutsche Bußgeldrecht und Deliktsrecht für Unternehmen kannten bislang keine Sippenhaft. Hier herrschte unangefochten das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip. Danach haftet eine juristische Person nur für solche Kartellverstöße, die ihre Organe oder Mitarbeiter in zurechenbarer Weise begangen haben. Für mehr nicht. An dieses Grundprinzip setzt die 9. GWB-Novelle nun die Axt an. Droht der Rückfall ins finstere Mittelalter? Dieser Beitrag widmet sich der Frage, was das neue Recht zur Frage der Konzernhaftung im Bußgeldrecht und Kartellschadensersatzrecht regelt.

Sippenhaft im Kartellbußgeldrecht

Im deutschen Bußgeldrecht galt bislang, dass eine Muttergesellschaft grundsätzlich nur dann für einen Kartellverstoß haftet, wenn sie selbst auch daran beteiligt war. Da eine juristische Person nicht selbst handeln kann, ist das Verhalten ihrer Organe und leitenden Angestellten maßgeblich. Das Bundeskartellamt nahm eine Haftung der Muttergesellschaft ausnahmsweise auch dann an, wenn die Muttergesellschaft ihre eigene Aufsichtspflicht verletzt und nichts unternommen hat, um die Umsetzung der Kartellabsprache bei der Tochtergesellschaft zu verhindern (§ 130 OWiG). Diese Praxis ist

aber nach wie vor umstritten. In der Regel blieb daher die Bußgeldhaftung auf den Rechtsträger beschränkt, dessen Organe oder Mitglieder den Verstoß begangen hatten.

Damit räumt die 9. GWB-Novelle jetzt auf.

Konzernhaftung

Künftig kann ein Bußgeld auch gegen Konzerngesellschaften verhängt werden, die einen bestimmenden Einfluss auf das handelnde Unternehmen ausgeübt haben (§ 81 Abs. 3a GWB). Eine Muttergesellschaft kann also für ihre Tochtergesellschaften haften.

Das klingt auf den ersten Blick gar nicht so dramatisch. Denn die Muttergesellschaft muss ja immerhin einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben. Spätestens beim zweiten Blick wird einem aber die Reichweite der Gesetzesänderung schnell klar. Der Schlüssel für das Verständnis liegt in der Frage, wann ein solcher bestimmender Einfluss genau vorliegt. Muss die Kartellbehörde dazu nachweisen, dass die Muttergesellschaft ihre Tochter zum kartellrechtswidrigen Verhalten angewiesen hat? Muss sie zumindest nachweisen, dass die Muttergesellschaft in irgendeiner Weise beim Kartellverstoß ihren bestimmenden Einfluss geltend gemacht hat? Im Prinzip schon, aber der Blick in das europäische Kartellrecht lehrt den deutschen Juristen schnell das Grauen.

Die europäische Rechtsprechung hat hierzu nämlich äußerst weitreichende Vermutungsregeln entwickelt. So wurde das Bestehen eines bestimmenden Einflusses zu Lasten der Muttergesellschaft bei 100%igen Töchtern, bei 50%/50%-Gemeinschaftsunternehmen und sogar bei einer durch Leitungsrechte gestärkten Minderheitsbeteiligung von 30% vermutet. Die Vermutung erstreckt sich neuerdings auch auf die Frage, ob die Muttergesellschaft ihren

Einfluss auch tatsächlich ausgeübt hat. Formal sind diese Vermutungen widerlegbar. Faktisch kommt dies aber im Lichte der strengen Anforderungen der Rechtsprechung einer *mission impossible* gleich. Es gibt, soweit ersichtlich, keinen einzigen Fall in dem die europäischen Gerichte einmal angenommen haben, die Vermutung sei widerlegt. Die Widerlegung ist also so etwas wie der "Fliegende Holländer" des Kartellbußgeldrechts: alle behaupten, es gäbe sie, aber keiner hat sie je gesehen.

Haftung bei Unternehmensnachfolge

Aber damit nicht genug. Der deutsche Gesetzgeber schließt in der 9. GWB-Novelle auch die berüchtigte "Wurstlücke". Gemeint ist damit die Möglichkeit, durch Unternehmensumstrukturierungen einem Kartellbußgeld zu entgehen. Das war dem Hersteller Tönnies im Wurstkartell erfolgreich gelungen, natürlich sehr zum Missfallen des Bundeskartellamts. Die "Wurstlücke" tat sich dadurch auf, dass der BGH ein Unternehmen, das den Kartellsünder rechtlich oder faktisch übernommen hat, nur in den engen Grenzen einer wirtschaftlichen Nahezuidentität haften ließ.

Anders das neue Recht. Im Falle einer ganz oder teilweisen Gesamtrechtsnachfolge kann die Geldbuße auch gegen den Rechtsnachfolger verhängt werden (§ 81 Abs. 3b GWB). Gleiches gilt für Fälle der sog. wirtschaftlichen Kontinuität, also wenn die tragenden Vermögenswerte des Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, der das Unternehmen dann fortführt (§ 81 Abs. 3c GWB). Zudem wird klargestellt, dass bei der Bemessung des Bußgeldes auf die Verhältnisse der haftenden Unternehmensvereinigung insgesamt abzustellen ist (§ 81 Abs. 4a GWB).

Zweifel an der Verfassungskonformität

Mit der 9. GWB-Novelle übernimmt der deutsche Gesetzgeber das aus dem europäischen Kartellrecht bekannte Prinzip des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit ins deutsche Kartellbußgeldrecht. Allerdings werden dagegen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht. Insbesondere ein vom BDI beauftragtes Rechtsgutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die neuen Regeln verfassungswidrig sind. Die Haftung der Muttergesellschaft verstoße gegen das Schuldprinzip, weil die Muttergesellschaft keine eigene Tatverantwortlichkeit treffe. Andere Stimmen halten dem entgegen, dass das Schuldprinzip für juristische Personen nur sehr eingeschränkt gilt. Die Neuregelung sei insgesamt vertretbar und liege im Ermessensspielraum des Gesetzgebers. Wieder andere Stimme gehen sogar so weit, dass die Neuregelung europarechtlich geboten ist, um die praktische Wirksamkeit (der sog. *effet utile*) des europäischen Kartellrechts sicherzustellen. Die Schließung der "Wurstlücke" wird wiederum als zu unbestimmt und unverhältnismäßig kritisiert. Insbesondere sei unklar, wann wirtschaftliche Kontinuität vorliege und wann nicht.

Sippenhaft auch im Kartellschadensersatzrecht?

Wie ist es nun mit dem Kartellschadensersatzrecht? Haften Muttergesellschaften auch dort für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaften? Können die Geschädigten also auch die in der Regel solventen Muttergesellschaften mit verklagen?

Die Antwort auf diese Frage fällt nicht leicht. Denn anders als im Kartellbußgeldrecht schweigt sich der Gesetzgeber hierzu im Kartellschadensersatzrecht aus. Nach dem Gesetzeswortlaut ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der den Kartellverstoß schuldhaft begangen hat (§ 33a Abs. 1 GWB). Die

EU-Kartellschadensersatzrichtlinie spricht an dieser Stelle von "Unternehmen", die durch einen Kartellverstoß Schäden verursacht haben. Anders der deutsche Gesetzgeber. Er verwendet das unbestimmte Pronomen "wer". Aber wer ist dieser "wer"?

Einige Stimmen sagen, die Antwort auf diese Frage liege in der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie. Die Richtlinie nimmt das Unternehmen in Bezug. Und das sei nach der klaren Rechtsprechung der europäischen Gerichte nun einmal nicht die jeweilige juristische Person, sondern die wirtschaftliche Einheit, die mehrere juristische Personen umfassen kann. Haftet das Unternehmen, so haften alle Rechtsträger, die zu dieser wirtschaftlichen Einheit gehören, gesamtschuldnerisch. Das neue deutsche Recht sei daher richtlinienkonform so auszulegen, dass Muttergesellschaften auch im Kartellschadensersatzrecht für Verstöße ihrer Tochtergesellschaften gesamtschuldnerisch mithaften.

