

Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

Juli 2016

Editorial

Der Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur 9. GWB-Novelle liegt vor. Künftig sollen Kartellgeschädigte ihre Schadensersatzansprüche leichter durchsetzen können. Dafür wird das GWB um spezielle Haftungs- und Verfahrensregelungen ergänzt. Gleichzeitig will die Bundesregierung auch die sog. Wurstlücke schließen: Sie ermöglicht es Unternehmen derzeit, sich drohenden Kartellgeldbußen mit einer gezielten Umstrukturierung zu entziehen. Mit den geplanten Rechtsnachfolgeregelungen steigt aber auch das Risiko, als unbeteiligter Unternehmenskäufer eine Geldbuße für einen fremden Kartellverstoß zahlen zu müssen. Schließlich will die Bundesregierung die Fusionskontrolle ausweiten und die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen an die fortschreitende Digitalisierung der Märkte anpassen.

„Der Referentenentwurf ist politisch weitgehend endabgestimmt“, sagen die einen. „Ein Entwurf ist nur ein Entwurf“, entgegnen die anderen. Bereits heute zeichnet sich jedoch deutlich ab, dass die 9. GWB-Novelle das deutsche Kartellrecht grundlegend verändern wird. Mit diesem Newsletter geben wir Ihnen einen ersten Überblick über die weitreichenden Auswirkungen auf die Kartellrechtspraxis.

Parallel dazu analysieren wir in den kommenden Wochen in unserem [Blog](#) einzelne Themenkomplexe des Referentenentwurfs für all jene, die schon heute verstehen wollen, was das deutsche Kartellrecht morgen von ihnen fordern wird.

Sollten Sie Fragen hierzu haben, stehen wir Ihnen wie immer gern zur Verfügung.



Georg Philipp Cotta, LL.M.
(University of London)
Rechtsanwalt,
Co-Head der Praxisgruppe
Kartellrecht & Beihilfenrecht



Dr. Dietmar O. Reich
Rechtsanwalt,
Co-Head der Praxisgruppe
Kartellrecht & Beihilfenrecht

Inhalt

I. Neuregelung des Kartellschadensersatzrechts	Seite 1
II. Einführung einer Konzernhaftung	Seite 2
III. Schließung der „Wurstlücke“	Seite 2
IV. Ausweitung der Fusionskontrolle	Seite 2
V. Erleichterung von Pressekooperationen	Seite 2
VI. Missbrauchskontrolle auf digitalen Märkten	Seite 3
VII. Praxishinweise	Seite 3

I. Neuregelung des Kartellschadensersatzrechts

Mit der 9. GWB-Novelle wird die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie in deutsches Recht umgesetzt. Die neuen Regeln finden sich in den §§ 33 ff. RefE-GWB und den §§ 89b ff. RefE-GWB.

