



TaylorWessing

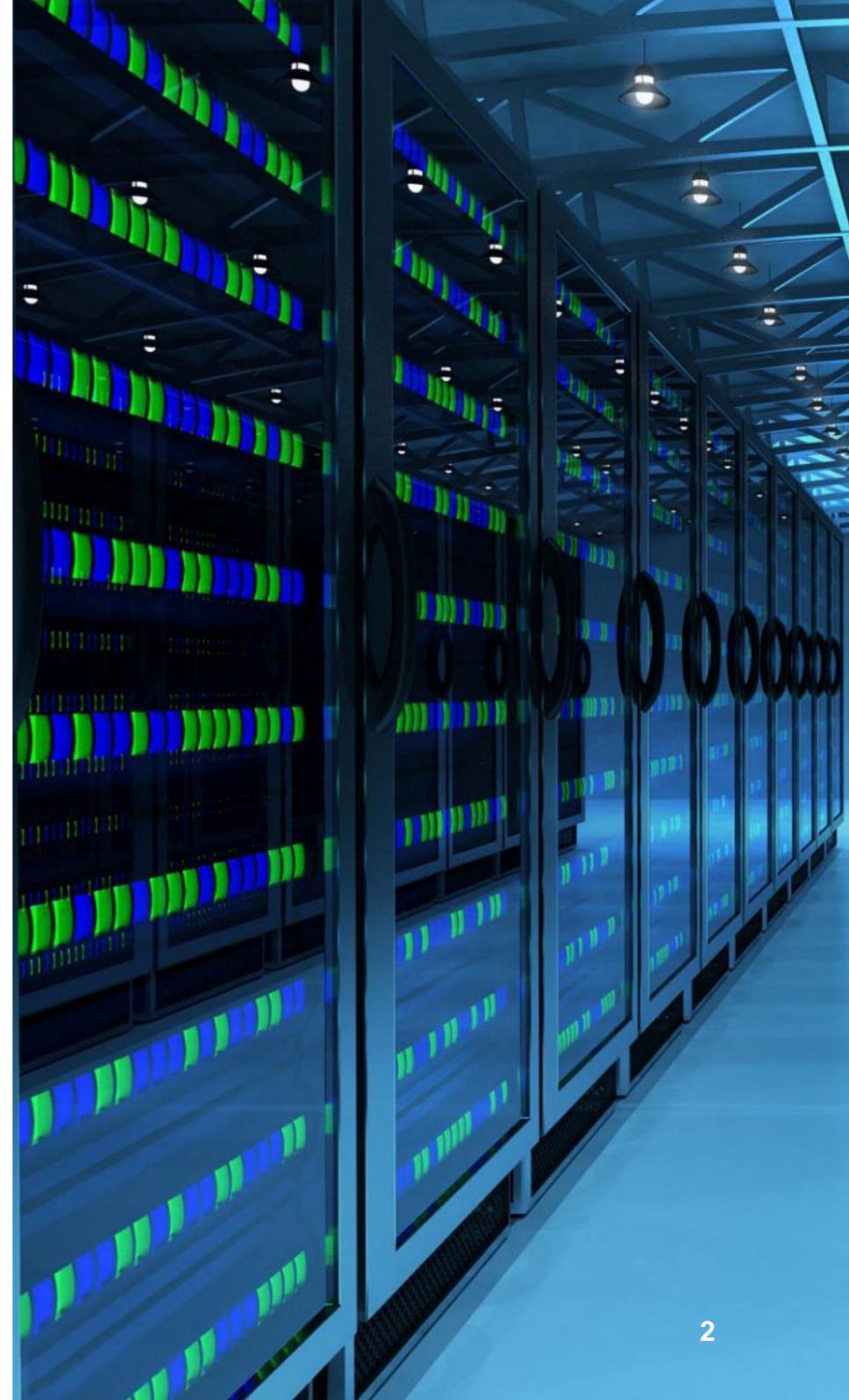
10. GWB-Novelle

Änderungen in der Fusionskontrolle, in Bußgeld- und
Verwaltungsverfahren und im Kartellschadensersatzrecht

18.2.2021 | Dr. Marco Hartmann-Rüppel und Dr. Stefan Horn

Inhalt

1	Fusionskontrolle	4
2	Bußgeldverfahren und -bemessung	11
3	Verfahrensrecht	17
4	Kartellschadensersatz	22



Die wesentlichen Änderungen im Überblick

Fusionskontrolle

- Änderung der Umsatzschwellenwerte
- Umsatzberechnungsregeln
- Neue Anmeldepflicht nach § 39a GWB
- Ausnahme für Krankenhausfusionen
- Dauer 2. Phase
- Bagatellmarktklausel

Bußgeldverfahren

- Struktur Bußgeldvorschriften
- Verschärfte Verbandsbußgelder
- Kriterien für die Bußgeldbemessung
- Kodifizierung Kronzeugenprogramm

Verfahrensrecht

- Auskunftsverlangen
- Mitwirkungspflichten bei Durchsuchungen
- Einstweilige Maßnahmen
- Antrag nach § 32c Abs. 4 GWB

Kartellschadensersatz

- Vermutungsregelung zur Betroffenheit
- Klarstellungen zu Offenlegungs- und Herausgabeansprüchen