Andere Stimme halten dem entgegen, die Richtlinie gebe es den Mitgliedstaaten gerade nicht zwingend vor, sämtliche Rechtsträger einer wirtschaftlichen Einheit gesamtschuldnerisch haften zu lassen. Wäre dies gewollt gewesen, hätte die Richtlinie eine solche Konzernhaftung klar und eindeutig regeln müssen. Das tut sie aber nicht. Sie verwendet lediglich den Begriff des Unternehmens. Der Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber in voller Kenntnis der Problematik die Frage der akzessorischen Haftung von Muttergesellschaften offen gelassen hat, sei vor diesem Hintergrund als beredtes Schweigen zu deuten.

Die Gerichte müssen es richten

Der Siegeszug der Sippenhaft ist also noch keineswegs ausgemachte Sache. Gegen die Konzernhaftung im Kartellbußgeldrecht werden verfassungsmäßige Bedenken vorgebracht. Die Konzernhaftung im Kartellschadensersatzrecht hat der Gesetzgeber gleich ganz offen gelassen.

Es wird viel Arbeit auf die deutschen Gerichte zukommen. Es bleibt spannend!



Dr. Marc Schweda

Kartellrecht
Partner, Hamburg
T +49 40 419 93 509
marc.schweda@hoganlovells.com

Mind the gap – Neue transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle

*Dr. Falk Schöning,
Dr. Christoph Wünschmann
& Christian Ritz*

9. GWB-Novelle: Deutschland übernimmt Vorreiterrolle bei der Anpassung des Kartellrechts an die Digitalökonomie (Teil 1)

Am 9. Juni 2017 sind mit der 9. GWB-Novelle wichtige Änderungen für Unternehmen im deutschen Kartellrecht in Kraft getreten. (Die Highlights der 9. GWB-Novelle finden Sie [hier](#).) Die Reform setzt zwei Schwerpunkte: die Umsetzung der europäischen [Kartellschadensersatzrichtlinie](#) (für einen ausführlichen Überblick siehe unsere Blog-Beiträge [hier](#)) und die gezielte Anpassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die Herausforderungen der Digitalwirtschaft.

Die Neuregelungen betreffen u.a. die Fusionskontrolle, den Umgang mit unentgeltlichen Leistungen (z.B. Social Media-Plattformen) sowie marktbeherrschenden Unternehmen, insbesondere im Bereich der Digitalwirtschaft. Diese Reform kann die kartellrechtliche Praxis in Deutschland und Europa in den nächsten Jahren prägen. Viele Fragen sind allerdings noch offen, insbesondere beim praktischen Umgang mit der neuen transaktionswertbezogenen Aufgreifschwelle in der deutschen Fusionskontrolle. Dies wird zu einem erhöhten Abstimmungsbedarf zwischen der Wirtschaft und dem Bundeskartellamt führen.

Bisherige Situation

Bis jetzt hatte Deutschland ein im weltweiten Vergleich klar strukturiertes Fusionskontrollregime. Zwar waren die Umsatzschwellen, deren Überschreitung eine Anmeldepflicht in Deutschland auslösen, verhältnismäßig niedrig. Eine Anmeldung eines Zusammenschlusses ist

erforderlich, wenn der gemeinsame weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmen im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr vor der Anmeldung 500 Mio. € oder mehr beträgt, und eines der beteiligten Unternehmen Umsätze in Deutschland von 25 Mio. € und ein anderes 5 Mio. € oder mehr erzielt hat. Diese vergleichsweise niedrigen Umsatzschwellen führten zu relativ vielen Anmeldungen beim Bundeskartellamt. Für den Großteil der Transaktionen kann eine deutsche Fusionskontrollanmeldung aber zügig erstellt und vom Bundeskartellamt freigegeben werden.

Trotzdem kam es in den letzten Jahren immer wieder zu Diskussionen über die fehlenden kartellrechtlichen Kontrollbefugnisse bei Akquisitionen von Start-ups, die zum Zeitpunkt der Transaktion zwar noch keine entsprechenden Umsätze erzielt hatten, jedoch aufgrund der Erwartungen an ihre zukünftige Entwicklung sehr hoch bewertet wurden. Der deutsche Gesetzgeber war besorgt, dass hier eine insbesondere in der Digitalökonomie bedeutsam Lücke bestehen könne. Im Zuge dieser Diskussion hat Deutschland nun eine neue, transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle eingeführt.

Neue Aufgreifschwelle für "Unicorn" Deals

Die Einführung dieser neuen Aufgreifschwelle in § 35 Abs. 1a) GWB stellt eine weltweit beachtete Neuregelung der 9. GWB-Novelle innerhalb der Digitalisierungsvorschriften dar. Danach sollen künftig Unternehmenszusammenschlüsse auch dann der deutschen Fusionskontrolle unterfallen, wenn nur mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten

Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. € erzielt hat, jedoch kein anderes beteiligtes Unternehmen in Deutschland die zweite Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. € Umsatz erreicht. Voraussetzung dafür ist aber, dass (1) der **Wert der Gegenleistung** für den Zusammenschluss **mehr als 400 Mio. €** beträgt und (2) das **Zielunternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig** ist.

Diese Regelung ist insbesondere bei Akquisitionen von Start-ups im Bereich der Digitalwirtschaft sowie im Biotech-Sektor bedeutsam. In diesen Branchen kommt es regelmäßig vor, dass zukünftige Blockbuster-Wirkstoffe oder neue Online-Modelle ein enormes Vermarktungspotential haben, das erst in den Folgejahren zu hohen Umsätzen führen wird. Allerdings zeigt eine statistische Auswertung vergangener Transaktionen, dass es bisher nur wenige Fälle gab, in denen der Kaufpreis zwar über 400 Mio. € lag, die zweite Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. € jedoch nicht überschritten wurde. Entsprechend erwartet auch der deutsche Gesetzgeber, dass die neue Aufgreifschwelle nur einige wenige Fälle im Jahr betreffen wird, nämlich solche besonderes hoch bewerteter Start-ups ("Unicorns"), die das Potenzial haben, die digitalen Märkte oder die Biotech-Landschaft zu prägen. Für den Großteil der Transaktionen dürfte die Neuregelung jedoch keine Auswirkungen haben.

Wert der Gegenleistung und Inlands-Konnex

Das deutsche Kartellrecht betritt mit der Einführung der neuen Aufgreifschwelle innerhalb der EU Neuland, sodass es an Erfahrungen im praktischen Umgang fehlt. Insbesondere bei der Bestimmung des "*Werts der Gegenleistung*" sowie des erforderlichen Inlands-Konnex ("*Erhebliche Inlandstätigkeit*") bestehen bereits jetzt erhebliche Rechtsunsicherheiten. Zwar enthält die

Regierungsbegründung teilweise Anhaltspunkte für die gesetzgeberische Auslegungsentention dieser zentralen Tatbestandsmerkmale. So soll die Fusion einen hinreichenden lokalen Bezug („local nexus“) aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn ein Zusammenschluss geeignet ist, die Voraussetzungen für den Wettbewerb in Deutschland spürbar zu beeinflussen. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind für den Rechtsanwender schwierig zu handhaben, zumal der Gesetzgeber klargestellt hat, dass an die Spürbarkeit keine hohen Anforderungen zu stellen sind.

Eine Inlandstätigkeit liegt nach der Gesetzesbegründung vor, "*wenn Angebote des Unternehmens von Nutzern im Inland in Anspruch genommen werden*". Unklar bleibt, ob sie sich gezielt an Nutzer im Inland richten müssen. Dies ist gerade bei Internetmärkten relevant, weil Nutzer in Deutschland in der Regel ohne Probleme Websites aufrufen und Services in Anspruch nehmen können, die nicht spezifisch den deutschen Markt adressieren. Für ausländische Unternehmen erfordert dies eine sorgfältige Analyse ihrer Nutzerzahlen in Deutschland, um zu einer Einschätzung über die Relevanz ihrer Inlandstätigkeit zu kommen.