- Schadensvermutung (§ 33a Abs. 2 RefE-GWB): Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Mit einem Kartell sind horizontale Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern gemeint. Die Vermutung gilt für die Schadensentstehung und die Ursächlichkeit des Kartellverstoßes. Für die oft schwierigen Nachweise der eigenen Betroffenheit vom Kartell und der Schadenshöhe bringt die Vermutung dagegen keine Erleichterung.
- Einwand der Schadensabwälzung (§ 33c Abs. 1 RefE-GWB): Der passing-on-Einwand wird bestätigt. Zugleich stellt der Referentenentwurf aber klar, dass ein durch die Weitergabe des kartellbedingten Preisaufschlags verursachter entgangener Gewinn weiterhin geltend gemacht werden kann.
- Vermutung der Schadensabwälzung (§ 33c Abs. 2-5 RefE-GWB): Es wird vermutet, dass der kartellbedingte Preisaufschlag auf die mittelbaren Abnehmer abgewälzt wurde. Diese Vermutung gilt nur zugunsten der mittelbaren Abnehmer, nicht aber zugunsten der Kartellanten. Die Vermutung kann widerlegt werden, indem der in Anspruch genommene Kartellant Tatsachen glaubhaft macht, die eine Schadensabwälzung auf die mittelbaren Abnehmer ausschließen. Der Umfang der Schadensabwälzung kann geschätzt werden.
- Gesamtschuldnerausgleich (§ 33d Abs. 2 RefE-GWB): Der Referentenentwurf sieht eine Sonderregelung zu § 426 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Danach haftet jeder Kartellgesamtschuldner im Innenverhältnis nach seinem Beitrag zur Schadensverursachung.
- Privilegierung von KMU (§ 33d Abs. 3-4 RefE-GWB): Kleine und mittlere Unternehmen mit geringem Marktanteil haften für erstmalige Kartellverstöße nur ihren Abnehmern auf Schadensersatz, wenn sonst ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit gefährdet wäre.
- Privilegierung von Kronzeugen (§ 33e RefE-GWB): Der Kronzeuge soll grundsätzlich nur seinen Abnehmern auf Schadensersatz haften. Gegenüber anderen Geschädigten haftet der Kronzeuge nur, wenn sie von den anderen Kartellanten keinen Schadensersatz erlangen können.
- Wirkung von Vergleichen (§ 33f RefE-GWB): Vergleicht sich ein Kartellant über den Kartellschadensersatzanspruch, so wird er in Höhe seines Schadensanteils von seiner Haftung gegenüber dem sich vergleichenden Geschädigten befreit. In dieser Höhe wirkt der Vergleich grundsätzlich auch gegenüber den anderen Gesamtschuldnern, wobei diese beschränkte Gesamtwirkung von den Vergleichsparteien abbedungen werden kann.
- Herausgabe von Beweismitteln (§ 33g RefE-GWB): Der Referentenentwurf sieht für Kartellgeschädigte (Abs. 1), aber auch für Kartellanten (Abs. 2) einen Anspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln gegenüber der anderen Partei oder Dritten vor. Ausgeschlossen ist die Herausgabe von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (Abs. 4).
- Verjährung (§ 33h RefE-GWB): Die kenntnisabhängige Verjährungsfrist wird von drei auf fünf Jahre verlängert (Abs. 1). Die

kenntnisunabhängige Verjährungshöchstfrist beträgt zehn Jahre ab Anspruchsentstehung und Beendigung des Kartellverstoßes (Abs. 3) und 30 Jahre ab Vornahme der schädigenden Handlung (Abs. 4). Die geplanten Änderungen stellen zudem sicher, dass der selbstständige Regressanspruch des als Gesamtschuldner in Anspruch genommenen Kartellanten nicht verjährt, bevor der seinem Ausgleichsanspruch zugrundeliegende Schadensersatzanspruch befriedigt wurde (Abs. 7).

- Kosten der Nebenintervention (§ 89a Abs. 3 RefE-GWB): Künftig soll sich im Falle mehrerer Nebeninterventionen die Summe ihrer Gegenstandswerte (maximal) auf den Wert des Streitgegenstands in der Hauptsache beschränken. So soll das Kostenrisiko eines Kartellschadensersatzklägers begrenzt werden.
- Zivilrechtliche Konzernhaftung: Der Referentenentwurf verzichtet auf eine ausdrückliche Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs ins deutsche Kartellschadensersatzrecht. Dies betrifft insbesondere die Schadensersatzhaftung von Muttergesellschaften für Kartellverstöße ihrer Konzerntöchter. Der Referentenentwurf überlässt es vielmehr den Gerichten, Grundsätze dafür zu entwickeln, wer Kartellschadensersatz schuldet.

II. Einführung einer Konzernhaftung

Bußgeldrechtlich gleicht der Referentenentwurf das deutsche Kartellrecht weiter an das europäische Kartellrecht an. Muttergesellschaften geraten so verstärkt in den Fokus des Kartellrechts, selbst wenn sich nur ihre Konzerntochter an kartellrechtswidrigen Absprachen beteiligt hat. Zukünftig soll die bußgeldrechtliche Verantwortung für den Kartellverstoß einer Tochtergesellschaft direkt auf die Konzernmutter erstreckt werden, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung eine wirtschaftliche Einheit bildeten (§ 81 Abs. 3a RefE-GWB). Die europäische Entscheidungspraxis zeigt, dass dies bei 100-prozentigen Tochtergesellschaften grundsätzlich und bei Gemeinschaftsunternehmen häufig der Fall ist.

