



### Neunte GWB-Novelle: Erleichterungen beim Kartellschadensersatz und andere geplante Änderungen

Am 28. September 2016 veröffentlichte die Bundesregierung ihren Entwurf eines „Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes von Wettbewerbsbeschränkungen“. Zu diesem Regierungsentwurf (GWB-E) hat der Bundesrat am 25. November 2016 Stellung genommen; hierzu liegt wiederum seit Kurzem die Gegenäußerung der Bundesregierung vor. Anlass genug, sich näher mit Inhalt und Stand der bevorstehenden Novelle zu beschäftigen.

Diese verfolgt im Wesentlichen drei Ziele: Die Anpassung des Wettbewerbsrechts an das digitale Zeitalter, die Schließung von Lücken bei Unternehmensverantwortlichkeit und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern sowie die Stärkung des Kartellschadensersatzes. Dabei werden die Änderungen beim Kartellschadensersatz im Zentrum der folgenden Betrachtung stehen.

Die genannten drei Ziele hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme begrüßt, darin jedoch gefordert, noch anderweitige Ergänzungen des GWB vorzunehmen. Dies hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung überwiegend abgelehnt. Derzeit zeichnet sich ab, dass die Novelle mutmaßlich frühestens im März 2017 in Kraft treten kann.

### Anpassung des Wettbewerbsrechts an das digitale Zeitalter

Die geplante Novelle soll zunächst dazu dienen, die Missbrauchs- und Fusionskontrolle an die zunehmende Digitalisierung der Märkte anzupassen. So stellt der Regierungsentwurf klar, dass ein Markt vorliegen kann, auch wenn keine direkten monetären Gegenleistungen erbracht werden. Darüber hinaus enthält er einen Katalog von Kriterien, der bei der Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen auf mehrseitigen Märkten künftig zu beachten ist. Zudem sollen die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle auch Anwendung finden, wenn der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt, was vor allem zum Tragen kommen wird, wenn z. B. bei Startups die Umsätze noch keinen relevanten Schwellenwert überschreiten.



Hintergrund der geplanten Änderungen ist unter anderem der Erwerb von WhatsApp Inc. im Jahr 2014 durch Facebook Inc. für einen Kaufpreis von etwa 19 Milliarden US-Dollar. Wegen der geringen Umsätze von WhatsApp unterfiel der Zusammenschluss ursprünglich weder der europäischen noch der deutschen Fusionskontrolle. Die Europäische Kommission konnte den Fall nur prüfen, weil er in drei Mitgliedstaaten anmeldepflichtig war, und der Erwerber, Facebook Inc., die Verweisung des Verfahrens an die Europäische Kommission beantragt hatte.

### Unternehmensverantwortlichkeit und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern

Ein weiteres bedeutendes Ziel des Regierungsentwurfs ist es, für die Zukunft zu verhindern, dass sich Unternehmen kartellrechtlichen Bußgeldern entziehen können. Damit soll die sog. „Wurstlücke“ geschlossen werden, die ein Beteiligter des Wurstkartells zuletzt durch geschickte Umstrukturierungen für sich nutzen konnte. Der Entwurf sieht bei einheitlich geleiteten Unternehmen zum einen vor, dass Geldbußen wegen Kartellrechtsverstößen nicht nur gegen die handelnde Tochtergesellschaft, sondern auch gegen die lenkende(n) Konzernmuttergesellschaft(en) verhängt werden können. Bereits dadurch dürften die bisherigen Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmen weitgehend entfallen, sich Bußgeldzahlungen durch konzerninterne Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen zu entziehen. Darüber hinaus ist für Fälle der Rechtsnachfolge und wirtschaftlichen Nachfolge bei Unternehmen vorgesehen, dass das Bußgeld auch gegen den Nachfolger festgesetzt werden kann.

### Stärkung des Kartellschadensersatzes

Zentrales Ziel des Regierungsentwurfs ist es schließlich, die Durchsetzung von Schadensersatz für Kartellgeschädigte zu erleichtern. Der Regierungsentwurf dient damit der Umsetzung der EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (Richtlinie 2014/104/EU).