1 | Fusionskontrolle

Fusionskontrolle – die Vorschriften und ihre **Neuerungen** im Überblick

§ 35 GWB –
Erhöhung der
Aufgreifschwellen

§ 38 GWB –
Umsatzberechnung

§ 186 (9) GWB –
Ausnahme für bestimmte
„Krankenhausfusionen“

§ 39a GWB –
Neue „Remondis“-Klausel

§§ 39, 40 GWB –
Sonstige
verfahrensrechtliche
Regelungen

§ 36 I 2 Nr. 2 GWB –
Bagatellmarktklausel

Fusionskontrolle – § 35 – Aufgreifschwellen

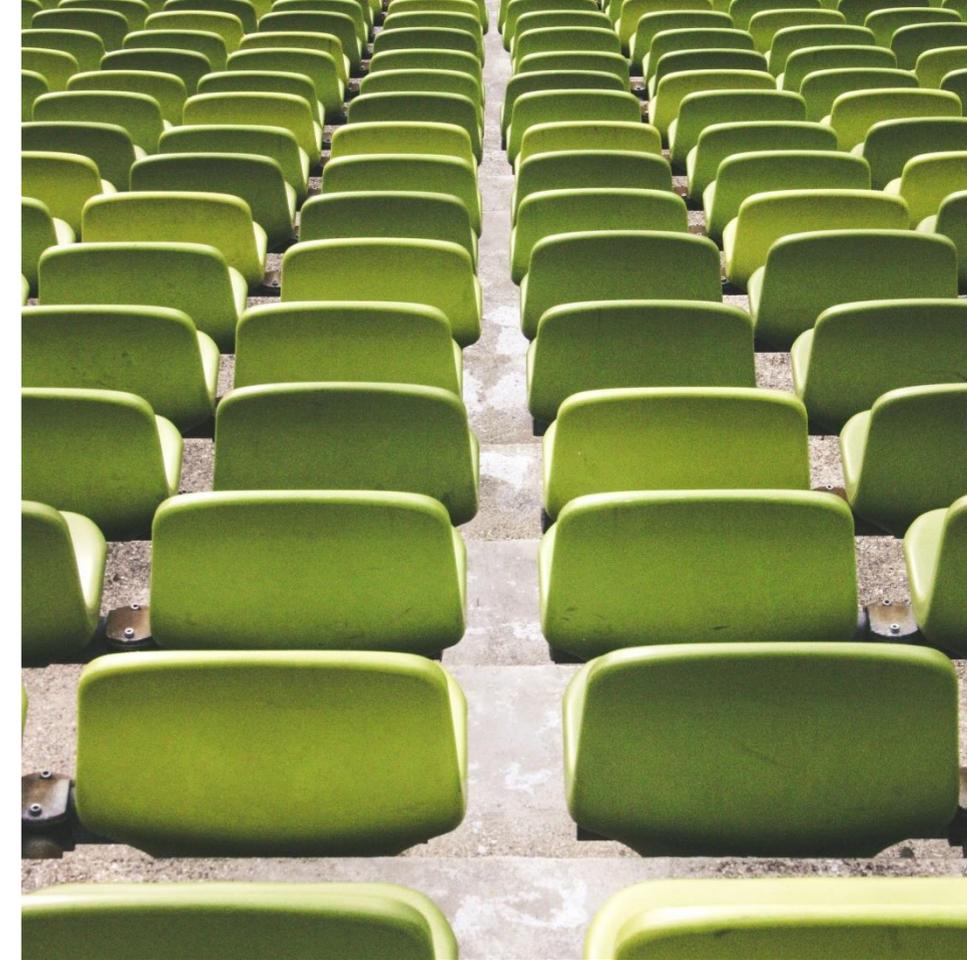
- Merken Sie sich nunmehr folgenden fusionskontrollrechtlichen „Dreiklang“:
500 / 50 / 17,5

**Gemeinsamer weltweiter
Umsatz > EUR 500 Mio.**



**Gemeinsamer weltweiter
Umsatz > EUR 500 Mio.**

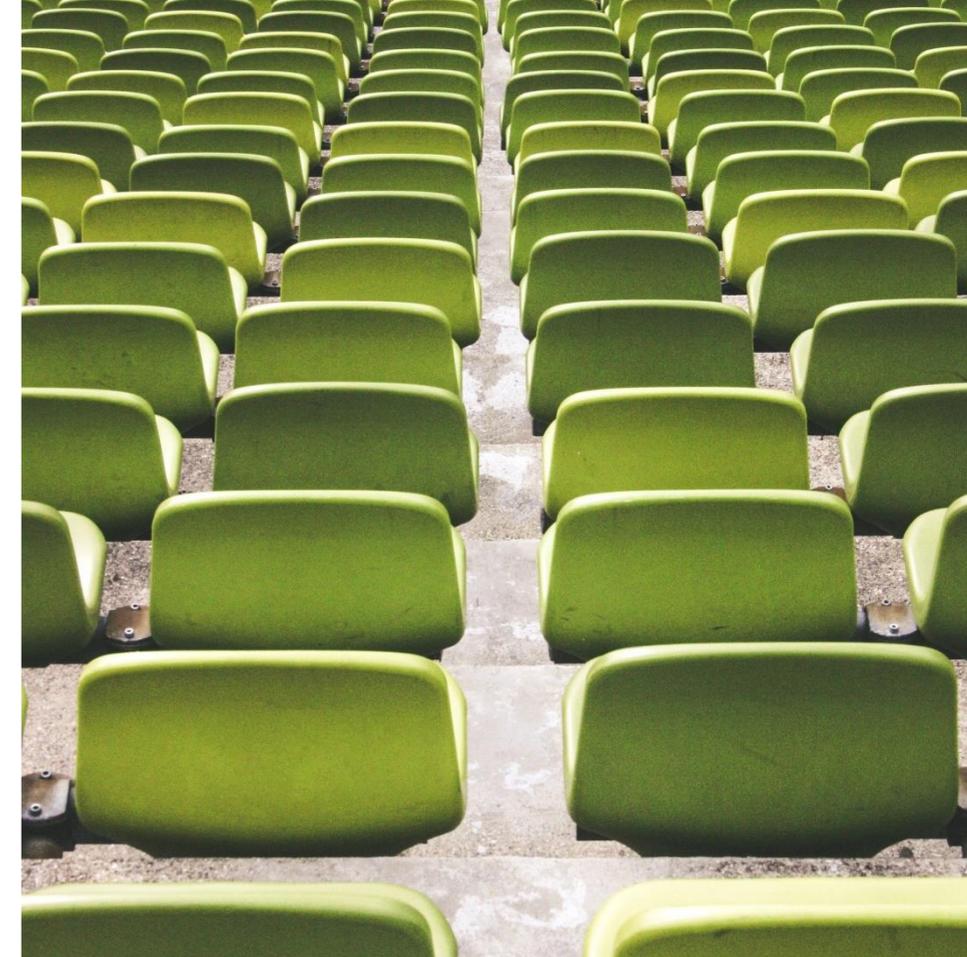
- Inlandsumsatz mindestens eines Unternehmens > EUR 25 Mio.
- Inlandsumsatz eines anderen Unternehmens > EUR 5 Mio.
- Die erste Inlandsumsatzschwelle erhöht sich auf EUR 50 Mio.; die zweite Inlandsumsatzschwelle auf EUR 17,5 Mio.
- Das gilt auch für die Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1a (Transaktionswert).
- Zugleich ist „Anschlussklausel“ des § 35 Abs. 2 S. 1 (a.F.) weggefallen.



