

# Hogan Lovells

## Kartellrechts-Radar

Herbst 2020

– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

### Fokus

## Wettbewerbspolitik

### New Competition Tool und „Digital Markets Act“ – Entwicklung weiterhin im Fluss

Ein neues Werkzeug zur Bekämpfung von Risiken für den Wettbewerb („**New Competition Tool**“ / „**NCT**“, Hogan Lovells berichtete bereits in einem [Blogbeitrag](#)) soll es der Europäischen Kommission („**Kommission**“) in Zukunft ermöglichen, wettbewerbsrechtliche Abhilfemaßnahmen auch an solche Unternehmen zu adressieren, die sich stets kartellrechtskonform verhalten haben. Entsprechende Maßnahmen, die etwa die Anordnung zur Änderung von Preisstrukturen oder zur Rückabwicklung von Unternehmenszusammenschlüssen umfassen könnten, würden dann keine Verdachtsmomente hinsichtlich kartellrechtswidriger Praktiken mehr voraussetzen. Sie könnten stattdessen bereits unter Verweis auf (angeblich) wettbewerbschädliche Marktstrukturen erfolgen.

Über die Absicht der Kommission zur Einführung des NCT haben wir bereits berichtet ([Kartellrechtsradar Sommer 2020](#)). In der Zwischenzeit wurde die öffentliche **Konsultation** der Kommission am 8. September abgeschlossen und es haben sich verschiedene Stimmen zu dem Vorhaben geäußert. Kommissarin Vestager betonte zum Ende der Konsultationsphase, dass die Rückmeldungen bislang positiv ausgefallen seien. Auch die Kommissionsbeamtin Marieke Scholz berichtete, dass die Beiträge darauf hindeuteten, dass einige strukturelle Wettbewerbsprobleme allein auf Basis von Art. 102 AEUV derzeit nicht hinreichend bekämpft werden könnten; insgesamt habe die Kommission während der Konsultationsphase rund 200 Beiträge erhalten.

Obwohl sich zwischenzeitlich auch durchaus kritische Stimmen zu Wort gemeldet haben, scheint die grundsätzliche Idee der Kommission zur Einführung des NCT damit überwiegend auf Zustimmung

gestoßen zu sein. Einige wichtige Aspekte bleiben aber derzeit nach wie vor im Unklaren.

Das betrifft vor allem die Frage, welche Reichweite das NCT besitzen und wem es zur Verfügung gestellt werden soll. So äußerte Margrethe Vestager zunächst, dass sich die Kommission einen besonderen Nutzen des NCT für „tipping-geneigte“ und für oligopolistisch geprägte Märkte erhoffe. Hiernach wäre vor allem auf solchen Märkten mit einem Einsatz des NCT zu rechnen, auf denen nur sehr wenig Wettbewerb herrscht oder gar eine Monopolisierung einzutreten droht. Wirtschaftsminister Peter Altmaier plädierte für eine sektor-übergreifende Anwendung des NCT. Das entspricht Einlassungen des Generaldirektors der Generaldirektion Wettbewerb, Olivier Guersent, der sich ebenfalls dafür aussprach, den Anwendungsbereich des NCT auf **alle Branchen** zu erstrecken. Zwischenzeitlich wurde allerdings der Inhalt kommissionsinterner Dokumente bekannt. Diese „Leaks“ deuten darauf hin, dass der Anwendungsbereich des NCT allein auf gewisse „digitale Bereiche“ beschränkt werden soll.

Unklar ist zudem auch, wer von dem NCT in Zukunft Gebrauch machen wird. Einige europäische Mitgliedstaaten reklamieren zumindest eine konkurrierende Zuständigkeit mit der Kommission im Hinblick auf ihr jeweiliges Territorium. Sprecher der Kommission berichteten in dem Zusammenhang, dass man sich mit den nationalen Kartellbehörden im Dialog befinde und dabei auch die Verzahnung der neuen Kommissionskompetenzen mit dort bestehenden Regelungen durchdenke.

Die weiterhin bestehenden Unklarheiten mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des NCT verdeutlichen, dass nicht mit einer baldigen Einführung des Instruments zu rechnen ist, zumal das NCT nun in einem als „**Digital Markets Act**“ bezeichneten Gesetzgebungsprojekt aufgehen soll, dass auch eine Regulierung sog. digitaler „Gatekeeper“, d.h. eine Liste verbotener Verhaltensweisen besonders marktstarker Unternehmen in den

Bereichen „search engines“, „operating systems“, „cloud computing“ und „online intermediation“ (z.B. App Stores, soziale Netzwerke und Marktplätze), umfassen soll. Letzteres war bislang als Teil des „Digital Services Act“ diskutiert worden und segelt nun – mit gleicher Zielsetzung – unter neuer Flagge.