Durch die genannte Richtlinie wird den Geschädigten u. a. der Zugang zu Beweismitteln erleichtert, die sie zum Nachweis des erlittenen Schadens benötigen. Die Richtlinie sieht auch eine längere Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Forderungen vor. Weitere Elemente der Richtlinie, wie z. B. die Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten, finden sich bereits heute im GWB.

Bonusprogramme der Kartellbehörden sowie die Möglichkeit von Vergleichen mit der Kartellbehörde werden dabei besonders geschützt, um Kartellteilnehmer nicht davon abzuhalten, Kronzeugenanträge zu stellen. Hier besteht ein gewisses Spannungsverhältnis, das aus Sicht der Bundesregierung in der Richtlinie ausgewogen gelöst worden sei. Dazu dienen die Regeln zur Akteneinsicht, zum Umfang der Haftung von Kronzeugen und zur Beweislastverteilung.

### Schadensvermutung

Ein Kernpunkt ist die geplante, widerlegliche Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden als solchen verursacht hat (§ 33a Abs. 2 S. 1 GWB-E). Diese Vermutung soll sich nicht auf die Höhe des Schadens beziehen, die das Gericht aber nach § 287 ZPO schätzen kann (§ 33a Abs. 3 GWB-E). Den Kartellbeteiligten soll die Beweislast treffen, dass der Preisaufschlag auf die Abnehmer des Klägers (mittelbare Abnehmer) abgewälzt wurde und insoweit der Schaden des Klägers ausgeglichen wurde (§ 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E).

Unter bestimmten Voraussetzungen soll zugunsten des mittelbaren Abnehmers vermutet werden, dass überhaupt eine Schadensweitergabe an ihn stattgefunden hat (§ 33c Abs. 2 GWB-E). Die Vermutung soll ausschließlich zugunsten mittelbarer Abnehmer wirken, nicht aber zugunsten von Schädigern. Auch hier soll die richterliche Schätzung des Umfangs der Weitergabe des Preisaufschlags möglich sein (§ 33c Abs. 5 GWB-E). Der Kartellbeteiligte soll jedoch die Möglichkeit haben, die Vermutung durch Glaubhaftmachung zu widerlegen, dass keine (vollständige) Abwälzung des Preisaufschlags auf den mittelbaren Abnehmer stattgefunden hat (§ 33c Abs. 3 GWB-E).



### Gesamtschuldnerische Haftung der Kartellbe- teiligten

Dass die Kartellbeteiligten als Gesamtschuldner haften, ist zwar schon geltende Rechtslage, stellt § 33d Abs. 1 GWB-E aber nochmals ausdrücklich klar. Im Innenverhältnis sollen sie die Anteile in erster Linie nach dem Maß der Verursachung tragen, auf ein etwaiges Verschulden soll es erst in zweiter Linie ankommen. Daneben können auch der Marktanteil, der Umsatz mit den kartellbefangenen Waren und Dienstleistungen sowie die kartellbedingten Mehrerlöse herangezogen werden (so die Begründung zu § 33d Abs. 2 GWB-E). Unter bestimmten Umständen sollen kleinere und mittlere Unternehmen bei der gesamtschuldnerischen Haftung privilegiert werden (§ 33d Abs. 3 ff. GWB-E).

Für die Haftung eines Kronzeugen ist eine deutliche Privilegierung vorgesehen: Dieser soll nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, der seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht. Die übrigen Kartellbeteiligten können von dem Kronzeugen Ausgleichung nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat (§ 33e GWB-E).

