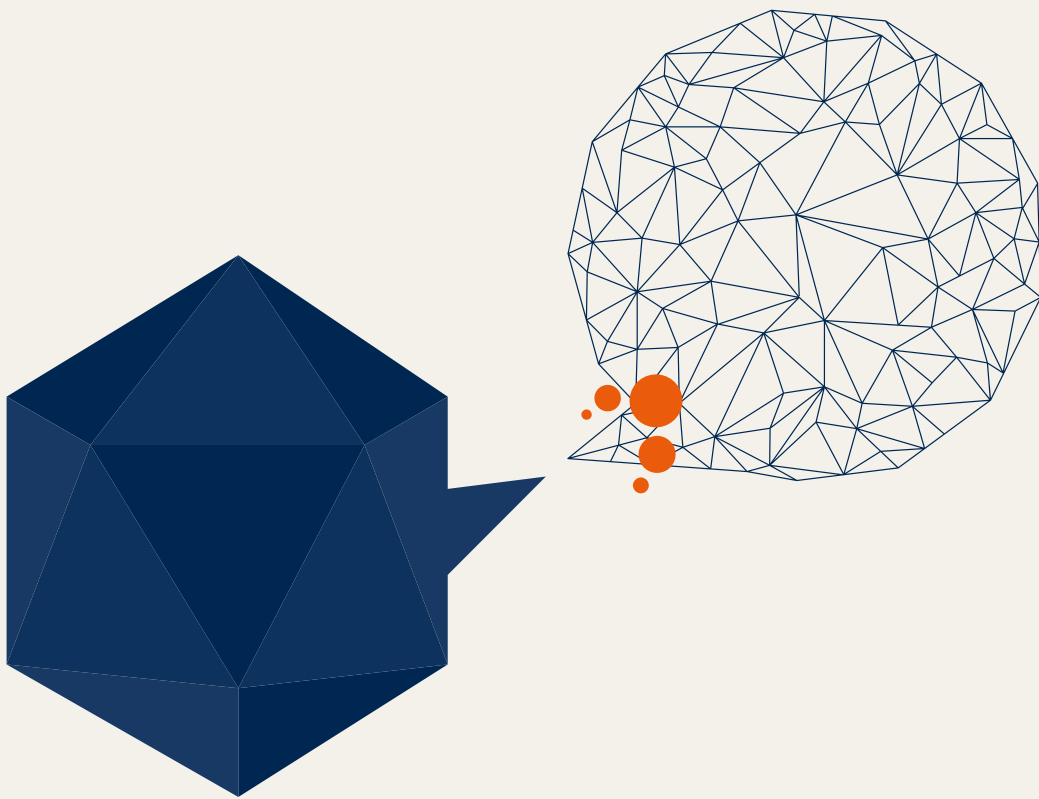


# Kartellrechtliche Entwicklungen in Europa und Deutschland

Competition Outlook 2022



## Vorwort

*In unserem Competition Outlook fasst die Noerr Antitrust & Competition Group für Sie die wichtigsten kartell-, fusionskontroll- und beihilferechtlichen Entwicklungen in Europa und Deutschland aus 2021 zusammen – dem Leitsatz folgend: „Learn from the past, plan for the future“.*

Ferner werfen wir insbesondere einen Blick auf die Frage, auf welche Entwicklungen Unternehmen 2022 vorbereitet sein sollten. In unserem Ausblick legen wir den Fokus auf die relevanten Kernthemen, von denen wir erwarten, dass sie eine wichtige Rolle in diesen Rechtsgebieten sowie im Bereich der Investitionskontrolle spielen werden.

Unser Rückblick auf das Jahr 2021 befasst sich dabei u.a. mit der kartellrechtlichen Einordnung sog. enger Bestpreisklauseln durch den Bundesgerichtshof ("BGH") und ihren Folgen für die Praxis, dem gestiegenen Sanktionsrisiko beim sog. Gun Jumping und der Stärkung der Rechte von Kartellgeschädigten in Kartellschadensersatzprozessen.

Unser Blick auf das anstehende Jahr zeigt, dass die großen Gegenwarts- und Zukunftsthemen unserer Zeit ihren Niederschlag auch im Kartellrecht finden werden: Welche Auswirkungen wird unsere neue Realität infolge der Covid-19-Pandemie zeitigen? Wie und mit wie viel Regulierung den grünen und digitalen Wandel gestalten?

Trotz der anhaltenden Covid-19-Pandemie ist (wieder) mit verschärften Ermittlungsmaßnahmen durch Kartellbehörden zu rechnen und entsprechende Compliance-Programme von Unternehmen gewinnen erneut an Bedeutung. Erleichterungen im Bereich der Fusionskontrolle sind für sog. Sanierungsfusionen weiterhin nicht zu erwarten. Abzusehen sind jedoch auf EU-Ebene Änderungen im Bereich des Vertriebskartellrechts durch die anstehende Neufassung der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und Implikationen für das kartellrechtliche Missbrauchsverbot durch den Digital Markets Act. Darüber hinaus sind schon jetzt – auch und gerade wegen der Covid-19-Pandemie – eine Renaissance und weiter zunehmende Bedeutung des Beihilferechts zu erkennen. Hinzu tritt, dass auch die Investitionskontrolle und die damit einhergehenden Notifizierungspflichten angesichts der jüngsten Gesetzesverschärfungen für das Transaktionsgeschäft immer wichtiger werden.

# Inhalt

Vorwort .....	3
<b>Rückblick: Wesentliche Entwicklungen aus 2021</b> .....	7
<b>1. Kartellverbot</b> .....	8
Kommission verhängt Geldbußen gegen VW und BMW wegen Absprachen über technische Entwicklungen .....	9
Bundesgerichtshof erklärt auch enge Bestpreisklauseln für unzulässig .....	10
<b>2. Missbrauchsverbot</b> .....	11
Google unterliegt im Streit um Google Shopping .....	12
<b>3. Fusionskontrolle</b> .....	13
Untersagung eines Zusammenschlusses nach § 36 Abs. 1 GWB bei Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung: SIEC-Test hat keine eigenständige Bedeutung .....	14
Gun Jumping im Fokus der Wettbewerbsbehörden .....	15
<b>4. Kartellschadensersatz</b> .....	16
Zulässige Schadenspauschale bewirkt Beweislastumkehr bei Kartellschadensersatzklagen .....	17
EuGH stärkt die Rechte von Kartellgeschädigten bei Schadensersatzklagen .....	18
<b>5. Sektoruntersuchungen</b> .....	19
Sektoruntersuchung IoT - Siri, Alexa, Google Assistant im Fadenkreuz .....	20
Vorläufige Erkenntnisse der Sektoruntersuchung zur Ladesäuleninfrastruktur – Bundeskartellamt fordert mehr Wettbewerb .....	21
<b>6. Beihilferecht</b> .....	22
Unternehmen aus Drittstaaten, beware: EU will ausländische Subventionen stärker überprüfen .....	23

<b>Ausblick: Was 2022 zu erwarten ist</b> .....	25
<b>1. Kartellverbot</b> .....	26
Verschärfung von Ermittlungsmaßnahmen gegen beschuldigte Unternehmen .....	27
Weiter zunehmende Bedeutung von Compliance-Programmen .....	28
Nachhaltigkeit und Kartellrecht .....	29
<b>2. Missbrauchsverbot</b> .....	30
Europäische Richter befassen sich weiter mit Google .....	31
<b>3. Fusionskontrolle</b> .....	33
Covid-Pandemie – neue Sanierungsfusionen in Sicht? .....	34
<b>4. Rechtsetzung</b> .....	35
Vertriebskartellrecht – die Neufassung der Vertikal-GVO .....	36
Online-Plattformen im Fokus – DMA und DSA auf der Zielgeraden .....	37
Ampel-Koalition und Kartellrecht – Was plant die neue Bundesregierung? .....	38
<b>5. Beihilferecht</b> .....	39
Zunehmende Bedeutung des Europäischen Beihilferechts .....	40
<b>6. Foreign Direct Investment Control</b> .....	41
Dealbreaker Investitionskontrolle – neue Fallgruppen der Außenwirtschaftsverordnung .....	42
<b>Ihre Ansprechpartner</b> .....	44



# Rückblick: Wesentliche Entwicklungen aus 2021

## Lang erwartete Entscheidungen auf europäischer und nationaler Ebene

Dr. Sascha M. Giller,  
Maître en droit  
Associate

Langjährige Verfahren von besonderem Interesse für die Rechtspraxis zur Anwendung des Kartellverbots haben 2021 ihren Abschluss gefunden.

Der BGH hat in Sachen booking.com insbesondere klargestellt, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV auch auf enge Bestpreisklauseln anwendbar ist. In der Vorinstanz war das OLG Düsseldorf noch davon ausgegangen, dass enge Bestpreisklauseln als notwendige Nebenabreden zu den Vermittlungsverträgen mit den Hotelunternehmen nicht vom Kartellverbot erfasst sind.

Auf europäischer Ebene sorgte vor allem eine von der Kommission verhängte Geldbuße gegen Pkw-Hersteller für Aufsehen. Denn zum ersten Mal überhaupt hat die Kommission einen Verstoß gegen das Kartellverbot durch eine Beschränkung der technischen Entwicklung (Abgasreinigungstechnologien) festgestellt.

# 1. KARTELLVERBOT

# 8

## Kommission verhängt Geldbußen gegen VW und BMW wegen Absprachen über technische Entwicklungen



Peter Stauber, LL.M.  
Partner

*Mit Beschluss vom 8. Juli 2021 stellte die Europäische Kommission fest, dass die BMW AG, Unternehmen der Volkswagen Gruppe (Volkswagen, Audi, Porsche) sowie die Daimler AG ihr Marktverhalten in Bezug auf die in Pkw mit Dieselmotoren eingesetzte Systeme zur Abgasreinigung abgestimmt haben. Mit dieser Koordinierung verstießen die Unternehmen gegen das europäische Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV). Deshalb verhängte die Kommission eine Geldbuße von 502,4 Mio. Euro gegen die Volkswagen Gruppe und von 372,8 Mio. Euro gegen BMW. Da Daimler das erste Unternehmen war, das die Absprachen gegenüber der Kommission aufdeckte, wurde ihr als Kronzeugin eine Geldbuße erlassen.*

Nach den Feststellungen der Kommission koordinierten die Pkw-Hersteller zwischen 25. Juni 2009 und 1. Oktober 2014 die Größen ihrer AdBlue-Tanks sowie die Reichweiten zwischen zwei Nachfüllungen. Ferner tauschten sie sich über angenommene durchschnittliche AdBlue-Verbrauchswerte aus. Hierdurch wurde der Wettbewerb über diese Produkteigenschaften und somit zugleich bei der technischen Entwicklung auf dem Gebiet der Abgasreinigung für neue Diesel-Pkw beschränkt.