Ein anderes Beispiel für eine Inlandstätigkeit sind Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in Deutschland. Dies scheint im Biotechbereich naheliegend. In der Digitalwirtschaft mit ihrem arbeitsteiligen Vorgehen kann dies dagegen erhebliche Abgrenzungsprobleme aufwerfen. Wenn ein französisches Unternehmen eine neue Software überwiegend in Frankreich, teilweise aber auch in Deutschland, von Programmierern schreiben lässt, um sie danach weltweit zu vertreiben, ist dann der Erwerb des französischen Unternehmens durch ein US-Unternehmen in Deutschland anmeldepflichtig?

Nach der Gesetzesbegründung variieren die maßgeblichen, aussagekräftigen Kriterien und Faktoren zwangsläufig je nach Branche oder Marktreife. Dies ist nachvollziehbar. Bereits

jetzt lassen sich jedoch Fallkonstellationen absehen, für die es keine eindeutigen Vorgaben gibt.

Erhöhter Abstimmungsbedarf mit dem Bundeskartellamt zu erwarten

In der Praxis ist zu erwarten, dass die Anzahl informeller Vorgespräche mit dem Bundeskartellamt zunehmen wird, weil Unternehmen nicht das Risiko eingehen wollen, eine mögliche Anmeldepflicht im größten Mitgliedsstaat der EU zu übersehen. Auf den Erfahrungen mit dem [Merkblatt des Bundeskartellamts](#) zu Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle lässt sich ableiten, dass das Bundeskartellamt in solchen Fällen Unternehmen und ihre Anwälte dazu drängen könnte, die Frage der Anmeldepflicht dahinstehen zu lassen und unproblematische Fälle stattdessen ohne Vorabstimmung anzumelden. Zwar ist der Aufwand für einfach gelagerte Fälle in Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern in der Tat gering. Trotzdem könnte die Novelle dazu führen, dass mehr Grenzfälle als bisher angemeldet werden.

Fazit und Ausblick

Deutschland hat mit seinen jüngsten Vorstößen zur Anpassung der kartellrechtlichen Vorschriften an die Herausforderungen der Digitalisierung eine Vorreiterrolle innerhalb der europäischen Kartellrechtsordnungen eingenommen. Es wäre hilfreich, wenn das Bundeskartellamt die nunmehr eingeführten Neuregelungen in den nächsten Jahren durch die Ausarbeitung von Leitlinien auf der Basis von Praxiserfahrungen weiter konkretisieren würde. In jedem Fall wird die deutsche Fallpraxis in den nächsten Jahren prägend für die Entwicklung des europäischen Kartellrechts für die Digitalwirtschaft sein.

Andere Länder wie [Österreich](#) (zum 1. November 2017) ziehen bereits nach und

haben angekündigt, ebenfalls eine neue Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle einzuführen. Gerade für Unternehmen der Digitalwirtschaft wird es daher entscheidend sein, die deutschen Entwicklungen aufmerksam zu beobachten und mitzugestalten.



Dr. Falk Schöning
Kartellrecht
Partner, Brüssel
T +32 2 505 0911
falk.schoening@hoganlovells.com



Dr. Christoph Wünschmann, LL.M. (UCL)
Kartellrecht
Partner, München
T +49 89 290 12 0
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com



Christian Ritz, LL.M. (USYD)
Kartellrecht
Senior Associate, München
T +49 89 290 12 0
christian.ritz@hoganlovells.com

Digital ist Trumpf! – Marktdefinition und neue Marktmachtkriterien für die digitalen Märkten

*Dr. Falk Schöning,
Dr. Christoph Wünschmann
& Christian Ritz*

9. GWB-Novelle: Deutschland übernimmt Vorreiterrolle bei der Anpassung des Kartellrechts an die Digitalökonomie (Teil 2)

Am 9. Juni 2017 sind mit der 9. GWB-Novelle wichtige Änderungen im deutschen Kartellrecht in Kraft getreten. (Die Highlights der 9. GWB-Novelle finden Sie [hier](#).) Die gezielte Anpassung einzelner Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die Herausforderungen der Digitalwirtschaft war ein Schwerpunkt der Reform. Neben der Einführung einer neuen transaktionswertbasierten Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle (siehe dazu hier unseren ausführlichen Beitrag) betreffen diese Neuregelungen insbesondere die kartellrechtliche Behandlung unentgeltlicher Leistungen (z.B. von Social Media-Plattformen) sowie marktbeherrschender Unternehmen, insbesondere im Bereich der Digitalwirtschaft.

Es ist zu erwarten, dass sie in den nächsten Jahren die kartellrechtliche Praxis in Deutschland und Europa prägen werden. Die Vielzahl offener Fragen wird einen erhöhten Abstimmungsbedarf zwischen der Wirtschaft und dem Bundeskartellamt hervorrufen.

Klarstellung: Unentgeltlichkeit steht Annahme eines Marktes nicht entgegen

Durch die Neuregelung in § 18 Abs. 2 a) GWB stellt der Gesetzgeber klar, dass die Unentgeltlichkeit einer Leistung der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht. Dadurch sollen insbesondere mehrseitige Märkte bzw. Plattformmärkte (z.B. soziale Netzwerke, Immobilien-Plattformen, Hotelbuchungsportale oder Dating-Plattformen) erfasst werden, bei denen

Leistungen in der Regel ohne direkte monetäre Gegenleistung erbracht werden. Durch die Klarstellung soll Rechtssicherheit geschaffen und gerade im Bereich der Digitalwirtschaft ein schnelleres Eingreifen der Kartellbehörden bei der Missbrauchs- und Fusionskontrolle ermöglicht werden.

Die Neuregelung ist offen formuliert. Dies lässt im praktischen Umgang gerade mit dem Begriff der "Unentgeltlichkeit" Unklarheiten erwarten, z.B. bei der Frage, ob unentgeltliches Handeln ohne Verfolgung eines anderweitigen Erwerbszwecks überhaupt als unternehmerisches Handeln eingestuft werden kann. Besondere Relevanz wird diese Neureglung z.B. im Umgang mit sog. Aufmerksamkeits- und Werbeplattformen entfalten, d.h. Plattformen, die Werbetreibenden die Aufmerksamkeit anderer Nutzergruppen ermöglichen, ohne dabei in direkten Kontakt mit den Werbetreibenden zu treten (z.B. soziale Netzwerke oder Messenger-Dienste).

Ergänzung der Marktmachtkriterien

Zudem wird in § 18 Abs. 3 a) GWB eine Reihe neuer Kriterien eingeführt, die *"insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken"* als sog. Plus-Faktoren neben den bisherigen Faktoren des § 18 Abs. 3 GWB bei der Ermittlung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigt werden sollen. Die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens spielt sowohl bei den kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften §§ 19, 20 GWB als auch bei der Fusionskontrolle eine wichtige Rolle. Bisher verlangte § 18 Abs. 3 GWB bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern insbesondere die

folgenden Kriterien zu berücksichtigen: Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen und rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen.

Der Gesetzgeber befürchtet, dass die bloße Anknüpfung an diese klassischen Marktmachtkriterien in dem bisherigen § 18 Abs. 3 GWB in der Praxis dazu führen könnte, dass mögliche Konzentrationstendenzen aus Netzwerkeffekten nicht hinreichend berücksichtigt bzw. ggf. auch überschätzt würden. Die neuen Kriterien umfassen:

- *direkte und indirekte Netzwerkeffekte* (Nr. 1),
- *die parallele Nutzung mehrerer Dienste und den Wechsellaufwand für die Nutzer* (Nr. 2),
- *Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten* (Nr. 3),
- *den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten* (Nr. 4) sowie
- *den innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck* (Nr. 5).