Wird der Referentenentwurf zum Gesetz, ist davon auszugehen, dass Bußgeldbescheide vom Bundeskartellamt zukünftig vermehrt auch direkt gegen Muttergesellschaften gerichtet werden. Mutter- und Tochtergesellschaft haften dann gesamtschuldnerisch für eine gegen sie festgesetzte Geldbuße. Regelungen zum Innenausgleich sieht der Referentenentwurf nicht vor. Das wird sich vor allem dann misslich auswirken, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Bußgeldentscheidung infolge einer M&A-Transaktion unterschiedlichen Konzernen angehören. Außerdem droht eine weitere Erhöhung des Bußgeldniveaus, da der Referentenentwurf festlegt, dass bei der Bußgeldzumessung die Leistungsfähigkeit der wirtschaftlichen Einheit (sprich: des Konzerns) zu berücksichtigen ist.

Lesen Sie zu diesem Thema auch die eingehendere Analyse im [Blog](#).

III. Schließung der „Wurstlücke“

Der Referentenentwurf versucht erneut, die sog. „Wurstlücke“ zu schließen. Bei ihr handelt es sich um eine Sanktionslücke im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht, die es Unternehmen ermöglicht, sich durch gezielte Umstrukturierung einer drohenden Geldbuße zu entziehen. Bereits mit der 8. GWB-Novelle 2013 wurde diese Möglichkeit stark beschnitten – durch § 30 Abs. 2a GWB, der eine Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers vorsieht, und durch § 30 Abs. 6 GWB, der die Anordnung eines dinglichen Arrests zur Bußgeldsicherung ermöglicht.

Durch folgende Neuregelungen des Referentenentwurfs soll die

Sanktionslücke vollständig geschlossen werden:

- Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers (§ 81 Abs. 3b RefE-GWB): Bußgelder können auch gegen den Gesamtrechtsnachfolger und die partiellen Gesamtrechtsnachfolger im Falle der Aufspaltung verhängt werden. Die Begrenzung der Bußgeldhöhe auf den Wert des übernommenen Vermögens (bisher: § 30 Abs. 2a S. 2 OWiG) entfällt (§ 81 Abs. 3b S. 3 RefE-GWB).
- Haftung des wirtschaftlichen Nachfolgers (§ 81 Abs. 3c RefE-GWB): Bußgelder können auch gegen den wirtschaftlichen Nachfolger, der das kartellbeteiligte Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführt, verhängt werden. Nur in der Entwurfsbegründung, nicht aber im Gesetzestext, findet sich die Einschränkung, dass dies nur dann gilt, wenn der ursprünglich bußgeldrechtlich verantwortliche Rechtsträger rechtlich oder wirtschaftlich nicht mehr existiert. Diese Neuregelung birgt ein erhebliches Risiko für M&A-Transaktionen, etwa für den Erwerb aus der Insolvenz.
- Ausfallhaftung für einen Übergangszeitraum (§ 81a RefE-GWB): Wegen des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots statuiert der Referentenentwurf für den Übergangszeitraum eine Ausfallhaftung. Sie soll für Umstrukturierungen gelten, die nach dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle stattfinden, bei denen der Kartellverstoß aber schon vor dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle beendet worden war. Der Haftungsbetrag entspricht dem durch Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen ausgefallenen Bußgeld. Es haften die Konzernmutter und die rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachfolger des kartellbeteiligten Unternehmens.

Lesen Sie zu diesem Thema auch die eingehendere Analyse im [Blog](#).

IV. Ausweitung der Fusionskontrolle

Der Referentenentwurf sieht eine neue Aufgreifschwelle vor, die an den Transaktionswert anknüpft (§ 35 Abs. 1a RefE-GWB). Zusammenschlussvorhaben sind damit künftig beim Bundeskartellamt anzumelden, wenn zwar die zweite Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Millionen nicht überschritten wird, aber der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 350 Millionen beträgt und eines der anderen beteiligten Unternehmen, dessen Umsatzerlöse die zweite Inlandsumsatzschwelle nicht überschreiten, in Deutschland tätig ist oder voraussichtlich tätig sein wird.