Die Zusammenarbeit zwischen den Pkw-Herstellern beschränkte sich nicht auf die vorgenannten Themen. Im Hinblick auf die weiteren Bereiche der Zusammenarbeit stellte die Kommission jedoch fest, dass diese den Wettbewerb nicht beschränkten. Teile der Kooperation wurden sogar als wettbewerbsfördernd angesehen, wie beispielsweise die Standardisierung der AdBlue-Einfüllstutzen, die Ausarbeitung eines Lastenheftes mit Mindest-Qualitätsanforderungen für Systemteile oder die Erörterung von Qualitätsstandards für AdBlue und einer angemessenen Infrastruktur für die AdBlue-Versorgung.

Dieser Fall zeigt erneut, dass bei der Kooperation zwischen Wettbewerbern Vorsicht geboten ist. Wenn jedoch der Wettbewerb nicht beeinträchtigt oder vielmehr sogar gefördert wird, steht das Kartellverbot einer Kooperation nicht entgegen. In Anbetracht des Bußgeldrisikos empfiehlt es sich dringend, jedes Kooperationsvorhaben vorab eingehend auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfen.

# 9

## Bundesgerichtshof erklärt auch enge Bestpreisklauseln für unzulässig



**Dr. Fabian Badtke, LL.M.**  
Partner



**Dr. Sascha M. Giller,**  
**Maître en droit**  
Associate



**Dr. Lorenz W. Jarass**  
Senior Associate



**Prof. Dr. Karsten Metzloff**  
Partner

*Auch die enge Bestpreisklausel der Hotelbuchungsplattform booking.com verstößt gegen das Kartellverbot (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021 – KVR 54/20).*

Nach der engen Bestpreisklausel durften Hotels ihre Zimmer auf der eigenen Webseite nicht zu niedrigeren Preisen oder besseren Konditionen anbieten als auf der Plattform von booking.com. Hingegen konnten die Hotelzimmer auf anderen Online-Reservierungsportalen (Verbot der engen Bestpreisklausel) oder, vorausgesetzt es erfolgte dafür keine Werbung oder Veröffentlichung online, auch „offline“ günstiger angeboten werden.

Der BGH verwarf diese enge Bestpreisklausel: Sie beschränke die gebundenen Hotels spürbar im Preiswettbewerb sowohl mit booking.com selbst (intra-brand) als auch mit anderen Hotels (inter-brand). Ein etwaiges Trittbrettfahrerproblem, wonach Hotelgäste zwar das Hotel über booking.com finden, aber aufgrund günstigerer Preise auf der hoteleigenen Webseite buchen, führe zu keiner anderen Beurteilung: Effizienzvorteile der engen Bestpreisklausel für den Wettbewerb seien nicht erkennbar, weil die mit der engen Bestpreisklausel verbundene Beschränkung des Preiswettbewerbs zu schwer wiege. Außerdem sei ein dauerhafter und wirtschaftlich erfolgreicher Plattformbetrieb auch ohne Vereinbarung enger Bestpreisklauseln möglich, weil booking.com seit der Aussetzung der engen Bestpreisklausel 2016 kontinuierlich gewachsen sei. Aufgrund der hohen Marktanteile von booking.com komme auch keine Freistellung nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in Betracht.

**Praxistipp:** Unternehmen sollten vereinbarte Bestpreisklauseln, insbesondere im Rahmen von Plattformen, auf ihre rechtliche Zulässigkeit hin überprüfen. Bestpreisklauseln können bei Marktanteilen von unter 30 % voraussichtlich auch nach Inkrafttreten der neuen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung am 1. Juni 2022 vom Kartellverbot freigestellt sein. Eine Ausnahme ist derzeit jedoch für weite Bestpreisklauseln vorgesehen, die es auf einer Plattform vertreibenden Anbietern untersagen, die maßgeblichen Waren oder Dienstleistungen auf anderen Plattformen günstiger anzubieten.

**Dr. Jochen Christoph Hegener, LL.M.**  
Associate

*Seit geraumer Zeit stehen die Geschäftsmodelle der großen Unternehmen der Tech-Branche im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Fokus der Kartellbehörden und der Gesetzgeber. Auch das Jahr 2021 war insoweit keine Ausnahme.*

So versuchte etwa der deutsche Gesetzgeber im Zuge der 10. GWB-Novelle mit spezifischen Regelungen die besonderen Herausforderungen zu adressieren, die sich aufgrund der Marktmacht dieser Unternehmen durch ihre Tätigkeit als Plattformen stellen.

Darüber hinaus sind auch eine Reihe weiterer, derzeit noch laufender Gesetzgebungsvorhaben in diesem Zusammenhang prägend für die öffentliche Wahrnehmung des Kartellrechts. Dies gilt zuvörderst für das europäische Gesetzgebungsverfahren für den Digital Markets Act, das sich ebenfalls gerade auf die als „Gatekeeper“ bezeichneten Plattformen und deren besondere Stellung bezieht. Selbst in den USA, wo viele der Tech-Unternehmen ihren Sitz haben und wo sie in der Vergangenheit eher zurückhaltend reguliert wurden, gibt es mittlerweile eine Vielzahl von Bestrebungen, die Marktmacht eben jener Unternehmen zu begrenzen und ungewollte Auswirkungen der „Tech Economy“ auf wirtschaftlicher, aber auch gesellschaftlicher Ebene zu verhindern.

Im Jahr 2021 fand mit der Bestätigung der Kommissionsentscheidung in der Sache „Google Shopping“ durch das Gericht der Europäischen Union außerdem einer der wichtigsten Präzedenzfälle für die Regulierung von Plattformgeschäftsmodele ein (vorläufiges) Ende. Abgesehen von der (über-)langen Dauer des Verfahrens zeigt dieses Urteil des Gerichts der Europäischen Union („EuG“), dass die bestehenden kartellrechtlichen Normen Teil einer umfassenderen Regulierung von Plattform-Märkten sein sollten.

## Google unterliegt im Streit um Google Shopping



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner



**Dr. Jochen Christoph Hegener, LL.M.**  
Associate



**Prof. Dr. Karsten Metzloff**  
Partner

*Erwähnenswert war im Rahmen des Missbrauchsverbots im vergangenen Jahr in erster Linie die Entscheidung des EuG zum Preisvergleichsdienst Google Shopping. Hierin bestätigte das EuG eine von der Europäischen Kommission im Jahr 2017 verhängte Geldbuße von 2,41 Mrd. Euro.*

Die Entscheidung des EuG bestätigte die Europäische Kommission („Kommission“) in ihrer Ansicht, dass Google seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Suchdienste missbraucht habe, um unzulässigerweise seinen Preisvergleichsdienst Google Shopping gegenüber dem Wettbewerb zu bevorzugen. Konkret habe Google jedenfalls ab 2008 seine Marktmacht auf dem Markt für allgemeine Internetsuchdienste im EWR genutzt, um bei produktbezogenen Suchen mit dem Suchdienst von Google die zu Google Shopping gehörenden Ergebnisse in bevorzugter Position auf der Ergebnisseite anzuzeigen. Diese erschienen entweder weit oben in der Ergebnisliste oder in hervorgehobenen Kästchen rechts neben den Suchergebnissen. Gleichzeitig habe Google seine Algorithmen so gestaltet, dass die relevantesten, auf andere Preisvergleichsdienste verweisenden Ergebnisse bestenfalls auf Seite 4 der Resultate angezeigt wurden. Der Verkehr auf der Google-Shopping-Seite habe sich durch diese Praxis in manchen Ländern um den Faktor 45 erhöht, während der Verkehr auf den Seiten von Wettbewerbern um bis zu 92 % eingebrochen sei.

Diese – häufig als „self-preferencing“ oder Selbstbevorzugung bezeichnete – Praxis von Google hielten die Kommission und nun auch das EuG für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Das Urteil stellt – trotz der Möglichkeit eines Rechtsmittels durch Google – einen wichtigen Sieg für die Kommission dar und dürfte auch als Bestärkung von Bemühungen zahlreicher Wettbewerbsbehörden und Gesetzgeber zur zunehmenden Regulierung der Geschäftspraktiken der großen Digitalunternehmen zu werten sein.

## Weitreichende Entwicklungen in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle

**Dr. Sascha M. Giller,**  
Maître en droit  
Associate

**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner

*In Deutschland hob der Gesetzgeber die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, ab denen eine Anmeldepflicht besteht, signifikant an. Dies führte zu einem erfreulichen Rückgang der beim Bundeskartellamt angemeldeten Transaktionen um ca. 30 %.*

Auf EU-Ebene sendete Brüssel dagegen gegenläufige Signale und riskiert die einheitliche und vorhersehbare Anwendung eines etablierten Zuständigkeits- und Verweisungsmechanismus zwischen Mitgliedsstaaten und Kommission. Während früher Mitgliedsstaaten nur solche Transaktionen an die Kommission verweisen konnten, die national hätten angemeldet werden müssen, soll nach einem Leitfaden der Kommission eine Verweisung nunmehr auch ohne nationale Anmeldepflicht möglich sein.

Das Vorhaben Illumina/Grail ([M.10186](#)) illustriert die Aktualität dieser Praxis. Das in keinem Mitgliedsstaat anmeldepflichtige Vorhaben wurde von Frankreich an die Kommission verwiesen. Es folgten ein vertieftes Prüfverfahren durch die Kommission und verfahrensrechtliche Streitigkeiten, mit denen auch das Gericht der Europäischen Union ([Rs. T.227/21](#)) befasst ist. Im Vorhaben Facebook/Kustomer ([M.10262](#)) machte das Bundeskartellamt seine Ablehnung der Kommissionspraxis deutlich.

Bis zur gerichtlichen Klärung verbleibt für zahlreiche Transaktionen ein hohes Maß an Unsicherheit und Komplexität, das die M&A-Praxis abbilden muss. Gleiches gilt für die von Luxemburg erstinstanzlich bestätigten Ausführungen zum Vollzugsverbot bezüglich bestimmter Kaufvertragsklauseln und Integrationsmaßnahmen.

In materieller Hinsicht stellte der BGH erstmals die Untersagungs Voraussetzungen gemäß § 36 Abs. 1 GWB wegen Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung klar und etablierte dabei einen strengen Maßstab für die deutsche Fusionskontrolle.