### Herausgabe von Be- weismitteln und Ertei- lung von Auskünften

Im deutschen Recht neuartig ist der geplante Anspruch des potentiell Geschädigten auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln gegenüber dem Schädiger und sogar Dritten (wovon allerdings Wettbewerbsbehörden ausgenommen sind, §§ 33g, 89c Abs. 5 S. 3 GWB-E). Spiegelbildlich soll zur Verteidigung gegen einen Schadenersatzanspruch auch der potentielle Schädiger einen solchen Anspruch haben. Die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung der Auskunft müssen verhältnismäßig sein. Hierfür ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, die insbesondere den Aufwand beim Verpflichteten sowie den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen berücksichtigt. Das Interesse eines mutmaßlichen Schädigers, die Geltendmachung von Schadenersatz gegen ihn zu erschweren, soll dabei nicht berücksichtigt werden. Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen sollen von der Herausgabe und Auskunft ausgeschlossen sein. Die Aufwendungen für Herausgabe und Auskunftserteilung soll der Verpflichtete ersetzt verlangen können, was in der umzusetzenden Richtlinie so allerdings nicht vorgesehen ist.



### Offenlegung aus der Behördenakte

Nach § 89c GWB-E können Gerichte im Rahmen eines bei ihnen anhängigen Rechtsstreits die Wettbewerbsbehörden um Vorlage von Urkunden und Gegenständen aus der kartellbehördlichen Verfahrensakte zum Zwecke der Offenlegung ersuchen. Vorrangig soll jedoch die soeben geschilderte Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Auskunft gegenüber Privaten nach § 33c GWB-E sein. Das Recht auf Akteneinsicht nach § 406e und § 475 Strafprozessordnung soll daneben keine Anwendung mehr finden, soweit sie der Vorbereitung der Erhebung von Kartellschadensersatz dienen soll. Unberührt bleiben soll aber, Einsicht in die Bußgeldbescheide zu begehren.

### Verjährung

Bei der Verjährung ergeben sich ebenfalls bedeutende Änderungen. Danach soll die kenntnisabhängige Verjährungsfrist künftig von drei auf fünf Jahre verlängert werden (§ 33h Abs. 1 GWB-E). Die Verjährungsfrist soll nunmehr mit dem Schluss des Jahres beginnen,

- in dem der Anspruch entstanden ist,
- der Anspruchsberechtigte Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen von den Anspruch begründenden Umständen und dem Befund, dass sich daraus ein Verstoß nach § 33 Abs1 GWB-E ergibt, sowie der Identität des Rechtsverletzers
- und der den Anspruch begründende Verstoß nach § 33 Absatz 1 beendet worden ist (§33h Abs. 2 GWB-E).

Gegenüber der bisherigen Rechtslage sind die Voraussetzungen des Kennenmüssens in Bezug auf das Vorliegen eines Kartellverstoßes sowie die Beendigung des Verstoßes neu, so dass die Verjährung nun regelmäßig später beginnen dürfte zu laufen. Die kenntnisunabhängige Verjährungsfrist beträgt wie bisher zehn Jahre, soll aber ebenfalls erst mit Beendigung des Verstoßes beginnen (§ 33h Abs. 3 GWB-E).



### Begrenzung des Kostenrisikos bei Nebenintervention

Schließlich sollen die Kosten einer Nebenintervention und damit das Kostenrisiko für den Kläger gesenkt werden, indem der maßgebliche Streitwert auf den Streitwert der Hauptsache begrenzt wird, und zwar unabhängig davon, wie viele Nebenintervenienten dem Streit beitreten (§ 89a Abs. 3 GWB-E). Die Praxis von Schadensersatzprozessen der letzten Jahre macht deutlich, dass Kartellanten regelmäßig ihren Mitkartellanten den Streit verkünden, um ihre Regressansprüche zu sichern. Zudem kommt auch die Streitverkündung gegenüber kartellgeschädigten Abnehmern nachfolgender Marktstufen in Betracht, um sich vor dem Risiko mehrfacher Inanspruchnahme zu schützen.

Nach der bisherigen, nicht einheitlichen Rechtsprechung hat ein Risiko für den Kläger bestanden, die Kosten für die Nebenintervenienten abhängig von deren nicht vorab einschätzbarer Anzahl übernehmen zu müssen (so etwa das OLG Düsseldorf im CDC-Zementverfahren). Dieses Risiko soll nun begrenzt werden.

