

# Revised German Antitrust & Competition Law

## Neuregelungen des deutschen Kartellrechts

New rules enter into force as of 9 June 2017. Law adapts to digital markets. New merger control threshold. Introduction of parental liability. Facilitation of antitrust damages actions.

Following months of consultation, the German Parliament (*Bundestag*) on 9 March 2017 had adopted the amendment to the German Act against Restraints of Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, hereinafter “GWB”). The Bundesrat (representing the German federal states) approved the amendment on 31 March 2017. The amendment will now enter into force as of 9. Juni 2017<sup>1</sup>, but some parts (e.g. limitation period for antitrust damages action) come into force with retroactive effects as of 27 December 2016. The three main objectives of the amendment are to adapt the GWB to digital market realities, to transpose Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions<sup>2</sup>, and to introduce parental liability for infringements of subsidiaries.

### Adapting the GWB to new digital markets

#### Introduction of a new merger control threshold

German merger control applies turnover tests in order to determine whether a transaction must be notified to the Federal Cartel Office (*Bundeskartellamt*, hereinafter “FCO”): In the last financial year, all parties to a transaction must have generated a combined worldwide turn-

GWB-Novelle tritt am 9. Juni 2017 in Kraft. Anpassung des Gesetzes an digitale Ökonomie. Erweiterte fusionskontrollrechtliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts. Einführung einer Konzernhaftung. Erleichterung der Durchsetzung von Kartellschadenersatzansprüchen.

Nach einem monatelangen Gesetzgebungsprozess hatte der Bundestag am 9. März 2017 die Neuregelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) beschlossen, die der Bundesrat durch Beschluss vom 31. März 2017 billigte. Die nunmehr 9. GWB-Novelle tritt am 9. Juni 2017 in Kraft<sup>1</sup>, wobei bestimmte Normen (z. B. zur Verjährung in Bezug auf Schadenersatzklagen) ab dem 27. Dezember 2016 gelten. Die wesentlichen Neuerungen der Novelle zielen darauf ab, das nationale Kartellrecht an die Digitalisierung der Wirtschaft anzupassen, die europäische Richtlinie 2014/104/EU zum Kartellschadenersatz<sup>2</sup> in das nationale Recht umzusetzen und eine Konzernhaftung einzuführen.

### Anpassung des GWB an die digitale Ökonomie

#### Erweiterte fusionskontrollrechtliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts

Erfüllt ein Zusammenschlussvorhaben die umsatzbezogenen Aufgreifkriterien des GWB, unterliegt dieses den deutschen Fusionskontrollvorschriften und muss vom Bundeskartellamt geprüft und freigegeben werden. Für die Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften ist erforderlich, dass die beteiligten

<sup>1</sup> Article 8, ninth amendment of the German Act against Restraints of Competition of 1 June 2017 (*Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), (BGBl. 2017 I Nr. 33 P. 1416).

<sup>2</sup> Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ L349/1, 5 December 2014.

<sup>1</sup> Artikel 8, Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1. Juni 2017, (BGBl. 2017 I Nr. 33 S. 1416).

<sup>2</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Abl. L349/1, 5. Dezember 2014.

over of more than EUR 500 million. Further, one party must have achieved an annual turnover within Germany of more than EUR 25 million and another party of more than EUR 5 million.

The amendment does not change such tests, but introduces an additional transaction value threshold of EUR 400 million. The German legislator seems to have learnt a lesson from the acquisition of WhatsApp by Facebook in 2014, where the European Commission could only exercise jurisdiction to investigate the transaction following a referral<sup>3</sup>. Indeed, as a result of the low turnover of WhatsApp, the transaction initially did not fall under the European or German merger control regimes. In order to mitigate the risk that the acquisition of start-ups which have an important innovation potential but a low level of turnover – the legislator had certainly those in the digital markets in mind – do not fall outside the scope of German merger control, the transaction threshold has been introduced (the European Commission has recently consulted on a similar idea<sup>4</sup>). In practical terms, if one of the parties to the transaction does not achieve an annual turnover of at least EUR 5 million, but the value of the transaction amounts to at least EUR 400 million, then the transaction will still be subject to German merger control. In practice, the amendment may not play a significant role; the legislator only anticipates three cases per year.