## Untersagung eines Zusammenschlusses nach § 36 Abs. 1 GWB bei Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung: SIEC-Test hat keine eigenständige Bedeutung



**Dr. Kathrin Westermann**  
Partner

*In einem Beschluss vom 12. Januar 2021 (KVR 34/20 – CTS Eventim/Four Artists) hat der BGH erstmals nach der Einführung des sog. SIEC-Tests in das deutsche Recht im Juli 2015 darüber entschieden, ob das Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung eine eigenständige Prüfung erfordert, wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung verstärkt. Der BGH hat dies verneint.*

Danach behindert jeder Zusammenschluss den Wettbewerb erheblich und ist zu untersagen, durch den eine bestehende Marktbeherrschung verstärkt oder begründet wird. Der BGH hält zudem an der bisherigen Praxis fest, nach der eine marktbeherrschende Position auch verstärkt werden kann, wenn die Verstärkung weder spürbar noch gar erheblich ist. Vielmehr reiche es aus, wenn der noch bestehende oder potenzielle Wettbewerb nur geringfügig (z.B. durch einen – vertikalen – „Marktanteilszuwachs“ von nur 1 %) beeinträchtigt werde. Dies gelte jedenfalls dann, wenn (z.B. aufgrund von Netzwerkeffekten) ungünstige Bedingungen für nachstoßenden Wettbewerb herrschen.

Beachtlich ist diese Entscheidung deswegen, weil der deutsche Gesetzgeber den Wortlaut der Untersagungsvoraussetzungen dem europäischen Recht angepasst hatte. Jedenfalls die Europäische Kommission lässt in der Regel eine nicht spürbare Verstärkung für eine Untersagung nicht ausreichen. Der BGH hält dem entgegen, der Gesetzgeber habe durch die Gesetzesänderung ausdrücklich nicht die nationale Entscheidungspraxis ändern und auch die Eingriffsbefugnisse der deutschen Fusionskontrolle nicht begrenzen, sondern erweitern wollen. Der SIEC-Test sollte nämlich Fallkonstellationen erfassen, die mit den Begriffen der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne Weiteres gelöst werden können (komplexe Oligopolstrukturen und nicht koordiniertes bzw. unilaterales Verhalten).

## Gun Jumping im Fokus der Wettbewerbsbehörden



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner



**Dr. Sascha M. Giller,**  
**Maître en droit**  
Associate



**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner

*Weltweit drohen Unternehmen hohe Bußgelder, wenn fusionskontrollrechtlich anmeldepflichtige Transaktionen nicht notifiziert und/oder vor Freigabe vollzogen werden.*

Dies hat das Gericht der Europäischen Union („EuG“) für vertraglich vereinbarte Pre-Closing Covenants (Werterhaltungsklauseln) und bestimmte Verhaltensweisen der Parteien zwischen Signing und Closing aufgezeigt und damit das bislang höchste Bußgeld der Europäischen Kommission wegen „Gun Jumpings“ (über 120 Mio. Euro) im Wesentlichen bestätigt (Urteil in der Rs. T-425/18 – Altice Europe/Kommission). Ein und dasselbe Verhalten kann dabei sowohl wegen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht als auch gegen das Vollzugsverbot geahndet werden.

Das EuG hat die in Verkaufsverträgen geregelten fließenden Grenzen zwischen erlaubtem Wertehalt und unzulässiger Möglichkeit eines kontrollierenden Einflusses präzisiert. Drei Kategorien von in der Transaktionspraxis immer wieder diskutierten Einflussrechten erachtete das EuG als zu weit gefasst, da sie innerhalb des normalen Geschäftsgangs („ordinary course of business“) lagen und für den Schutz legitimer Wertehaltungsinteressen nicht erforderlich waren:

- > Ernennung und Abberufung von Führungskräften
- > Gestaltung der Preispolitik und der Geschäftsbedingungen
- > Möglichkeit, verschiedene Verträge abzuschließen, zu beenden oder zu modifizieren, wobei verhältnismäßig niedrige monetäre Schwellenwerte vorgesehen waren

Um nicht Gefahr zu laufen, dass vor Vollzug Geschäftsvorgänge dem Einfluss des Käufers unterliegen, die nicht für den Werterhalt des Zielunternehmens für erforderlich erachtet werden, ist bei der Formulierung entsprechender SPA-Klauseln größte Vorsicht geboten. Denn schon die bloße Möglichkeit des kontrollierenden Einflusses ab Signing reicht aus. Unabhängig davon kann ein Informationsaustausch zwischen Käufer und Verkäufer einen Verstoß darstellen, wodurch weitere Risiken für die Integrationsplanung berücksichtigt werden müssen.



Johanna Krauskopf, LL.M.  
Associate

Dr. Henner Schläpke  
Partner

Nachdem der BGH in mehreren Entscheidungen zuletzt eine umfassendere tatrichterliche Gesamtwürdigung in Kartellschadensersatzprozessen angemahnt hatte, ist eine intensive Debatte um die Art der Schadensschätzung entstanden.

Das LG Dortmund (Az. 9 O 115/14 (Kart)) und das OLG Celle (Az. 13 O 120/16 (Kart)) unternahm erste Versuche in der freien Schätzung des Schadens, im Wesentlichen basierend auf einer Gesamtschau von Sachverhaltsaspekten unter Verzicht auf ökonomische Berechnungen. Dies bleibt jedoch die Ausnahme: Die Mehrzahl der Gerichte beauftragt Gerichtsgutachter mit der Erstellung ökonomischer Gutachten. Erste Gutachten haben dabei teils, z.B. im Zuckerkartell, Schäden festgestellt, teils aber auch Privatgutachten von Klägern als untauglich verworfen.

Auch der BGH hat in seinem zweiten Urteil zum Lkw-Fall (KZR 19/20) betont, dass Privatgutachten als relevantes Indiz im Rahmen der Gesamtwürdigung nach § 287 ZPO zu berücksichtigen sind. Erneut betonte der Kartellsenat auch, dass aus der tatsächlichen Vermutung einer kartellbedingten Preiserhöhung keine Beweislastumkehr folge.

Allerdings kann ein Schaden der Höhe nach aus pauschalisierten Schadensersatzklauseln folgen. Der BGH erklärte solche Klauseln für zulässig (KZR 43/19 – Schienenkartell VI). Bei einer Pauschalisierung von bis zu 15 % der Abrechnungssumme liege keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB vor.

Zunehmend befasst sich die Rechtsprechung mit den in den §§ 33g, 89b GWB verankerten Herausgabe- und Auskunftsansprüchen. Dass diese für alle nach dem 26. Dezember 2016 eingeleiteten Rechtsstreite unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs Anwendung finden, hat der Gesetzgeber mit der 10. GWB-Novelle klargestellt.

Auf europäischer Ebene prägte der Europäische Gerichtshof ("EuGH") das Kartellschadensersatzrecht insbesondere durch sein Urteil in der Rechtsache Sumal (C-382/19) zur Haftung von Tochtergesellschaften für Kartellverstöße ihrer Mütter und im Volvo-Urteil (Rs. C-30/20) zu Fragen der örtlichen Zuständigkeit.

## 4. KARTELLSCHADENSERSATZ

16

## Zulässige Schadenspauschale bewirkt Beweislastumkehr bei Kartellschadensersatzklagen



Dr. Fabian Badtke, LL.M.  
Partner



Immo Schuler, LL.M.  
Senior Associate

*Die Bezifferung eines Schadens im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen stellt den Kläger häufig vor Schwierigkeiten. Im Schienenkartell-VI-Urteil stärkte der BGH im Februar 2021 die Rechte von Kartellgeschädigten und erklärte pauschalisierte Kartellschadensersatzklauseln in AGB für zulässig.*

Der BGH stellte allerdings zwei wesentliche Voraussetzungen für die Wirksamkeit solcher Klauseln auf:

1. Die Höhe der Schadenspauschale darf „den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden“ nicht übersteigen. Damit eine in AGB verankerte Schadenspauschale den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligt, muss sie so gestaltet sein, dass eine „Unter- und eine Überkompensation des Schadens gleichermaßen wahrscheinlich“ ist. Die Schadenspauschale muss sich daher an der branchentypischen Schadenshöhe bemessen. Fehlt es aber an empirischen Erkenntnissen für eine branchentypische Schadenshöhe, genügt eine Bezugnahme auf ökonomisch fundierte allgemeine Aussagen kartellbedingter Preisaufschläge. Auf Grundlage aktueller Metastudien (z.B. der Oxera-Studie) sieht der BGH kartellrechtliche Schadenspauschalen in Höhe von 5 % bis 15 % als angemessen an.

2. Dem Vertragspartner muss der Nachweis eines niedrigeren Schadens gestattet sein. Die Anforderungen an den Nachweis eines niedrigeren Schadens entsprechen den Anforderungen, die an den Geschädigten zum Nachweis eines Schadens gestellt werden, sofern keine Schadenspauschale existiert.

**Praxistipp:** Unternehmen sollten bestehende Einkaufsverträge prüfen und ggf. um eine pauschale Kartellschadensersatzklausel ergänzen bzw. bei neuen Verträgen eine solche aufnehmen. Eine wirksame Klausel führt zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Der Vertragspartner muss dann darlegen und ggf. beweisen, dass der Schaden geringer ist als der in der Klausel festgelegte pauschalisierte Betrag. Gelingt ihm dies nicht, muss er sich am pauschalisierten Betrag festhalten lassen.

17

## EuGH stärkt die Rechte von Kartellgeschädigten bei Schadensersatzklagen



**Johanna Krauskopf, LL.M.**  
Associate



**Sebastian Wrobel, LL.M.**  
Associate

*Der EuGH hat 2021 in zwei wegweisenden Urteilen erneut die Relevanz des sog. „Private Enforcement“ für die wirksame Durchsetzung des europäischen Kartellrechts betont.*

Zum einen lieferte der EuGH Orientierungshilfe bei der Klärung von Zuständigkeitsfragen in Kartellschadensersatzverfahren, indem das Gericht feststellte, dass Art. 7 Nr. 2 der [Verordnung Nr. 1215/2012](#) („EuGVVO“) nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit regelt (Urteil in der Rs. [C-30/20](#) – Volvo). Der EuGH konkretisierte dabei, dass der Erfolgsort im Sinne von Art. 7 Nr. 2 EuGVVO der Ort ist, an dem der Geschädigte die von den Kartellabsprachen betroffenen Gegenstände unmittelbar oder mittelbar erworben hat. Dies setzt den Erwerb nur in einem einzigen Gerichtsbezirk voraus, andernfalls richtet sich die Zuständigkeit nach dem Sitz des Klägers. Den Mitgliedsstaaten ist es jedoch weiterhin unbenommen, die Zuständigkeit vor einem spezialisierten Gericht zu bündeln.