### Zeitliche Anwendbarkeit

Das neue Verjährungsrecht nach § 33h GWB-E soll auch für Ansprüche gelten, die vor Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts zwar schon entstanden sind, aber bei Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts noch nicht verjährt sind (§ 186 Abs. 3 GWB-E). Diese Übergangsregelung führt insbesondere dazu, dass sich für die genannten Ansprüche die regelmäßige Verjährungsfrist von bisher drei auf nunmehr fünf Jahre verlängert.

Die neu eingeführten Verfahrensvorschriften – zur Vermutung zur Schadensabwälzung auf mittelbare Abnehmer, zur Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften und zur Offenlegung aus der Behördenakte – sollen erst in Fällen Anwendung finden, in denen nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie am 26. Dezember 2016 Klage erhoben wird (§ 186 Abs. 4 GWB-E).



### Stellungnahme des Bundesrates

In seiner Stellungnahme vom 25. November 2016 hat der Bundesrat in Bezug auf die drei genannten Hauptregelungsbereiche den Regierungsentwurf begrüßt. Er hat ihn jedoch zum Anlass genommen, noch anderweitige Ergänzungen des GWB zu fordern.

So möchte er für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten klarstellen, dass gesetzliche must-carry-Verpflichtungen keine marktbeherrschende Stellung begründen. Darüber hinaus sollen nicht nur verlagswirtschaftliche Vereinbarungen, sondern auch solche zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vom Kartellverbot ausgenommen werden, soweit sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Ferner soll in Ministererlaubnisverfahren in Bezug auf Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich vor der Entscheidung nunmehr auch eine Stellungnahme der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) einzuholen sein.

Zudem sollen auch Fernwärmeanbieter dem besonderen Missbrauchsverbot nach § 29 GWB unterfallen; überdies soll dieses Verbot nunmehr unbefristet gelten.

### Gegenäußerung der Bundesregierung

Die genannten Vorschläge des Bundesrates lehnt die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung vom 14. Dezember 2016 überwiegend ab. Sollte sich etwa die allgemeine Missbrauchsaufsicht über Fernwärmeanbieter als unzureichend erweisen, müsste an ihre Stelle eine Preisregulierung treten, die jedoch nicht Gegenstand des GWB sei.

In Bezug auf die Vorschläge zum Medienbereich zeigt die Bundesregierung mehr Entgegenkommen. So will sie den Vorschlag prüfen, bestimmte Vereinbarungen zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vom Kartellverbot auszunehmen. Ferner stimmt sie dem Vorschlag grundsätzlich zu, in Ministererlaubnisverfahren eine KEK-Stellungnahme einzuholen, allerdings unter der Einschränkung, dass das jeweilige Zusammenschlussvorhaben nicht generell den Medienbereich, sondern nur die bundesweite Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter betrifft.



## Weiteres Verfahren

Am 23. Januar 2017 wird der federführende Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Energie eine öffentliche Anhörung zur Novelle durchführen. Im Anschluss daran werden dieser Ausschuss und weitere Ausschüsse des Bundestags noch ihre Empfehlungen aussprechen. Fest steht bereits jetzt, dass die Novelle erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie am 27. Dezember 2016 in Kraft treten wird, d. h. mutmaßlich frühestens im März 2017.





### Impressum

#### avocado rechtsanwälte

voßstraße 20  
10117 **berlin**  
t +49 [0]30.884808-0  
f +49 [0]30.88480-884  
a.gloeckner@avocado.de  
k.greb@avocado.de  
www.avocado.de

#### avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77  
50672 **köln**  
t +49 [0]221.39071-0  
f +49 [0]221.3907-129  
m.figgen@avocado.de  
r.schaeffer@avocado.de  
www.avocado.de

[www.brak.de](http://www.brak.de)

ust-id-nr. de 814 17 29 76  
steuer nr. 13/225/62722  
fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Dr. Arne Glöckner

Dr. Klaus Greb

Markus Figgen

Dr. Rebecca Schäffer