Gerade mit Blick auf "Big Data" ist zu erwarten, dass dem in Nr. 4 genannten Kriterium des "Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten" in Zukunft eine bedeutende Rolle bei der Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen mit datenbasierten Geschäftsmodellen zukommen wird. Der kartellrechtliche Umgang mit "Big Data" steht aktuell im Fokus der europäischen Kartellbehörden (siehe u.a. [hier](#) unseren Blog-Beitrag zur Ankündigung der EU Kommission von neuen Wettbewerbsregeln für den Umgang mit Big Data). Die ausdrückliche Erwähnung dieses potenziellen Marktmachtkriteriums im Rahmen der 9. GWB-Novelle betont diese

aktuelle Schwerpunktsetzung der europäischen Wettbewerbsbehörden erneut.

Fazit und Ausblick

Deutschland hat mit seinen jüngsten Vorstößen zur Anpassung der kartellrechtlichen Vorschriften an die Herausforderungen der Digitalisierung eine Vorreiterrolle innerhalb der europäischen Kartellrechtsordnungen eingenommen. Dies zeigt sich nicht nur an der Einführung der Digitalvorschriften in der 9. GWB-Novelle, sondern auch anhand des gemeinsamen Berichts des Bundeskartellamts und der französischen Wettbewerbsbehörde zu Big Data und den Auswirkungen auf das Kartellrecht (siehe unseren Blog-Beitrag [hier](#)). Auch das jüngst veröffentlichten [Weißbuch "Digitale Plattformen"](#) des Bundeswirtschaftsministeriums zielt in die gleiche Richtung.

Die konkrete Anwendung der Neuregelungen in den nächsten Jahren durch das Bundeskartellamt wird zeigen, ob es zu einer Verschärfung der kartellrechtlichen Rechtsanwendung in der Digitalwirtschaft kommt.

Gerade für Unternehmen der Digitalwirtschaft wird es daher entscheidend sein, die deutschen Entwicklungen aufmerksam zu beobachten und mitzugestalten.



Dr. Falk Schöning
Kartellrecht
Partner, Brüssel
T +32 2 505 0911
falk.schoening@hoganlovells.com



Dr. Christoph Wünschmann, LL.M. (UCL)
Kartellrecht
Partner, München
T +49 89 290 12 0
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com



Christian Ritz, LL.M. (USYD)
Kartellrecht
Senior Associate, München
T +49 89 290 12 0
christian.ritz@hoganlovells.com

Es geht um die Wurst – Kartellbußgeldverfahren nach der 9. GWB-Novelle

Johanna Brock-Wenzek

Mit den durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Änderungen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht beabsichtigt der Gesetzgeber eine Angleichung an das EU-Kartellrecht und weitet die Bußgeldhaftung erheblich aus.

Mit der 9. GWB-Novelle nimmt sich der Gesetzgeber erneut der Schließung der sog. "Wurstlücke" an. Diese Sanktionslücke im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht verdankt ihren Namen dem Wurstfabrikanten Tönnies, der sich durch eine geschickte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung seines Wurstimperiums einem durch das Bundeskartellamt verhängten Bußgeld in dreistelliger Millionenhöhe entziehen konnte. Die wesentlichen Vermögensgegenstände der kartellrechtlich verantwortlichen juristischen Personen wurden auf andere Konzernunternehmen übertragen und die kartellrechtlich verantwortlichen juristischen Personen erloschen.

Dies war möglich, weil ursprünglich die ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung für Kartellrechtsverstöße gem. § 30 Abs. 1 OWiG nur diejenige Person oder Personenvereinigung traf, deren eigene Leitungsperson einen Kartellrechtsverstoß begangen hatte. Existierte diese juristische Person nicht mehr, so konnten gegen sie erlassene Bußgeldbescheide nicht mehr durchgesetzt werden. Der Gesamtrechtsnachfolger haftete nur bei "wirtschaftlicher nahezu-Identität". Der BGH sah eine solche nur in sehr engen Grenzen als gegeben an.

Der Gesetzgeber hatte bereits mit der im Jahr 2013 in Kraft getretenen 8. GWB-Novelle versucht, die Möglichkeit, durch Umstrukturierungen der Bußgeldhaftung zu entgehen, stark einzuschränken, indem er § 30 Abs. 2a OWiG einführte, der eine Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers vorsieht. Diese setzt allerdings voraus, dass die kartellrechtlich

verantwortliche juristische Person erloschen ist. Zudem ist gem. § 30 Abs. 2a Satz 2 OWiG die Haftung auf den Wert des übernommenen Vermögens beschränkt. Außerdem führte der Gesetzgeber mit der 8. GWB-Novelle die Möglichkeit der Anordnung eines dinglichen Arrests zur Bußgeldsicherung ein, § 30 Abs. 6 GWB.

Die 9. GWB-Novelle führt nun zu einer starken Ausweitung der kartellrechtlichen Bußgeldhaftung, indem eine konzernweite Haftung eingeführt wird, die Nachfolgehaftung verschärft und für den Übergangszeitraum bis zur vollständigen Wirksamkeit der neuen Regelungen eine Ausfallhaftung einführt wird. Damit geht der Gesetzgeber über die reine Schließung der "Wurstlücke" hinaus. Er beabsichtigt eine vollständige Angleichung der deutschen Kartellbußgeldhaftung an das europäische Kartellbußgeldrecht.

- **Haftung der wirtschaftlichen Einheit, § 81 Abs. 3a GWB:** Dem europäischen Vorbild folgend, wird nun auch im deutschen Recht eine unternehmerische Einheit fingiert. Bußgelder können nach der Reform insbesondere gegenüber der Konzernmutter, aber auch gegenüber anderen Konzerngesellschaften festgesetzt werden, soweit die Gesellschaften zum Zeitpunkt des Verstoßes ein einheitliches Unternehmen gebildet haben, also unmittelbar oder mittelbar ein bestimmender Einfluss auf die Leitungsperson der am Kartellverstoß beteiligten Gesellschaft ausgeübt wurde. An der Einführung der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit wird scharfe Kritik geübt. Die Kritiker sehen insbesondere den Bestimmtheitsgrundsatz, den Schuldgrundsatz und den in-dubio-pro-reo Grundsatz verletzt und halten den neuen

§ 81 Abs. 3a GWB daher für verfassungswidrig.

- **Unbegrenzte Haftung des (partiellen) Gesamtrechtsnachfolgers, § 81 Abs. 3b GWB:** Das Bußgeld kann auch gegen (partielle) Gesamtrechtsnachfolger der kartellrechtlich verantwortlichen juristischen Person festgesetzt werden. Anders als § 30 Abs. 2a OWiG sieht § 81 Abs. 3a GWB ausdrücklich keine Beschränkung der Bußgeldhöhe auf den Wert des übernommenen Vermögens vor, soweit eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 1 bis 3 GWB zugrunde liegt.
- **Haftung des wirtschaftlichen Nachfolgers, § 81 Abs. 3c GWB:** § 81 Abs. 3c GWB sieht vor, dass auch gegen das Unternehmen, das ein Unternehmen lediglich wirtschaftlich fortführt, eine Geldbuße festgesetzt werden kann. Dies bedeutet, dass nicht nur dann, wenn die kartellrechtlich verantwortliche juristische Person nicht mehr existiert, der Gesamtrechtsnachfolger haftet. Vielmehr haftet nun auch der Einzelrechtsnachfolger, selbst wenn die kartellrechtlich verantwortliche juristische Person rechtlich fortbesteht, jedoch wirtschaftlich bedeutungslos geworden ist. Damit kann jede Übertragung eines kartellbefangenen Geschäftsbereichs eine Bußgeldhaftung auslösen. Diese Vorschrift birgt ein erhebliches Risiko in M&A Transaktionen.
- **Ausfallhaftung im Übergangszeitraum, § 81 a GWB:** Diese Vorschrift wurde eingeführt, da aufgrund des Rückwirkungsverbots die Haftungsausweitung nicht auf Fälle anwendbar ist, in denen der Kartellverstoß bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits beendet, aber das Bußgeldverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Sie soll Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen bis zur vollständigen Wirksamkeit der oben beschriebenen Regelungen