**Der neue „Dreiklang“
500 / 50 / 17,5**

Fusionskontrolle – § 35 – Aufgreifschwellen

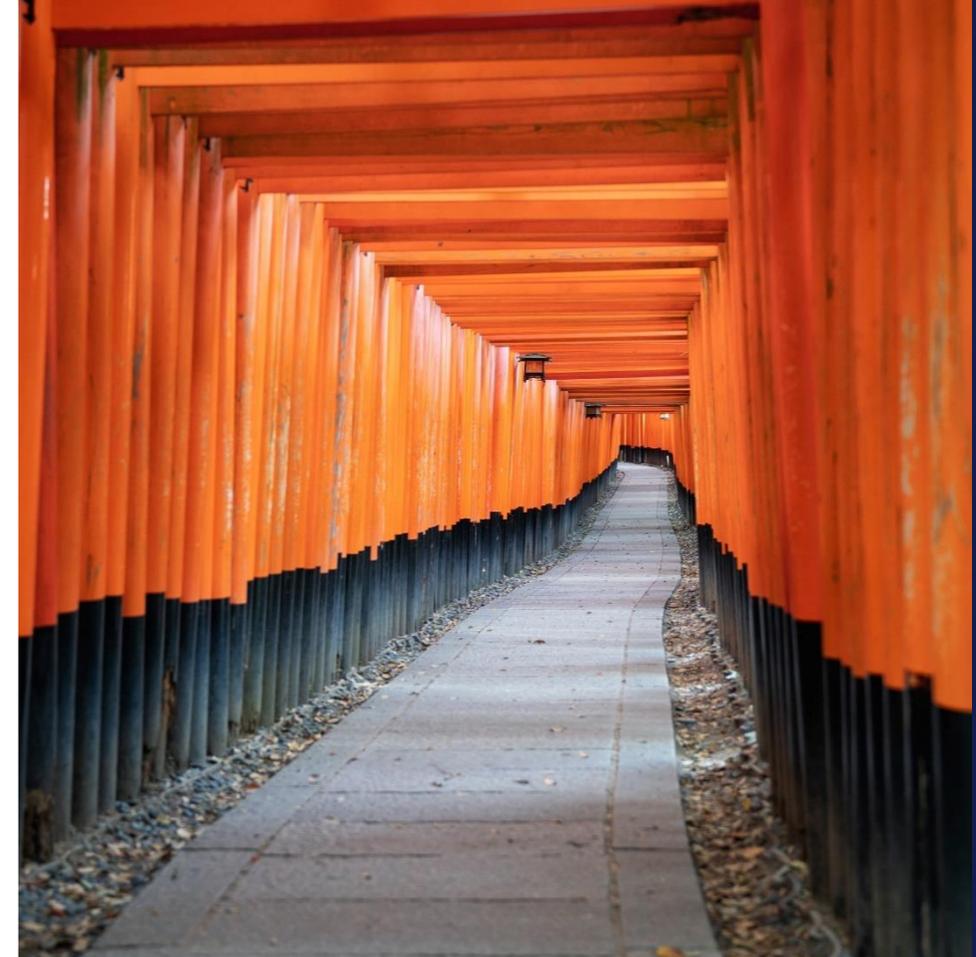
- **Für BKartA:** Entlastung
 - Erwartet werden ca. 1/3 weniger Fusionskontrollanmeldungen, allerdings erhält das Amt auch weniger Informationen über Märkte und „Bei der jetzt gewählten Höhe dürfte allerdings der ein oder andere bedenkliche Fall wegfallen.“ (A. Mundt, Pressemitteilung BKartA, 19.01.21)
- **Für Unternehmen:** Entlastung durch Wegfall der Anmeldepflicht, z.B.
 - bei Akquisitionen von kleineren Unternehmen bzw. Unternehmen mit Umsatz in Deutschland \leq EUR 17,5 Mio. durch einen Erwerber
 - bei Akquisitionen von kleineren Unternehmen durch ausländische Erwerber mit Umsätzen in Deutschland \leq EUR 50 Mio.
 - bei Akquisition von Unternehmen durch ausländische Erwerber mit geringen Umsätzen in Deutschland \leq EUR 17,5 Mio.
 - bei vielen Immobilientransaktionen



Entlastung

Fusionskontrolle – Weitere Entlastungen

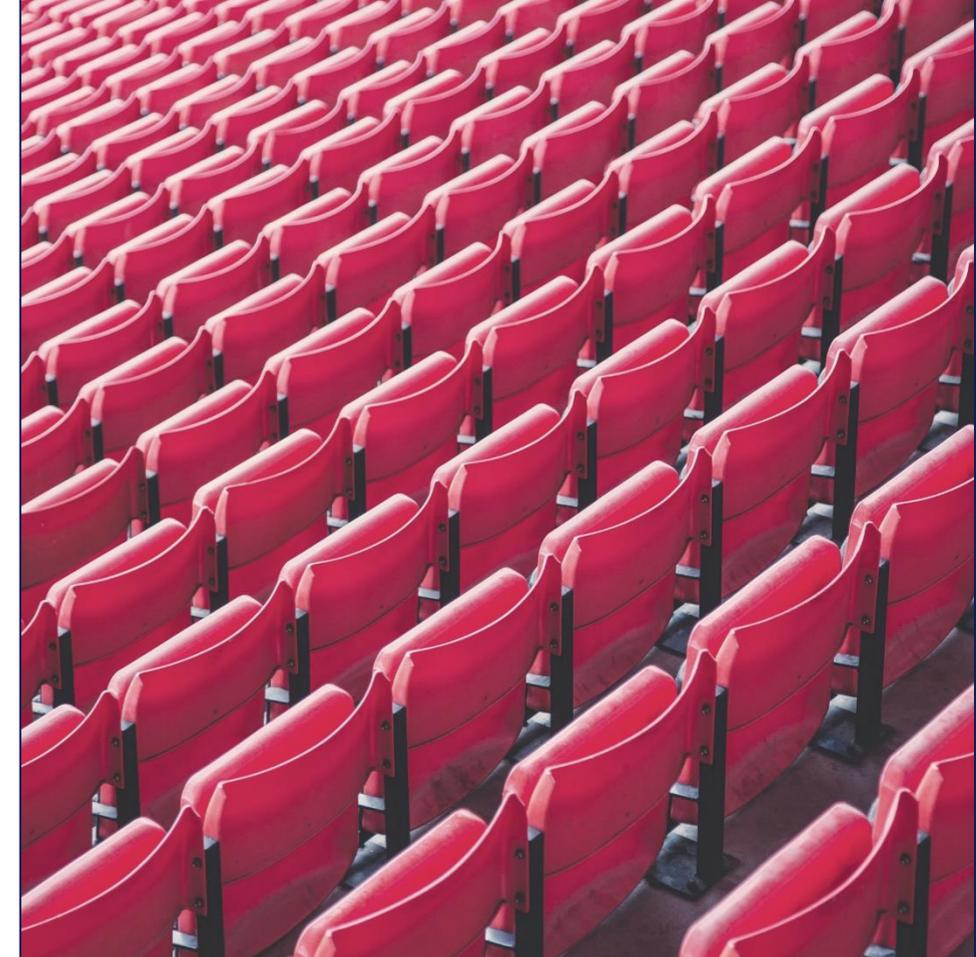
- **Umsatzberechnung, § 38**
 - Ermittlung der **Umsatzerlöse** nun auch **auf Grundlage IFRS** möglich statt wie bisher ausschließlich nach HGB, § 38 Abs. 1
 - wenn Jahresabschluss exklusiv nach IFRS erstellt wird
 - **Rechenklausel für Presseerzeugnisse**
 - Multiplikator von 8 auf 4 reduziert, § 38 Abs. 3
- **Ausnahme für bestimmte „Krankenhausfusionen“, § 186 Abs. 9**
 - Keine Anwendung der Fusionskontrolle
 - bei standortübergreifender Konzentration mehrerer Krankenhäuser oder einzelner Fachrichtungen mehrerer Krankenhäuser,
 - nur bei Förderung aus Krankenhausstrukturfonds
 - Regelung ist zeitlich befristet: Vollzug bis 2027
 - Aber nur Ausnahme; grundsätzlich sind Wettbewerb und Trägervielfalt im Krankenhaussektor zum Schutz einer qualitativ hochwertigen Versorgung aufrechtzuerhalten (so Gesetzesbegründung)