### Specifications on the assessment of market power

There has been a controversial debate as to whether, for the purposes of defining a product market, which is the starting point of any competitive analysis, a revenue flow between suppliers and customers is required. In a decision concerning a hotel-booking platform, a German court found that only the side of the market where services are provided against payment could be defined as a relevant market<sup>5</sup>. The amendment clarifies that product markets exist even where services are provided free of charge. Hence, it will be easier for the FCO to analyze such markets in merger control and abuse of dominance investigations, in particular where online platforms are concerned.

Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss weltweit gemeinsam Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro erzielt haben. Darüber hinaus muss mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro und ein weiteres Unternehmen von mehr als 5 Mio. Euro erzielt haben.

Diese Kriterien werden nun durch eine Aufgreifschwelle ergänzt, die an einen Transaktionswert von 400 Mio. Euro anknüpft. Der Gesetzgeber hat hier Konsequenzen aus dem Zusammenschluss *Facebook/WhatsApp* gezogen, der letztendlich nur aufgrund eines Verweisansantrags von der Europäischen Kommission geprüft werden konnte<sup>3</sup> (aufgrund der niedrigen Umsatzerlöse von WhatsApp musste der Zusammenschluss ursprünglich weder bei der Europäischen Kommission noch beim Bundeskartellamt angemeldet werden). Mittels der neuen Aufgreifschwelle soll das Risiko gemindert werden, dass der Erwerb von Unternehmen mit großem Innovationspotential, das sich noch nicht in konkreten Umsätzen widerspiegelt – hier hat der Gesetzgeber insbesondere Start-up-Unternehmen der Internetökonomie im Sinn – nicht der vorigen Zusammenschlusskontrolle des Bundeskartellamtes unterliegt (die Europäische Kommission hat kürzlich eine Konsultation über eine ähnliche Initiative eingeleitet<sup>4</sup>). Konkret ist ein Zusammenschlussvorhaben auch dann anmeldepflichtig, wenn die zweite Inlandschwelle von 5 Mio. Euro zwar nicht erreicht ist, für das Zielunternehmen aber mehr als 400 Mio. Euro gezahlt werden. In der Praxis wird diese Neuregelung wohl nur eine vergleichsweise bescheidene Rolle spielen. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass die Änderung nur für ca. drei Fälle pro Jahr relevant sein wird.

### Neue Kriterien zur Beurteilung von Marktmacht

Bislang wurde in der deutschen Praxis diskutiert, ob der Definition des relevanten Markts, die Ausgangspunkt einer jeden wettbewerbsrechtlichen Analyse ist, entgegensteht, dass Leistungen unentgeltlich erbracht werden. In der Entscheidung zum Hotelbuchungsportal HRS bestätigte das OLG Düsseldorf den bisher von der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz, dass eine „Marktleistung“ – und somit die Definition eines Markts – nur dann anzunehmen sei, wenn eine entgeltliche Austauschbeziehung bestehe.<sup>5</sup> Zeitgemäß stellt die Novelle nun klar, dass ein relevanter Markt auch dann vorliegen kann, wenn Leistungen unentgeltlich erbracht werden. Die Neuregelung ermöglicht es dem Bundeskartellamt, im Rahmen

<sup>3</sup> Case No. M.7217 – Facebook/WhatsApp.

<sup>4</sup> Public Consultation of the European Commission on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of the EU merger control; Speech of the Commissioner Margrethe Vestager, Studienvereinigung Kartellrecht, 10 March 2016, *Refining the EU merger control system*.

<sup>5</sup> Decision of the OLG Düsseldorf, dated 9 January 2015, VI Kart 1/14 (V) – HRS.

<sup>3</sup> Entscheidung der Europäischen Kommission, Fall Nr. M.7217 – Facebook/WhatsApp.

<sup>4</sup> Öffentliche Konsultation der Europäische Kommission zu verfahrenstechnischen und juristischen Aspekten der EU-Fusionskontrolle; Rede der Kommissarin, Margrethe Vestager, Studienvereinigung Kartellrecht, 10. März 2016, *Verbesserung der EU-Fusionskontrolle*.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148.