Zum anderen hat der EuGH mit dem Urteil in der Rechtssache Sumal ([C-882/19](#)) die kartellrechtliche Schadensersatzhaftung im Konzern erheblich ausgeweitet, indem unter bestimmten Voraussetzungen neben der bekannten Haftung einer Mutter- für ihre Tochtergesellschaft auch eine umgekehrte Haftung möglich ist. Nach dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit kann demnach eine Tochtergesellschaft für ein wettbewerbswidriges Verhalten ihrer Muttergesellschaft haften, wenn (i) die Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Bindungen miteinander verbunden sind und (ii) zwischen dem Kartellrechtsverstoß der Muttergesellschaft und der Tätigkeit der Tochtergesellschaft ein konkreter Zusammenhang besteht – zum Beispiel über eine Tätigkeit im selben Produktmarkt. Ob sich aus dem Gesamthaftungskonzept des EuGH auch eine Haftung von Schwestergesellschaften herleiten lässt, wird abzuwarten sein.

**Immo Schuler, LL.M.**  
Senior Associate

*Sektoruntersuchungen dienen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt dazu, die Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in einem Wirtschaftszweig zu untersuchen und zu analysieren. Voraussetzung für die Durchführung einer Sektoruntersuchung ist lediglich, dass „starre Preise oder andere Umstände“ vermuten lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Die Untersuchung richtet sich folglich nicht gegen ein einzelnes Unternehmen, sondern dient der Überprüfung der gesamten Wettbewerbsstrukturen eines Wirtschaftssektors. Die Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden, insbesondere Auskunftsersuchen, sind entsprechend breit angelegt.*

Abhängig von den Ergebnissen können die Wettbewerbsbehörden im Anschluss an die Sektoruntersuchung zum Beispiel konkrete Ermittlungen gegen einzelne Unternehmen einleiten oder Empfehlungen für die Politik abgeben. Bereits die Durchführung einer Sektoruntersuchung kann Unternehmen des betroffenen Sektors dazu veranlassen, ihr Verhalten zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.

In der Praxis spielen Sektoruntersuchungen nach anfänglicher Zurückhaltung seitens der Wettbewerbsbehörden mittlerweile eine erhebliche Rolle. So führten die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen u.a. bereits in den Bereichen „E-Commerce“, „Roaming“, „Zement und Transportbeton“, „Kraftstoffe“ oder auch „Milch“ durch (Übersichten der bisherigen Sektoruntersuchungen der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes finden Sie [hier](#) und [hier](#)).

Gegenwärtig führen die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen zum „Internet der Dinge“ (Internet of Things) bzw. zur „Bereitstellung und Vermarktung öffentlich zugänglicher Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge“ durch. Zwischenberichte hierzu wurden im Juli bzw. Oktober 2021 veröffentlicht.

## Sektoruntersuchung IoT – Siri, Alexa, Google Assistant im Fadenkreuz



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner



**Markus Brösamle**  
Senior Associate

*Die Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge (Internet of Things – „IoT“) für Verbraucher in der EU ist Teil der Digitalstrategie der Europäischen Kommission („Kommission“). Sie fügt sich in eine Reihe weiterer Digitalmaßnahmen ein, da sich sowohl die Kommission als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden zunehmend im Digitalbereich aufstellen, um den Wettbewerb erforderlichenfalls wirksam(er) schützen zu können.*

Im Juli 2021 hat die Kommission einen Zwischenbericht über die ersten Ergebnisse der laufenden Sektoruntersuchung zum IoT veröffentlicht. Ziel der Kommission ist es, ein genaueres Verständnis der Branche, der Trends, der Wettbewerbssituation und potenzieller Wettbewerbsprobleme zu erlangen. Dazu hat sie Informationen von über 200 (internationalen) Unternehmen aller Größen im Bereich IoT gesammelt. Untersucht wurden insbesondere die Segmente Sprachassistenten, intelligente Haushaltsgeräte (wie Kühlschränke, Waschmaschinen), tragbare Geräte (z.B. Fitness-Tracker) und IoT-Dienste für Verbraucher (z.B. Carsharing-Dienste oder Dienste für kreative Inhalte wie Spotify).

Siri, Alexa, Google Assistant im Blick: All-round(er)-Sprachassistenten kristallisierten sich als wesentliche Akteure heraus. Als Benutzerschnittstelle, über die Verbraucher mit verschiedenen intelligenten Geräten und IoT-Diensten interagierten, käme ihnen eine Gatekeeperfunktion zu. Wettbewerbsliche Bedenken betreffen etwa die einseitige Kontrolle der Anbieter über Interoperabilitäts- und Integrationsprozesse, Ausschließlichkeits- und Kopplungspraktiken sowie Vorteile beim Zugang zu Daten. Zugleich weist der Markt hohe Marktzutrittschranken auf, da Sprachassistenten in der Entwicklung sehr teuer seien.

Der Abschlussbericht wird in der ersten Jahreshälfte 2022 erwartet. Die Erkenntnisse der Untersuchung können etwa zu konkreten Ermittlungsverfahren gegen bestimmte Unternehmen führen oder im Rahmen gesetzlicher Vorhaben Berücksichtigung finden. Es bleibt spannend.

## Vorläufige Erkenntnisse der Sektoruntersuchung zur Ladesäuleninfrastruktur – Bundeskartellamt fordert mehr Wettbewerb



**Immo Schuler, LL.M.**  
Senior Associate



**Peter Stauber, LL.M.**  
Partner

*Das Bundeskartellamt führt gegenwärtig eine Sektoruntersuchung zur Wettbewerbslage bei der Ladesäuleninfrastruktur durch und hat hierzu am 12. Oktober 2021 einen Zwischenbericht veröffentlicht (vgl. [hier](#)).*

Ziel der Untersuchung ist es, bereits in der aktuellen Marktphase des Infrastrukturaufbaus mögliche Wettbewerbsprobleme zu identifizieren. Hierzu prüft das Bundeskartellamt die Wettbewerbslage auf drei Wertschöpfungsstufen:

1. Angebot geeigneter Flächen für öffentlich zugängliche Ladesäulen,
2. Betrieb öffentlich zugänglicher Ladesäulen und
3. Vertrieb von Ladestrom bzw. das Angebot von Mobilitätsdienstleistungen.

Den bisherigen Erkenntnissen zufolge befinden sich die Produkt- und Dienstleistungsmärkte noch in der Entwicklung. Gleiches gilt folglich für die Stellung der Marktteilnehmer. Dies wird bei der Prüfung von Marktmacht zu berücksichtigen sein. Das Bundeskartellamt betont ferner, dass die staatliche Förderung eines schnellen und flächendeckenden Aufbaus der Infrastruktur diskriminierungsfrei erfolgen muss. Kritisch werden Pläne beurteilt, wonach der Staat das Betriebsrisiko für Ladesäulen ganz oder teilweise übernehmen und die Preisgestaltungsfreiheit der Anbieter beschränken könnte.

Als wichtiges Mittel für die Entwicklung funktionierender Marktstrukturen benennt das Bundeskartellamt die öffentliche Ausschreibung geeigneter Flächen. Andernfalls drohe die Entstehung regional marktmächtiger Betreiber, wodurch das Risiko marktabschottender Behinderungsstrategien steigt. Gegenwärtig ist das Bundeskartellamt aber der Auffassung, dass die bestehenden kartellrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten ausreichen, um auf missbräuchliche Verhaltensweisen angemessen reagieren zu können. Regulatorische Eingriffe seien daher nicht erforderlich.

Endgültige Ermittlungsergebnisse wird das Bundeskartellamt nach vollständiger Auswertung der gewonnenen Daten veröffentlichen.

## Unternehmen aus Drittstaaten, beware: EU will ausländische Subventionen stärker überprüfen



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner



**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner



**Giovanna Ventura**  
Legal Advisor

*In der EU werden die Zeiten für ausländische Investoren härter. Da Investitionen ausländischer Unternehmen, einschließlich staatlicher Unternehmen, in der EU in den letzten Jahren rapide zugenommen haben, sind die politischen Entscheidungsträger in der EU skeptisch geworden, dass die bestehenden Instrumente für staatliche Beihilfen, Kartell-/Fusionskontrolle, Beschaffung und die handelspolitischen Schutzinstrumente ausreichen, um die (empfundene) Verzerrungen durch Subventionen von Nicht-EU-Ländern zu bekämpfen.*

Die Kommission hat daher im Mai 2021 einen Verordnungsvorschlag veröffentlicht, der sie mit drei neuen Regulierungsinstrumenten ausstattet: (i) ein meldebasiertes Untersuchungsinstrument für bestimmte Transaktionen; (ii) ein meldebasiertes Untersuchungsinstrument für Angebote bei großen öffentlichen Aufträgen und (iii) ein allgemeines Untersuchungsinstrument.

Dieser Vorschlag wird derzeit im Europäischen Parlament und im Rat diskutiert. Der Ausschuss für internationalen Handel (INTA) ist dabei federführend im Parlament. Im Oktober fand dort eine erste Debatte über den Text statt. Der Berichterstatter, Herr Hansen (EVP-Fraktion), betonte zusammen mit anderen Mitgliedern des Parlaments die Notwendigkeit, sich auf die Anmeldeschwellen zu konzentrieren. Diese sollten im Vergleich zum Vorschlag der Kommission weiter abgesenkt werden. Sobald das Europäische Parlament und der Rat ihre eigenen Positionen festgelegt haben, werden die interinstitutionellen Verhandlungen über den endgültigen Text beginnen. Zur Verabschiedung muss die vorgeschlagene Verordnung sowohl vom Rat als auch vom Europäischen Parlament gebilligt werden. Es wird erwartet, dass sie bis Ende 2022 formell angenommen wird und ab Mitte 2023 in Kraft tritt.



# Ausblick: Was 2022 zu erwarten ist

Dr. Alexander Birnstiel, LL.M.  
Partner

Dr. Jochen Christoph Hegener,  
LL.M.  
Associate

Dr. Raphael Reims, LL.M.  
Associate

Das Kartellverbot ist einer der Eckpfeiler des deutschen wie auch des europäischen Kartellrechts. Es ist zu erwarten, dass es auch im Jahr 2022 wieder eine zentrale Rolle bei der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden einnehmen wird. Zwar standen in der öffentlichen Diskussion der jüngeren Vergangenheit vielfach Themen im Zusammenhang mit digitalen Geschäftsmodellen und dem Missbrauch von Marktmacht durch die immer kritischer betrachteten „Gatekeeper“ im Vordergrund. Gleichwohl entwickeln sich auch Anwendung und Durchsetzung des Kartellverbots konstant weiter.