**Beschränkung der
Anmeldepflicht**

Fusionskontrolle – § 39a – „Remondis“-Klausel

- **Problem:** flächendeckende Marktkonzentration durch sukzessive Erwerbsvorgänge
- **§ 38 Abs. 5 S. 3:** Erwerbe binnen 2 Jahre vom selben Veräußerer; jetzt nicht nur, wenn erstmals Inlandsumsatzschwelle überschritten, sondern bei jedem Erwerb
- **§ 39a:** BKartA kann Unternehmen für 3 Jahre zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse in bestimmten Wirtschaftszweigen verpflichten, obwohl die Aufgreifschwelle des § 35 unterschritten sind, **wenn:**
 - Weltweite Umsatzerlöse des Erwerbers > EUR 500 Mio.
 - Objektive Anhaltspunkte für mögliche erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Inland in betroffenen Wirtschaftszweigen
 - Erwerber hat Anteil $\geq 15\%$ an Angebot oder Nachfrage von Waren und Dienstleistungen in betroffenen Wirtschaftszweigen in Deutschland
 - Vorherige **Sektoruntersuchung** auf einem der betroffenen Wirtschaftszweige (nur „neue“, die nach 19.01.21 abgeschlossen werden)
Das gilt aber nur für Transaktionen, bei denen Zielunternehmen
- Inlandsumsatz > EUR 2 Mio. und > 2/3 aller Umsätze im Inland



**Sukzessive
Erwerbsvorgänge**

Fusionskontrolle – Verfahren und „Bagatellmarktklausel“

- **Verfahren**
 - Verlängerung der Prüffristen (in Phase 2) von vier auf fünf Monate ab Anmeldung, § 40 Abs. 2
 - Vollzugsanzeige in der Regel nicht mehr erforderlich, § 39 Abs. 6 (Ausnahme bei nicht vor Vollzug angemeldeten Zusammenschlüssen)
- **Materielle Prüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses**
 - Bagatellmarktklausel, § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2
 - Schwelle von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. erhöht,
 - aber: mehrere Bagatellmärkte werden jetzt gemeinsam (kumuliert) an dieser Schwelle gemessen



Verfahren & Mehr

2 | Bußgeldverfahren und -bemessung

Bußgeldrecht – die **Struktur der Vorschriften** im Überblick

Abschnitt 1 – *Bußgeldvorschriften*

- § 81 – Bußgeldtatbestände
- § 81a – Geldbußen gegen Untern.
- § 81b – Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen
- § 81c – Höhe der Geldbuße
- § 81d – Zumessung der Geldbuße
- § 81e – Ausfallhaftung im Übergangszeitraum
- § 81f – Verzinsung der Geldbuße
- § 81g – Verjährung der Geldbuße

Abschnitt 2 – *Kronzeugenprogramm*

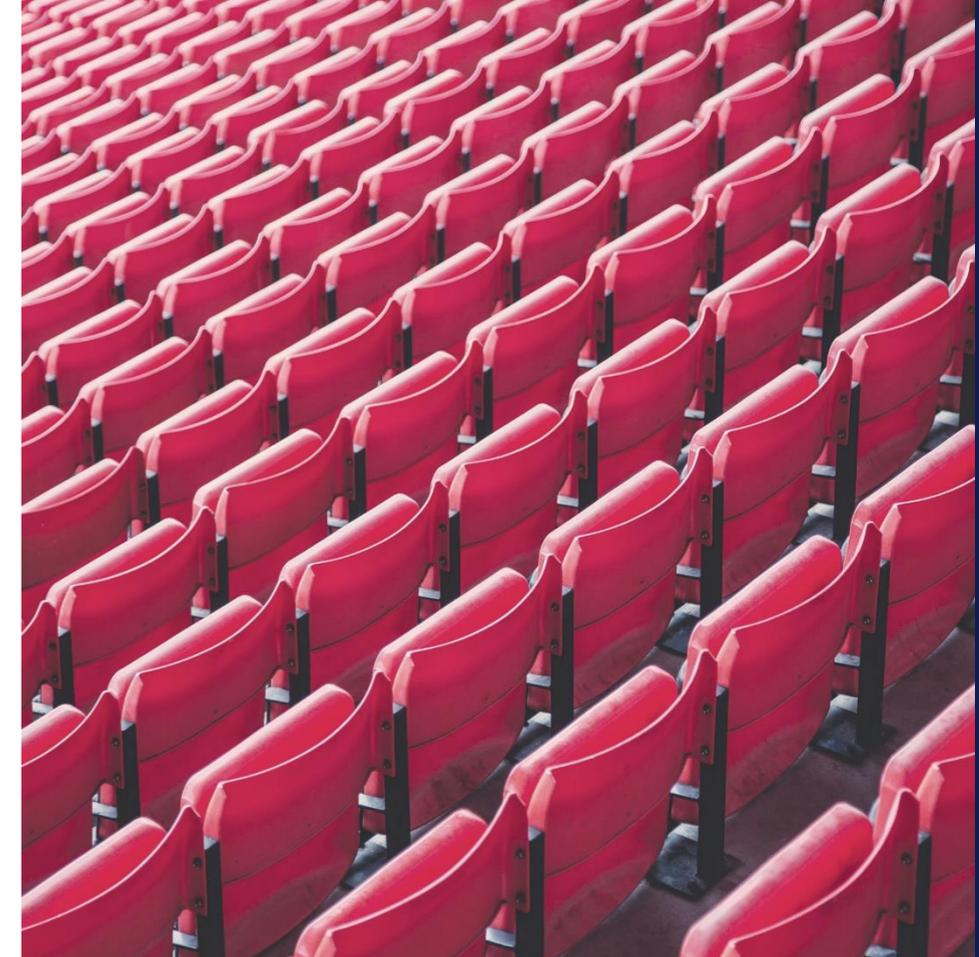
- § 81h – Ziel und Anwendungsbereich
- § 81i – Antrag auf Kronzeugenbehandlung
- § 81j – Allgemeine Voraussetzungen für die Kronzeugenbehandlung
- § 81k – Erlass der Geldbuße
- § 81l – Ermäßigung der Geldbuße
- § 81m – Marker
- § 81n – Kurzantrag

Abschnitt 3 – *Bußgeldverfahren*

- § 82 – Zuständigkeiten in Kartellbußgeldsachen
- § 82a – Befugnisse und Zuständigkeiten im Verfahren nach Einspruchseinlegung
- § 82b – Besondere Ermittlungsbefugnisse
- § 83 – Zuständigkeit des OLG im gerichtlichen Verfahren
- ...