The amendment also introduces additional criteria for the analysis of the market position of companies on multi-sided markets: the existence of direct and indirect network effects, parallel use of multiple services (multi-homing) and switching costs for users, economies of scale in connection with network effects, access to competition-relevant information, and innovation-driven competition.

## Implementation of the Antitrust Damages Directive

In November 2014, the Council of the European Union signed into law the antitrust damages directive. The directive aims to facilitate compensation for any harm caused by an infringement of competition law. It establishes minimum requirements that the EU Member States must implement. Although German law has already been largely brought in line with the directive, and in some cases exceeds its requirements, certain provisions of the directive still had to be implemented.

### Introduction of a presumption of harm

The GWB amendment introduces a rebuttable presumption that a cartel causes harm. The presumption applies to the existence of harm and to the causality between the infringement and the harm – but not to the amount of damages caused. Indeed, the burden of proof for damages quantification remains with the plaintiff (and remains the greatest challenge in damages actions). Nevertheless, new rules on access to evidence may make it easier for plaintiffs to actually prove the amount of damages suffered (see further below). The amendment offers courts the possibility to ask the FCO for a statement estimating the damages. However, the FCO can decide at its discretion whether such statement will be given, and the courts will be free within their own discretion on how much weight they attribute to any FCO statement.

### Recognition of a passing-on defence

The amendment recognizes the passing-on defence. As already established by case law, cartelists being sued for damages can raise such a defence by arguing that the plaintiff did not suffer any damage as he passed the price overcharge on to his own customers. In such a case, the amendment alleviates the burden of proof required for

eines Fusionskontrollverfahrens oder einer Untersuchung eines Marktmachtmissbrauchs, mehrseitige Märkte zu erfassen, wie sie z. B. für Online-Plattformen typisch sind.

Darüber hinaus führt die Novellierung einen Katalog von Marktmachtkriterien ein, die bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auf mehrseitigen Märkten zu beachten sind, namentlich direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste (multi-homing), Wechselkosten für die Nutzer, Größenvorteile bei Netzwerkeffekten, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten sowie innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

## Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie

Bereits im November 2014 hat der Rat der Europäischen Union die Kartellschadenersatzrichtlinie erlassen. Die Richtlinie zielt darauf ab, die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aufgrund wettbewerbswidriger Absprachen zu erleichtern und legt Mindestanforderungen fest, die von den Mitgliedstaaten einzuhalten sind. Obwohl das deutsche Recht bereits weitgehend mit der Richtlinie übereinstimmt und teilweise sogar über deren Anforderungen hinausging, mussten einzelne nationale Regelungen angepasst werden.

### Schadensvermutung

Die Novelle führt eine widerlegliche Vermutung ein, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Diese Vermutung gilt nicht nur für das Bestehen eines Schadens, sondern auch für dessen Verursachung durch den Kartellverstoß. Jedoch bezieht sich die Vermutung nicht auf die Schadenshöhe. Hier liegt die Beweislast weiterhin bei den Kartellgeschädigten. Allerdings werden die Neuregelungen über die Herausgabe von Beweismitteln die Darlegung der Schadenshöhe erleichtern (siehe unten). Auch kann das Bundeskartellamt auf Antrag eines Gerichts eine Stellungnahme zur Höhe des kartellbedingten Schadens abgeben. Die Stellungnahme liegt im Ermessen des Bundeskartellamts.

### Anerkennung der „Passing-on defence“

Die Novelle stellt klar, dass die Einwendung der Schadensabwälzung (auch „*Passing-on defence*“ genannt) durch den Beklagten zulässig ist. Dies bedeutet, dass Kartellbeteiligte einwenden können, der Kläger habe den geltend gemachten Schaden nicht erlitten, da er den Mehrerlös auf seine unmittelbaren Abnehmer (die mittelbaren Abnehmer des Kartellbeteiligten)

indirect purchasers (i.e., customers of the direct customers of the cartelists) to demonstrate that they have suffered damages. The amendment introduces a rebuttable presumption that the price overcharge resulting from the cartel has been passed on to the indirect purchaser. However, the presumption applies only in favor of the purchaser, not the cartelist. In order for the presumption to apply, the indirect purchaser must prove that it has been supplied with products affected by the cartel and that there was a cartel infringement causing an overcharge at the level of the direct purchaser. However, the amount of damages suffered will still need to be established by the indirect purchaser.