Die Kommission plant weiterhin, die entsprechenden Gesetzesentwürfe Anfang Dezember vorzulegen. Die Dinge bleiben allerdings weiterhin im Fluss. Zudem hat Generaldirektor Guersent bereits in Aussicht gestellt, dass ein Gesetzgebungsprozess mindestens 18 Monaten dauern dürfte.



### Take away

Wann das NCT und die dieses neue Instrument flankierenden „Gatekeeper-Regelung“ eingeführt und wie genau diese Instrumente aussehen werden, konkretisiert sich zwar, Details aber bleiben offen. Der weitere Gesetzgebungsprozess wird zeigen, auf welche neuen Eingriffsbefugnisse die Kommission in Zukunft zurückgreifen kann, welche Unternehmen hiervon betroffen sein und wie die Mitgliedstaaten in die Rechtsdurchsetzung eingebunden werden. Wir halten Sie auf dem Laufenden.

## Weniger ist mehr – Deutsche Fusionskontrolle nach der 10. GWB-Novelle

Das Bundeswirtschaftsministerium hat den lang erwarteten [Regierungsentwurf](#) der 10. GWB-Novelle veröffentlicht. Im Vergleich zum Referentenentwurf des „GWB-Digitalisierungsgesetzes“ (wir berichteten im [Kartellrechtsradar Herbst 2019](#)) ergeben sich einige bedeutende Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle. Diese sollen vor allem weitere Ressourcen des Bundeskartellamtes („**BKartA**“) freigeben, sodass sich das Amt auf größere und inhaltlich komplexere Fälle konzentrieren kann.

Vorgesehen ist jetzt insbesondere eine weitere **Anpassung der Inlandsumsatzschwellen**, welche die Anzahl der Anmeldungen „kleiner“ Zusammenschlussvorhaben reduzieren soll. Konkret würde die erste Inlandsumsatzschwelle von 25 auf 30 Mio. EUR angehoben werden und, wie bereits im vorhergehenden Referentenentwurf vorgeschlagen, die zweite Inlandsumsatzschwelle von fünf auf zehn Mio. EUR. Die Regierung rechnet

hierdurch auf Basis der durchschnittlichen Fallzahlen von 2019 mit einem Wegfall von 320 Fällen pro Jahr; dies entspricht einem Rückgang von jährlich gut 22%.

Weiter sollen **Krankenhausfusionen** durch einen neu einzuführenden § 186 Abs. 9 GWB unter bestimmten Bedingungen von der Fusionskontrolle ganz ausgenommen werden. Dies gilt jedoch nur für solche Zusammenschlüsse, die mittels des Krankenhausstrukturfonds gefördert und bis zum Jahresende 2025 vollzogen werden. Die Regelung wurde im gesundheitspolitischen Interesse eingefügt.

Zudem wurde der **Anwendungsbereich des neuen § 39a GWB** deutlich enger gefasst. Mit dieser Regelung kann das BKartA künftig, unabhängig von den Schwellenwerten des § 35 GWB, Unternehmen dazu auffordern, für den Zeitraum von drei Jahren Erwerbsvorhaben in bestimmten Wirtschaftszweigen anzumelden (sog. „Aufforderungsverfahren“). So soll vor allem verhindert werden, dass größere strategische Erwerber durch sukzessive, nicht miteinander verbundene Klein-Transaktionen „unterm Radar“ des BKartA eine marktbeherrschende Stellung aufbauen (sog. „killer acquisitions“).

Die Anwendung dieses Verfahrens soll nun nur noch dann möglich sein, wenn das Amt zuvor eine **Sektoruntersuchung** in dem betroffenen Wirtschaftszweig vorgenommen hat. Dies gilt zudem nur in Verbindung mit Sektoruntersuchungen, die nach dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung abgeschlossen werden. Daneben bedarf es eines zeitlichen Zusammenhangs zu der Anmeldeaufforderung. Durch die nun restriktivere Fassung wird mit nur noch einem Anwendungsfall pro Jahr gerechnet.

Es wird erwartet, dass die Novelle Anfang nächsten Jahres in Kraft tritt. Der Regierungsentwurf wurde bereits an den Bundestag versandt und aus Berliner Kreisen war zuletzt reges Interesse an einer schnellen Umsetzung zu vernehmen.



## Take away

Der Regierungsentwurf der 10. GWB-Novelle zielt auf eine weitere Fokussierung der Kapazitäten des Kartellamts ab. Gegenüber dem Referentenentwurf haben sich insbesondere ergänzende Änderungen im Zusammenhang mit den Regelungen zur Fusionskontrolle ergeben. Aufgrund einer deutlich restriktiveren Formulierung wurde dabei vor allem dem neuen § 39a GWB etwas Wind aus den Segeln genommen.

