

# Hogan Lovells

## Kartellrechts-Radar

Winter 2019/2020  
– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

### Bundeskartellamt

#### Jahresrückblick 2019

Das Bundeskartellamt hat am 27. Dezember 2019 seinen [Jahresrückblick 2019](#) in Form einer Pressemitteilung veröffentlicht. Der Jahresrückblick gliedert sich in Kartellverfolgung, Fusionskontrolle, Internetwirtschaft, Verbraucherschutz sowie dem Vergaberecht und hält einige interessante Zahlen bereit.

Im Bereich der **Kartellverfolgung** hat das Bundeskartellamt 2019 demnach rund € 858 Mio. an Bußgeldern gegen 23 Unternehmen bzw. Verbände und zwölf Personen in den Bereichen Fahrradgroßhandel, Gebäudeausrüstung, Zeitschriften, Industriebatterien, Autostahl-Einkauf sowie Stahl-Herstellung verhängt. 16 Unternehmen haben einen Bonusantrag gestellt. Weiter wurden fünf Durchsuchungsaktionen bei 32 Unternehmen durchgeführt.

Im Hinblick auf die **Fusionskontrolle** hat das Bundeskartellamt etwa 1.400 angemeldete Zusammenschlüsse geprüft, wovon (nur) 14 Verfahren in einer Phase II vertieft geprüft wurden. Vier Zusammenschlüsse wurden schließlich untersagt. In einem der Fälle wurde die Veräußerung von Kundenverträgen durch die Beteiligten als Auflage angeboten, das nach Ansicht des Bundeskartellamts jedoch nicht ausreichte, da unklar sei, ob die Kunden wirklich zu einem Drittunternehmen wechseln. Dies dürfte jedenfalls bei hochkonzentrierten Märkten (3-to-2 Merger) häufig ein grundsätzliches Problem sein, wenn kein glaubwürdiger Neueintritt bevorsteht.

In fünf Hauptprüfverfahren haben die Beteiligten die Anmeldung zurückgenommen. Ein Hauptprüfverfahren endete mit einer Freigabe ohne Auflagen und in vier Verfahren läuft das Hauptprüfverfahren derzeit noch.

Hinsichtlich der **Digitalwirtschaft** hebt das Bundeskartellamt seine Verfahren im Bereich von E-Commerce und sozialen Netzwerken im Hinblick auf das Verhältnis von Kartellrecht und Vertrags- und Geschäftsbedingungen bzw. Datenschutz hervor. Daneben wird auch die gemeinsame Studie mit der französischen Wettbewerbsbehörde zum Thema “Algorithmen und Wettbewerb” erwähnt (siehe unten).

Im Bereich des **Verbraucherschutzes** nennt das Bundeskartellamt die im April 2019 abgeschlossene Sektoruntersuchung zu Vergleichsportalen, die verbraucherunfreundliche Praktiken offengelegt hatte. Im Mai 2019 hat das Bundeskartellamt eine dritte Sektoruntersuchung eingeleitet, die sich mit der Erfassung, der Überprüfung und der Darstellung von Nutzerbewertungen im Internet befasst. Diese soll – ebenso wie die noch laufende Sektoruntersuchung zu Smart-TVs – in diesem Jahr abgeschlossen werden.

Schließlich gab es 2019 im Bereich **Vergaberecht** bei den Vergabekammern des Bundes 104 Nachprüfungsverfahren, wovon etwa die Hälfte Liefer- und Dienstleistungen betraf, gefolgt von Bauaufträgen. Weitere Schwerpunkte bildeten Arbeitsmarktdienstleistungen sowie der Verteidigungs- und Sicherheitsbereich.

Das noch im Aufbau befindliche **Wettbewerbsregister** des Bundes mit aufgrund von schwerwiegenden Wirtschaftsdelikten ausgeschlossenen Unternehmen soll bis Ende 2020 funktionsfähig sein.