### **Recognition of joint and several liability and a special regime for leniency recipients**

The principle of joint and several liability for infringements of competition law already existed in German law. The amendment specifies that leniency recipients are excluded from joint and several liability which means that leniency recipients are only liable for their own participation in cartel infringements, and only with respect to their direct or indirect purchasers or providers. Only if other harmed parties cannot obtain full compensation from other cartelists can leniency recipients be forced to compensate them in damages. The amendment further introduces an exemption from joint and several liability for small and medium-sized companies in some cases.

### **Disclosure requirements and information exchange among national authorities**

To date, parties in German civil proceedings have enjoyed very limited access to documents in the possession of the other party. There are no discovery or disclosure proceedings comparable to those established in the United States or the United Kingdom. The amendment introduces the right to demand disclosure of relevant evidence from the parties and third parties. The disclosure is subject to a proportionality test, taking into consideration the legitimate interests of the parties and, *inter alia*, the scope of the disclosure request and the relevance of the evidence for the proceedings, the costs associated with the disclosure, the effectiveness of public enforcement and the binding effect of the decision of the European Commission, the FCO or any other competent EU Member States' competition authority, and whether the content to be disclosed contains business secrets or other confidential information. The disclosing party can request to be compensated for its disclosure-related

abgewälzt habe. Darüber hinaus wird die Beweislast des mittelbaren Abnehmers, einen Schaden erlitten zu haben, erleichtert. Es besteht nunmehr eine widerlegliche Vermutung zugunsten des mittelbaren Abnehmers, jedoch nicht zugunsten der Kartellbeteiligten, dass ein kartellbedingter Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde. Der mittelbare Abnehmer muss lediglich darlegen, dass er von einem seinerseits durch einen Kartellverstoß zur Zahlung von Preisaufschlägen veranlassten unmittelbaren Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand des Kartellverstoßes waren, oder die aus solchen Waren oder Dienstleistungen hervorgegangen sind, oder die solche Waren und Dienstleistungen enthalten haben. Die Beweislast für die Schadenshöhe verbleibt aber bei dem mittelbaren Abnehmer.

### **Gesamtschuldnerische Haftung und Kronzeugenprivileg**

Schon vor der GWB-Novelle haben Kartellbeteiligte als Gesamtschuldner gehaftet. Die Neuregelung erkennt diese gesamtschuldnerische Haftung für Kartellbeteiligte ausdrücklich an. In Bezug auf das Innenverhältnis ist eine Kronzeugenprivilegierung vorgesehen. Die Kronzeugen sollen demnach nur zum Ersatz des Schadens ihrer eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten verpflichtet sein. Nur wenn die anderen Kartellgeschädigten von den kartellbeteiligten Unternehmen keinen Schadenersatz erlangen können, haften die Kronzeugen gegenüber diesen anderen Geschädigten. Ferner sehen die Neuregelungen unter bestimmten Voraussetzungen eine Haftungsprivilegierung für kleine und mittelständige Unternehmen vor.

### **Herausgabe von Beweismitteln und Zugang zu Informationen aus Behördenakten**

Generell haben Parteien in Zivilprozessen nur sehr begrenzten Zugang zu Unterlagen ihres Prozessgegners. Für Kartellgeschädigte und -schädiger erkennen die Neuregelungen nunmehr einen Anspruch auf Auskunftserteilung gegenüber der anderen Partei oder Dritten an. Dabei unterliegt der Herausgabeanspruch dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in dessen Rahmen u. a. berücksichtigt wird: (i) in welchem Umfang der Antrag auf zugängliche Unterlagen und Informationen gestützt wird, (ii) der Umfang der geforderten Beweismittel und die Kosten der Herausgabe, (iii) die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts, (iv) die Bindungswirkung der Entscheidungen der Europäischen Kommission, des Bundeskartellamts oder sonstiger nationaler Kartellbehörden, und (v) der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen. Die zur Herausgabe Verpflichteten können vom Antragsteller den Ersatz der Aufwendungen für die Herausgabe verlangen. Die Herausgabe von Kronzeugen-

expenses. Leniency applications and settlement submissions will not be subject to disclosure.