Insbesondere in Deutschland hat die 10. GWB-Novelle von Anfang 2021 weitreichende, wenn auch öffentlich weniger beachtete Neuerungen mit sich gebracht, deren Relevanz in vollem Umfang erst im Rahmen von ersten unter den neuen Regelungen durchgeführten und abgeschlossenen Bußgeldverfahren hervortreten werden. Hiermit dürfte im Jahr 2022 nunmehr durchaus schon zu rechnen sein. Dies gilt insbesondere für die Verschärfung von Ermittlungsbefugnissen der deutschen Kartellbehörden, die verschiedene neue und überarbeitete Mittel zur Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen an die Hand bekommen haben. Darüber hinaus dürften auch erste Bußgeldentscheidungen ergehen, in denen etwa die neue „Compliance-Defense“ eine Rolle spielen kann. Schließlich ist auch damit zu rechnen, dass das Jahr 2022 mehr Klarheit zu der Frage schafft, inwieweit Nachhaltigkeitsaspekte bei der Anwendung des Kartellverbots zu berücksichtigen sind.

## 1. KARTELLVERBOT

26

## Verschärfung von Ermittlungsmaßnahmen gegen beschuldigte Unternehmen



Dr. Alexander Birnstiel, LL.M.  
Partner



Dr. Jochen Christoph Hegener,  
LL.M.  
Associate



Dr. Raphael Reims, LL.M.  
Associate

*Zunächst ist mit einer Intensivierung von Ermittlungsmaßnahmen zu rechnen, die infolge der Covid-19-Pandemie zum Teil einen spürbaren Rückgang erfuhren. Das gilt insbesondere für Durchsuchungen von Geschäftsräumen von Unternehmen, die im Verdacht stehen, gegen das Kartellverbot zu verstoßen (sogenannte „Dawn Raids“). Das Bundeskartellamt führte ausweislich seines Jahresberichts im Jahr 2020 außergewöhnlich wenige, nämlich konkret lediglich zwei Dawn Raids durch. Es ist jedenfalls nach einem Abklingen der Pandemie damit zu rechnen, dass das Bundeskartellamt wie auch die Europäische Kommission das Mittel der Dawn Raids wieder vermehrt zur Anwendung bringen werden. Aus beiden Behörden sind entsprechende Absichtsbekundungen zu vernehmen.*

Jedenfalls die Ermittlungen des Bundeskartellamts werden zudem aufgrund einiger im Zuge der 10. GWB-Novelle Anfang 2021 erweiterter Ermittlungsbefugnisse für Unternehmen eingriffintensiver werden. So gibt es bei Dawn Raids der deutschen Kartellbehörden nunmehr etwa, wie schon zuvor im EU-Recht, eine bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht für Mitarbeiter des Unternehmens. Daneben werden Unternehmen nun erstmals u.U. umfangreiche schriftliche Auskunftsverlangen von deutschen Kartellbehörden zum fraglichen Sachverhalt beantworten müssen.

Von umfangreichen Ermittlungsmaßnahmen betroffene oder jedenfalls bedrohte Unternehmen sollten daher im Einzelfall sehr genau erwägen, ob sie – statt die erwähnten Ermittlungsmaßnahmen schlicht zu erdulden – als Kronzeugen oder jedenfalls proaktiv und verstärkt kooperierend auftreten sollten. Das Kronzeugenprogramm des Bundeskartellamts erfuhr im Rahmen der 10. GWB-Novelle durch die erstmalige Verankerung im Gesetz eine Aufwertung. Darauf aufsetzend überarbeitete das Bundeskartellamt im August 2021 seine [Leitlinien zum Kronzeugenprogramm](#). Auch unter diesen Regelungen gilt aber nach wie vor, dass ein Kronzeugenantrag insbesondere dann näher in Betracht gezogen werden sollte, wenn sich der Verdacht der Kartellbehörden aus Unternehmenssicht nicht von der Hand weisen lässt und sich die Verteidigung gegen die Vorwürfe als eher schwierig darstellt.

27

## Weiter zunehmende Bedeutung von Compliance-Programmen



**Dr. Alexander Birnstiel, LL.M.**  
Partner



**Dr. Jochen Christoph Hegener, LL.M.**  
Associate



**Dr. Raphael Reims, LL.M.**  
Associate

*Des Weiteren sollten Unternehmen aber auch präventive Maßnahmen im Blick behalten. Hierzu gehören insbesondere kartellrechtliche Compliance-Programme, die in Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen dürften. Seit der 10. GWB-Novelle ist das Bundeskartellamt nämlich angehalten, bei der Bußgeldzumessung angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen zu berücksichtigen. Hiernach können Compliance-Programme also nicht nur Verstöße verhindern, sondern im Falle eines Verstoßes auch zur Minderung des Bußgeldes führen. Diese sogenannte „Compliance-Defense“ kann sogar für Sachverhalte vor ihrer Normierung Anwendung finden.*

Das Bundeskartellamt hat unter anderem auf diese neuen Regelungen mit überarbeiteten [Leitlinien zur Bußgeldzumessung](#) reagiert. Nach diesen Leitlinien hängen die konkreten Anforderungen eines berücksichtigungsfähigen Compliance-Programms insbesondere von der Art, Größe und Organisation eines Unternehmens ab. Es gilt also hiernach vor allem, dass Unternehmen ein auf das konkrete Unternehmen und dessen kartellrechtliche Risiken abgestimmtes Compliance-Programm entwickeln müssen. Der Streit mit dem Bundeskartellamt über das, was ein Compliance-Programm angemessen und wirksam macht, ist dabei sicherlich vorprogrammiert.

Compliance-Programme sind darüber hinaus bei einem Antrag auf vorzeitige Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister darzulegen. In dieses Register werden unter anderem Kartellbußgelder eingetragen. Öffentliche Auftraggeber müssen das Register bei größeren Vergabeverfahren abfragen und sodann nach Maßgabe vergaberechtlicher Vorschriften entscheiden, ob ein Unternehmen etwa von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden sollte.

Für die Zukunft bleibt somit festzuhalten, dass die Folgen fehlender oder mangelhafter Compliance-Programme für betroffene Unternehmen teuer werden können. Ein sorgfältig entwickeltes und den individuellen Bedürfnissen des Unternehmens angepasstes, aktuelles Programm ist deshalb jedem Unternehmen umso mehr zu empfehlen.

## Nachhaltigkeit und Kartellrecht



**Markus Brösamle**  
Senior Associate



**Dr. Lucas Gasser**  
Senior Associate



**Dr. Lorenz W. Jarass**  
Senior Associate

*ESG-Kriterien (für Environmental, Social, Governance) und Nachhaltigkeitsinitiativen sind in den letzten Jahren in allen Branchen in den Fokus gerückt. Nachhaltigkeitsaspekte werden damit auch zu Wettbewerbsparametern. Gleichzeitig versuchen Unternehmen vermehrt, Kooperationen miteinander einzugehen, um Nachhaltigkeitsziele mit vereinten Kräften zu erreichen. Inwiefern das Kartellrecht solchen Kooperationen im Weg steht oder welchen Beitrag es zu einer „Green Economy“ leisten kann, sind bisher noch nicht allgemein geklärte Fragen.*

Koordiniertes Verhalten von Unternehmen – insbesondere von Wettbewerbern – ist anhand des Kartellverbots zu prüfen. Auch koordiniertes Verhalten im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte kann damit prinzipiell einen Kartellrechtsverstoß begründen. Weder der Green Deal noch andere Regelungen sehen einen „Freifahrtschein“ vor. Ob eine Kooperation zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen den Wettbewerb tatsächlich beschränkt, muss daher in jedem Einzelfall eingehend geprüft werden. Möglich ist, dass einzelne dahingehende Vereinbarungen bei einer notwendigen Gesamtbetrachtung (langfristig) auch positive Wirkung auf den Wettbewerb zeigen und schon daher zulässig sind.

Häufig wird eine Wettbewerbsbeschränkung aber gegeben sein, sodass es auf die Frage der Einzelfreistellung vom Kartellverbot ankommt. Dazu ist vor allem erforderlich, dass die Kooperation Effizienzgewinne hervorbringt, an der die Verbraucher angemessen beteiligt werden. Ob und inwieweit Nachhaltigkeitsaspekte überhaupt als Effizienzgewinne anerkannt werden, ist derzeit aber noch ungeklärt und bedarf deshalb einer eingehenden Prüfung im Einzelfall.

2022 bringt insofern hoffentlich mehr Klarheit: Die Europäische Kommission hat bereits angekündigt, bei der aktuellen Überarbeitung ihrer zahlreichen Leitlinien auch auf Nachhaltigkeitsaspekte einzugehen. Ebenso sieht der „Ampel-Koalitionsvertrag“ vor, u.a. die Themen Nachhaltigkeit sowie soziale Gerechtigkeit unter wettbewerblichen Gesichtspunkten aufzugreifen. Daneben sollten Unternehmen im Zweifelsfall direkt auf die Kartellbehörden zugehen, um die kartellrechtliche Zulässigkeit von Nachhaltigkeitskooperationen im Einzelfall gemeinsam zu klären. Insofern wäre es begrüßenswert, wenn die Kartellbehörden das Ergebnis solcher Konsultationen zukünftig veröffentlichen würden.

## Missbrauchsverbot im digitalen Zeitalter

Dr. Fabian Badtke, LL.M.  
Partner

Dr. Sascha M. Giller,  
Maître en droit  
Associate

Dr. Lorenz W. Jarass  
Senior Associate

Johanna Krauskopf, LL.M.  
Associate

Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene wird das Thema Missbrauchsverbot auch in diesem Jahr im Fokus des Kartellrechts stehen.

Hintergrund dessen sind in Deutschland die mit der 10. GWB-Novelle eingeführten bedeutenden Neuerungen zur Modernisierung des Kartellrechts im digitalen Zeitalter. Als zentrale Vorschrift fungiert der Eingriffstatbestand des § 19a GWB, der dem Bundeskartellamt ein effektiveres Eingreifen, insbesondere gegen große Digitalkonzerne, erlaubt.

Die neue Missbrauchsbekämpfungsvorschrift sieht ein zweistufiges Verfahren vor: Zunächst muss das Bundeskartellamt prüfen, ob das betreffende Unternehmen eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ hat, um dann im zweiten Schritt bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen verbieten zu können.

Das Bundeskartellamt hat bereits in den ersten sechs Monaten nach Inkrafttreten der Novelle von dem neuen Missbrauchsinstrument Gebrauch gemacht und Verfahren auf der ersten Stufe gegen alle

vier großen US-amerikanischen digitalen Technologieunternehmen (Google, Apple, Facebook [Meta], Amazon) eingeleitet. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, wie stark die Behörde bei etwaigen Verstößen durchgreifen wird.

Als Rechtsmittel gegen §-19a-Verfügungen steht der direkte Weg zum BGH zur Verfügung. Diese Rechtswegverkürzung wird mit der notwendigen Verfahrensbeschleunigung, die bei digitalen Geschäftsmodellen geboten ist, begründet.

Auf europäischer Ebene wird neben den laufenden Missbrauchsverfahren gegen Google und Apple mit Spannung zu beobachten sein, ob der Digital Markets Act, dessen Inkrafttreten im Laufe des Jahres 2022 erwartet wird, eine ähnliche Dynamik wie die Einführung des § 19a GWB mit sich bringen wird.

## 2. MISSBRAUCHSVERBOT

30

## Europäische Richter befassen sich weiter mit Google



Dr. Till Steinvorth  
Partner

*Nachdem die Europäische Kommission gegen Google und die Muttergesellschaft Alphabet in den Jahren 2017, 2018 und 2019 je eine Geldbuße in Milliardenhöhe verhängt hatte, hatten Google und Alphabet gegen die jeweiligen Beschlüsse vor dem EuG geklagt. Auch 2022 werden sich die europäischen Richter wieder mit diesen Klagen beschäftigen:*

### Google Shopping

Die Geldbuße aus dem Jahr 2017 (in Höhe von 2,42 Mrd. Euro) betraf den Preisvergleichsdienst Google Shopping. Google wurde vorgeworfen, es bezuzugle seinen Dienst im Vergleich zu konkurrierenden Preisvergleichsdiensten bei der Darstellung der Suchergebnisse in der allgemeinen Google-Suche (insbesondere durch eine privilegierte Positionierung und Präsentation). Mit Urteil vom 10. November 2021 (Rechtssache T-612/17) hat das EuG die Geldbuße der Kommission bestätigt. Google kann das Urteil des EuG vor dem Europäischen Gerichtshof ("EuGH") anfechten. Falls dies geschieht – was angesichts der Bedeutung der Sache für das Geschäftsmodell von Google kaum überraschen würde –, wird sich ab 2022 auch der EuGH damit beschäftigen, wie die Praxis der Selbstbevorzugung kartellrechtlich zu bewerten ist.

### Google Android

Gegenstand der Geldbuße von 2018 (in Höhe von 4,34 Mrd. Euro) war das Android-Betriebssystem für intelligente Mobilgeräte (Smartphones und Tablets), das unter der Führung von Google entwickelt wird.

Da Android unter einer Open-Source-Lizenz steht, kann es grundsätzlich von jedem Unternehmen frei genutzt werden. Nach den Feststellungen der Kommission hatte Google allerdings verschiedene Maßnahmen ergriffen, damit auf allen Android-Geräten die Anwendungen (Apps) Google-Suche und der Google-eigene Browser (Chrome) vorinstalliert werden. So konnten z.B. die Hersteller der Geräte den App-Store von Google (Play Store) nur bei gleichzeitiger Vorinstallation der genannten Apps lizenzieren. Außerdem leistete Google an einige große Hersteller und an einige Mobilfunknetzbetreiber Zahlungen, wenn diese ausschließlich die App Google-Suche auf ihren Geräten vorinstallierten. Zugleich unternahm Google Maßnahmen, um die Entwicklung alternativer Android-Versionen (sog. Android-Forks) zu verhindern.

Mit diesen Maßnahmen sollte nach Ansicht der Kommission sichergestellt werden, dass der Internet-Traffic auf den Android-Geräten über die Google-Suchmaschine läuft, mit der Google den Großteil seiner Einnahmen erzielt. Dies verstöße jedoch wiederum gegen das Verbot in Artikel 102 AEUV. Denn erstens beherrsche Google drei der hier betroffenen Märkte: den Markt für allgemeine Internet-Suchdienste, den Markt für lizenzpflichtige Betriebssysteme für intelligente Mobilgeräte (Smartphones und Tablets) und den Markt für Android-App-Stores. Und zweitens werde Google nicht der Verantwortung gerecht, die es als marktbeherrschendes Unternehmen für den Wettbewerb trage. Konkret sah die Kommission hier drei verschiedene Formen des Behinderungsmissbrauchs verwirklicht:

1. unzulässige Kopplung des Google Play Store mit den Apps Google-Suche und Google Chrome,

31



2. unzulässige finanzielle Anreize für die abschließliche Vorinstallation der Google-Suche auf Android-Geräten und
3. unzulässige Behinderung der Entwicklung und des Vertriebs konkurrierender Android-Betriebssysteme. Gemeinsames Ziel dieser Praktiken sei es gewesen, die beherrschende Stellung von Google auf dem Markt für allgemeine Internet-Suchdienste zu festigen.

Die Klage von Google gegen die Entscheidung der Kommission ist derzeit vor dem EuG anhängig (Rechtssache T-604/18). Die mündliche Verhandlung hat in der Woche vom 27. September bis zum 1. Oktober stattgefunden. Ein Urteil könnte bereits Ende 2022 gefällt werden.

### Google AdSense

Die Geldbuße von 2019 (in Höhe von 1,49 Mrd. Euro) betrifft die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung durch Google. Dabei geht es um Websites (z.B. Nachrichtenseiten, Blogs oder Reiseportale), die eine Suchfunktion anbieten. Führt ein Nutzer darüber eine Suchanfrage durch, erscheinen sowohl Suchergebnisse als auch Werbeanzeigen. Wenn der Betreiber der Websites (Publisher) die Flächen um die Suchergebnisse herum kommerziell nutzen möchte, kann er den Dienst AdSense for Search von Google nutzen. Mit diesem Dienst übernimmt Google die Rolle eines Anzeigenmaklers zwischen Werbetreibenden und Publishers.

Gegenstand des Beschlusses waren drei verschiedene Klauseln in den Dienstleistungsverträgen mit den Betreibern der Websites:

1. eine Ausschließlichkeitsklausel, die die Publisher zum Bezug der Werbeanzeigen über Google verpflichtete,
2. eine Klausel über die „Premium“-Platzierung, die die Publisher dazu verpflichtete, die prominentesten Flächen auf ihren Suchergebnisseiten einer Mindestzahl von Google-Anzeigen vorzubehalten, und
3. eine Klausel, wonach die Publisher erst nach schriftlicher Zustimmung von Google verändern durften, wie Suchmaschinenwerbung von Google-Konkurrenten angezeigt wurde.

Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass Google mit diesen Klauseln gegen Artikel 102 AEUV verstoßen hatte. Denn erstens beherrsche Google den Markt für die Vermittlung von Online-Suchmaschinenwerbung (neben dem Markt für die Bereitstellung von Online-Suchmaschinenwerbung). Und zweitens habe Google mit den Klauseln den Zutritt von Konkurrenten auf dem Vermittlungsmarkt verhindert und die eigene Marktbeherrschung abgesichert.

Google hat gegen den Beschluss der Kommission Klage beim EuG erhoben (Rechtssache T-334/19). Die mündliche Verhandlung könnte 2022 stattfinden.

## Covid-19-Pandemie – neue Sanierungsfusionen in Sicht?



**Dr. Lucas Gasser**  
Senior Associate

*Auch zwei Jahre nach Beginn der Covid-Pandemie ist deren Ende noch nicht in Sicht. Zudem bringt jede neue Infektionswelle wirtschaftliche Unsicherheiten und Probleme für eine Vielzahl an Branchen mit sich. Seit am 1. Mai 2021 die übliche Insolvenzantragspflicht wieder in Kraft gesetzt wurde, geht mit den wirtschaftlichen Problemen häufig auch wieder eine unmittelbare Insolvenzgefahr für einzelne Unternehmen einher.*

Ein möglicher Weg aus der Insolvenz heraus oder an dieser vorbei kann eine Übernahme oder eine Beteiligung durch ein anderes Unternehmen sein. Sofern dieser Interessent allerdings bereits auf denselben Märkten wie das krisenbetroffene Unternehmen selbst tätig ist und sich infolge der Übernahme hohe Marktanteile ergeben, droht eine solche Rettung an fusionskontrollrechtlichen Hürden zu scheitern. Gelingt es den beteiligten Unternehmen allerdings darzulegen, dass sich die Verschlechterung der wettbewerblichen Verhältnisse auf den jeweiligen Märkten auch ohne die in Aussicht stehende Fusion ergeben würde, können diese Hürden überwunden werden. In diesem Fall kann von einer Sanierungsfusion gesprochen werden.

Das Bundeskartellamt stellt an die einzelnen Voraussetzungen einer solchen Sanierungsfusion jedoch weiterhin hohe Anforderungen. Etwaige Erleichterungen waren bisher trotz der Covid-Pandemie nicht zu erkennen. So untersagte das Bundeskartellamt im Jahr 2021 die geplante Übernahme der Ostthüringer Zeitung durch FUNKE, nachdem insbesondere die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion verneint wurden. Die Europäische Kommission ging – soweit ersichtlich – im Jahr 2021 in keinem einzigen Fall näher auf die Möglichkeit einer Sanierungsfusion ein.

Angesichts der strikten Anwendung der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion durch die Kartellbehörden gilt auch für das Jahr 2022, dass eine frühzeitige Abstimmung mit den Behörden und eine detaillierte Prüfung erforderlich sind, um eine Sanierungsfusion überhaupt näher in Betracht ziehen zu können.

**Dr. Lucas Gasser**  
Senior Associate

*Im Jahr 2022 werden voraussichtlich zwei wesentliche europäische Rechtsakte mit Relevanz für das Kartell- und Wettbewerbsrecht in Kraft treten, die in den vergangenen Jahren schon viel Diskussionsstoff boten und dies sicher auch weiterhin tun werden.*

Zum einen ist dies der Digital Markets Act („DMA“), der im Paket mit dem Digital Services Act („DSA“) mitunter als Europäische Verfassung der digitalen Wirtschaft bezeichnet wird. Im Kern zielt der DMA auf die wettbewerbliche Regulierung großer Plattformbetreiber (sog. Gatekeeper) ab. Der DMA wird daher eine maßgebliche Ergänzung zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht (Art. 102 AEUV) sein. Anders als unter Art. 102 AEUV wird die Europäische Kommission damit die Möglichkeit erhalten, Gatekeepern Verhaltensregeln aufzugeben und von ihnen einzufordern, schon bevor diese ihre Marktmacht missbräuchlich ausnutzen.