entgegenwirken. Die Regelung greift dann ein, wenn die juristische Person, gegen die ein Bußgeldverfahren eingeleitet wurde, nach Bekanntgabe der Einleitung des Verfahrens erlischt oder ihr Vermögen auf andere Gesellschaften übertragen wird, sodass gegen sie oder ihren Rechtsnachfolger ein Bußgeld nicht festgesetzt oder jedenfalls voraussichtlich nicht vollstreckt werden kann. Sie sieht vor, dass auch in diesem Fall die nach § 81 Abs. 3a GWB haftenden Konzerngesellschaften oder die Gesellschaften, die nach dem Zeitpunkt der Bekanntgabe der Einleitung des Verfahrens Gesamtrechtsnachfolgerin i.S.d § 81 Abs. 3b GWB oder wirtschaftliche Nachfolgerin i.S.d. § 81 Abs. 3c GWB geworden sind, haften. Der Haftungsbetrag entspricht der Geldbuße, die nach § 81 Abs. 4 und 5 GWB angemessene gewesen wäre. Nach § 81 a Abs. 2 GWB haften auch die Gesamtrechtsnachfolger und wirtschaftlichen Nachfolger der Gesellschaften, die nach § 81 a Abs. 1 GWB hätten haften müssen.



Johanna Brock-Wenzek

Kartellrecht

Associate, München

T +49 89 290 12 0

johanna.brock-wenzek@hoganlovells.com

Extrawürste – Ausnahmereiche für Pressekooperationen, Kreditverbände und Holzwirtschaft in der 9. GWB-Novelle

Jan Christian Eggers

Aktuelle gesetzliche Änderungen im GWB und im Bundeswaldgesetz führen eine Reihe neuer kartellrechtlicher Ausnahmeregelungen ein. Wir stellen sie in unserem Blog kurz vor:

1. **Zusammenarbeit zwischen Presseunternehmen**

Presseunternehmen können künftig leichter kooperieren. Zeitungs- und Zeitschriftenverlage (nicht: reine Pressevertriebsunternehmen) sind in Fällen verlagswirtschaftlicher (d.h. nicht-redaktioneller) Zusammenarbeit vom Kartellverbot ausgenommen, wenn die Zusammenarbeit ihnen "ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermediären Wettbewerb zu stärken". Es wird also eine wettbewerbsdämpfende Wirkung auf den Pressemärkten (intra-medial) toleriert im Interesse einer stärkeren Stellung der Presse im Wettbewerb mit anderen Medien (intermedial). Solange die Zusammenarbeit nicht die redaktionellen Inhalte betrifft, ist die Privilegierung weitreichend; sie schließt u.a. Einkaufskooperationen (z.B. bei nicht-redaktionellen Dienstleistungen), Herstellungskooperationen (z.B. beim Druck) und Vertriebskooperationen (z.B. bei Abonnentenakquise, Zustellung und sogar Abstimmung von Verkaufspreisen) ein. Wenn die Parteien der Zusammenarbeit hieran ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse haben, können sie zudem – anders als normalerweise im Kartellrecht – eine Entscheidung der Kartellbehörde verlangen, die feststellt, dass für diese kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Das europäische Recht bleibt von alledem allerdings unberührt. Die

Privilegierung greift daher nicht, wenn die Zusammenarbeit grenzüberschreitende Wirkungen hat. Das kann schon bei bundesweiten Kooperationen der Fall sein, so dass die Privilegierung sich voraussichtlich eher als Basis einer regionalen Zusammenarbeit eignet. Ebenfalls unberührt bleibt das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht.

2. **Zusammenschlüsse in Kreditverbänden**

Von der deutschen Fusionskontrolle ausgenommen sind neuerdings Zusammenschlüsse von Unternehmen, die Mitglied einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe, d.h. des Sparkassen- oder Genossenschaftsbankenverbands, sind. Solche Zusammenschlüsse bedürfen künftig keiner Anmeldung mehr. Die Ausnahme greift, wenn die Zusammenschlussbeteiligten im Wesentlichen für die (anderen) Verbundunternehmen Dienstleistungen erbringen und dabei keine eigenen Vertragsbeziehungen mit Endkunden haben. Die Ausnahme betrifft also Zusammenschlüsse von reinen "Backoffice"-Dienstleistern. Zusammenschlüsse im Endkundengeschäft sind von der Ausnahme nicht erfasst. Eine Tätigkeit "im Wesentlichen für den Verbund" soll nach der Gesetzesbegründung gegeben sein, wenn mindestens 75 % der "Backoffice"-Dienstleistungen der Zusammenschlussbeteiligten für ihren jeweiligen Verbund erbracht werden. Daran, dass die Kreditinstitute im Verbund wettbewerbsrechtlich als selbständige Unternehmen behandelt werden, zwischen denen grundsätzlich kartellrechtlich geschützter Wettbewerb

herrscht und das Kartellverbot gilt, ändert sich durch die Änderung jedoch nichts.

3. **Zusammenarbeit in der Holzwirtschaft**

Eine weitere aktuelle kartellrechtliche Ausnahmeregelung steht nicht im GWB, sondern im Bundeswaldgesetz. Dabei geht es um die Bündelung forstwirtschaftlicher Tätigkeiten für Staats-, Kommunal- und Privatwälder. Hintergrund ist eine Untersagungsentscheidung, die das Bundeskartellamt 2015 gegenüber dem Landesbetrieb Forst Baden-Württemberg erlassen hatte. Der Landesbetrieb hatte nicht nur den Vertrieb von Holz aus dem baden-württembergischen Staatswald, sondern auch aus Kommunal- und Privatwäldern übernommen. Außerdem hatte er für die anderen Waldbesitzer vermarktungsnahe Dienstleistungen (Holzauszeichnung, Betreuung von Holzernthemaßnahmen, Holzaufnahme und Holzlistendruck) sowie weitere forstliche Dienstleistungen (jährliche Betriebsplanung, forsttechnische Betriebsleitung und Revierdienst) übernommen. Das neue Recht privilegiert kartellrechtlich zwar nicht die Bündelung der Holzvermarktung und der vermarktungsnahe Dienstleistungen, wohl aber die Bündelung der vermarktungsferneren Tätigkeiten der Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, der Markierung, der Ernte und der Bereitstellung des Rohholzes sowie dessen Registrierung. Vom deutschen Kartellverbot sind diese Tätigkeiten direkt freigestellt. Für Fälle, in denen die Zusammenarbeit grenzüberschreitende Wirkungen hat, soll immerhin eine (widerlegliche) Vermutung gelten, dass diese Tätigkeiten zudem auch vom europäischen Kartellverbot freigestellt sind (was normalerweise voraussetzt, dass die Kooperationspartner einen Effizienzgewinn nachweisen, der den Verbrauchern

zugutekommt). Die Belastbarkeit dieser Ausnahme vom europäischen Kartellverbot in der Praxis ist fraglich: Die Rechtsprechung hat es im Fall Baden-Württemberg abgelehnt, sie anzuwenden. Das Argument: Die Ausnahmebürde der Kartellbehörde den Nachweis auf, dass keine Freistellung vom Kartellverbot greift, obwohl das (höher-rangige) EU-Recht den schwierigen Nachweis für eine Freistellung den Kooperationspartnern (und nicht der Kartellbehörde) auferlegt.

Das Bundeskartellamt hat die beschriebenen Ausnahmeregelungen im Gesetzgebungsverfahren deutlich kritisiert. Es wird die Ausnahmen daher voraussichtlich eng auslegen und zurückhaltend anwenden.



Jan Christian Eggers, LL.M. (Exeter)
Kartellrecht
Counsel, Hamburg
T +49 40 419 93 0
jan.eggerts@hoganlovells.com

Zum Wohle des Verbrauchers – Verbraucherschutz in der 9. GWB-Novelle

Jan Philipp Sparenberg

Einen lediglich kleinen Teil der neu in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle nehmen die Vorschriften zum Verbraucherschutz ein. Die Diskussionen über dessen Einführung in Presse und Literatur waren hingegen höchst kontrovers.

