



Wettbewerbspolitik

9. GWB-Novelle: Stand des Gesetzgebungsverfahrens

44. FIW-Seminar: Aktuelle Schwerpunkte des Kartellrechts

Bonn, 16. Juni 2016

Ministerialrat Dr. Armin Jungbluth

Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie, Berlin

www.bmwi.de



Die wichtigsten Themen der 9. GWB-Novelle

- A.** „Digitales“ in Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Pressekooperationen
- B.** Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern
- C.** Umsetzung der Kartell-Schadensersatz-Richtlinie



Digitales (1): Märkte bei unentgeltlichen Leistungen

- ▶ **§ 18 Absatz 2a GWB-neu**
- ▶ *„Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“*
 - **gesetzliche Klarstellung ökonomischer Realitäten**
 - Notwendig v.a. für die Untersuchung **mehrseitiger Märkte**
 - Gemeinsame Betrachtung der unentgeltlichen und der entgeltlichen Seite bei der Marktabgrenzung



Digitales (2): Mehrseitige Märkte und Netzwerke

- ▶ **§ 18 Absatz 3a GWB-neu**
- ▶ „Bei Vorliegen von **mehrseitigen Märkten** und von **Netzwerken** sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem **in besonderer Weise** zu berücksichtigen:
 1. direkte und indirekte **Netzwerkeffekte**,
 2. die **parallele Nutzung mehrerer Dienste** und der **Wechselaufwand** für die Nutzer,
 3. seine **Größenvorteile** im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
 4. sein **Zugang zu Daten**,
 5. **innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck**.“



Digitales (3): Fusionskontrolle

- ▶ **§ 35 Absatz 1a GWB-neu**
- ▶ *„Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn (...) der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 350 Millionen Euro beträgt (...)“*
- **Fall Facebook/Whatsapp:**
Kauf für 19 Mrd. US-Dollar, aber keine Umsätze von Whatsapp in Deutschland, deshalb keine deutsche Fusionskontrolle
- **Vorschlag der Monopolkommission: neuer Aufgreifstatbestand**
- Grundsätzlicher Ansatz: **Missverhältnis** zwischen geringen Umsätzen und besonders **hoher Zahlungsbereitschaft des Käufers** signalisiert **hohe wettbewerbliche Bedeutung**



Digitales (4): Fusionskontrolle

- ▶ **Herausforderungen des neuen Aufgreifstatbestands:**
 - Erfassung nur der **wettbewerblich relevanten „Spitze des Eisbergs“**
 - Zweck: Verhinderung von Marktverschließungseffekten und Markteintrittsbarrieren, **Schutz von Innovationspotential**
 - **Definition der Gegenleistung** (Kaufpreis? Verbindlichkeiten?)
 - Bestimmung der **Schwelle** für den Wert der Gegenleistung
 - Ausreichender **Inlandsbezug**
 - **2. Inlandsumsatzschwelle** von 5 Millionen Euro erfüllt ihren grundsätzlichen Zweck weiterhin
 - **„gewöhnliche“ Startup-Übernahmen bleiben unberührt**



Digitales (5): Pressekooperationen

- ▶ **§ 30 Absatz 2b GWB-neu**
- ▶ *„ § 1 gilt nicht für Vereinbarungen zwischen Zeitungs- oder Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermedialen Wettbewerb zu stärken. Satz 1 gilt nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich. “*
 - **Auftrag aus dem Koalitionsvertrag**
 - Hintergrund: **Umbruch der Medienlandschaft** gefährdet Pressevielfalt
 - Ausnahme vom nationalen, nicht vom europäischen Kartellverbot



Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern (1)

- ▶ **Hintergrund der sog. „Wurstlücke“ im deutschen Recht**
 - Schließung einzelner Schlupflöcher in der 8. GWB-Novelle
 - Trotzdem gelang es einzelnen Unternehmen im Wurstkartell durch **Umstrukturierungen** Bußgeldern zu entgehen (u.a. durch Abspaltung, Ausgliederung, teilweise Vermögensübertragung)
 - dem Bundeshaushalt gehen auf diese Weise **Bußgelder in dreistelliger Millionenhöhe verloren**
 - Gerechtigkeitsproblem: Umstrukturierungen nur bei entsprechender Konzerngröße und Komplexität möglich → Benachteiligung von KMU
- ▶ **Parallelgeltung des EU-Rechts**
 - Bußgelder werden gegen die „wirtschaftliche Einheit“ verhängt
 - Mutter- und Tochtergesellschaften gesamtschuldnerisch in der Pflicht



Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern (2)

▶ § 81 Absatz 3b GWB-neu: Konzernhaftung

- „(3a) Hat jemand als Leitungsperson (...) eine Ordnungswidrigkeit (...) begangen, durch die Pflichten, welche **das Unternehmen** treffen, verletzt worden sind (...) so kann auch gegen **weitere juristische Personen oder Personenvereinigungen, die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit gebildet haben** und die auf die juristische Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, unmittelbar oder mittelbar einen **bestimmenden Einfluss** ausgeübt haben, eine Geldbuße festgesetzt werden.“



Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern (3)

- ▶ **§ 81 Absatz 3b GWB-neu: Gesamtrechtsnachfolge**
 - In Fällen einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes)
 - Angleichung an das europäische Recht
- ▶ **§ 81 Absatz 3c GWB-neu: wirtschaftliche Nachfolge**
 - bei **konzernexternen Vermögensübertragungen**, z.B. bei asset deals
 - **Haftung des neuen Betreibers/Erwerbers**, wenn der ursprünglich haftende Betreiber rechtlich fortfällt oder wirtschaftlich nicht mehr existent ist



Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern (4)

- ▶ **§ 81a GWB-neu: Ausfallhaftung im Übergangszeitraum**
 - Wegen des **Rückwirkungsverbots** (Art. 103 Absatz 2 GG) keine Anwendung der neuen Regeln auf Kartelltaten, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits beendet sind
 - Deshalb **kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf** gegen das Unternehmen, sondern **Festsetzung eines Haftungsbetrags**
 - Nur in Fällen des **Erlöschens** der nach § 30 OWiG **verantwortlichen Person oder Personenvereinigung** oder bei **Verschiebung von Vermögen**
 - **Jeweils nach Inkrafttreten des Gesetzes**
 - Die **Tat muss** ebenfalls **zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes** bereits **beendet** sein



Schadensersatz (1): Überblick

► Inhalt und Ziel der Richtlinie 2014/104/EU

- Stärkung des *private enforcement* („jedermann“, „vollständiger“ Schadensersatz) v.a. durch Offenlegungsansprüche und Akteneinsichtsrechte
- Kohärenz von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung (insb. Schutz von Kronzeugenprogrammen)
- Umsetzungsfrist: 27. Dezember 2016

► Umsetzung komplett im GWB

- materiell-rechtliche Regeln in den §§ 33 ff. GWB-neu
- Verfahrensregelungen in den §§ 89b ff. GWB-neu



Schadensersatz (2): Anspruchsgegner, Schadensumfang

- ▶ **§ 33 a GWB-neu** (RL: Art. 1-4 und 9)
- ▶ *„(1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“*
 - **Keine explizite Übernahme** des **europäischen Unternehmensbegriffs** in die Vorschrift zum Schadensersatz
 - Konsequenz: **Auslegung** des „**Wer**“ in § 33 durch die **Rechtspraxis**; gut vertretbar: RL Umsetzung faktische Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs für Kartellschadensersatzklagen
- ▶ *„(2) Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Ein Kartell (...) ist eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern (...).“*
 - Vermutung eines Schadens größer als Null
 - Übernahme der RL-Definition (Kartell)
 - Schadensschätzung möglich; Herausforderung für Gerichte



Schadensersatz (3): Passing-on-defence

- ▶ **§ 33 c GWB-neu** (RL: Art. 12-15)
- ▶ *„(1) Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen (Preisaufschlag), so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde (...).“*
 - **Beklagter**: Beweislast für Schadensabwälzung (Art. 13 S. 1);
→ kann Offenlegung von Kläger/Dritten verlangen (Art. 13 S. 2)
 - **Mittelbare Abnehmer**:
Kläger: Beweislast für Vorliegen und Umfang der Schadensabwälzung
→ kann Offenlegung von Beklagtem/Dritten verlangen (Art. 14 Abs. 1)
 - **Vermutung für Vorliegen der Schadensabwälzung** in Art. 14 Abs. 2 **zu Gunsten des Klägers** → deutliche Beweiserleichterung
 - **Beklagter** kann Vermutung widerlegen durch Glaubhaftmachung, dass keine (vollständige) Schadensabwälzung auf Kläger stattfand (Art. 14 Abs. 2 a.E.)