Zum anderen wird am 1. Juni 2022 die neu gefasste Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in Kraft treten und damit die seit 2010 geltende bisherige Fassung ersetzen. Dieser vor allem für Vertriebsverträge und andere Vereinbarungen zwischen Akteuren unterschiedlicher Marktstufen relevante Rechtsakt wird damit ebenfalls an die veränderten Markt- und Machtverhältnisse des digitalen Zeitalters angepasst. Inhaltlich geht ein Großteil der Neuerungen auf die mittlerweile überragende Bedeutung des Internetvertriebs und die Rolle von Handelsplattformen zurück.

Mit Blick auf den deutschen Gesetzgeber sind hingegen für das Jahr 2022 keine maßgeblichen neuen Regelungen im Bereich des Kartellrechts zu erwarten. Die Praxis und vor allem das Bundeskartellamt machen gerade die ersten Erfahrungen mit Fällen auf Basis des mit der 10. GWB-Novelle im Jahr 2021 in Kraft getretenen § 19a GWB. Diese ersten Erfahrungen könnten aber durchaus noch in den Rechtssetzungsprozess zum DMA einfließen.

## Vertriebskartellrecht – die Neufassung der Vertikal-GVO



**Markus Brösamle**  
Senior Associate



**Dr. Lucas Gasser**  
Senior Associate



**Dr. Fabian Hübener, LL.M.**  
Associated Partner



**Prof. Dr. Karsten Metzloff**  
Partner



**Peter Stauber, LL.M.**  
Partner

Am 1. Juni 2022 tritt eine neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen („VGVO“) in Kraft, die die nunmehr ca. elf Jahre alte VGVO ablösen soll. Die Regelungen der neuen VGVO sollen jüngeren Entwicklungen Rechnung tragen, insbesondere im Bereich des Internetvertriebs, der weniger Schutz als noch vor elf Jahren benötigt.

Insgesamt sieht der Entwurf der neuen VGVO – teilweise deutliche – Änderungen für zahlreiche Bereiche vor:

- > Online-Handelsplattformen werden nun grundsätzlich – und somit anders als bisher – in den Anwendungsbereich der VGVO fallen.
- > Hybride Plattformen sind nicht mehr gruppenfreigestellt.
- > Ausgewählte Plattformverbote für Absatzmittler sind künftig grundsätzlich freigestellt.
- > Ebenso kann der Internetvertrieb zukünftig stärker durch den Hersteller gesteuert werden, wobei aber als Grundsatz gilt, dass der Händler nicht in der effektiven Nutzung des Internets beschränkt werden darf.
- > Eine dieser Steuerungsmöglichkeiten des Herstellers sind Doppelpreisysteme, d.h., der Hersteller kann dem Händler unterschiedliche Preisvorgaben für den Online- und den stationären Vertriebskanal machen.

- > Als besonders beachtenswert dürften sich zudem die vorgesehenen Änderungen für den dualen Vertrieb erweisen. Diese sehen vor allem Einschränkungen für den Informationsaustausch zwischen Hersteller und Absatzmittler vor, sofern ihr gemeinsamer Marktanteil auf dem betroffenen Einzelhandelsmarkt mehr als 10 % beträgt. Dieser neue Schwellenwert und die Frage, inwieweit der Informationsaustausch im dualen Vertrieb privilegiert werden sollte, wurden während des Reformprozesses äußerst kontrovers diskutiert. Es deutet sich an, dass die Europäische Kommission hier noch nachjustieren wird.
- > Weitere Änderungen betreffen u.a. die Laufzeit von Wettbewerbsverboten, die Zuteilung von Alleinvertriebsgebieten und zulässige Beschränkungen in selektiven Vertriebssystemen.
- > Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den Neuerungen finden Sie [hier](#).

Die Vorgaben der neuen VGVO müssen in bestehenden Vertragsverhältnissen spätestens bis zum 31. Mai 2023 berücksichtigt werden. Nach dem 31. Mai 2022 abgeschlossene Vereinbarungen müssen die Vorgaben unmittelbar beachten.

## Online-Plattformen im Fokus – DMA und DSA auf der Zielgeraden



**Dr. Lucas Gasser**  
Senior Associate



**Dr. Fabian Hübener, LL.M.**  
Associated Partner



**Immo Schuler, LL.M.**  
Senior Associate

Im Dezember 2020 stellte die Europäische Kommission weitreichende Vorschläge zur Regulierung von Online-Plattformen in Form des DMA und des DSA vor. Im November und Dezember 2021 haben nun der Rat der Europäischen Union und das EU-Parlament ihre Änderungsvorschläge zu den beiden Verordnungsentwürfen vorgelegt. Auf dieser Basis sollen im Frühjahr 2022 die Trilogverhandlungen beginnen.

Kartellrechtlich bringt vor allem der DMA Neuerungen mit sich. Ziel der Europäischen Kommission ist es, mit dem DMA schneller und gezielter gegen wettbewerbsschädliche Praktiken von „systemrelevanten“ Online-Plattformen vorgehen zu können. Der DMA ergänzt somit die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften.

Inhaltlich sieht der DMA dazu eine Reihe von Kriterien vor, nach welchen große Online-Plattformunternehmen zunächst als sogenannte „Gatekeeper“ eingestuft werden sollen. Die genauen Grenzwerte der Kriterien – z.B. die wesentlichen Umsatz- und Nutzerzahlenschwellenwerte – müssen in den Trilogverhandlungen noch festgelegt werden.

Für die Gatekeeper sind besondere Verhaltens Einschränkungen oder -vorgaben vorgesehen. Vor allem müssen sie innerhalb von sechs Monaten eine sogenannte „Dos & Don'ts“-Liste erfüllen, die auch individuelle Vorgaben für den Gatekeeper enthalten können. Als Beispiel für ein mögliches „Do“ führt die Europäische Kommission die Sicherstellung der Interoperabilität plattformeigener Dienste mit denen von Dritten an. Beispiel für ein „Don't“ ist das Verbot der Ungleichbehandlung von Diensten und Produkten Dritter gegenüber den plattformeigenen (Selbstbevorzugungsverbot).

Verstöße gegen die Vorgaben dieser individuellen „Dos & Don'ts“-Liste können für einen Gatekeeper – wie bisher bereits missbräuchliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen – u.a. beträchtliche Geldbußen von bis zu 10 % des weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens nach sich ziehen.

## Ampel-Koalition und Kartellrecht – Was plant die neue Bundesregierung?



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner

**Markus Brösamle**  
Senior Associate

*Die neue Bundesregierung (SPD, FDP und Grüne) möchte sich laut Koalitionsvertrag für einen „fairen Wettbewerb“ einsetzen.*

Innovation, Nachhaltigkeit, Verbraucherschutz und soziale Gerechtigkeit sollen ausdrücklich auch durch das Wettbewerbsrecht geschützt werden. Die Regierung dürfte daher „ESG“-Themen (dazu oben) aufgreifen. Auf europäischer Ebene möchte man sich zudem bspw. für die Unterbindung innovationshemmender strategischer Aufkäufe potenzieller Wettbewerber (sog. Killer-Acquisitions) einsetzen. Auf verfestigten Märkten hingegen wird eine missbrauchsunabhängige Entflechtungsmöglichkeit nur als Ultima Ratio für sinnvoll erachtet.

Zudem wird geprüft, ob das Bundeskartellamt eine „Verbraucherschutzbehörde“ mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet werden soll, um wirtschaftliche Verbraucherschutzverstöße verfolgen zu können. Der Gedanke ist nicht neu. Denn das Bundeskartellamt besitzt in der Regel die erforderliche Marktkenntnis, um hier effektiv tätig zu werden.

Gegen die sog. Ministererlaubnis sollen künftig wieder Klagemöglichkeiten bestehen. Auch der Bundestag soll am Verfahren beteiligt werden. Hintergrund dürften die letzten Verfahren sein, deren Entscheidungen teils umstritten waren. So führte die Ministerentscheidung „Edeka/Kaiser’s“ bspw. zum Rücktritt des Vorsitzenden der Monopolkommission.

Ferner ist eine Verpflichtung zur Interoperabilität auf europäischer Ebene und über das GWB für marktbeherrschende Unternehmen beabsichtigt. Die Datenportabilität soll gestärkt werden. Bei all dem Fokus auf die „Großen“ bzw. GAFAs (dazu oben) wird klargestellt, dass stets auch die Interessen des Mittelstands berücksichtigt werden sollen.

Auf EU-Ebene möchte man sich für einen „ambitionierten“ DMA (dazu oben) einsetzen, der durch die nationalen Wettbewerbsbehörden durchgesetzt werden soll.

Der Koalitionsvertrag lässt vermuten, dass das Wettbewerbsrecht genutzt wird, um die gewünschte(n) Marktstruktur bzw. Anliegen zu erzielen. Ein gewisses Mehr an Regulierung ist zu erwarten.

## Zunehmende Bedeutung des Europäischen Beihilferechts



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner



**Dr. Raphael Reims, LL.M.**  
Associate



**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner

*Das Europäische Beihilfenrecht hat seit Beginn der Covid-19-Pandemie eine Renaissance erfahren. Denn im Zuge der Pandemie verabschiedeten Regierungen kontinuierlich weitreichende, als Beihilfe zu qualifizierende Notprogramme zur Stützung betroffener Unternehmen. Die Europäische Kommission reagiert darauf, indem sie fortlaufend einen „befristeten Rahmen“ verlängert und erweitert, der die Vereinbarkeit solcher Programme und Maßnahmen mit beihilferechtlichen Normen adressiert. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Kommission den nach gegenwärtigem Stand bis zum 31. Juli 2022 auslaufenden Rahmen zum siebten Mal verlängern und/oder erweitern wird.*

Die Bedeutung des Europäischen Beihilferechts wird noch dadurch verstärkt, dass die Kommission angekündigt hat, insbesondere dessen Instrumente für die „Green Transformation“ zu nutzen. So hat die Kommission am 21. Dezember 2021 neue Leitlinien für Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen veröffentlicht. In diesen sind eben solche neuen Beihilfekategorien adressiert.