## Grüne Welle – Nachhaltigkeit im Fokus der Wettbewerbsbehörden

Die Bedeutung sowie die Umsetzung von Nachhaltigkeits- und Umweltschutzziele geraten bei vielen Unternehmen immer stärker ins Bewusstsein. Nun steht das Thema auch auf der Agenda europäischer Kartellbehörden. Nach dem Vorstoß der niederländischen Wettbewerbsbehörde (Autorität Consument & Markt – ACM), die ihre überarbeiteten [Leitlinien zum Umgang mit sogenannten Nachhaltigkeitsvereinbarungen](#) zwischen Unternehmen für eine Konsultation veröffentlicht hat, hat sich auch die griechische Kartellbehörde (Hellenic Competition Commission – HCC) mit einem [Arbeitspapier](#) zu Wort gemeldet. Auch ihr Ziel ist es, im Dialog mit nationalen Unternehmen Lösungen zu erarbeiten, mit denen **Unternehmensoperationen** zu Nachhaltigkeits- und Umweltschutzzwecken kartellrechtssicher umgesetzt werden können.

Während der niederländische Ansatz vorsieht Wettbewerbsbeschränkungen mit Hilfe von Art. 101 Abs. 3 AEUV als erlaubt anzusehen, solange irgendein gesamtgesellschaftlicher – und nicht ein Gewinn bei der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts – die unmittelbaren Effekte der Wettbewerbsbeschränkung zumindest aufwiegt, sind die ersten Überlegungen der Griechen noch umfassender. Untersucht werden soll auch, ob und wie Nachhaltigkeitsaspekte bei der Fusionskontrolle oder im Rahmen der Missbrauchsaufsicht berücksichtigt werden können.

Schon die niederländischen Überlegungen zum Kartellverbot können den geltenden Rechtsrahmen aber schnell überdehnen und so ließen Wort-

meldungen zum „grünen Kartellrecht“ aus Brüssel nicht lange auf sich warten. In einer [Rede mit dem Titel „The Green Deal and competition policy“](#) äußerte sich die Kommissarin Margrethe Vestager zu möglichen Anpassungen im Beihilferecht (neue Leitlinien zur Beihilfengewährung für Energieunternehmen sind bereits geplant) und im Kartellrecht. Im Zusammenhang mit Letzterem nimmt die Kommission Bezug auf die wiederbelebte Praxis der sog. „Comfort Letter“, mit der dem Bedürfnis der Unternehmen nach **Rechtssicherheit** Rechnung getragen werden soll. Die Kommissarin betonte allerdings auch die weiterhin bedeutende Rolle der staatlichen Regulierung, die mit den Wettbewerbsregeln *„Hand in Hand gehen“* müsse.

Vertreter der Generaldirektion Wettbewerb äußerten sich ebenfalls zum „grünen Kartellrecht“. Das Kartellrecht könne und solle eine unterstützende Rolle in der europäischen Klimapolitik spielen. Gleichwohl dürfe das Erreichen von Nachhaltigkeitszielen (EU-Klimaziels: CO<sub>2</sub>-Neutralität bis 2050) nicht zum Deckmantel für Kartellrechtsverstöße werden. Am 13. Oktober hat die Kommission nun eine **Konsultation** zum Thema „Competition contributing to the European Green Deal“ gestartet. Im entsprechenden Begleitpapier wird in diesem Zuge ebenfalls klargestellt, dass der Wettbewerbspolitik bei der Bekämpfung des Klimawandels und beim Umweltschutz *„keine zentrale Rolle“* zukomme.

Ähnlich kritisch werden die Vorstöße zum „grünen Kartellrecht“ von der britischen und der litauischen Kartellbehörde gesehen. Bei aller Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellrecht müsse die Grenze der demokratischen Legitimität gewahrt werden. Andernfalls könne diese untergraben werden. Es sei grundsätzlich fraglich, ob das Kartellrecht das geeignete Mittel zur Erreichung gesellschaftlicher Ziele sei. Deutlicher Widerspruch regte sich auch bei Vertretern der spanischen, italienischen und portugiesischen Kartellbehörden.

Das BKartA beschäftigte sich am 1. Oktober 2020 im Rahmen der virtuellen Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht (die sog. „Professorentagung“) mit dem Thema „Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis“. Das [45-seitige Arbeitspapier zur Tagung](#) beleuchtet neben dem Vorstoß der niederländischen Kartellbehörde insbesondere auch die bisherige Praxis europäischer Wettbewerbsbehörden. Das BKartA hat Gemein-

wohlbelange bislang im Zuge seines behördlichen Aufgreifermessens berücksichtigt und den Unternehmen auf diese Weise Orientierungshilfe gegeben. Als Beispiel nennt das Amt das *Fair-trade Label* oder die *Initiative Tierwohl*. Daneben spricht das Papier von möglichen **Zielkonflikten** zwischen Wettbewerbsschutz und Gemeinwohlzielen wie Nachhaltigkeit und Umweltschutz, die aufgrund des gestiegenen gesellschaftlichen Interesses zu Wettbewerbsparametern werden.

Im Arbeitspapier ist ebenfalls ausgeführt, es sei vorrangig Aufgabe der demokratisch legitimierten politischen Entscheidungsträger mittels Regulierungsansätzen Gemeinwohlziele zu verfolgen. Unternehmenskooperationen zur privaten Selbstregulierung könnten zwar (in begrenztem Maße) eine Alternative zu gesetzgeberischen Maßnahmen sein, seien dann aber am Kartellrecht zu messen. Kartellrechtlich relevant könnten sie dann sein, wenn über das gesetzlich Vorgesehene hinaus zusätzliche Verpflichtungen vereinbart werden und damit Beschränkungen des Wettbewerbs verbunden sind.

Dabei kommt das Arbeitspapier zu dem Schluss, dass eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 101 Abs. 1 AEUV für Kooperationsformen privater Selbstregulierung kaum in Betracht komme. Einer Eingrenzung des Kartellrechts schon auf Tatbestandsebene wird also eine Absage erteilt. Die Berücksichtigung von Gemeinwohlinteressen könne allenfalls im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV – also auf „Rechtfertigungsebene“ – möglich sein. Allerdings, so das Arbeitspapier, können sich die kooperierenden Unternehmen – anders als der Ansatz der niederländischen Behörde – hierbei nach geltender Rechtslage nicht auf den Schutz abstrakter Gemeinwohlziele berufen: *„Sie müssen stattdessen den **Nachweis** erbringen, dass die nachteilig betroffenen Verbraucher auf dem relevanten Markt auch von den Vorteilen der Vereinbarung profitieren und insgesamt durch die Vereinbarung nicht schlechter gestellt werden.“* Ausschließlich externe, marktfremde Effekte, die ohne Beteiligung des Verbrauchers „nur“ der Gesellschaft nutzen sind mithin nicht berücksichtigungsfähig. Ähnlich wird die Lage im Hinblick auf das deutsche und europäische Fusionskontrollrecht gesehen. Hier vertritt das Arbeitspapier die klare Auffassung, dass eine Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte kaum in Betracht kommt.

Prüfungsmaßstab sei ausschließlich die Behinderung des Wettbewerbs.

Last not least: Kürzlich wurde bekannt, dass das EU-Parlament eine **Rechtsänderung** angeregt hat, die innerhalb der Lieferketten für landwirtschaftliche Erzeugnisse wie Reis und Zucker (also z.B. zwischen Erzeuger und weiterverarbeitenden Unternehmen, nicht aber zwischen Wettbewerbern) unter bestimmten Bedingungen solche Verhaltensweisen vom Kartellverbot ausnehmen würde, deren Ziel die Einführung von über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehenden Standards für den Umwelt- und Tierschutz ist. Voraussetzung soll sein, dass die hiermit verbundene Gemeinwohlförderung etwaige Verbrauchernachteile überwiegt, die Wettbewerbsbeschränkungen nicht über das unbedingt Notwendige hinausgehen und die Kommission dies gegenüber den beteiligten Unternehmen feststellt.

### Take away

Nachhaltigkeit und Umweltschutz sind in aller Munde und viele Wettbewerbsbehörden haben sich dem Thema angenähert. Im Gegensatz zum progressiven Vorstoß der niederländischen Kartellbehörde, die der gesellschaftlichen Herausforderung bewusst flexibel (allerdings wohl tendenziell auch jenseits der Grenzen des geltenden EU-Kartellrechts) gegenübertritt, halt man sich in Deutschland noch bedeckt und verweist in erster Linie auf die politischen Entscheidungsträger. Die Kommission hat unter dem Eindruck der Vorstöße zwischenzeitlich eine Konsultation gestartet und im EU-Parlament gibt es – wenn auch in einem eng umgrenzten Sonderbereich – einen Vorstoß. Das Parlament geht hier klar mit dem Zeitgeist und sendet ein wichtiges Signal. Der jetzige Regelungsvorschlag könnte also – wenn er denn aufgegriffen wird – langfristig durchaus auch auf breiterer Front Schule machen und zu einem Klimawandel (im besten Sinne) führen.

## Rückspiegel – Kartellamt veröffentlicht Jahresbericht 2019/2020

Am 2. September hat das BKartA seinen [aktuellen Jahresbericht](#) veröffentlicht. Dieser enthält nicht nur einen Bericht über die Fälle und Entwicklungen im Zeitraum 2019/2020, sondern auch einige Hinweise des Wirtschaftsministers und des Kartellamtspräsidenten zum Umgang mit der **Corona-Krise**. Beide sind sich einig, dass das Kartellrecht ausreichende Flexibilität bietet, um auf die Krise zu reagieren. Kartellamtspräsident Mundt erklärte, dass diese Flexibilität bereits genutzt werde, um die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Daneben stehe aber auch weiterhin die Digitalwirtschaft im Fokus und das Amt erhofft sich durch die 10. GWB-Novelle neue Instrumente zum Schutz des Wettbewerbs.

Die Corona-Krise schlug sich vor allem in der Zahl der **Zusammenschlussvorhaben** nieder, die beim Amt im 1. Halbjahr 2020 angemeldet wurden. Allein im Mai 2020 waren über 50% weniger Neuanmeldungen zu verzeichnen als im Mai 2019. Allerdings rechnet Präsident Mundt für das zweite Halbjahr 2020 mit einem deutlichen Anstieg der Fusionskontrollanmeldungen, da es Anzeichen für zahlreiche Übernahmen von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gebe. Gerade bei solchen Fällen könne man laut Mundt die Fusionskontrollregeln jedoch nicht lockern, weil die so entstehenden Märkte auch nach der Corona-Krise erhalten blieben.

Bei der **Kartellverfolgung** konnte das BKartA im Jahr 2019 mit rund 848 Mio. Euro Bußgeld die insgesamt zweithöchste Summe an Kartellbußgeldern in einem Jahr verhängen. Nur im Rekordjahr 2014 war diese Summe mit 1,1 Milliarden Euro höher. Branchenmäßig betrafen die Bußgelder in 2019 wie immer einen „bunten Strauß“ an Unternehmen und Verbänden sowie natürliche Personen. Im Rahmen der Pressekonferenz anlässlich der Berichtsveröffentlichung merkte Herr Mundt an, dass es aufgrund der COVID-19-bedingten Beschränkungen in diesem Jahr einen Rückgang der Durchsuchungsaktivitäten des Amtes gegeben habe. Man arbeite derzeit an Schutzmaßnahmen, um die Kartellverfolgung weiter aufrechterhalten zu können.

Im Bereich **Kartellschadensersatz** stellte das Amt fest, dass die Gesamtzahl der vor Gericht anhängigen Verfahren weiterhin steige, wobei in Deutschland rund 80% der 2019 anhängig

gemachten Fälle das sog. LKW-Kartell betrafen. Zugleich jedoch wurden in diesem Komplex weniger Klagen erhoben als noch 2018 der Fall.

### Take away

Aus Sicht des BKartA war 2019 ein äußerst erfolgreiches Jahr, mit vielen aufsehenerregenden Verfahren und der zweithöchsten Gesamtsumme verhängter Bußgeldern (848 Mio. EUR). Für das Jahr 2020 wird sich – insbesondere in der Fusionskontrolle, aber auch bei der Kartellverfolgung – eine andere Bilanz ergeben. Das Amt zeigt sich aber gerade im Bereich Digitalwirtschaft ehrgeiziger denn je zuvor und hofft auf die baldige Einführung der 10. GWB-Novelle.

## Fokus Fusionskontrolle

### Mehr für Brüssel – Kommission kündigt neue Fusionskontrollpraxis an

Bereits seit geraumer Zeit erwägt die Kommission Änderungen am europäischen Fusionskontrollregime und hatte dazu bereits in der letzten Amtszeit von Frau Vestager einen Konsultationsprozess durchgeführt. Wie das BKartA ist auch die Kommission bestrebt, potentiell problematische Zusammenschlussvorhaben möglichst zielgerichtet zu erfassen. Dabei hat auch die Kommission solche Transaktionen im Blick, die z.B. im Digital- oder Pharmabereich zwar wettbewerbliche Bedenken auslösen, der fusionskontrollrechtlichen Prüfung derzeit jedoch wegen zu geringer Umsatzwerte entgehen (sog. „killer acquisitions“).

Im September hat Margrethe Vestager, Kommissarin für Digitales und Wettbewerb sowie geschäftsführende Vizepräsidentin der Kommission, nun in einer Rede [einige Gedanken zur Zukunft der EU-Fusionskontrolle](#) geäußert (Hogan Lovells berichtete ausführlich in einem [Blogbeitrag](#)). Konkret ist für die Lösung des „killer acquisitions“-Problems eine **Anpassung der Verwaltungspraxis** zu Art. 22 EU-Fusionskontrollverordnung („FKVO“) im Gespräch; anders als z.B. Deutschland oder Österreich (Einführung von Transaktionswertschwellen bzw. „Anmeldeaufforderung“ nach § 39a GWB) will die Kommission auf gesetzliche Änderungen an der FKVO selbst verzichten.

Die eher unauffällige und vermeintlich technische Änderung, die die Kommissarin nun angekündigt hat, birgt dennoch Zündstoff. Im Fall ihrer Umsetzung hätte sie erhebliche Auswirkungen auf die zukünftige Fusionskontrollpraxis in Europa.

Art. 22 FKVO erlaubt den Mitgliedstaaten bei der Kommission einen Antrag zu stellen, wonach ein Zusammenschlussvorhaben nicht auf nationaler Ebene, sondern von der Kommission in Brüssel geprüft wird. Bislang sieht die Verwaltungspraxis der Kommission allerdings vor, dass keine Anträge von Mitgliedstaaten akzeptiert werden, in denen die nationalen Anmeldeschwellen nicht überschritten werden. Nach eigenem Recht unzuständige Mitgliedstaaten konnten daher in der Praxis keine erfolgversprechenden Anträge auf eine Brüsseler Prüfung stellen. Ursprünglich wurde Art. 22 FKVO nämlich für Fälle eingeführt, in denen ein Mitgliedstaat gar kein Fusionskontrollregime hat.

Diese praktische Handhabung soll nun angepasst werden. Auch ein Mitgliedstaat ohne eigene Fusionskontrollzuständigkeit kann dann eine „**Verweisung**“ (eher: eine Verfahrenseinleitung) beantragen. Anders als bislang bestünde dann trotz der in aller Regel leicht überprüfbaren Umsatzschwellen oft keine Rechtssicherheit bei der Transaktionsplanung mehr. Denn auch bei einem Unterschreiten aller relevanten Schwellenwerte im EWR könnte ein Vorhaben – weil es aus Sicht eines Mitgliedstaates für potentiell wettbewerblich bedenklich gehalten wird – doch in Brüssel geprüft werden.

Dies würde bei bisher nicht kontrollpflichtigen Transaktionen **erhebliche Vorprüfungen** und **komplexe Risikobeurteilungen** durch die beteiligten Unternehmen erfordern – sowohl auf nationaler als auch auf EU-Ebene. Zwar soll es keine Anpassung „über Nacht“ geben, gleichwohl wurde die Vorlage entsprechender Leitlinien und Vorschriften bereits für Mitte 2021 angekündigt. Die Kommission ist bereits an die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden herangetreten und will diese Konsultation bis zum Frühjahr 2021 beenden. Sie wird dabei viele offene Fragen klären müssen.

## Take away

Überlegungen der EU-Kommission zum Umgang mit sog. „killer acquisitions“ würden die aktuelle Verwaltungspraxis zu Art. 22 FKVO ändern. Sollte die geplante Änderung umgesetzt werden, würde dies zu erheblichen Rechts- und Transaktionsunsicherheiten führen.

## Fokus Kartellverbot

### Kalter Kaffee – Rossmann entgeht erhöhtem Kartellbußgeld

Das Verfahren um das Bußgeld gegen die Drogeriemarktkette Dirk Rossmann GmbH („**Rossmann**“) im Kaffee-Kartell ist mit der Rücknahme des Einspruchs nun endgültig beendet. Seit dem Jahr 2015 war das Unternehmen gegen das vom BKartA verhängte Bußgeld über 5,25 Mio. EUR wegen Preisbindung beim Handel mit Melitta-Kaffee vorgegangen.

Rossmann wandte sich mit dem ursprünglichen Einspruch vor dem Oberlandesgericht in Düsseldorf („**OLG**“) insbesondere gegen die vom BKartA vorgenommene Berechnung des Bußgelds, erlitt jedoch drei Jahre später eine herbe Niederlage. Im Jahr 2018 verurteilte das OLG Rossmann zur Zahlung von 30 Mio. EUR, versechsfachte also die ursprüngliche Summe nahezu ([V-4 Kart 3/17](#)). Der Bundesgerichtshof („**BGH**“) hob das Urteil des OLG – nach erfolgreicher **Verfahrensrüge** seitens Rossmann – jedoch wieder auf und verwies den Fall zur erneuten Entscheidung nach Düsseldorf zurück ([KRB 37/19](#)). Grund: Die Urteilsgründe wurden nicht binnen der gesetzlichen Frist zur Akte gebracht. Nach anschließender Rücknahme des Einspruchs durch Rossmann (die zu diesem Zeitpunkt noch die Zustimmung der Generalstaatsanwaltschaft erforderte) musste das OLG den Einspruch nun verwerfen, da zwei Geschäftsführer von Rossmann, deren persönliches Erscheinen angeordnet worden war, der Hauptverhandlung fernblieben. Für Rossmann bleibt es damit beim ursprünglichen Bußgeld in Höhe von 5,25 Mio. EUR.

Der BGH erläutert in seinem Beschluss ausführlich, dass und warum das OLG an einer Einhaltung der Frist nicht gehindert war. Insbesondere stellen gesundheitliche oder persönliche Gründe keine rechtfertigenden (unvorhersehbaren oder unabwendbaren) Umstände für das Fristversäumnis dar. Für die Einhaltung der Frist nach § 275 Abs. 1 S. 2 StPO seien alle berufsrichterlichen Mitglieder des Kartellsenats verantwortlich. Die vom OLG hervorgehobene **Komplexität des Falls** hätte aufgrund der Verantwortung aller erkennenden Richter die fristgerechte Fertigstellung der Urteilsgründe gerade erfordert. Insbesondere spreche Komplexität nicht gegen ein arbeitsteiliges Zusammenwirken der übrigen Kollegen bei einem unvorhergesehenen krankheitsbedingten Ausfall der Berichterstatteerin.

Auch wenn es sich vorliegend „nur“ um einen Verfahrensfehler handelte und der BGH keine inhaltliche Aussage zum durch das OLG verhängten Bußgeld traf, so ist der Fall dennoch ein Beleg für **funktionierende gerichtliche Kontrolle** und zeigt, dass es sich lohnen kann, nicht voreilig die Waffen zu strecken. In der jüngeren Vergangenheit wurden vom BGH wiederholt Entscheidungen des Düsseldorfer Kartellsenats aufgehoben und zurückverwiesen – sowohl aufgrund durchgreifender Rechtsfehler als auch wegen lückenhafter Beweiswürdigung oder fehlerhafter Berechnung der Bußgelder.

Der Beschluss des BGH ändert freilich nichts am seit jeher für Rechtsschutzsuchende stark entmutigenden **Verböserungsrisiko** bei der Überprüfung von Kartellbußgeldern des BKartA. Nach der jüngst veröffentlichten Entscheidung des BGH (KRB 99/19), nach der das Einstellungsurteil des OLG Düsseldorf wegen Verfolgungsverjährung im Bier-Kartell keinen Bestand hat, könnte das Verböserungsrisiko konkret für das Unternehmen Carlsberg wieder aufleben: die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf hatte bisher die Festsetzung einer deutlich höheren Geldbuße beantragt.

Zum Thema Bußgeldberechnung wird im Übrigen auch die 10. GWB-Novelle kaum Erleichterungen für Unternehmen bieten. Zwar sieht der Regierungsentwurf im neuen § 81d GWB weitere Kriterien für die Bemessung von Bußgeldern vor, um den Kartellbehörden und Gerichten „die *Ausfüllung des weiten gesetzlichen Rahmens* [zu] *erleichtern und die Einheitlichkeit der herangezogenen Zumessungskriterien* [zu] *fördern*“. Ob

das für eine harmonisierte Berechnungssystematik konkret genug sein wird, scheint zweifelhaft.

### Take away

Aufgrund eines Verfahrensfehlers beim OLG Düsseldorf sowie weiterer verfahrensrechtlicher Besonderheiten konnte Rossmann einem Bußgeld in Höhe von 30 Mio. EUR entgehen. Grundsätzlich sind Unternehmen jedoch weiterhin einem enormen Verböserungsrisiko ausgesetzt, dem auch durch die 10. GWB-Novelle kaum begegnet werden kann.

### Weites Netz – LG Bonn billigt Dokumentensichtungspraxis des Kartellamts

Das Landgericht Bonn („**LG Bonn**“) hat kürzlich einen [älteren Beschluss veröffentlicht](#), der sich mit den Grenzen des BKartA bei der Einsichtnahme in Unternehmensunterlagen gemäß § 110 StPO beschäftigt. Anfang 2010 hatte das Amt auf Basis von Verdachtsmomenten wegen wettbewerbswidriger Preisabsprachen gegen Hersteller und Händler von Süßwaren, Kaffee und Tiernahrung ermittelt. In dem gerichtlichen Verfahren ging es zuletzt um fünf E-Mails nebst Anhängen, die das BKartA im Rahmen der Durchsuchung zunächst vorläufig sichergestellt sowie anschließend – nach elektronischer Sichtung – als potenziell beweisrelevant eingestuft und einstweilig beschlagnahmt hatte.

Das LG Bonn verwarf im Jahr 2015 (27 Qs 28/14) die Beschwerde gegen den vorinstanzlich ergangenen Beschlagnahmebeschluss als unbegründet und sprach dem Kartellamt **umfassende Befugnisse** im Zusammenhang mit der Sichtung vorläufig sichergestellter Unternehmensunterlagen zu. Das Gericht sieht die Grenze des Erlaubten erst bei einer gezielten Suche nach sog. Zufallsfunden überschritten, also Kartellverstößen außerhalb des den Untersuchungsanlass bildenden Verfahrensgegenstandes. Dass das Amt es unterlassen hatte, die **Suchbegriffe** bei der **elektronischen Sichtung** der Daten anhand dieses Gegenstands thematisch einzugrenzen, wurde dabei gerade nicht als Anhaltspunkt für ein missbräuchliches Vorgehen der Behörde gewertet.

Das betroffene Unternehmen vertrat die Auffassung, dass die bei der Sichtung verwendeten Suchbegriffe zu allgemein gefasst gewesen seien und

sich daher keine potenzielle Beweisrelevanz habe ergeben könne. Das habe sich schon daran gezeigt, dass das Amt auf Basis der Liste mit Suchbegriffen vor Erlass des Beschlagnahmebeschlusses eine Vielzahl von „Zufallsfunden“ festgestellt und mangels Ermittlungsrelevanz von sich aus aussortiert hatte.

Das LG Bonn war indes anderer Meinung und blieb damit seiner bisherigen Entscheidungspraxis treu. Für die Anordnung der Beschlagnahme der streitgegenständlichen Unternehmensunterlagen bedürfe es grundsätzlich nur eines Anfangsverdachts. Entscheidend sei die **potenzielle Bedeutung** des zu beschlagnahmenden Materials im Zeitpunkt der Beschlagnahmeanordnung. Diese sei gegeben, wenn die Möglichkeit bestehe, dass der Gegenstand zur Be- oder Entlastung des Beschuldigten oder sonst für die Untersuchung Bedeutung gewinnen kann. Ob der Beweisgegenstand im Ordnungswidrigkeitenverfahren später tatsächlich verwendet wird sei ohne Bedeutung. Es sei auch nicht erforderlich, dass jedes beschlagnahmte Dokument einen unmittelbaren Zusammenhang zu den im Durchsuchungsbeschluss genannten Produktgruppen aufweise. Es genüge, dass sich Rückschlüsse auf generelle Vorgehensweisen von Personen oder Einblicke in Entscheidungsabläufe oder Strukturen im Unternehmen ergeben können.

Das Gericht erteilte auch einem „**Splitting**“ elektronischer Dateien eine Absage. Soweit sich beispielsweise nur der Inhalt einer E-Mail selbst oder einer ihrer Anhänge als potenziell beweisrelevant erweise, sei stets die gesamte E-Mail beschlagnahmefähig. Eine Teillöschung könne den Beweiswert des gesamten Dokuments in nicht abschätzbarer Weise beeinträchtigen.

Bereits im März 2012 hatte sich das LG Bonn (27 Qs 26/11) in einem [ähnlich gelagerten Fall](#) mit der potenziellen Beweisbedeutung von vorläufig sichergestellten IT-Daten beschäftigt. Zur Eingrenzung des ungefilterten Datenbestandes wurden ebenfalls verschiedene Suchbegriffe verwendet. Das BKartA habe zwar auch allgemeinere Begriffe verwendet, die Begrifflichkeiten hätten aber mit der kartellrechtlichen Problematik in Verbindung gestanden und einen Verfahrensbezug aufgewiesen. Jedes der streitgegenständlichen Dokumente habe mindestens eines der „*als untersuchungsrelevant eingestuften Suchbegriffe*“ enthalten. Auch in diesem Verfahren bejahte das LG dann die potenzielle Beweisrelevanz und hielt es nicht für erheblich, dass einzelne Dokumente im weiteren Verfahren keine direkte Beweisrelevanz erlangten.



### Take away

Das LG Bonn bestätigt die Vorgehensweise des BKartA bei der Sichtung großer IT-Datenbestände. Im Rahmen der Bewertung der potenziellen Beweisrelevanz kommt es auf den konkreten Inhalt des Dokuments an und nicht darauf, in welcher Weise die streitgegenständlichen Dateien in einem (elektronischen) Suchvorgang gefunden wurden. Insbesondere bedarf es keiner auf Basis des Durchsuchungsbeschlusses konkretisierten Suchbegriffe oder einer Eingrenzung auf das den Durchsuchungsanlass bildende Thema.



# Unser deutsches Kartellrechtsteam



## Ihre Hauptansprechpartner

### [Christian Ritz](#)

Partner, München  
christian.ritz@hoganlovells.com

### [Dr. Falk Schöning](#)

Partner, Brüssel  
falk.schoening@hoganlovells.com

### [Dr. Marc Schweda](#)

Partner, Hamburg  
marc.schweda@hoganlovells.com

### [Dr. Martin Sura](#)

Praxisgruppenleiter Kartellrecht  
Partner, Düsseldorf  
martin.sura@hoganlovells.com

### [Dr. Christoph Wünschmann](#)

Partner, München  
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com

## Bleiben Sie auf dem Laufenden!

### [Engage](#)

### [Deutscher Blog](#)

### [Deutsche Webseite](#)

“Hogan Lovells” oder die “Sozietät” ist eine internationale Anwaltssozietät, zu der Hogan Lovells International LLP und Hogan Lovells US LLP und ihnen nahestehende Gesellschaften gehören. Abbildungen von Personen zeigen aktuelle oder ehemalige Anwälte und Mitarbeiter von Hogan Lovells oder Models, die nicht mit der Sozietät in Verbindung stehen. [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)