Further, German courts can order national competition authorities to disclose evidence included in their files if the plaintiff can provide *prima facie* evidence of damages occurred and there is no other party or third party reasonably able to provide the requested evidence. However, the following information and documents are not subject to disclosure: leniency statements, settlement submissions that have not been withdrawn, and internal documents of, or correspondence between, competition authorities or with the competent Chief Public Prosecutor for cartel proceedings at the competent Regional High Court (*Oberlandesgericht*) or at the Federal Civil Court (*Bundesgerichtshof*).

### **Extension of the statute of limitation**

The limitation period will be extended from three to five years. Prior to the amendment, the limitation period started at the end of the year during which the victim became aware of the facts that give rise to the claim, of the identity of the infringer and of the fact that damages have been incurred (regardless of the amount) or when the victim could reasonably be expected to know. Following the amendment, the limitation period starts at the end of the year during which the following conditions are cumulatively met: (i) the damages have occurred, and (ii) the infringement ceases, and (iii) the claimant knows of, or can reasonably be expected to know of, the behaviour constituting the infringement, the fact that the infringement caused the claimant harm and the identity of the infringer (in the future, the FCO will publish key elements of its fine decisions on its website). In addition, two further limitation periods will apply. The first, absolute, limitation period that has to be observed for bringing actions for damages is 10 years, starting from the moment the damages have occurred and the infringement ceases, regardless of the knowledge of the victim. The second absolute limitation period will remain at 30 years, starting from the moment of the infringement regardless of the point in time at which any damages occurred and regardless of the victim's knowledge of the infringement.

### **Limitation of cost exposure due to interventions**

In German civil proceedings, the plaintiff traditionally faces the risk of having to cover the statutory attorney fees for all defendants and the full amount of the court fees according

erklärungen und Vergleichsausführungen kann nicht verlangt werden.

Darüber hinaus kann ein deutsches Gericht auf Antrag einer Partei die Wettbewerbsbehörden um Vorlage von Informationen ersuchen, die sich in den kartellrechtlichen Verfahrensakten befinden. In dem Antrag an das Gericht muss der Antragsteller glaubhaft machen, dass er einen Anspruch auf Kartellschadenersatz hat, und dass er die in der Akte vermuteten Informationen nicht mit unzumutbarem Aufwand von einer Partei oder einem Dritten erlangen kann. Für folgende Unterlagen kann die Wettbewerbsbehörde die Vorlegung verweigern: Kronzeugenerklärungen, Ausführungen zu nicht zurückgenommenen Vergleichen, interne Vermerke der Behörden sowie die Kommunikation verschiedener Wettbewerbsbehörden untereinander, mit der Generalstaatsanwaltschaft am Sitz des für die Wettbewerbsbehörde zuständigen Oberlandesgerichts und mit dem Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof.

### **Verlängerung der Verjährungsfrist**

Die kenntnisabhängige Verjährungsfrist wird von drei auf fünf Jahre verlängert. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem (i) der Anspruch entstanden ist, (ii) der Anspruchsberechtigte Kenntnis erlangt hat – oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen – vom Vorliegen eines Kartellverstoßes und der Identität des Rechtsverletzers, und (iii) der Verstoß beendet ist (das Bundeskartellamt wird in Zukunft die wesentlichen Elemente einer Bußgeldentscheidung auf seiner Internetseite veröffentlichen). Die kenntnisunabhängige Verjährungsfrist beträgt wie bisher zehn Jahre. Sie beginnt mit dem Entstehen des Anspruchs und der Beendigung des Verstoßes. Ferner verjähren die Ansprüche spätestens dreißig Jahre nach dem Verstoß.

### **Begrenzung des Kostenrisikos bei Nebeninterventionen**

Bislang sahen sich Kartellschadenersatzkläger einem hohen Kostenrisiko ausgesetzt, wenn der beklagte Kartellant seinen

to the “loser pays all” approach. In addition, the winning party can claim compensation for its counsel’s costs – albeit limited to the statutory minimum lawyers’ fees. While each party can calculate the monetary risk in case the cartelist drags other parties into proceedings as “interveners”, the plaintiff faces a considerably higher cost risk as such interventions could multiply the costs several times.

The amendment makes costs more predictable by limiting the increase in costs caused by interventions by third parties. It provides that (i) the costs to be borne by the losing party shall be calculated based on a value in dispute determined by the competent court at its own discretion, and (ii) in the case of several interveners, the sum of the values in dispute of their interventions is limited to the original value in dispute.

## Liability and Succession

Under German law, a parent company could not be held liable in public enforcement cases or follow-on damages actions for infringements committed by its subsidiaries, unless a parent company’s wrongdoing could be proven. This is different at the EU level, where it is settled case law that a parent company exercising decisive influence over its subsidiary forms a single economic entity; the parent company therefore may be held liable for the anticompetitive behaviour of its subsidiary.

The legislator sought to comply further with EU law and to close a legal gap that has been strongly criticised by the FCO. The criticism goes back to a case in the German meat sector where the FCO issued fines of more than EUR 128 million against a cartel. The company managed to escape liability by way of an internal restructuring, and the (in) famous “sausage gap” (*Wurstlücke*) was born.

The amendment extends liability for parent companies and legal successors for cartel fines. A parent company can be held liable for the infringements committed by its subsidiary, even where the parent company was itself not involved in the cartel infringement or where it did not violate any statutory supervisory duties. In relation to the liability of a legal successor, it has been established German case law that a fine can be imposed against a legal successor only if the successor and its predecessor are economically identical or almost identical. Again, companies were able to escape cartel fines by setting up internal restructurings or by moving assets. Now, in the case of an entire or partial legal succession, a fine

Mitkartellanten den Streit verkündete. Traten diese dem Rechtsstreit bei und unterlag der Kläger am Ende, musste er die Prozesskosten sämtlicher Nebenintervenienten auf der Grundlage des vollen Streitwerts ersetzen.

Die Neureglungen zielen darauf ab, dieses Kostenrisiko bei Nebeninterventionen zu verringern, indem (i) das Gericht den Gegenstandswert für die Erstattung der Rechtsanwaltskosten der Nebenintervenienten nach freiem Ermessen festsetzt, und (ii) im Falle mehrerer Nebeninterventionen die Summe der Gegenstandswerte nicht den Wert des Streitgegenstandes der Hauptsache übersteigen darf.

## Bußgeldhaftung und Rechtsnachfolge

Nach deutschem Recht haftete eine Konzernmuttergesellschaft bisher grundsätzlich nicht für die von ihrer Tochtergesellschaft begangenen Ordnungswidrigkeiten, es sei denn die Muttergesellschaft hatte selbst ordnungswidrig gehandelt oder eine Aufsichtspflicht verletzt. Hiervon unterscheidet sich die europäische Behörden- und Gerichtspraxis, die eine Konzernhaftung vorsieht, soweit beide Gesellschaften ein einheitliches Unternehmen bzw. eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden. Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit wird dann bejaht, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben.

Die Neuregelungen gleichen das deutsche Recht an das EU-Kartellrecht an. Sie führen direkte Sanktionen gegen die Konzernmutter einer an einem Kartellverstoß beteiligten Tochtergesellschaft ein, soweit beide Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bilden. Ein eigenständig ordnungswidriges Verhalten der Muttergesellschaft ist nicht mehr erforderlich.

Darüber hinaus erfolgt eine weitere Angleichung an das europäische Recht, indem die Novelle eine seit geraumer Zeit kritisierte Gesetzeslücke, die so genannte „Wurstlücke“, schließt. Die Kritik entzündete sich an dem Bußgeldverfahren gegen mehrere Wursthersteller, in dem sich ein kartellbeteiligtes Unternehmen durch mehrere konzerninterne Umstrukturierungen einer Bußgeldhaftung in Höhe von über 128 Mio. Euro entziehen konnte. Um derartige Haftungsbefreiungen zu verhindern, führt die Novelle neue Regeln über die Gesamtrechtsnachfolge ein. Bisher haftete gemäß BGH-Rechtsprechung der Gesamtrechtsnachfolger eines Unternehmens für das Bußgeld bei Kartellverstößen

may be imposed on the legal successor of the addressee of the cartel fine as well as on the economic successor.