Anlass für diese Gesetzesänderung war der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp: Trotz eines hohen Kaufpreises von USD 19 Milliarden konnte er mangels Umsätzen von WhatsApp nur wegen der Anmeldepflicht in drei anderen EU-Mitgliedstaaten von der Europäischen Kommission geprüft werden.

Lesen Sie zu diesem Thema auch die eingehendere Analyse im [Blog](#).

V. Erleichterung von Pressekooperationen

Für die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit von Presseunternehmen außerhalb des redaktionellen Bereichs sieht der Referentenentwurf eine kartellrechtliche Erleichterung in Form einer Ausnahme von der Anwendung des Kartellverbots vor (§ 30 Abs. 2b RefE-GWB). Dies ermöglicht kartellfreie Kooperationen, insbesondere im Anzeigen- und Werbegeschäft, im Vertrieb sowie in der Herstellung und Zustellung von Presseerzeugnissen.

Der Referentenentwurf ist insoweit jedoch lückenhaft. Er bedarf

einer Ergänzung in der Fusionskontrolle, die eine parallele Regelung zur Privilegierung von Pressekooperationen in Gesellschaftsform, z. B. in der Form von Gemeinschaftsunternehmen, vorsehen sollte.

VI. Missbrauchskontrolle auf digitalen Märkten

Die 9. GWB-Novelle soll klarstellen, dass auch im Fall unentgeltlicher Leistungsbeziehungen ein Markt im kartellrechtlichen Sinne vorliegen kann (§ 18 Abs. 2a RefE-GWB). Dies entspricht der aktuellen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission, die aber jüngst ein Beschluss des OLG Düsseldorf in Zweifel gezogen hat.

Darüber hinaus erweitert der Referentenentwurf den Katalog derjenigen Faktoren, anhand derer die Wettbewerbsverhältnisse insbesondere auf mehrseitigen Märkten zu beurteilen sind. Dies sind unter anderem direkte und indirekte Netzwerkeffekte, der Wechsellaufwand für die Nutzer und der Zugang zu Daten (§ 18 Abs. 3a RefE-GWB).

VII. Praxishinweise

Um die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie rechtzeitig umzusetzen, plant das federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ein Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle (spätestens) zum 27. Dezember 2016. Die Kartellrechtspraxis wird sich bis dahin mit faktischen Vorwirkungen auseinandersetzen haben. Dies betrifft einerseits die Neuregelungen, die lediglich klarstellender Natur sind, so etwa die Markteigenschaft bei unentgeltlichem Leistungsaustausch. Dies gilt aber auch für diejenigen Themen, zu denen der Referentenentwurf schweigt. So werden sich die Beteiligten anhängiger Schadensersatzprozesse mangels Übergangsvorschriften für das neue Kartellschadensersatzrecht damit auseinandersetzen müssen, ob und in welchem Umfang die Neuregelungen auch rückwirkend gelten. In laufenden Bußgeldverfahren gilt es zudem, den zeitlichen Anwendungsbereich der Ausfallhaftung zu beachten.



Christoph Heinrich
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München



Dr. Christian Heinichen
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an kartellrecht@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
www.beitenburkhardt.com/de/impressum

Redaktion (verantwortlich)

Christoph Heinrich

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-0 • Fax: +49 30 26471-123
Uwe Wellmann • Uwe.Wellmann@bblaw.com

Brüssel • Avenue Louise 489 • 1050 Brüssel
Tel.: +32 2 6390000 • Fax: +32 2 7322353
Dietmar O. Reich • Dietmar.Reich@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1342 • Fax: +49 89 35065-123
Georg Philipp Cotta • Philipp.Cotta@bblaw.com



Weitere interessante Themen und Informationen zum Kartellrecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • NÜRNBERG • SHANGHAI • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM