

Client Alert

9 März 2017

9. GWB-Novelle: Grundlegende Änderungen des deutschen Kartellrechts

Neue Regelungen zu Fusionskontrolle, Marktbeherrschung, Kartellschadensersatz und Bußgeldhaftung

Von Dr. Andreas Grünwald, Dr. Jens Hackl und Dr. Julia Schwalm

[English Version](#)

Am 9. März 2017 hat der Deutsche Bundestag das Neunte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verabschiedet. Die Novelle wird voraussichtlich im 2. Quartal 2017 in Kraft treten und wesentliche Bereiche des deutschen Kartellrechts betreffen.

Die Reform dient einerseits dazu, insbesondere die EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz (2014/104/EU) in deutsches Recht umzusetzen. Darüber hinaus werden einige Unterschiede zwischen EU- und deutschem Recht etwa bei der Haftung für Kartellbußgelder beseitigt. Andererseits zielt die Reform aber auch darauf, den nationalen Kartellrechtsrahmen an die Herausforderungen der Digitalwirtschaft anzupassen, etwa beim Umgang mit Plattformen und Big Data.

Die Novelle führt zu einer Reihe praktischer Änderungen für Unternehmen und Investoren, die in Deutschland tätig sind:

- Sie führt neue, an den Transaktionswert anknüpfende Schwellenwerte dafür ein, ab wann ein Zusammenschluss der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt (BKartA) unterfällt.
- Sie erweitert die Kriterien, die das BKartA zur Prüfung von Marktmacht heranziehen kann, insbesondere in digitalen Märkten.
- Sie führt einerseits eine Schadensvermutung für Kartelle ein und verbessert damit die Position der Kläger, die in Follow-On-Prozessen ihren Schaden nachweisen müssen; gleichzeitig modifiziert sie aber auch die Anforderungen an die Passing-On-Defense der Kartellanten (und erleichtert diese damit unter Umständen).
- Sie verlängert die Fristen für die kenntnisabhängige Verjährung bei Follow-On-Klagen von drei auf fünf Jahre.
- Sie führt einige Elemente des US-amerikanischen Discovery bei zivilrechtlichen Kartellschadenersatzprozessen ein, indem beiden Parteien Zugang zu den internen Dokumenten der jeweils anderen Partei gewährt wird, um zu Schadenshöhe oder Passing-On-Defense vortragen zu können.

Client Alert

- Sie befreit kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) sowie den Kronzeugen von der gesamtschuldnerischen Haftung für Kartellschäden.
- Sie begrenzt das Kostenrisiko des Klägers in Kartellschadenersatzfällen mit vielen Streitverkündeten.
- Sie erleichtert abschließende und verbindliche Vergleiche in Kartellschadenersatzprozessen, indem sie die Risiken aus dem Gesamtschuldnerausgleich verringert.
- Sie schließt die sog. „Wurstlücke“ und setzt damit bestimmten Praktiken ein Ende, wonach sich Unternehmen durch Restrukturierungen der kartellrechtlichen Bußgeldhaftung entziehen konnten.
- Sie harmonisiert den deutschen Ansatz zur Kartellbußgeldhaftung von Konzerngesellschaften mit dem EU-Recht.
- Sie verbessert die Möglichkeiten des BKartA zum Informationsaustausch mit anderen Regulierungsbehörden, wie z.B. den Datenschutzbeauftragten.
- Sie reagiert auf sektorenspezifische Lobby-Bemühungen und stellt bestimmte Kooperationen zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen vom (deutschen) Kartellverbot frei.

Es handelt sich um die erste größere Kartellrechtsreform seit 2013; im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung sogar seit 2005. Angesichts der ständigen Marktveränderungen durch die Digitalisierung dürfte jedoch schon mittelfristig mit weiteren Anpassungen zu rechnen sein. So appelliert das neue Gesetz selbst an die Bundesregierung, die Anwendung einiger Neuregelungen zu überwachen und dem Bundestag nach drei Jahren Bericht zu erstatten. Auch gab es im Vorfeld der nunmehr beschlossenen Reform eine Diskussion darüber, das BKartA zu einer breiter angelegten Verbraucherschutzbehörde für den digitalen Sektor zu machen.

Im Einzelnen

Neue Schwellenwerte für die Fusionskontrolle

Die deutsche Fusionskontrolle folgte bei der Frage, ob geplante Zusammenschlüsse vor dem Vollzug beim BKartA angemeldet werden müssen, traditionell einem rein umsatzbasierten Ansatz: Beide Parteien des Zusammenschlusses müssen zusammen weltweit Umsatzerlöse von mehr als € 500 Mio. erzielen; eine Partei (z. B. der Käufer) in Deutschland mehr als € 25 Mio. und eine andere beteiligte Partei (z. B. das Zielunternehmen) in Deutschland mehr als € 5 Mio.