## Take away

Neben dem Jahr 2014 mit Bußgeldern von mehr als € 1 Mrd. markiert das Jahr 2019 einen weiteren Höchststand bei den Bußgeldern in der Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt. Die Zahl der Fusionskontrollen bleibt mit 1.400 Fällen weiter hoch. Die weit überwiegende Zahl der Verfahren wird aber zügig im Vorprüfverfahren innerhalb eines Monats abgeschlossen. Der Selbstanspruch des Bundeskartellamts, eine der führenden Kartellrechtsbehörden im Bereich der Digitalwirtschaft zu sein, setzt sich, wie schon in den letzten Jahren, ungebrochen fort. Insofern verspricht auch das Jahr 2020 wieder spannend zu werden.

## Neuer Aufgabenbereich der EU-Wettbewerbskommissarin

Die bisherige Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager wird künftig in der EU-Kommission zusätzlich zum Kartellrecht auch für die digitale Agenda zuständig sein

Seit dem 1. Dezember 2019 leitet Margrethe Vestager in der Kommission von Ursula von der Leyen das Portfolio für digitale Agenda und Wettbewerb.

In ihrem neuen vergrößerten Aufgabenbereich hat Vestager deutlich mehr Möglichkeiten, Gesetze und Regularien für das digitale Zeitalter zu entwerfen und durchzusetzen. In ihrem „[Mission letter](#)“ hat Ursula von der Leyen als Präsidentin der Kommission die beiden Aufgabenbereiche „Kartellrecht“ und „digitale Agenda“ wie folgt umrissen.

Im Hinblick auf das **Kartellrecht** soll Vestager sechs Themen in Angriff nehmen:

- 1. Stärkung der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in allen Bereichen.** Dies soll insbesondere zu einer Verbesserung der Entdeckung von Kartellrechtsverstößen führen, eine Beschleunigung der Untersuchungen umfassen und eine Erleichterung der Zusammenarbeit mit und zwischen den nationalen und internationalen Wettbewerbsbehörden bewirken.
- 2. Überprüfung der europäischen Wettbewerbsregeln.** Hierzu zählen insbesondere eine Neubewertung der verschiedenen Kartellrechtsverordnungen, die während des Mandats auslaufen werden (z.B. Gruppenfreistellungsverordnungen), sowie die laufende Bewertung der Fusionskontrollvorschriften und der EU-Beihilferegeln.
- 3. Sektoruntersuchungen von neuen und dynamischen Märkten.** Diese Untersuchungen sollen insbesondere im ersten Teil des Mandats durchgeführt werden und sich auf digitale Märkte erstrecken, die unsere Wirtschaft und Gesellschaft besonders prägen.
- 4. Wettbewerb als wichtiger Teil der Industriestrategie.** Die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie hängt von gleichen Wettbewerbsbedingungen ab, die einen Anreiz zu Investitionen, Innovationen und Wachstum bieten. Das EU-Beihilferecht soll hier unterstützend wirken, wo ein Marktversagen eintritt und ein Bedürfnis nach der Stärkung der Wertschöpfungskette besteht. In diesem Zusammenhang will die Kommission mit den Mitgliedstaaten zusammenarbeiten, um die wichtigsten Projekte von europäischem Interesse umzusetzen.
- 5. Begrenzung von wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen ausländischer Staatsinvestitionen.** Als Teil der Industriestrategie sollen Instrumente und Strategien entwickelt werden, um wettbewerbsverzerrende Auswirkungen im Binnenmarkt von Investitionen und Subventionen ausländischer Staaten anzugehen.
- 6. Proaktive Einbringung von allgemeinen Marktkenntnissen, insbesondere im Digitalbereich.** Dies soll neue Legislativvorschläge für einen fairen und offenen Wettbewerb im Binnenmarkt ermöglichen.

Hinsichtlich des zweiten Verantwortungsbereiches „**Europe fit for the digital age**“ stehen die folgenden Themen im Fokus:

1. Mitgestaltung einer neuen langfristigen **Industriestrategie** in Europa.
2. Mehr Kooperation zwischen **ziviler, Verteidigungs- und Raumfahrtindustrie**.
3. Federführende **Co-Entwicklung einer neuen KMU-Strategie**, insbesondere zur Reduzierung von Bürokratie und einer optimalen Nutzung der Digitalisierung.
4. Verbesserung der **Haftungs- und Sicherheitsvorschriften für digitale Plattformen**, Dienstleistungen und Produkte in einem neuen „Digital Services Act“.
5. Arbeit an einer **Digitalsteuer** auf internationaler Ebene oder an einem fairen europäischen Steuervorschlag.



### Take away

Margrethe Vestager hat als EU-Wettbewerbskommissarin ein erweitertes und sehr einflussreiches Mandat, um Europa für das digitale Zeitalter zu rüsten, wobei das Kartellrecht und dessen Durchsetzung eine zentrale Rolle spielen wird. Es ist zu erwarten, dass insbesondere der digitale Sektor im nächsten Mandat Vestagers noch stärker im Fokus stehen wird.

## Algorithmen und Wettbewerb

### Gemeinsame Studie der französischen Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt und die französische Autorité de la Concurrence haben am 6. November 2019 eine [Studie](#) zu den wettbewerblichen Risiken beim Einsatz von Algorithmen („die Studie“) veröffentlicht.

Diese Studie ist auch im Zusammenhang mit der ausführlichen Betrachtung der Thematik im XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission und der Veröffentlichung des Referentenentwurfs zum

„GWB-Digitalisierungsgesetz“ zu sehen und zeigt das ungebrochene Interesse der Wettbewerbsbehörden an einer Durchsetzung des Kartellrechts im digitalen Kontext.

In ihrer Studie haben sich die beiden Behörden dem Konzept von Algorithmen sowie verschiedenen Anwendungsarten und -bereichen gewidmet. Dabei haben sie sich insbesondere auf Preissetzungsalgorithmen und Kollusion konzentriert, aber auch potenzielle Wechselwirkungen zwischen Algorithmen und der Marktmacht der Unternehmen, die diese nutzen, betrachtet.

Schwerpunkt der Studie bilden die möglichen Funktionsweisen und Einsatzmöglichkeiten von Algorithmen hinsichtlich einer kartellrechtswidrigen Kollusion, die anhand von drei Szenarien beleuchtet wurden.

Im ersten Szenario werden Algorithmen als Mittel zur Umsetzung eines „traditionellen“ Kartells oder zur Überwachung verbotener vertikaler Absprachen, wie etwa Preisbindungen der zweiten Hand, eingesetzt. Danach haben Unternehmen bereits eine kartellrechtswidrige Vereinbarung getroffen und bedienen sich Algorithmen, um ihre Vereinbarungen zu implementieren.

Im zweiten Szenario wird die Zusammenarbeit von Wettbewerbern mit demselben externen Berater oder Softwareanbieter untersucht. Kartellrechtlich relevant sei es, wenn der Berater oder Softwareanbieter ähnliche oder sogar identisch programmierte Algorithmen zur Verfügung stellt und sich hierdurch ein abgestimmtes Verhalten der Wettbewerber ergibt. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (VM Remonts, C-542/14 und Eturas, C-74/14) kommt es für die kartellrechtliche Relevanz maßgeblich darauf an, ob die beteiligten Wettbewerber von dem Verhalten des Dritten, hier z.B. des Softwareentwicklers, und die möglicherweise wettbewerbswidrigen Folgen wussten bzw. dies vorhersehen konnten. Dieses Szenario erinnert an die bereits mehrfach beaufte „klassische“ Hub-and-Spoke Konstellation, bei der die kartellrechtswidrige Abstimmung zweier Wettbewerber eben nicht direkt, sondern über einen Dritten erfolgt.

Im dritten und wohl interessantesten Szenario entwickeln bzw. setzen miteinander konkurrierende Unternehmen jeweils unabhängig voneinander Algorithmen ein. Auf Basis wettbewerblich relevanter Parameter agieren diese Algorithmen sodann am Markt und könnten dazu führen, dass sich das Verhalten der konkurrierenden Unternehmen angleicht. Dieses mögliche Geschehen wird insbesondere im Kontext von selbstlernenden Algorithmen diskutiert. Beide Behörden sehen hier mögliche kartellrechtliche Risiken, stellen aber auch klar, dass es für eine klare kartellrechtliche Beurteilung verfrüht ist, da beispielsweise reines Parallelverhalten keine kartellrechtswidrige Koordination darstellt.

Schließlich befasst sich die Studie auch mit den praktischen Herausforderungen bei der kartellrechtlichen Untersuchung von Algorithmen in Form von möglichen Arten von Beweismitteln und der notwendigen Analyse relevanter Informationen.



### Take away

Die Studie unterstreicht den Anspruch der beiden Behörden, weiterhin eine Vorreiterstellung bei der Durchsetzung des Kartellrechts im digitalen Sektor einzunehmen und insbesondere Preisalgorithmen in Zukunft verstärkt zu untersuchen. Unternehmen sind daher gut beraten, entsprechend Compliance-Maßnahmen zu ergreifen bzw. diese zu erweitern.

## 10. GWB-Novelle

**Neben der Umsetzung der ECN+-Richtlinie, Anpassungen bei der Fusionskontrolle, im Kartellverfahrensrecht sowie im Kartellschadensersatzrecht, sieht der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle auch Änderungen im Kartellbußgeldrecht vor<sup>1</sup>**

### **Voraussichtliche Änderungen im Kartellbußgeldrecht**

Die §§ 81 ff. GWB sollen neu strukturiert werden. Der Referentenentwurf überführt den bisherigen § 81 GWB in mehrere Einzelschriften und unterteilt das Kapitel zu Bußgeldverfahren in mehrere Abschnitte: „*Bußgeldvorschriften*“ (§§ 81 bis 81g), „*Kronzeugenprogramm*“ (§§ 81h bis 81l) und „*Bußgeldverfahren*“ (§§ 81m bis 86).

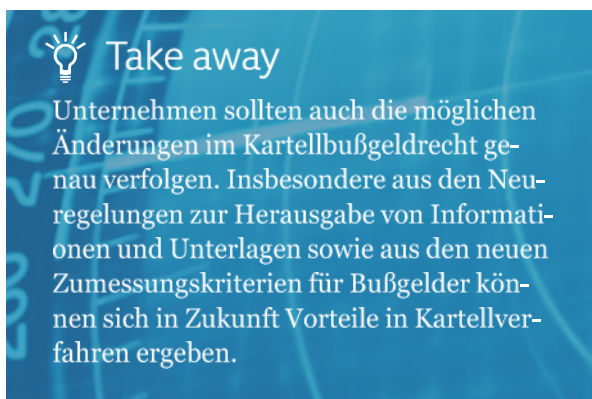
Im Einzelnen ergeben sich daraus unter anderem die folgenden Änderungen:

- Über den neuen § 81m gilt § 59 des Referentenentwurfs entsprechend für Bußgeldverfahren. Danach kann die Kartellbehörde die Erteilung von Auskünften und Herausgabe von Unterlagen verlangen. Die folgende Herausgabepflichtung bezieht sich auf alle Informationen und Unterlagen, die dem Unternehmen zugänglich sind. Dabei muss das Verlangen verhältnismäßig sein und darf den Adressaten nicht zum Geständnis einer Straftat, einer Ordnungswidrigkeit oder einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung zwingen. Für die Herausgabe gilt damit der Standard, der für Auskunftsverlangen der EU-Kommission gegenüber Unternehmen entwickelt wurde.
- Nach dem neuen § 81 Abs. 2 Nr. 6 handelt zudem ordnungswidrig, wer nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig ein Auskunftsverlangen beantwortet oder Unterlagen herausgibt.
- Aus dem neuen § 81d Abs. 1 S. 2 ergeben sich zudem neue Zumessungskriterien für die Bußgeldbemessung. So soll nach Nr. 3 der tatbezogene Umsatz gesetzliches Zumessungskriterium werden, sodass sich im Fall relativ geringfügiger Verstöße die Festlegung tat- und schuldangemessener Geldbußen auch auf gerichtlicher Ebene einfacher gestaltet. Außerdem soll sich nach Nr. 6 positives Nachtatverhalten bußgeldmildernd auswirken. Hierzu können auch effektive Compliance-Maßnahmen zählen.
- Nach dem neuen § 81g Abs. 4 S. 2 soll sich die absolute Verjährung in Abweichung von § 33 Abs. 3 S. 2 OWiG in jenen Fällen verlängern, in denen die Bußgeldentscheidung Gegenstand eines bei einer gerichtlichen Instanz anhängigen Verfahrens ist. Die Verlängerung der Frist tritt mit Anhängigkeit des gerichtlichen Verfahrens ein, also mit Übersendung der Akte an das Oberlandesgericht.

<sup>1</sup> Siehe dazu auch unseren Bericht im vergangenen Herbst 2019, abrufbar unter: <https://www.hoganlovells.com/de/publications/kartellrechts-radar-herbst-2019>.

- Über die neuen §§ 81h bis 81l wird das Kronzeugenprogramm in das GWB aufgenommen. Inhaltlich gestaltet es sich der Bonusregelung des Bundeskartellamts sehr ähnlich.

Die Berücksichtigung effektiver Compliance-Programme bei der Bußgeldbemessung zeigt einmal mehr die Bedeutung solcher Systeme in kartellrechtlichen Verfahren. Erste Anhaltspunkte für eine effektive Gestaltung können die Leitlinien der Antitrust Division des US Department of Justice zur „*Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*“ aus dem Juli 2019 liefern<sup>2</sup>.



**Take away**

Unternehmen sollten auch die möglichen Änderungen im Kartellbußgeldrecht genau verfolgen. Insbesondere aus den Neuregelungen zur Herausgabe von Informationen und Unterlagen sowie aus den neuen Zumessungskriterien für Bußgelder können sich in Zukunft Vorteile in Kartellverfahren ergeben.

## Bundeswirtschaftsministerium - Industriestrategie 2030

### „Leitlinien für eine deutsche und europäische Industriepolitik“

Am 29. November 2019 hat Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier die [Industriestrategie 2030](#) des BMWi mit dem ambitionierten Titel „*Leitlinien für eine deutsche und europäische Industriepolitik*“ vorgestellt. Dem nunmehr finalen Papier ging ein Entwurf aus dem Februar 2019<sup>3</sup> sowie eine Reihe von Dialogen mit der Wirtschaft, Gewerkschaften, der Wissenschaft und der Politik voraus.

Die Industriestrategie sieht drei Säulen für die Aufgaben der Politik zur Schaffung angemessener Rahmenbedingungen in einer Wirtschaft, die sich nach Ansicht des BMWi zunehmend durch „*Game-Changer-Technologien*“, Plattformökonomie, Klimawandel, strategische Industriepolitik anderer Staaten und Protektionismus auszeich-

net: (1) Die Leistungsfähigkeit des Standortes Deutschland müsse international gesichert werden, (2) die Technologieförderung müsse unter Nutzung privaten Kapitals gesteigert werden und (3) sicherheitsrelevante Technologien und kritische Infrastrukturen müssten besser als bislang geschützt werden. So soll die „Industrie-Führerschaft auf nationaler, europäischer und globaler Ebene“ in möglichst vielen Bereichen gesichert oder wiedererlangt werden.