Verbraucherschutz in Deutschland

Die Durchsetzung des Verbraucherschutzes ist in Deutschland traditionell überwiegend dem *private enforcement* überlassen. Im Wege privatrechtlicher Klagen können Verbraucher bzw. vielmehr anerkannte Verbraucherschutzverbände die Durchsetzung verbraucher-schützender Vorschriften forcieren. Dabei steht das Lauterkeitsrecht im Vordergrund. So mahnen Verbraucherzentralen etwa wegen AGB-Verstößen ab und klagen im Falle der Nichtabstellung auf Unterlassung.

Anders als bisher stand in der Diskussion um die 9. GWB-Novelle die Stärkung des *public enforcement* im Vordergrund. Das *public enforcement* des Verbraucherschutzes ist dabei auch in Deutschland kein gänzlich Unbekanntes. Bereits heute haben die BaFin und die BNetzA Befugnisse zur Durchsetzung des Schutzes der Verbraucher. Die BaFin kümmert sich etwa um den Schutz der Gesamtheit der Verbraucher im Bereich der Finanzdienstleistungen, während die BNetzA ein Auge auf den Rufnummernmissbrauch hat. Mit der 9. GWB-Novelle erhält nun auch das BKartA verbraucherschützende Befugnisse.

Verbraucherschutz und GWB – passt das?

Schon Ludwig Erhard, der Vater des GWB, erkannte, dass der Verbraucher der Maßstab aller Dinge ist, denn "*welchen anderen Zweck sollte eine Wirtschaft haben als den, der Gesamtheit eines Volkes zu immer besseren und freieren Lebensbedingungen zu verhelfen*".

Der nun auch vom BKartA zu fokussierende Schutz des Verbrauchers leitet sich vor allem aus dem EuGH postulierten Verbraucherleitbild her. Für die Beurteilung der Lauterkeit einer geschäftlichen Handlung stellt der EuGH auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher ab, der eine sachkundige Entscheidung trifft. Eine sachkundige Entscheidung kann jedoch nur treffen, wer auch (echte) Entscheidungsalternativen hat. Spot an – hier greift das Kartellrecht

Was ist neu

Mit der 9. GWB-Novelle werden zwei neue Absätze in § 32e GWB eingeführt, die die bestehende Befugnis des BKartA zur Durchführung von Sektoruntersuchungen auf den Bereich des Verbraucherschutzes ausweiten. Nach § 32e Abs. 5 GWB kann das BKartA künftig bestimmte Wirtschaftszweige oder – sektor-übergreifend – bestimmte Arten von Vereinbarungen bei begründetem Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern beeinträchtigen, untersuchen. Das BKartA darf dann nicht ermitteln, wenn eine andere Behörde (beispielsweise BaFin oder BNetzA) zuständig ist.

Interessant ist der neu hinzugefügte § 32e Abs. 6 GWB, denn mit dieser Norm setzt der Gesetzgeber indirekt auf die Beseitigung der festgestellten Verstöße durch das *private enforcement*. Der Anspruch von Verbrauchern, Verbraucherzentralen oder andere Unternehmen auf Ersatz der Aufwendungen einer Abmahnung ist ab Veröffentlichung des Abschlussberichtes für vier Monate ausgeschlossen. Damit drückt der Gesetzgeber die Hoffnung aus, dass die Verstöße ohne weiteren hoheitlichen Zwang von den Unternehmen

binnen vier Monaten selbst beseitigt werden - danach jedoch durch den Druck des *private enforcement*. Neben den Verbraucherzentralen haben insbesondere Wettbewerber ein Interesse daran, dass die festgestellten Verstöße beseitigt werden und ein fairer Wettbewerb besteht. Da der Abschlussbericht jedoch keine Bindungswirkung hat (anders als etwa ein Bußgeldbescheid), bleibt abzuwarten, ob die Durchsetzung über das *private enforcement* unter Berücksichtigung der Unterfinanzierung der Verbraucherzentralen ausreichend ist. Auf eine Befugnis zur Beseitigung der Verstöße beispielsweise durch das BKartA könnte man sich in der 9. GWB-Novelle hingegen (noch) nicht verständigen.

Daneben wurde § 90 Abs. 6 GWB eingeführt. Mit diesem erhält BKartA die Rechte, die ihm bereits im Rahmen von Kartellschadensersatzprozessen zustehen. Das BKartA ist fortan von Gerichten über die Anhängigkeit von Streitigkeiten zu unterrichten, die erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften zum Gegenstand haben, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern beeinträchtigen. Auf sein Verlangen sind dem BKartA Abschriften sämtlicher Schriftsätze, Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen zur Verfügung zu stellen. Das BKartA kann sich dann als *amicus curiae* am Prozess beteiligen, etwa durch Schriftsätze und die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung. Durch die Befugnis erhält das BKartA einen Einblick in schwerwiegende oder systematische Verstöße gegen Verbraucherschützende Vorschriften. Diese können wiederum einen Anfangsverdacht für eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB begründen.

Ausblick

Im Hinblick auf die gestiegene Anzahl systematischer Verstöße gegen Verbraucherschützende Normen besteht neben einer Stärkung des

private enforcement, etwa durch die Einführung von Sammelklagen, auch die Notwendigkeit der Stärkung des *public enforcement*. Die Belästigungen durch unerlaubte Werbeanrufe, Spam-E-Mails oder die Missachtung von datenschutzrechtlichen Vorschriften haben spürbar zugenommen. Die betroffenen Verbraucher werden in den seltensten Fällen den Zeit- und Kostenaufwand in Kauf nehmen, hiergegen vorzugehen - insbesondere da die Schäden des Einzelnen oft gering sind. Gesamtwirtschaftlich dürften diese systematischen Verstöße jedoch eine erhebliche Auswirkung haben. Durch die Befugnis des BKartA, diese systematischen Verstöße aufzudecken, ist der erste Schritt getan. Daneben dürfte es jedoch zwingend erforderlich sein, dem BKartA (oder einer neuen Verbraucherschutzbehörde) die Befugnis einzuräumen, derartige Verstöße zu beseitigen. Auf die (diesbezüglichen) Diskussionen zur 10. GWB-Novelle dürfen wir bereits jetzt gespannt sein.



Jan Philipp Sparenberg, LL.M.

Kartellrecht

Associate, Düsseldorf

T +49 211 1368 392

janphilipp.sparenberg@hoganlovells.com

Freunde für immer? Die gesamtschuldnerische Haftung im Kartellschadensersatz

Dr. Elena Wiese & Sebastian Faust

"Gute Freunde kann niemand trennen, gute Freunde sind nie allein, weil sie eines im Leben können, für einander da zu sein...." Diesen zeitlosen Klassiker sang einst Franz Beckenbauer anlässlich der WM 1966 in England. Und Recht hat er: Freunde nehmen zumeist aufeinander Rücksicht und sind aufrichtig zueinander. So erfreulich diese Tugenden für das zwischenmenschliche Zusammenleben sind, so problematisch sind sie im zwischenunternehmerischen Miteinander. Wird es nämlich zwischen Unternehmen zu freundschaftlich, kann ein Verstoß gegen das Kartellrecht vorliegen. Doch wie steht es um die Freundschaft, wenn es mit dem Kartell vorbei ist und auch Dritte mit ihren Schadensersatzforderungen anklopfen?

Gute Freunde kann niemand trennen...

2014 verhängte das Bundeskartellamt beispielsweise für das Zuckerkartell ein Einzelbußgeld in Höhe von knapp EUR 200 Mio. Der Preis einer guten Freundschaft wäre also bekannt – möchte man meinen. Das verhängte Bußgeld ist indes nur die halbe Rechnung, denn daneben tritt die zivilrechtliche Haftung gegenüber den Geschädigten einer guten Freundschaft. Kartellanten müssen den Geschädigten dabei nicht nur den Schaden ersetzen, der ihren unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer durch teilweise jahrzehnteüberdauernde Kartelltätigkeiten (etwa durch überhöhte Preise) entstanden ist. Sie haften überdies auch für den durch ihre Mitkartellanten verursachten Schaden als Gesamtschuldner. Eine solche Gesamtschuld kann die Freundschaft schon einmal strapazieren.