Das neue Recht behält diese Schwellenwerte bei. Wenn ein Zusammenschluss sie erfüllt, ist er deshalb allein aus diesem Grund weiterhin anmeldepflichtig. Zusätzlich wird nun jedoch ein **Transaktionswerttest** eingeführt. Danach genügt es für eine Anmeldepflicht, wenn die weltweiten Umsatzerlöse beider Parteien € 500 Mio. überschreiten und eine der Parteien zudem mehr als € 25 Mio. im Inland erwirtschaftet (aber die andere Partei weniger als € 5 Mio.), solange zusätzlich

- der Transaktionswert über € 400 Mio. liegt (berechnet auf Grundlage des Kaufpreises und des Werts etwaiger Verbindlichkeiten), und

Client Alert

- das Zielunternehmen „in erheblichem Umfang“ Geschäfte in Deutschland betreibt, was beispielsweise durch einen großen deutschen Kundenstamm oder durch substantielle Forschungs- und Entwicklungsarbeit in Deutschland belegt wird.

Diese Anpassung soll auch Zusammenschlüsse erfassen, die sich – obwohl sie nur Umsatzerlöse unter den o.g. traditionellen Schwellenwerten erzielen – gleichwohl auf den Wettbewerb auswirken können, beispielsweise weil sie ein innovatives Start-Up-Unternehmen betreffen. Die Gesetzesbegründung verweist insoweit auf Fälle wie den Erwerb von WhatsApp durch Facebook. Dieser Zusammenschluss war damals in Deutschland nicht anmeldepflichtig. Er wurde aber bei der EU Kommission angemeldet, da er die Aufgreifschwelle in drei EU-Mitgliedstaaten erfüllte, und wurde letztlich ohne Bedingungen oder Auflagen freigegeben.

Erweiterte Kriterien zur Prüfung von Marktmacht

Um das Kartellrecht an den digitalen Wandel anzupassen, soll das BKartA bei der Marktabgrenzung und der Prüfung von Marktmacht zusätzliche Kriterien heranziehen können. Diese neuen Regelungen gelten

- für die *Fusionskontrolle*, wenn das BKartA nach dem SIEC-Test prüfen muss, ob ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung von wirksamem Wettbewerb führen würde, und
- in der *Missbrauchskontrolle* hinsichtlich der Frage, ob bestimmte Geschäftspraktiken einen Missbrauch von Marktmacht darstellen.

Das neue Gesetz führt dazu eine Reihe neuer Bestimmungen ein. Diese stellen allerdings überwiegend lediglich Grundsätze klar, die das BKartA selbst entwickelt und in seiner neueren Entscheidungspraxis ohnehin schon berücksichtigt hat:

- „*Markt*“ auch bei *unentgeltlichen Leistungsbeziehungen*. Traditionell setzte das Bestehen eines „Marktes“ im Sinne des deutschen Kartellrechts voraus, dass Waren oder Dienstleistungen *gegen Entgelt* angeboten wurden. Folglich galten die gesetzlichen Instrumente zur Regulierung von Marktstrukturen oder Marktverhalten nicht für „kostenlose“ Dienstleistungen. Verschiedene Kartellbehörden hatten diese Auffassung jedoch schon in den vergangenen Jahren aufgegeben. Das spiegelt sich nun ausdrücklich im neuen Gesetz wider.
- *Ermittlung von Marktmacht auf mehrseitigen Märkten*. Das neue Gesetz greift eine Reihe von Kriterien auf, die nach den Erkenntnissen des sog. „Think Tank“ des BKartA für die Bestimmung der Rolle eines Unternehmens auf digitalen Märkten relevant sein sollen, nämlich:
 - Direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
 - die parallele Nutzung mehrerer Dienste (Multi-Homing) und der Wechselaufwand für die Nutzer,
 - Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
 - Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und
 - innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Die genannten Änderungen werden die Praxis des BKartA in der Fusionskontrolle und bei der allgemeinen Kartellrechtsdurchsetzung nicht grundsätzlich verändern. Sie könnten jedoch durchaus die Ermessensausübung

Client Alert

bei der Einleitung einer Untersuchung „neuer“ Markt- oder Geschäftspraktiken beeinflussen und die Schadenstheorien des BKartA im Hinblick auf Big Data und andere „digitale“ Fälle untermauern.

Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie (2014/104/EU)

Wenn das neue Gesetz in Kraft tritt, ist Deutschland mit der Umsetzung der EU-Kartellschadenersatzrichtlinie in nationales Recht bereits in Verzug. Die zweijährige Umsetzungsfrist endete im Dezember 2016. Zugleich besteht hierzulande ohnehin schon ein vergleichsweise hoch entwickeltes Regelungsniveau für die private Kartellrechtsdurchsetzung. Darum gehört Deutschland, neben den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich, zu den bevorzugten Rechtssystemen für Kartellschadenersatzklagen. Mit der weiteren Spezifizierung solcher Klagemöglichkeiten durch die Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie und angesichts möglicher Post-Brexit-Szenarien könnte sich dieser Trend weiter fortsetzen.

Die 9. GWB-Novelle bringt insbesondere folgende Änderungen für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche nach deutschem Recht:

- *(Widerlegliche) Schadensvermutung:* Künftig gibt es dahingehend eine Vermutungsregel, dass Kartelle grundsätzlich einen Schaden verursachen. Die Vermutung bezieht sich sowohl auf das Bestehen des Schadens an sich als auch auf den ursächlichen Zusammenhang mit dem Kartellverstoß, jedoch nicht auf die konkrete Schadenshöhe. Dafür – und für den Bezug kartellbefangener Waren oder Dienstleistungen – trägt unverändert der Kläger die Darlegungs- und Beweislast.
- *Passing-On-Defense:* Die Novelle konkretisiert die Voraussetzungen des Einwands der Schadensabwälzung, die sog. Passing-On-Defense. Danach kann sich der Beklagte gegenüber einer Schadenersatzklage darauf berufen, dass der Kläger den gesamten bzw. Teile des kartellbedingten Preisaufschlags an seine eigenen Kunden weitergegeben hat. Das muss der Beklagte beweisen. Dafür kann er nunmehr bestimmte Offenlegungen vom Kläger verlangen (siehe unten). Es dürfte auch für den Beklagten nicht mehr notwendig sein zu beweisen, dass das Passing-On zu keinen Nachfrageverlusten beim Kläger geführt hat. Dies dürfte für den Rechtsverletzer eine Erleichterung gegenüber dem bisherigen, von der Rechtsprechung entwickelten Passing-On-Standard darstellen.
- *Klagen indirekter Abnehmer:* Durch die Spezifizierung der Passing-On-Regelung erleichtert das neue Recht auch Klagen indirekter (mittelbarer) Abnehmer. Es enthält eine Vermutungsregel zugunsten des indirekten Abnehmers, dass Preisaufschläge an diesen weitergegeben wurden. Um sich darauf zu berufen, muss der indirekte Abnehmer lediglich beweisen, dass er kartellierte Produkte (oder Produkte, die kartellierte Waren enthalten) abgenommen hat und ein Kartell bestand, das für den direkten Abnehmer zu einem Preisaufschlag geführt hat.
- *Offenlegungspflichten:* Die Reform führt sowohl für den Kläger als auch für den Beklagten eines kartellrechtlichen Schadenersatzprozesses bestimmte Ansprüche ein, die die jeweils andere Partei zur Offenlegung interner Dokumente und Kalkulationen verpflichtet. Diese Offenlegungspflicht kann gemeinsam mit dem Schadenersatzanspruch oder getrennt davon – auch im einstweiligen Rechtsschutz – geltend gemacht werden. Kronzeugenanträge sowie Vergleichsausführungen im Rahmen eines Kartellverfahrens müssen jedoch nicht offengelegt werden. Im Übrigen ist bei jedem Offenlegungsanspruch zu prüfen, ob dieser verhältnismäßig ist, und die offenlegende Partei kann stets verlangen, für ihre entsprechenden Auslagen entschädigt zu werden.

Client Alert

- *Verjährungsfrist:* Bisher galt in Deutschland für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Ende des Kalenderjahrs, in dem der Anspruch entstand und dem Kläger die relevanten Tatsachen bekannt waren (oder hätten bekannt sein sollen). Die 9. GWB-Novelle verlängert diese Verjährungsfrist von drei auf fünf Jahre. Die Grundsätze zur Verjährungshemmung (während des Kartellverfahrens und nun auch während der Geltendmachung des Offenlegungsanspruchs in einem separaten Verfahren) und zur maximalen Verjährungsfrist von zehn Jahren (kenntnisunabhängig und beginnend mit der Schadensentstehung, d.h. der Zahlung des kartellierten Preises) finden weiter Anwendung.
- *Gesamtschuldnerische Haftung:* Das neue Gesetz führt einige Ausnahmen von dem Grundsatz ein, dass alle Kartellbeteiligten gesamtschuldnerisch für die volle Höhe des Schadens haften. Zukünftig soll die gesamtschuldnerische Haftung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMUs gemäß der Definition in der Empfehlung der Kommission 2003/361/EC) sowie des Kronzeugen grundsätzlich auf deren eigene direkte oder indirekte Käufer oder Lieferanten begrenzt werden. Weitere Geschädigte können also – wiederum vorbehaltlich einiger Ausnahmen – keine Ansprüche mehr gegen KMUs und den Kronzeugen geltend machen.
- *Wirkungen eines Vergleichs:* Bisher bestand für den Kartellanten ein Risiko, dass ein Vergleich mit einem Geschädigten nicht ausschloss, von den übrigen Kartellanten auf Ausgleich in Anspruch genommen zu werden. Die Reform erklärt abgeschlossene Vergleiche nun auch gegenüber den sich nicht vergleichenden Kartellanten für bindend, soweit es den Schadensanteil des sich vergleichenden Kartellanten betrifft. So sollen Vergleiche attraktiver werden.
- *Beschränkung des Kostenrisikos:* Im deutschen Zivilprozess trägt derjenige die Kosten des Gerichts und der obsiegenden Parteien, der den Prozess verliert. Bei Follow-On-Klagen gegen Kartelle mit vielen Beteiligten waren die Kläger deshalb einem erhöhten Kostenrisiko ausgesetzt, selbst wenn sie nur einen der Kartellanten verklagten. Denn der verklagte Kartellant verkündet zur Sicherung seines Gesamtschuldnerausgleichs typischerweise allen Mitkartellanten den Streit, so dass der Kläger stets auch die Kosten zahlreicher Streitverkündeter zu tragen hatte. Dieses erhöhte Kostenrisiko wird nun deutlich reduziert. Der unterlegene Kläger muss nur noch die gesetzlich festgelegten und streitwertabhängigen Kosten des Beklagten und eines Streitverkündeten tragen.

Haftung und Rechtsnachfolge: Schließen der sog. „Wurstlücke“

Auf vielfaches Drängen des BKartA erweitert die 9. GWB-Novelle die Haftung für Kartellbußgelder. Hintergrund ist ein konkreter Fall in der deutschen Fleischindustrie, bei dem das Amt eine Buße von € 130 Mio. gegen ein Unternehmen verhängt hatte. Nach einer internen Restrukturierung war der Adressat des Bußgeldes jedoch erloschen und hatte sich dadurch seiner Haftung entziehen können.

Dieses Schlupfloch, gemeinhin als „Wurstlücke“ bekannt, wird es künftig nicht mehr geben. Nach neuem Recht haftet nicht nur der Adressat der Geldbuße, sondern auch dessen Rechts- oder wirtschaftlicher Nachfolger für vom BKartA verhängte Bußgelder. Im Übrigen wird der Grundsatz der Haftung von Muttergesellschaften für Kartellbußen nun auch im deutschen Recht so verankert, wie er im EU-Kartellrecht schon länger gilt. Danach haftet eine Muttergesellschaft nun für Geldbußen, die nur gegen ihr Tochterunternehmen verhängt wurden, und zwar auch dann, wenn die Muttergesellschaft selbst nicht am Wettbewerbsverstoß beteiligt war oder keine Aufsichtspflichten in Bezug auf das Tochterunternehmen verletzt hat.

Client Alert

Informationsaustausch zwischen Regulierungsbehörden

Die 9. GWB-Novelle erweitert die Möglichkeiten für Kartellbehörden, sowohl fallbezogene als auch allgemeine Marktinformationen mit anderen Regulierungsbehörden auszutauschen, einschließlich von personenbezogenen Daten und Geschäftsgeheimnissen. Damit werden insbesondere die Datenschutzbehörden zur Liste der Regulierungsbehörden hinzugefügt, mit denen das BKartA kooperieren soll, aber z.B. auch die jeweiligen Aufsichtsbehörden für den Finanzsektor und andere Bereiche. So soll die Durchsetzungsbefugnisse in Big Data-Fällen stärken, bei denen Deutschland eine konkrete Notwendigkeit für das BKartA sieht, Datenschutzüberlegungen in die kartellrechtliche Analyse aufzunehmen. Umgekehrt soll damit auch für Datenschutzbehörden die Möglichkeit geschaffen werden, die Marktmacht von Datenverarbeitern im Rahmen ihrer eigenen Analyse zu bewerten.