Schadensersatz (4): Gesamtschuldnerische Haftung

- ▶ Zusätzlich zum BGB: Sonderregelungen in **§ 33 d GWB-neu** (Art. 11 RL)
- ▶ *„(2) Das Verhältnis, in dem die Gesamtschuldner untereinander für die Verpflichtung zum Ersatz und den Umfang des zu leistenden Ersatzes haften, hängt von den Umständen ab, insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben.“*
- ▶ **33 e GWB-neu: Definition und Privilegierung von Kronzeugen**
- ▶ **Im Außenverhältnis:** *„ (1) Abweichend (...) [ist der Kronzeuge], nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der seinen oder ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entstanden ist.“*
- ▶ **Im Innenverhältnis:** *„(3) Die übrigen Schädiger können von dem Kronzeugen Ausgleich (...) nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat. (...)“*



Schadensersatz (5): Offenlegung von Beweismitteln

▶ § 33 g GWB-neu

- **Materiell-rechtlicher Anspruch** auf **Auskunft** und **Herausgabe** von **Beweismitteln** (Art. 5 Abs. 1, 2)
- Auch für den **Beklagten** gegenüber Anspruchsteller und Dritten (Art. 13 Satz 2, 14 Abs. 1) in § 33 g Abs. 2 GWB-neu

▶ Bei der Abwägung u.a. zu berücksichtigen :

- **Verhältnismäßigkeitsprüfung/Interessenabwägung** (Art. 5 Abs. 3)
- **Schutz** von **Betriebs-** und **Geschäftsgeheimnissen** (Art. 5 Abs. 4)
- **Verbot** der **Offenlegung** von **Kronzeugenerklärungen** und **Vergleichsausführungen** (Art. 6 Abs. 6 und 8)

▶ verfahrensrechtliche Regelungen in § 89b ff. GWB-neu

- **Zwischenurteil** über den Anspruch gem. §§ 33g Abs. 1 und 2 GWB-neu
- **vereinfachte Geltendmachung** der Ansprüche im **einstweiligen Rechtsschutzverfahren** bei bindender Entscheidung der Wettbewerbsbehörde



Schadensersatz (6): Offenlegung aus der Behördenakte

- ▶ **§ 89 c GWB-neu:** Offenlegung aus der Behördenakte (Art. 6)
 - **Herausgabe** von **Beweismitteln** aus den **Akten** der **Kartellbehörde** an das **Gericht** oder den **Anspruchssteller** subsidiär
 - Schutz der **internen Vermerke** und **Kommunikation** (Art. 6 Abs. 3)
 - Anhörung der Wettbewerbsbehörde vor Auskunftserteilung, Herausgabe der Beweismittel (Art. 6 Abs. 11)
 - **Abwägungsentscheidung** (Art. 6 Abs. 4)



Schadensersatz (7): Weitere Elemente

- ▶ **Verjährungsbeginn** (u.a. Beendigung des Kartellverstoßes; Kenntnis – und zutreffende rechtliche Bewertung – des Wettbewerbsverstoßes)
- ▶ Erhöhung der **Verjährungsdauer** von 3 auf **5 Jahre**
- ▶ **Mitteilung** von **Bußgeldentscheidungen**: § 53 Abs. 5 GWB-neu
- ▶ **Begrenzung der Kosten der Nebenintervention**
 - Summe der Gegenstandswerte der einzelnen Nebeninterventionen darf den Wert des Streitgegenstandes der Hauptsache nicht übersteigen
 - Begrenzung des Prozesskostenrisikos im Fall des Unterliegens vor Gericht; Erleichterung der Kostenprognose zu Beginn des Prozesses



Weiteres Verfahren

- ▶ **Referentenentwurf in Kürze**
- ▶ **Kabinetts: Sommer 2016**
- ▶ **Inkrafttreten: Dezember 2016**