...oder?

Bislang folgte der Gesamtschuldner-Innenausgleich zwischen den Kartellanten allgemeinen Regeln. In der Folge war vieles unklar. Nunmehr folgt der Innenausgleich zwischen den Kartellanten spezialgesetzlich § 33d GWB n.F. Durch die Neuregelung ist beispielsweise der Streit, ob – in Anlehnung an das US-Recht – ein Ausgleich zwischen den Gesamtschuldnern aus präventiven Gründen ausgeschlossen sein soll, hinfällig geworden. Auch Unsicherheiten hinsichtlich des Wie des Innenausgleichs wurden ansatzweise kuriert, denn die Schadensersatzrichtlinie und die Gesetzesbegründung geben Kriterien hinsichtlich der Höhe des Innenausgleichs vor. Diese messen weiterhin insbesondere dem Grad der Verursachung eine hohe Bedeutung zu. Aber auch Umsatz, Marktanteil und die konkrete Rolle des Unternehmens im Kartell sind von nun an zu berücksichtigen. Dies soll einen fairen Ausgleich zwischen den Gesamtschuldnern sicherstellen.

Der Alleingänger

Was fair ist, liegt bekanntlich im Auge des Betrachters. So mögen Mitkartellanten es für gar nicht so fair halten, wenn ein Kronzeuge nunmehr nicht mehr nur im Bußgeldrecht, sondern nach § 33e GWB n.F. auch im Zivilrecht privilegiert wird. Der Kronzeuge haftet demnach im Außenverhältnis grundsätzlich nur noch für den Schaden, den er seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern verursacht hat. Eine Ausnahme gilt nur, wenn Schadensersatz von den anderen Kartellanten nicht zu erlangen ist.

Nach § 33e Abs. 3 GWB n.F. wird der Kronzeuge aber auch im Innenverhältnis privilegiert, da die Mitkartellanten von dem Kronzeugen Regress nur bis zur Höhe des Schadens verlangen können, den der Kronzeuge seinen

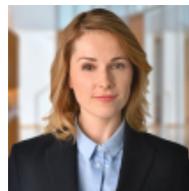
unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern verursacht hat.

Wer vergleicht, der bleibt?

Etwas unscheinbarer als die beschränkte Haftung des Kronzeugen kommt die neue Regelung für Vergleiche zwischen Kartellanten und Geschädigten daher (Vergleiche haben sich auch bereits bislang schon einer immer größeren Beliebtheit erfreut). In dem Bemühen, die Bereitschaft zur vor- und außergerichtlichen Einigung mit den Geschädigten zu erhöhen, sieht § 33f GWB n.F. vor, dass der sich vergleichende Kartellant für sein kooperatives Verhalten honoriert wird: Zum einen befreit ihn der Vergleich von seiner Haftung nicht nur gegenüber dem Vergleichspartner, sondern auch gegenüber den übrigen Mitkartellanten. Dabei tritt die Befreiungswirkung nicht etwa in Höhe der Vergleichssumme, sondern in Höhe des tatsächlichen Anteils des sich vergleichenden Gesamtschuldners am Schaden gegenüber dem Geschädigten ein. Der sich vergleichende Gesamtschuldner kann auch vereinbaren, dass er dem Geschädigten zudem nicht mehr nachrangig haftet, wenn dieser seinen Restschaden gegenüber den anderen Kartellanten nicht mehr durchsetzen kann. Der Kartellant gewinnt damit eine hohe Motivation, sich mit dem Geschädigten zu vergleichen.

Der sich vergleichende Gesamtschuldner hat daher grundsätzlich keine Ausgleichsansprüche seiner Mitkartellanten bzgl. dieses Geschädigten mehr zu fürchten, da auch diese nicht mehr für seinen Anteil am Schaden gegenüber diesem Geschädigten haften. Dies würde jedoch nur gelten, wenn auch ein Gericht das Maß der Verursachung entsprechend der konkreten Lieferbeziehung determinieren würde. Stellt das Gericht i.R.d. § 33d Abs. 2 GWB n.F. jedoch etwa auf die Rolle des Kartellanten im Kartell ab, können die tatsächliche Höhe der Innenausgleichsansprüche und die Höhe der Befreiung von der Haftung, die mit dem

Schadensersatzanspruch des Geschädigten kongruent geht, auseinanderfallen. Ähnlich verhält es sich mit dem Anteil, den der Geschädigte von den übrigen Kartellanten verlangen können wird, wenn er sich mit einem der Kartellanten (beispielsweise dem Rädelführer) vergleichen hat. Der Geschädigte müsste anhand der genannten Kriterien den auf den vergleichenden Kartellanten entfallenden Anteil schätzen – ggf. ohne das ganze Ausmaß dessen (führender) Rolle im Kartell zu kennen. Diese Unkenntnis kann für ihn bei Zuvielforderung ein Kostenrisiko bedeuten, bei Zuwenigforderung einem Verzicht auf den gesamten Schaden gleichkommen. Wie die Regressquoten daher in der Praxis bestimmt werden, bleibt mit Spannung abzuwarten.



Dr. Elena Wiese

Kartellrecht
Associate, Düsseldorf
T +49 211 1368 392
elena.wiese@hoganlovells.com



Sebastian Faust

Kartellrecht
Senior Associate, Düsseldorf
T +49 211 1368 392
sebastian.faust@hoganlovells.com

Wann gilt denn nun was? – Wann finden die Regelungen der 9. GWB-Novelle Anwendung?

Sebastian Faust & Dr. Clemens Ziegler

Es hat also begonnen. Aber ab wann gelten die neuen Regelungen der 9. GWB-Novelle denn nun eigentlich? Nach der 9. GWB-Novelle ist abgesehen von bestimmten Ausnahmen ein Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung vorgesehen. Allerdings gelten einige nicht ganz unerhebliche Regelungen der Novelle sogar rückwirkend. Dies verspricht spannend zu werden.

Der Gesetzgeber hat für die 9. GWB-Novelle einen Zeitpunkt des Inkrafttretens i.S.d. Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt. Demnach treten bestimmte Regelungen zum Kartellschadensersatz bereits ab 27. Dezember 2016 in Kraft (Art. 8 S. 1 der Novelle). Die anderen Regelungen treten am Tag nach der Verkündung in Kraft, also am 9. Juni 2017. Darüber hinaus ergeben sich aber in einigen Bereichen noch weitere Fragen zur zeitlichen Anwendbarkeit der neuen Regelungen bzw. zu Übergangsregelungen. Der vorliegende Beitrag bietet dazu einen kurzen Überblick.

Kartellschadensersatz – materielle und verfahrensrechtliche Regeln

Allgemeines

Die neuen Regelungen zum Kartellschadensersatz (s. dazu "[I want my money back!](#)" – [Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle](#)) gelten im Wesentlichen bereits ab dem 27. Dezember 2016 (der Umsetzungsfrist der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie [2014/104/EU](#) geschuldet). Das betrifft den Kartellschadensersatzanspruch, die Bindungswirkung wettbewerbsbehördlicher Entscheidungen, die Schadensabwälzung, die gesamtschuldnerische Haftung, die Kronzeugenregelung, die Wirkungen von Vergleichen sowie die gleich noch zu besprechende

Verjährungsregelung. Einzig der neue materielle Auskunfts- und Herausgabeanspruch des § 33g GWB (s. dazu [Tell me more, tell me more... Informationsansprüche nach der 9. GWB-Novelle \(Part 1\)](#)) gilt nicht rückwirkend, sondern erst ab dem der Verkündung folgenden Tag, also ab dem 9. Juni 2017.