## Conclusion

The amendment addresses important antitrust aspects of the digital economy challenges and issues which antitrust authorities around the world are concerned about – the FCO is very actively investigating online distribution practices, has launched an investigation against Facebook on suspicion of an abuse of market power by infringing data protection rules and Germany's Federal Ministry for Economic Affairs has just published a White Paper on "Digital Platforms", proposing a Digital Agency in order to actively monitor digital platform markets.

The amendment can be expected to strengthen governmental and civil antitrust enforcement in Germany. In relation to government enforcement, it will be easier for the FCO to tackle issues in the online economy, in particular where two-sided markets are concerned. The transaction value threshold will extend merger control scrutiny in particular to transactions involving innovative digital services and products which have not achieved material turnover but which are of real value and potential. In the future, cartel enforcement will apply the EU concept of a single economic entity, leaving no room to escape from liability through restructuring measures. Finally, the amendment will strengthen Germany as a forum of choice for damages action.

nur bei „wirtschaftlicher Nahezu-Identität“. Obwohl im GWB eine Gesamtrechtsnachfolge bereits vorgesehen war, war es den Unternehmen aufgrund der engen Auslegung der Nahezu-Identität möglich, Bußgeldern durch Umstrukturierungen zu entkommen. Die Neuregelungen sollen diese Lücke nun endgültig schließen, indem Bußgelder gegen Gesamtrechtsnachfolger und sogar partielle Gesamtrechtsnachfolger verhängt werden können. Außerdem können Bußgelder auch gegen den wirtschaftlichen Nachfolger verhängt werden, der das kartellbeteiligte Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität weiterführt.

## Fazit

Die Novelle reagiert zeitgemäß auf die kartellrechtlichen Fragen und Herausforderungen der Internetökonomie, mit denen sich die Kartellbehörden weltweit befassen. Insbesondere das Bundeskartellamt sieht sich hier übrigens als Pionier: Die Behörde untersucht die Online-Vertriebspraktiken verschiedener Unternehmen und hat gegen Facebook ein Verfahren wegen des Verdachts des Marktmissbrauchs durch Datenschutzverstöße eröffnet. Zudem hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in seinem kürzlich erschienenen „Weißbuch Digitale Plattformen“ die Einführung einer Digitalagentur vorgeschlagen, deren Aufgabe es unter anderem sein soll, durch kontinuierliche Marktbeobachtung ein rasches Eingreifen bei Wettbewerbsverstößen zu ermöglichen.

Es steht zu erwarten, dass die Neuregelungen die behördliche und zivile Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland stärken werden. Im Hinblick auf die behördliche Durchsetzung wird es für das Bundeskartellamt leichter sein, Fragen der digitalen Wirtschaft zu behandeln, insbesondere wenn es sich um mehrseitige Märkte handelt. Der neue Aufgreifwert der Fusionskontrolle eröffnet dem Bundeskartellamt eine größere Zuständigkeit und erfasst auch Transaktionen mit Unternehmen, deren tatsächlicher Wert und Potential (noch) nicht in Umsätzen ausgedrückt ist. Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit wird kartellbeteiligten Unternehmen in Zukunft nicht mehr ermöglichen, sich einer Bußgeldhaftung zu entziehen. Schließlich trägt die Novelle dazu bei, Deutschland als ein für Kartellschadenersatzklagen bevorzugtes Forum zu stärken.

## Your Contacts

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact one of the lawyers listed below:



### Dr. Jens Peter Schmidt

Partner, Brussels | Düsseldorf

T +32 2 502 5517 | T +49 211 86224 0

[jpschmidt@mayerbrown.com](mailto:jpschmidt@mayerbrown.com)



### Dr. Jan Kraayvanger

Partner, Frankfurt

T +49 69 7941 2271

[jkraayvanger@mayerbrown.com](mailto:jkraayvanger@mayerbrown.com)

## Ihre Ansprechpartner

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:

Mayer Brown is a global legal services provider advising many of the world's largest companies, including a significant portion of Fortune 100, FTSE 100, CAC 40, DAX, Hang Seng and Nikkei index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory and enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

Please visit [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

This Mayer Brown publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

Mayer Brown comprises legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown Mexico, S.C., a sociedad civil formed under the laws of the State of Durango, Mexico; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services.

"Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2017 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

Attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.