Bußgeldrecht – Bußgeldvorschriften

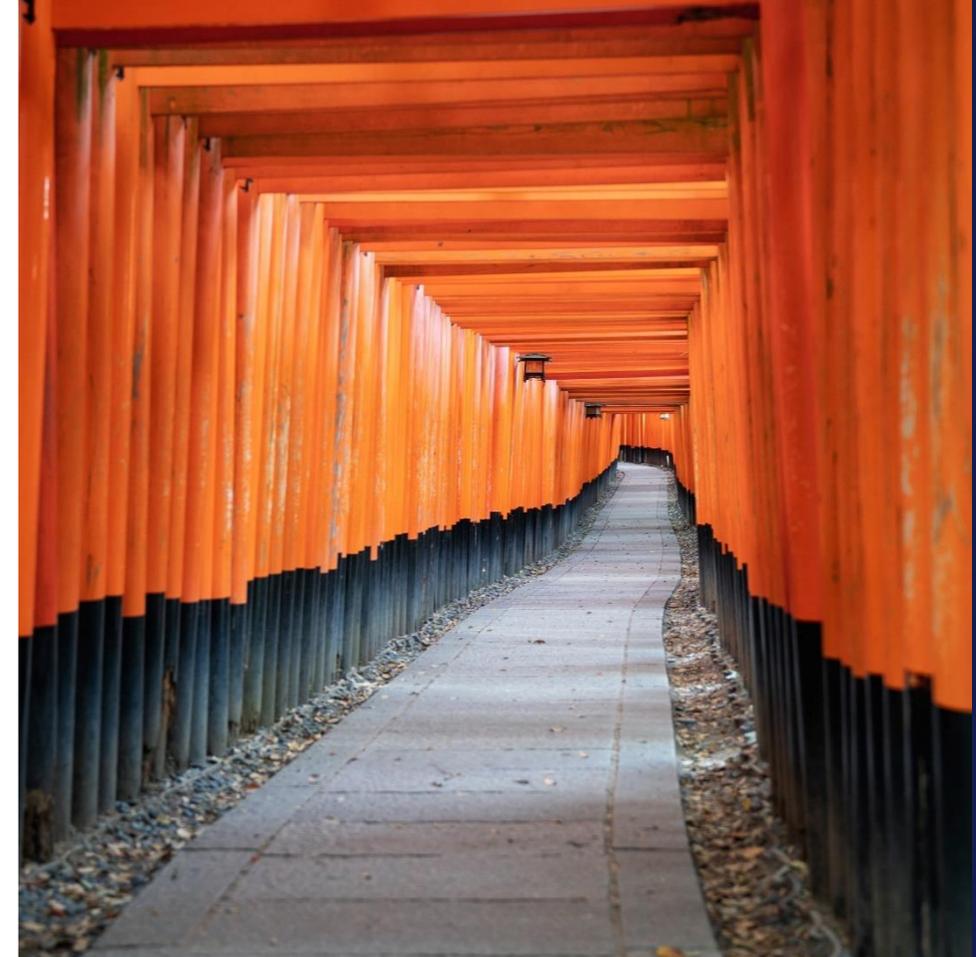
- Insbesondere aufgrund der Umsetzung der [Vorgaben in der ECN+-Richtlinie](#)
- § 81 GWB: Bußgeldtatbestände (weitestgehend unverändert)
- **Verschärfte Verbandshaftung** von Unternehmensvereinigungen
 - Ausfallhaftung, bzw. Rückgriff bei Mitgliedsunternehmen, § 81b GWB
 - Erhöhung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen durch neuen Anknüpfungspunkt (Gesamtumsatz der Mitgliedsunternehmen), § 81c Abs. 4
- Höhere **Geldbußen** für Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, § 81c Abs. 3 (bisher: bis zu EUR 100.000, künftig: bis zu 1% des Gesamtumsatzes)
- **Verjährung**, § 81g GWB
 - Verlängerung der absoluten Verjährung um den Zeitraum, in dem die Bußgeldentscheidung Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens war, § 81g Abs. 4 Satz 2
 - Unterbrechung der Verjährung künftig auch durch das Auskunftsverlangen gemäß § 82b Abs. 1 i.V.m. § 59 GWB



Bußgeldvorschriften

Bußgeldrecht – Bußgeldzumessung: Kriterien

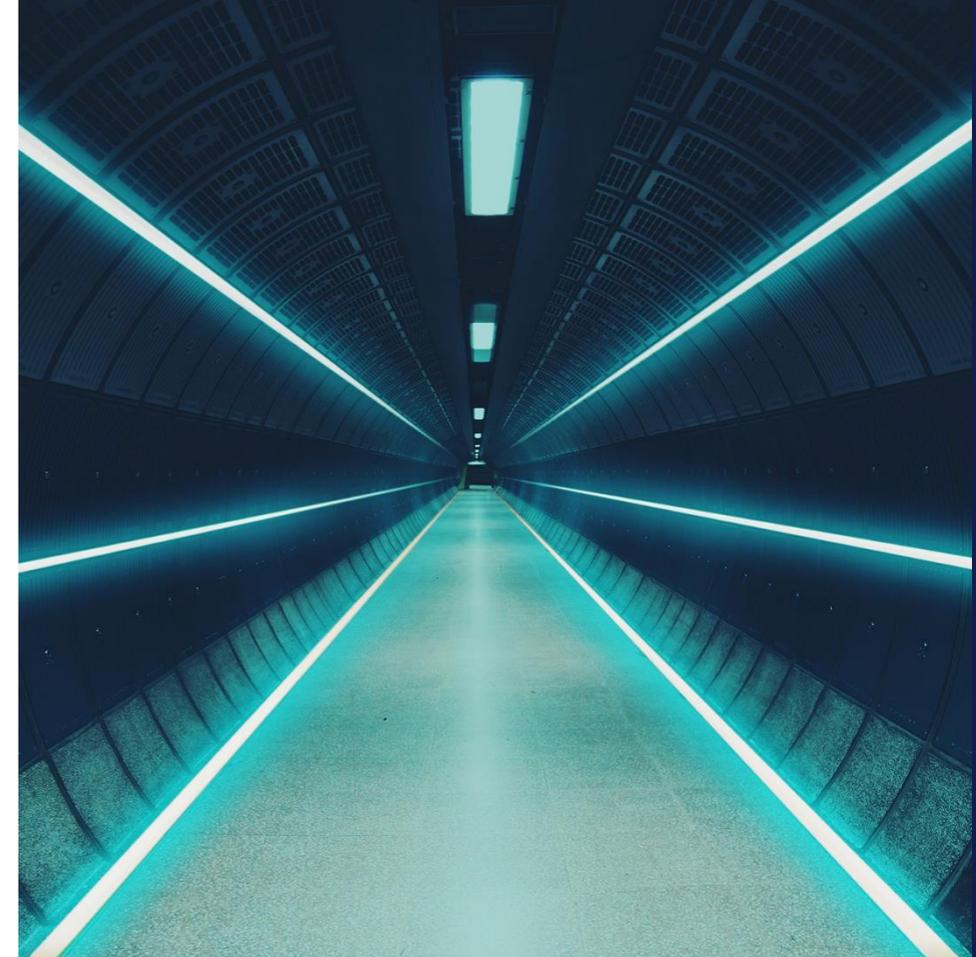
- Kriterien: **Schwere der Zuwiderhandlung** und **Dauer**, § 81d Abs. 1 S. 1
- Abzuwägende Umstände: „Insbesondere“-Katalog, § 81d Abs. 1 S. 2
 - **Art und Ausmaß** der Zuwiderhandlung, insbesondere tatbezogener Umsatz
 - Bedeutung der von Zuwiderhandlung **betroffenen Produkte** und Dienstleistungen
 - **Art der Ausführung** der Zuwiderhandlung
 - **Vortatverhalten**: frühere Zuwiderhandlungen sowie vor der Zuwiderhandlung getroffene, angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen = **Compliancema vor Verstoß** (→)
 - **Nachtatverhalten**: Bemühung zur Aufdeckung der Zuwiderhandlung und Schadenswiedergutmachung, sowie **Compliance-Maßnahmen nach Verstoß**
- *Gewichtung weiterhin frei (behördlich und gerichtlich); dennoch Erwartung eines engeren Gleichlaufs von BKartA und OLG Düsseldorf*