Aber auch jenseits dieser besonderen Entwicklungen bleibt es spannend. So sind am 1. Januar 2022 die neuen Leitlinien für Regionalbeihilfen in Kraft getreten, mit denen die Kommission niedrigere Hürden für digitale Investitionen geschaffen hat. Für sogenannte wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (IPCEI) gilt ebenfalls ab 1. Januar 2022 eine überarbeitete Mitteilung, die Kriterien enthält, nach denen z.B. bedeutende Innovationen in Schlüsselsektoren beurteilt werden. Schließlich dürfte im ersten Halbjahr 2022 die überarbeitete Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung angenommen werden. Diese wird nicht nur die bereits erwähnten Themen wie etwa Umweltschutzbeihilfen adressieren, sondern beispielsweise auch die Voraussetzungen für die Gewährung gängiger Beihilfen, wie etwa für Forschung und Entwicklung, modifizieren.

**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner

*Während das Thema Investitionskontrolle vor einigen Jahren noch ein Fremdwort für viele war, ist es für Transaktionsspezialisten nun allgegenwärtig. Die letzten paar Jahre – weiter angefacht durch die Covid-19-Krise – sahen (i) das Inkrafttreten der neuen EU-FDI-Screening-Verordnung Nr. 2019/452, (ii) die Einführung von zumindest sechs neuen Prüfregimen (mehr, wenn man Novellierungen berücksichtigt) und (iii) eine signifikante Verschärfung der bestehenden Regeln.*

Auch in Deutschland, welches eines der etabliertesten Investitionskontrollregime in Europa hat, wurden die Regeln verschärft – unter anderem durch eine deutliche Ausweitung der Sektoren, welche nun einer verpflichtenden Prüfung unterliegen. Dieser Trend ist im Kontext eines steigenden Bestrebens seitens der europäischen Regierungen zu sehen, heimische Unternehmen und Technologien, die für das lokale Wirtschaftswachstum eine wichtige Rolle spielen, zu schützen. Es gilt jedoch, den Wald vor lauter Bäumen nicht aus den Augen zu verlieren. Der erste und wichtigste Schritt für Transaktionsparteien bleiben das frühzeitige Erkennen von etwaigen Anmeldepflichten und die Einplanung in den Transaktionsprozess. In einem zweiten Schritt gilt es, klar und transparent mit Behörden zu kommunizieren, was in der Mehrzahl der Fälle weiterhin zu einer zeitgerechten Freigabe und dem Abschluss der Transaktion führen wird.

Auch in diesem Jahr wird die Investitionskontrolle ein wichtiges Thema sein und es bleibt abzuwarten, welche Schlüsse die einzelnen Mitgliedsstaaten aus dem ersten Jahresbericht der Kommission zum FDI Screening für ihre nationalen Regime ziehen. Es wird ein spannendes Jahr.

## Dealbreaker Investitionskontrolle – neue Fallgruppen der Außenwirtschaftsverordnung



**Dr. Bärbel Sachs, LL.M.**  
Partner



**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner



**Dr. Till Steinvorth**  
Partner

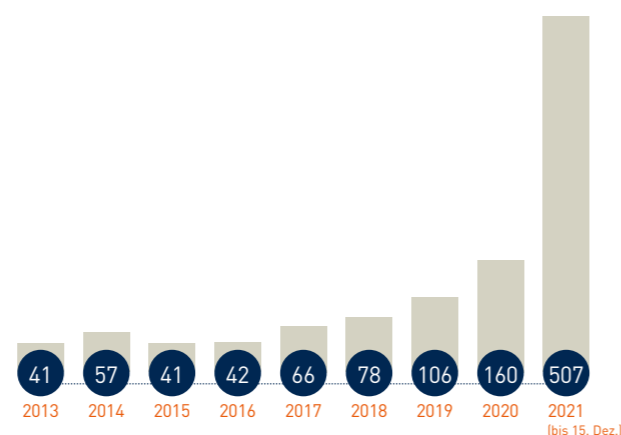
*Für das Transaktionsgeschäft wird die Investitionskontrolle immer wichtiger. Die Vielzahl der Gesetzesverschärfungen und der damit einhergehende signifikante Anstieg von Notifizierungen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (vgl. ca. 45 Meldungen im Jahr 2016 vs. ca. 250 im Jahr 2021) spiegeln diese Entwicklung wider.*

Mit Inkrafttreten der 17. AWV Novelle ist die Zahl der Sektoren, die im sektorübergreifenden Verfahren einer Meldepflicht unterliegen, von elf auf 26 gestiegen. Die neuen Fallgruppen betreffen vor allem Unternehmen in den Bereichen IT, Robotik, Halbleiter, Luftfahrt und Quantentechnologie. Auch Hinzuerwerbe von Stimmrechtsanteilen sind meldepflichtig, wenn sie bestimmte Schwellen überschreiten (20 %, 25 %, 40 %, 50 %, 75 %). Allerdings hat sich Deutschland – im Gegensatz z.B. zu Frankreich oder Italien – weiterhin für eine enge sachliche Abgrenzung der meldepflichtigen Tätigkeiten entschieden, sodass Meldepflichten im Einzelfall oft ausgeschlossen werden können.

Mit einer Regelprüffrist von zwei (Phase I) und vier Monaten (Phase II) hält die Investitionskontrolle ein – im Vergleich zur Fusionskontrolle – besonders langes regulatorisches Prüfverfahren bereit, zumal die Fristen auch verlängerbar sind. Unproblematische Transaktionen werden allerdings weiterhin überwiegend in Phase I freigegeben, selbst wenn es wegen des Europäischen Kooperationsmechanismus häufiger zu Verzögerungen kommt.

Gleichwohl ist zu beachten, dass bis dato erst drei Transaktionen vom BMWi untersagt worden sind. Zumeist können kritische Transaktionen freigegeben werden, wenn die Erwerbparteien im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages Verhaltenszusagen machen (z.B. zum Schutz sicherheitsrelevanter Informationen oder Lieferzusagen).

Das Jahr 2022 wird weitere Entwicklungen bereithalten; mit einer größer werdenden Anzahl nationaler Melderegime werden immer mehr Verfahren den EU-Kooperationsmechanismus durchlaufen. In Deutschland steht potenziell eine weitere Gesetzesanpassung im Raum, da derzeit Phase-I-Verfahren nicht in den Kooperationsmechanismus gegeben werden.



Investitionsprüfungen in Deutschland

Kommen Sie bei Fragen gerne auf uns zu.

## IHRE ANSPRECHPARTNER



**Dr. Fabian Badtke, LL.M.**  
Partner  
Frankfurt am Main  
T +49 69 971477124  
fabian.badtke@noerr.com



**Dr. Alexander Birnstiel, LL.M.**  
Partner  
München  
T +49 89 28628241  
alexander.birnstiel@noerr.com



**Prof. Dr. Karsten Metzloff**  
Partner  
Hamburg  
T +49 40 3003970  
karsten.metzloff@noerr.com



**Dr. Bärbel Sachs, LL.M.**  
Partner  
Berlin  
T +49 30 20942131  
baerbel.sachs@noerr.com



**Dr. Szilvia Andriská**  
Senior Associate  
Budapest  
T +36 1 2240900  
szilvia.andriska@noerr.com



**Markus Brösamle**  
Senior Associate  
Berlin  
T +49 30 20942067  
markus.broesamle@noerr.com



**Dr. Lucas Gasser**  
Senior Associate  
Berlin  
T +49 30 20942067  
lucas.gasser@noerr.com



**Dr. Lorenz W. Jarass**  
Senior Associate  
Frankfurt am Main  
T +49 69 971477124  
lorenz.jarass@noerr.com



**Rusandra Sandu**  
Partner  
Bukarest  
T +40 21 3125888  
rusandra.sandu@noerr.com



**Dr. Henner Schläfke**  
Partner  
Berlin  
T +49 30 20942079  
henner.schlaefke@noerr.com



**Dr. Jens Peter Schmidt**  
Partner  
Brüssel  
T +32 2 2745570  
jens.schmidt@noerr.com



**Iulian Sorescu, FCCA, CMC**  
Partner  
Bukarest  
T +40 213125888  
iulian.sorescu@noerr.com



**Immo Schuler, LL.M.**  
Senior Associate  
München  
T +49 89 28628354  
immo.schuler@noerr.com



**Jan-Hendrik Fitzl**  
Associate  
Hamburg  
T +49 40 300397141  
jan-hendrik.fitzl@noerr.com



**Dr. Sascha M. Giller, Maître en droit**  
Associate  
Frankfurt am Main  
T +49 69 971477124  
sascha.giller@noerr.com



**Dr. Jochen Christoph Hegener, LL.M.**  
Associate  
München  
T +49 89 28628513  
jochen.hegener@noerr.com



**Peter Stauber, LL.M.**  
Partner  
Berlin  
T +49 30 20942175  
peter.stauber@noerr.com



**Dr. Till Steinvorth**  
Partner  
Hamburg  
T +49 40 300397145  
till.steinvorth@noerr.com



**Dr. Kathrin Westermann**  
Partner  
Berlin  
T +49 30 20942151  
kathrin.westermann@noerr.com



**Sarah Blazek, E.MA**  
Associated Partner  
München  
T +49 89 28628513  
sarah.blazek@noerr.com



**Johanna Krauskopf, LL.M.**  
Associate  
Frankfurt am Main  
T +49 69 971477273  
johanna.krauskopf@noerr.com



**Dr. Raphael Reims, LL.M.**  
Associate  
München  
T +49 89 28628513  
raphael.reims@noerr.com



**Sebastian Wrobel, LL.M.**  
Associate  
Berlin  
T +49 30 20942151  
sebastian.wrobel@noerr.com



**Tzu-Yuan (Thomas) Chu, LL.M., MBL**  
Project Lawyer  
Berlin  
T +49 30 20942000  
tzu-yuan.chu@noerr.com



**Dr. Fabian Hübener, LL.M.**  
Associated Partner  
Brüssel  
T +32 2 2745572  
fabian.huebener@noerr.com



**Pascal Schumacher**  
Associated Partner  
Berlin  
T +49 30 20942030  
pascal.schumacher@noerr.com



**Luiza Bedros**  
Counsel  
Bukarest  
+40 21 3125888  
luiza-elena.bedros@noerr.com



**Robert Pahlen**  
Counsel  
Berlin  
T +49 30 20942316  
robert.pahlen@noerr.com



**Giovanna Ventura**  
Legal Advisor  
Brüssel  
T +32 2 2745573  
giovanna.ventura@noerr.com

Alicante  
Berlin  
Bratislava  
Brüssel  
Budapest  
Bukarest  
Dresden  
Düsseldorf  
Frankfurt/M.  
Hamburg  
London  
Moskau  
München  
New York  
Prag  
Warschau