Insbesondere zur ersten Säule sieht das BMWi in Kapitel 3 des Papiers – „*Bausteine für eine europäische Industriepolitik*“ – Maßnahmen für das europäische Wettbewerbsrecht vor, auf die es auch im Rahmen der bevorstehenden deutschen EU-Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2020 einen Schwerpunkt setzen will:

- **Europäische Unternehmenskooperationen** sollen durch „klare Leitlinien für Joint Ventures“ gefördert werden, um ein gemeinsames erfolgreiches Agieren auf ausländischen Märkten zu gewährleisten. Gemeint sind wohl Märkte außerhalb der EU.
- In **europäischen Fusionskontrollverfahren** soll ein stärkerer Fokus auf die Analyse des globalen Wettbewerbs gelegt werden, wobei besondere Aufmerksamkeit auf „dem Wettbewerb durch staatlich kontrollierte oder subventionierte Unternehmen aus Drittstaaten“ liegen soll.
- Schließlich seien klare Regelungen für **marktmächtige Unternehmen der Plattform- und Datenökonomie** erforderlich, einschließlich Regelungen zu Datenzugang und -portabilität. Das BMWi verweist dazu auf den „Bericht der Expertenkommission Wettbewerbsrecht 4.0 [„Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“](#)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Siehe dazu auch unseren Bericht im vergangenen Herbst 2019, abrufbar unter: <https://www.hoganlovells.com/de/publications/kartellrechts-radar-herbst-2019>.

<sup>3</sup> Unser Bericht zum Entwurf aus dem Februar ist abrufbar unter: <http://hoganlovells-blog.de/2019/02/11/ein-neuer-deal-fuer-europa/>.

<sup>4</sup> Siehe dazu auch unseren Bericht im vergangenen Herbst 2019, abrufbar unter: <https://www.hoganlovells.com/de/publications/kartellrechts-radar-herbst-2019>.

Insbesondere der zweite Punkt dürfte in der Zukunft zu regen Diskussionen führen. Bereits im [Entwurf zur Industriestrategie](#) und wiederholt im [„Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century“](#) des BMWi und des französischen Ministère de l'Économie et des Finances hatte man auf eine Reform der EU-Fusionskontrolle gedrungen.<sup>5</sup> Eine Antwort des Ministers war die Schaffung nationaler und europäischer Champions, unter der Überschrift „Größe zählt – Size matters!“. Die EU-Fusionskontrolle solle demnach gelockert werden, um größere und global führende europäische Marktteilnehmer entstehen zu lassen. Zudem solle die Möglichkeit einer politischen Überprüfung und Erlaubnis von Untersagungsentscheidungen der (EU-Kommission) geschaffen werden. Die Initiativen standen im Zeichen der im letzten Jahr erfolgten Untersagung des Zusammenschlusses der Siemens/Alstom-Zugsparten durch die (EU-Kommission). Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht sollen überprüft und gegebenenfalls geändert werden, damit für deutsche und europäische Unternehmen ein Wettbewerb „auf Augenhöhe“ möglich bleibe.



### Take away

Für die kommende deutsche EU-Ratspräsidentschaft sind Reforminitiativen im Bereich der Fusionskontrolle zu erwarten. Ergebnis könnte eine Lockerung bei großen Zusammenschlüssen europäischer Unternehmen sein.

<sup>5</sup> Unsere Berichte zu beiden Initiativen sind abrufbar unter: <http://hoganlovells-blog.de/2019/02/11/ein-neuer-deal-fuer-europa/> sowie <https://www.hoganlovells.com/en/blogs/focus-on-regulation/we-are-the-champions-france-and-germany-unite-to-revive-industrial-policy-at-european-level> (englisch).

## Ihre Hauptansprechpartner

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

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

### [Dr. Falk Schöning](#)

Partner, Brüssel  
falk.schoening@hoganlovells.com

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

Partner, Hamburg  
marc.schweda@hoganlovells.com

### [Dr. Christoph Wünschmann](#)

Partner, München  
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com

### [Christian Ritz](#)

Partner, München  
christian.ritz@hoganlovells.com

## Bleiben Sie auf dem Laufenden!

[Focus on Regulation Blog](#)

[Deutscher Blog](#)

[Deutsche Webseite](#)

## Unser deutsches Kartellrechtsteam



“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)