Zumessungskriterien

Bußgeldrecht – Bußgeldzumessung: Compliance Defence

- ...
- **Vortatverhalten:** u.a. **Compliance vor Verstoß** = vor der Zuwiderhandlung getroffene, angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen
 - Kriterium der *Wirksamkeit*, nachdem Zuwiderhandlung eingetreten ist: „alle objektiv erforderlichen Vorkehrungen, um Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen durch Mitarbeiter wirksam zu verhindern“
 - *Angemessenheit:* Anforderungen abhängig von Unternehmensgröße
 - Eintritt von Zuwiderhandlung trotz Compliance spricht nicht gegen ihre Ernsthaftigkeit
 - Keine Berücksichtigung, wenn Geschäftsleitung oder Leitungsperson selbst an Zuwiderhandlung beteiligt waren – keine Ernsthaftigkeit
 - Kommission honoriert „fehlgeschlagene“ Compliance-Maßnahmen nicht
 - Gleichlauf mit Verbandssanktionengesetz-E (§ 15 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 RegE)



Compliance Defence

Bußgeldrecht – Kronzeugenprogramm

- Kodifiziert, zuvor nur Verwaltungsvorschrift (Bonusregelung)
- Angleichung an europäische Terminologie ([ECN+-Richtlinie](#))
- Inhaltlich weitestgehend übereinstimmend mit bisheriger Bonusregelung des BKartA
- BKartA kann allgemeine Verwaltungsgrundsätze zur Konkretisierung der Ermessensausübung und des Verfahrens erlassen
- Antragsarten: Kronzeugenantrag, Marker, Kurzantrag
- Partielle Immunität, § 81I Abs. 3 GWB: bei Vortrag zusätzlicher Tatsachen, die zur Verhängung erheblich höherer Geldbußen verwendet werden, werden diese Tatsachen nicht bußgelderhöhend gegen den Vortragenden verwendet, z. B. weitere Tatzeiträume
- Gilt weiterhin nur für Horizontalfälle („Kartelle“); aber BKartA soll Kooperation im Rahmen des Ermessens auch in Vertikalfällen berücksichtigen können (Gesetzesbegründung)

Kronzeugenprogramm

3 | Verfahrensrecht

Verfahrensrecht – Auskunftsverlangen nach § 59

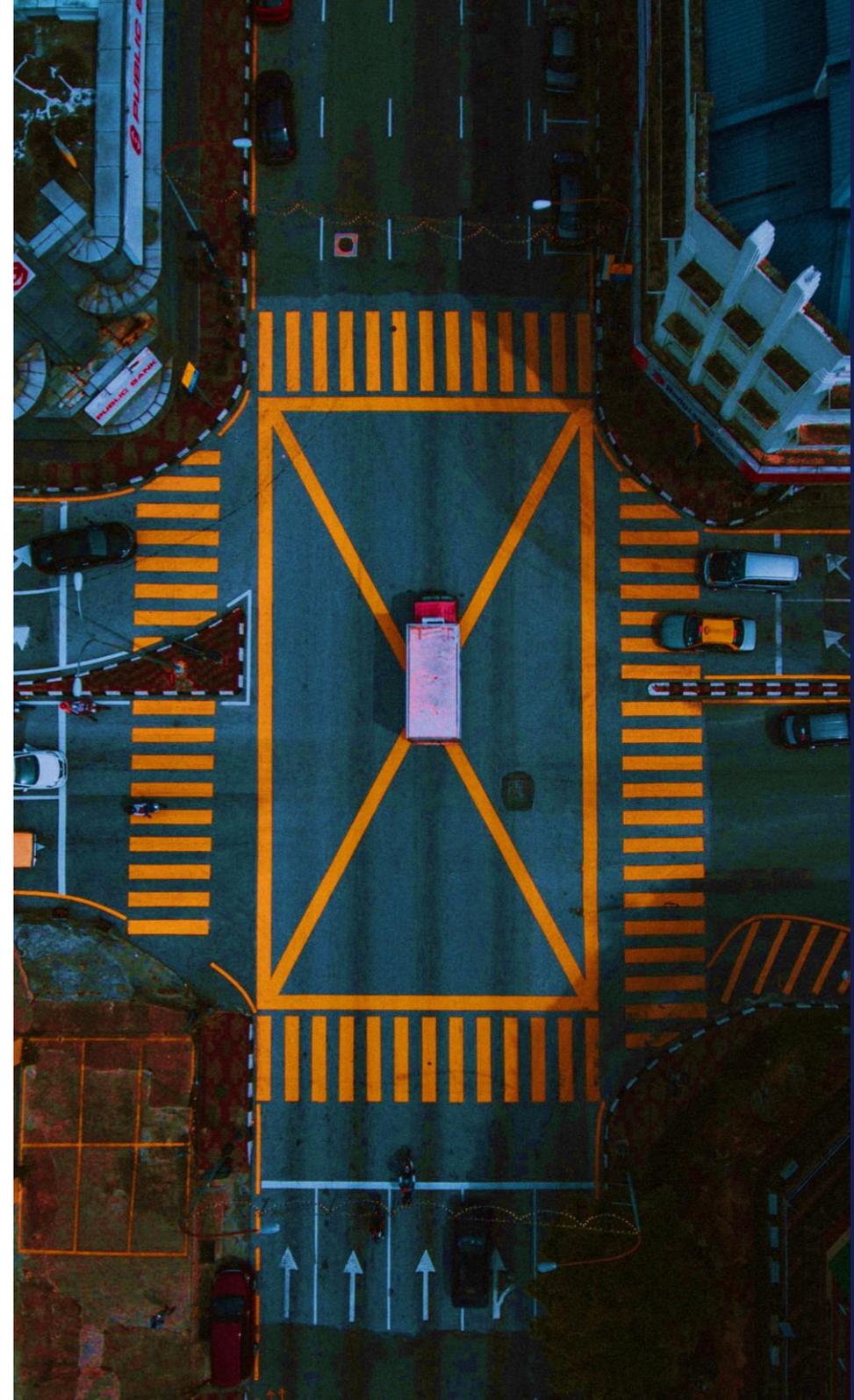
- **Umsetzung der ECN+-Richtlinie**; daher auch entsprechende Geltung für Bußgeldverfahren gem. § 82b Abs. 1 GWB
- **Adressaten** des Auskunftsverlangens:
 - Unternehmen (wirtschaftliche Einheit) und Unternehmensvereinigung
 - Juristische Personen und Personenvereinigungen, die keine Unternehmen oder Unternehmensvereinigung sind
 - Natürliche Personen
- **Inhalt** des Auskunftsverlangens:
 - Alle Informationen, die zur Erfüllung der der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben erforderlich sind