Sektorenspezifische Regelungen

Das neue Gesetz führt eine sektorenspezifische Ausnahme vom deutschen Kartellverbot für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit von Zeitungen und Zeitschriften ein (z.B. Anzeigenkooperationen). Die Verlagswirtschaft hatte dafür erfolgreich lobbyiert und dies insbesondere mit den sinkenden Anzeigen- und Verkaufserlösen aufgrund des digitalen Wandels begründet. Die neue Rechtslage ermöglicht jetzt sogar Hardcore-Beschränkungen (wie z.B. Preisabsprachen) zwischen Verlagen, wenn dies zur Erhaltung der Pressevielfalt beiträgt und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Presse stärkt. Vergleichbare Regelungen wurden in letzter Minute im Vorfeld auch für Kooperationen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und der Sparkassen gefordert, wurden dann aber nicht Teil der Novelle.

Fazit

Nach mehr als zwei Jahren intensiver Diskussion und angesichts einer Reihe von Neuregelungen, die auf zwingend umzusetzendem EU-Recht beruhen, enthält die 9. GWB-Novelle keine echten Überraschungen mehr. Gleichwohl läutet sie einige Paradigmenwechsel ein, die durchaus konkrete Auswirkungen auf die praktische Rechtsanwendung haben werden.

Der zusätzliche Transaktionswerttest in der Fusionskontrolle ist deutlich weniger klar gefasst als die bisherigen umsatzbasierten Aufgreifschwelle. Selbst wenn eine geplante Transaktion die geringere Inlandsschwelle (€ 5 Mio.) verfehlt, müssen die Parteien nun weitere Ressourcen einsetzen, um die Frage einer Anmeldepflicht abschließend zu klären. Zumindest bis dazu erläuternde Leitlinien des BKartA vorliegen, könnte dies zu einer Vielzahl von Anmeldungen selbst kleinerer Transaktionen führen, weil die Zusammenschlussbeteiligten in der Handhabung des neuen Tests unsicher sind und ihr Risiko minimieren wollen, gegen das bußgeldbewehrte Vollzugsverbot zu verstoßen.

Wo die Reform eine Reihe von Grundsätzen aus der jüngeren Entscheidungspraxis zu Marktabgrenzungen und der Prüfung von Missbrauchsfällen übernimmt, werden die Veränderungen zunächst keinen unmittelbaren Effekt auf Unternehmen haben. Sie könnten dem BKartA aber mittelfristig den Weg dafür bereiten, seinen teils ohnehin strengen Regulierungsansatz gegenüber der Digitalwirtschaft fortzuführen oder weiter zu intensivieren. Hier könnten die neuen Regelungen dem BKartA helfen, eine robustere Schadenstheorie zu entwickeln und vor Gericht zu verteidigen.

Client Alert

Beim Kartellschadensersatzrecht werden einige der neuen Regelungen schon jetzt streitig diskutiert und werden insoweit zunächst einer gerichtlichen Klarstellung bedürfen. Dies gilt beispielsweise für die Einzelheiten der gegenseitigen Offenlegungsansprüche und die zeitliche Anwendbarkeit bestimmter Regelungen, d.h. ob diese rückwirkend auf schon bestehende Ansprüche oder erst für zukünftig – nach Inkrafttreten der Novelle – entstehende Ansprüche gelten sollen (z.B. die neuen Vorschriften zur Vergleichswirkung). Kurzfristig dürften diese Unsicherheiten zu Zwischenstreitigkeiten in laufenden Prozessen führen und damit die Verfahren weiter in die Länge ziehen. Mittel- und langfristig, wenn andere EU-Mitgliedstaaten die Schadenersatzrichtlinie ebenfalls umgesetzt haben, könnte dies die Rolle von Deutschland als bevorzugten Gerichtsstandort für Kartellschadensersatzprozesse aber weiter verbessern.

Contacts:

Andreas Grünwald

+49 3072622-1320

agruenwald@mofo.com**Jens Hackl**

+49 3072622-1320

jhackl@mofo.com**Julia Schwalm**

+49 30 72622-1230

jschwalm@mofo.com

About Morrison & Foerster:

We are Morrison & Foerster—a global firm of exceptional credentials. Our clients include some of the largest financial institutions, investment banks, Fortune 100, technology and life science companies. We've been included on *The American Lawyer's* A-List for 13 straight years, and *Fortune* named us one of the "100 Best Companies to Work For." Our lawyers are committed to achieving innovative and business-minded results for our clients, while preserving the differences that make us stronger. This is MoFo. Visit us at www.mofo.com.

Because of the generality of this update, the information provided herein may not be applicable in all situations and should not be acted upon without specific legal advice based on particular situations. Prior results do not guarantee a similar outcome.