Verlängerung der Verjährung für Kartellschadensersatzansprüche

Die kenntnisabhängige Verjährung für Kartellschadensersatzansprüche wird auf fünf Jahre (jetzt § 33h Abs. 1 und 2 GWB) verlängert, d.h. um zwei Jahre verglichen mit der bisher anwendbaren regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB (s. dazu [No limits..? Die Verjährung von Kartell\(schadenersatz\)ansprüchen nach der 9. GWB-Novelle](#)). Dies gilt jedoch nur für entweder nach dem 26. Dezember 2016 entstandene sowie für davor entstandene Kartellschadensersatzansprüche, die am 9. Juni 2017 noch nicht verjährt waren (§ 186 Abs. 3 GWB). Es handelt sich insoweit wohl um eine im deutschen Recht zulässige unechte Rückwirkung (also Verlängerung der Verjährungsfrist für bereits bestehende Ansprüche). Für vor dem 27. Dezember 2016 entstandene Ansprüche ist die Frage, ob am 9. Juni 2017 bereits Verjährung eingetreten war, nach den Vorschriften zu Verjährungsbeginn, -Hemmung, Ablaufhemmung und -Neubeginn für die bis dahin für diese Ansprüche geltenden Vorschriften zu beurteilen.

Die kenntnisunabhängige Verjährung jedoch tritt bei Erfüllen von deren Voraussetzungen auch nach der 9. GWB-Novelle erst nach zehn Jahren ein (§ 33h Abs. 3 GWB bzw. § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Ansonsten gilt laut § 33h Abs. 4 GWB die 30-jährige Verjährungsfrist.

Verzögerter Verjährungsbeginn beim Gesamtschuldnerausgleich

Die Verjährungsfrist von Gesamtschuldnerausgleichsansprüchen nach § 33d Abs. 2 GWB wird über § 33h Abs. 7 GWB auf den Zeitpunkt der Befriedigung des dem Ausgleichsanspruch zugrundeliegenden Schadensersatzanspruchs gem. § 33a Abs. 1 GWB nach hinten verlegt. Bisher war die allgemeine Regel maßgeblich, dass die Verjährung von Gesamtschuldnerausgleichsansprüchen beginnt, wenn der Ausgleichsberechtigte Kenntnis von den Umständen hat, die den jeweiligen Schadensersatzanspruch gegen den zahlenden Gesamtschuldner begründen. Das für den ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner bisher bestehende Risiko, dass der Ausgleichsanspruch verjährt, bevor ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wurde, wird dadurch erheblich reduziert. Wie oben dargestellt, gilt diese Verlängerung nur für entweder nach dem 26. Dezember 2016 entstandene sowie für davor entstandene Ausgleichsansprüche, die am 9. Juni 2017 noch nicht verjährt waren (§ 186 Abs. 3 GWB).

Beweisregel zur Schadensabwälzung, Auskunfts- und Herausgabeanspruch und neue Verfahrensregeln erst für nach 26. Dezember 2016 erhobene Klagen anwendbar

Die Beweisregel zur Schadensabwälzung des § 33c Abs. 5 GWB (siehe [Plaintiff's paradise? – Die passing-on defence nach der 9. GWB-Novelle](#)), der Auskunfts- und Herausgabeanspruch des § 33g GWB und die Verfahrensregeln der §§ 89b bis 89e GWB gelten nur in Prozessen, in denen nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben worden ist.

Neue Kostenregelung für Nebeninterventionen

Für die neue Kostenbegrenzungsregelung für Nebeninterventionen in § 89a Abs. 3 GWB ist keine eigene Übergangsregelung vorgesehen. Nach allgemeinen intertemporalen Grundsätzen gilt neues Verfahrensrecht auch für laufende Verfahren, es sei denn für bereits aufgrund alten Rechts abgeschlossene Prozesshandlungen oder abschließend entstandene Prozesslagen. Zwar gilt § 89a Abs. 3 GWB daher grundsätzlich ab Inkrafttreten, allerdings nicht im Falle eines zu diesem Zeitpunkt bereits beigetretenen Nebenintervenienten, denn dessen Kostenersatzanspruch war aufschiebend bedingt bereits entstanden.

Übergangsregelung bei Umgestaltung im Konzern

Wie bereits an anderer Stelle thematisiert, führt die 9. GWB-Novelle eine Haftung für Kartellverstöße im Konzern ein, die dem EU-Recht nachgebildet ist (s. dazu [Die Rückkehr der Sippenhaft – Haftung von Muttergesellschaften nach der 9. GWB-Novelle](#)).

Zudem führt die 9. GWB-Novelle in § 81a GWB eine "Ausfallhaftung im Übergangszeitraum" ein, die auch Umgestaltungen im Konzern vor der vollständigen Wirksamkeit der neuen Regelungen zur Haftung für Kartellverstöße im Konzern (in § 81 Abs. 3a bis 3c GWB) erfassen soll. Dies ist sicher ein Vermächtnis der sog. "Wurstlücke", die eine Bußgeldhaftung für begangene Kartellverstöße verhindern konnte, wenn man das bebußte Unternehmen durch geschickte Umgestaltung erlöschen ließ (s. dazu [Es geht um die Wurst – Kartellbußgeldverfahren nach der 9. GWB-Novelle](#)). Konkret sieht die neue Regelung vor, dass bei Umgestaltung im Konzern, nach Eröffnung des Verfahrens und vor dessen Abschluss, ebenfalls eine Haftung der Konzernmutter, des Gesamtrechts- oder des wirtschaftlichen Nachfolgers möglich bleibt. Dies gilt

dann auch für Verfahren, die bereits vor dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle eröffnet waren. In der Literatur wird hierin bereits ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gesehen, da auch abgeschlossene Kartellverstöße im Konzern quasi rückwirkend bebußt werden können. Dem halten der Gesetzgeber und andere Stimmen entgegen, es liege nur eine Ausfallhaftung vor, die an die Umgestaltung zu einem Zeitpunkt nach der Verfahrenseröffnung anknüpft. Außerdem liege hierin keine Sanktion, sondern nur eine Sicherung, mit der kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf verbunden sei. Viel Stoff zum Diskutieren, letztlich wird diese Frage aber vermutlich erst in Karlsruhe geklärt werden.

**Sebastian Faust**

Kartellrecht
Senior Associate, Düsseldorf
T +49 211 1368 392
sebastian.faust@hoganlovells.com

**Dr. Clemens Ziegler**

Kartellrecht
Senior Associate, Brüssel
T +32 2 505 0947
clemens.ziegler@hoganlovells.com

Geltung der neuen Schwelle zur Fusionskontrolle

Nach § 35 Abs. 1a GWB wird eine neue Schwelle von mehr als EUR 400 Millionen Transaktionswert und Tätigkeit des Zielunternehmens im Inland in erheblichem Umfang eingeführt, die auch bei Nichtvorliegen der 2. Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Mio. Umsatz in Deutschland (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB) zur Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle führt (s. dazu [Mind the gap – Neue transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle](#)). Diese Regelung findet ab dem 9. Juni 2017 Anwendung auf alle Fälle, die bis dahin noch nicht vollzogen waren und durch die neue Schwelle erstmals anmeldepflichtig werden.

Übrige Regelungen

Die übrigen Regelungen gelten, wie erwähnt, ab dem Tag nach der Verkündung, also dem 9. Juni 2017.

Alicante
Amsterdam
Baltimore
Beijing
Birmingham
Boston
Brussels
Budapest
Caracas
Colorado Springs
Denver
Dubai
Dusseldorf
Frankfurt
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong
Houston
Jakarta
Johannesburg
London
Los Angeles
Louisville
Luxembourg
Madrid
Mexico City
Miami
Milan
Minneapolis
Monterrey
Moscow
Munich
New York
Northern Virginia
Paris
Perth
Philadelphia
Rio de Janeiro
Rome
San Francisco
São Paulo
Shanghai
Shanghai FTZ
Silicon Valley
Singapore
Sydney
Tokyo
Ulaanbaatar
Warsaw
Washington, D.C.
Zagreb

Our offices

Associated offices

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

©Hogan Lovells 2017. All rights reserved.