Verfahrensrecht – Auskunftsverlangen nach § 59

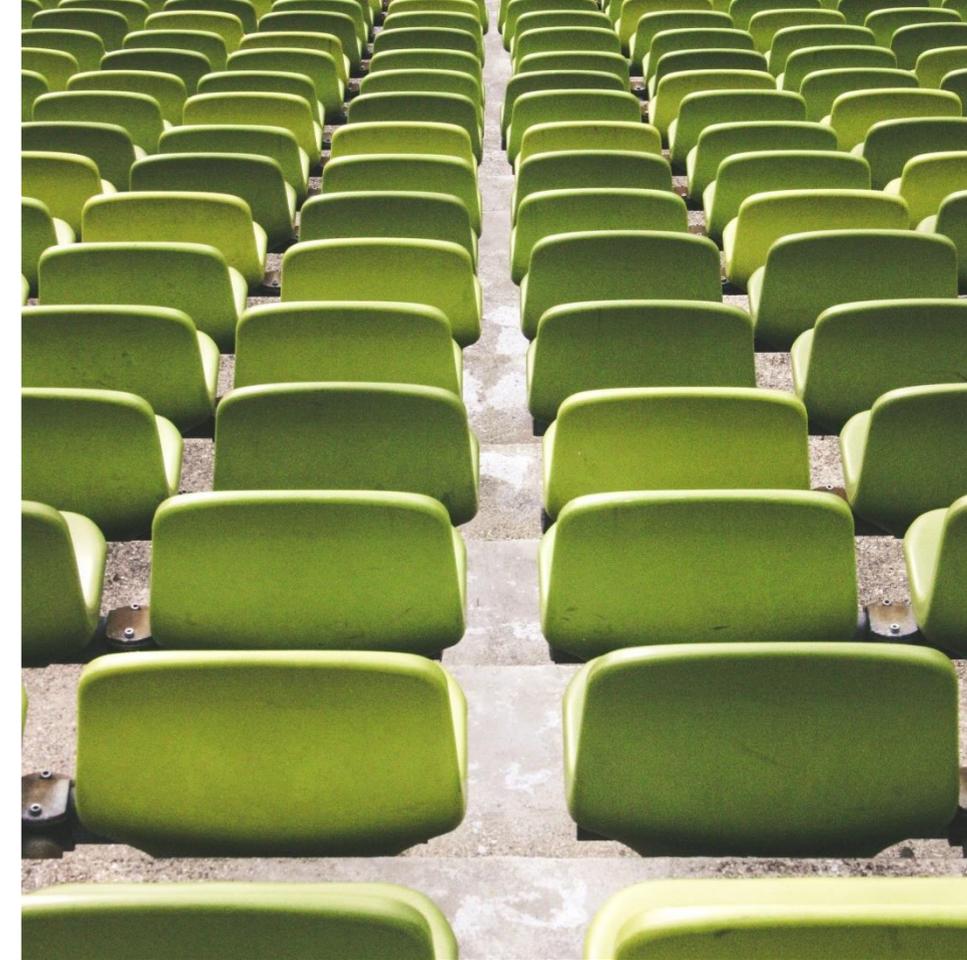
Verfahrensrecht – Auskunftsverlangen nach § 59 GWB

- Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO
- Umsetzung der *Orkem*-Rechtsprechung des EuGH
- Bei **Auskunftsverlangen an Unternehmen**:
 - **Offenbarungspflicht** natürlicher Personen, sofern Informationserlangung auf andere Weise wesentlich erschwert / nicht zu erwarten ist *oder* wenn die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet und das Bundeskartellamt der natürlichen Person eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat.
 - **Beweisverwendung** betreffend natürliche Personen **unter Zustimmungsvorbehalt**
- Bei **Auskunftsverlangen an natürliche Person**: **Auskunftsverweigerungsrecht**, es sei denn, die Auskunft begründet nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren und das Bundeskartellamt hat der natürlichen Person eine Nichtverfolgungszusage erteilt.



Verfahrensrecht – Mitwirkungspflicht nach § 59b Abs. 3

- Entsprechende Geltung **auch für das Bußgeldverfahren** gem. § 82b Abs. 1 GWB
- Bußgeldbewehrte **Mitwirkungspflicht** von Vertretern und Mitarbeitern des Unternehmens bei Durchsuchungen in Bezug auf Informationen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen könnten, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten.
- **Offenbarungspflicht** von natürlichen Personen in Bezug auf Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen, falls die Informationserlangung auf andere Weise wesentlich erschwert / nicht zu erwarten ist *oder* wenn die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet und das Bundeskartellamt der natürlichen Person eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat.
- **Beweisverwendung** betreffend natürliche Personen unter Zustimmungsvorbehalt



Verfahrensrecht – Mitwirkungspflicht nach § 59b Abs. 3

Verfahrensrecht – einstweilige Maßnahmen / Antrag nach § 32c Abs. 4

▪ Einstweilige Maßnahmen nach § 32a GWB

- Gesenkte Eingriffsvoraussetzungen: Verstoß gegen Kartellrecht erscheint überwiegend wahrscheinlich und die einstweilige Maßnahme ist zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten; Härtefallklausel zugunsten des betroffenen Unternehmens.

▪ Antrag nach § 32c Abs. 4 GWB

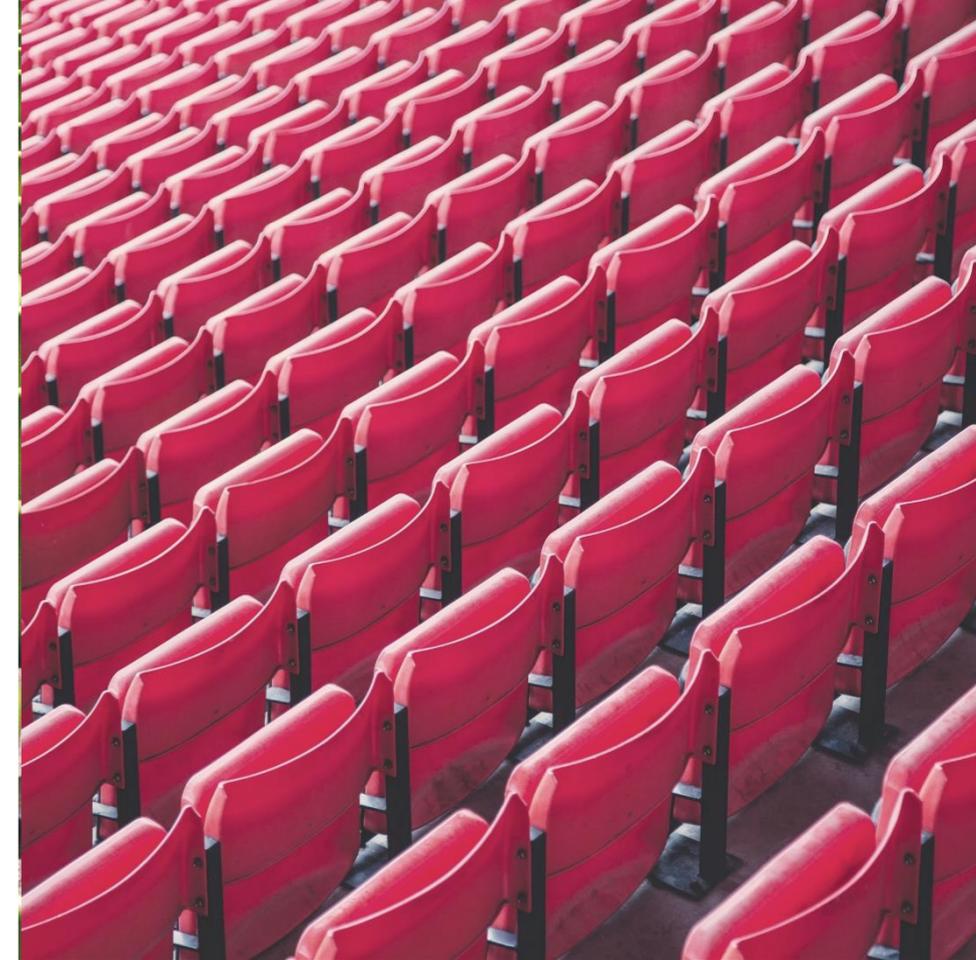
- Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB (kein Anlass zum Tätigwerden), wenn im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht.
- Entscheidung in der Regel innerhalb von sechs Monaten

**Verfahrensrecht –
einstweilige
Maßnahmen / Antrag
nach § 32c Abs. 4**

4 | Kartellschadenersatz

Kartellschadensersatz – Vermutung der Betroffenheit

- **§ 33a Abs. 2 S. 4 GWB:**
 - Widerlegliche Vermutungsregelung zugunsten von unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern, dass Erwerbsvorgänge vom Kartell erfasst waren, wenn diese in den sachlichen, räumlichen und zeitlichen Bereich des Kartells fallen.
 - Geltung der Vermutungsregelung jedenfalls für die Betroffenheit als Teil des haftungsbegründenden Tatbestands; fraglich, ob sich die Vermutungsregelung zusätzlich auf die Kartellbefangenheit als Teil des haftungsausfüllenden Tatbestands bezieht.



Kartellschadensersatz – Vermutung der Betroffenheit

Kartellschadensersatz – Herausgabe- und Offenlegungsansprüche

- **§ 89b Abs. 5 S. 2 GWB:**
 - Klarstellung, dass der Anspruch auf Herausgabe des Bußgeldbescheids keine Dringlichkeit voraussetzt.
- **§ 186 Abs. 4 GWB:**
 - Klarstellung, dass die Herausgabe- und Offenlegungsansprüche der 9. GWB-Novelle auch in Bezug auf Schadensersatzansprüche Anwendung finden, die vor dem 26. Dezember 2016 entstanden sind, und für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften nur der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich ist.



Kartellschadensersatz – Herausgabe- und Offenlegungsansprüche

Ihr Ansprechpartner

Dr. Marco Hartmann-Rüppel leitet die deutsche und internationale Competition, EU & Trade Praxis von Taylor Wessing. Er verfügt über fast 25 Jahre Erfahrung in der Beratung und Problemlösung in allen Bereichen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

Als Volkswirt und Kartellrechtler hat er ein tiefes Verständnis für die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Mandanten und weiß, diese effizient und in enger Zusammenarbeit mit den Mandanten zu erfüllen.

Er begleitet und unterstützt nationale und internationale Mandanten in Kartell- und Missbrauchserfahren vor dem Bundeskartellamt und der EU Kommission und vertritt sie vor deutschen Gerichten und dem EuGH. Einer seiner inhaltlichen Schwerpunkte besteht in der kartellrechtlichen Beratung zu Kooperationen, M&A-Transaktionen und Joint Ventures sowie zu neuen Vertriebs- und Geschäftsmodellen. Ein anderer besteht in der Beratung und Vertretung der Mandanten in kartellzivilgerichtlichen Verfahren, insbesondere im Bereich des Kartellschadensersatzrechts. Außerdem berät er zu Compliance-Themen.

Marco Hartmann-Rüppel hat besondere Expertise in den Bereichen Automobilhersteller und -zulieferer, Technologie, Medien und digitale Wirtschaft, Telekommunikation sowie Pharma und Gesundheit. Er ist Mitglied der TW Industry Groups Automotive & Mobility, Technology, Media & Communications und Life Sciences/Healthcare sowie Aerospace & Defence.

Marco Hartmann-Rüppel ist Lehrbeauftragter für Kartellrecht an der Humboldt Universität in Berlin. Er veröffentlicht regelmäßig Artikel und hält Vorträge zu verschiedenen Bereichen des Kartell- und Fusionskontrollrechts. Er ist Mitglied im Fachausschuss Kartellrecht in der GRUR, in der Studienvereinigung Kartellrecht und im Competition Litigation Forum.

Sprachen. Deutsch, Englisch, Niederländisch



Hervorgehoben als Best Lawyer für Kartell- Wettbewerbsrecht, **Best Lawyers in Germany, Handelsblatt 2018, 2019 & 2020**

Oft empfohlener Anwalt für Kartellrecht, **JUVE 2018/2019, 2019/2020, 2020/2021**

“Erfahrener Partner, “breite Expertise”, **JUVE 2016/2017**

“Sympathisch und fachlich hochkompetent”, **JUVE 2015/2016**



**Dr. Marco Hartmann-Rüppel,
Dipl.-Volkswirt**

**Partner, Head of Competition, EU & Trade
Hamburg / Brüssel**

+49 40 36803-127
m.hartmann-rueppel@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Kartellrecht
- Fusionskontrolle
- Investitionskontrolle
- Compliance

- Automotive & Mobility
- Life Sciences & Healthcare
- Technology, Media & Communications
- Aerospace & Defence

Ihr Ansprechpartner

Dr. Stefan Horn ist Mitglied der Practice Area Competition, EU & Trade und berät zu allen Fragen des deutschen und EU-Kartellrechts.

Schwerpunktmäßig berät Stefan Horn in kartellzivilrechtlichen Verfahren (stand-alone/follow-on), insbesondere Kartellschadensersatzprozesse, auf Kläger- und Beklagenseite.

Ein weiterer Beratungsschwerpunkt liegt in der Beratung zu kartellrechtlichen Fragen der Digitalisierung der Wirtschaft, wie etwa die Beratung zu digitalen Vertriebs- und Geschäftsmodellen.

Ferner verfügt Stefan Horn über vertiefte Kenntnisse und Erfahrungen bei der Anwendung des Kartellrechts im Energiesektor und im Sportbereich.

Stefan Horn studierte Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School (Hamburg) und der Brooklyn Law School (New York, USA). Er ist Mitglied der Studienvereinigung Kartellrecht, des Bucerius Alumni e.V. und des Competition Litigation Forums sowie der Taylor Wessing Industry Groups Technology Media & Communications und Energy.

Sprachen

- Deutsch, Englisch



Dr. Stefan Horn LL.B.

**Salary Partner
Hamburg**

+49 40 36803-327
s.horn@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Kartellrecht
- Competition Litigation

- Technology, Media & Communication
- Digital Economy
- Energy
- Sports

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

[Europa > Mittlerer Osten > Asien](#)

taylorwessing.com

© Taylor Wessing 2021

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar. Die unter der Bezeichnung Taylor Wessing tätigen Einheiten handeln unter einem gemeinsamen Markennamen, sind jedoch rechtlich unabhängig voneinander; sie sind Mitglieder des Taylor Wessing Vereins bzw. mit einem solchen Mitglied verbunden. Der Taylor Wessing Verein selbst erbringt keine rechtlichen Dienstleistungen. Weiterführende Informationen sind in unserem Impressum unter taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information zu finden.