

# Hogan Lovells

## Kartellrechts-Radar

Sommer 2021

### Fokus Wettbewerbspolitik

#### Reform Vertikal-GVO – Kommission legt Entwürfe der neuen Vertikal-GVO und Vertikalleitlinien vor

Die aktuelle Vertikal-GVO läuft zum 31. Mai 2022 aus. Die Europäische Kommission („**Kommission**“) hat nun den Entwurf der Nachfolgeverordnung vorgelegt. Darüber hinaus hat sie den Entwurf der überarbeiteten Vertikalleitlinien veröffentlicht. Stakeholder können im Rahmen der laufenden Konsultation bis zum 17. September 2021 Stellungnahmen zu den vorgeschlagenen neuen Regelungen abgeben.

Die Kommission hält an der bewährten Systematik der Vertikal-GVO fest. Der Entwurf der neuen Verordnung sieht wie bisher eine mit einer Marktanteilsschwelle verknüpfte Schirmfreistellung vor, die von sog. schwarzen und grauen Klauseln durchbrochen wird. In den Details schlägt die Kommission jedoch diverse Änderungen vor. Neben einigen Verschärfungen sehen die Entwürfe auch viele Lockerungen vor, die den Spielraum von Unternehmen bei der Gestaltung des Vertriebs bedeutend erweitern würden.

Eine wichtige Verschärfung betrifft den dualen Vertrieb. Die Kommission schlägt eine strengere Marktanteilsschwelle für Konstellationen des zweigleisigen Vertriebs vor. Nur wenn der gemeinsame Marktanteil von Hersteller und Händler unterhalb der Schwelle von 10% liegt, soll der duale Vertrieb vollständig gruppenfreigestellt sein. Liegt der Marktanteil zwischen 10% und 30%, soll eine eingeschränkte Gruppenfreistellung eingreifen, von welcher der Informationsaustausch zwischen Hersteller und Händler ausgenommen ist. Grundsätzlich nicht gruppenfreistellungsfähig sollen bezweckte horizontale Wettbewerbsbeschränkungen sein.

Eine weitere Verschärfung betrifft Online-Handelsplattformen. Der Entwurf der Vertikal-GVO ordnet Online-Handelsplattformen nun als Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ein. Das Handelsvertreterprivileg findet

damit auf Plattformen keine Anwendung. Zudem sollen hybride Plattformen, auf denen ein Plattformbetreiber auch selbst Produkte zum Verkauf anbietet, gänzlich dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO entzogen werden. Schließlich geht der Entwurf auch auf Bestpreisklauseln ein. Weite Bestpreisklauseln sollen künftig als sog. graue Klausel nicht mehr gruppenfreigestellt sein.

Lockerungen schlägt die Kommission insbesondere mit Blick auf den Online-Vertrieb vor:

- Doppelpreissysteme (sog. *dual pricing*) sollen künftig nicht mehr als Kernbeschränkung eingeordnet werden.
- Das Gleichwertigkeitskriterium, nach dem Qualitätsanforderungen an den Online-Vertrieb äquivalent zu den Vorgaben an den stationären Vertrieb sein müssen, soll entfallen.
- Plattformverbote sollen in Übereinstimmung mit dem Coty-Urteil grundsätzlich gruppenfreistellungsfähig sein.

Auch im Übrigen sieht der Entwurf praxisrelevante Lockerungen vor:

- Wettbewerbsverbote sollen künftig auch gruppenfreistellungsfähig sein, wenn sie eine automatische Verlängerung vorsehen (sog. *evergreening*).
- Ein geteilter Alleinvertrieb soll möglich werden. In dieser Variante des Alleinvertriebs kann ein Hersteller in einem Alleinvertriebsgebiet nun mehrere Händler benennen.
- Im Alleinvertrieb sollen durchgereichte Vertriebsbindungen möglich werden, durch die Kunden in ihrer Möglichkeit zum aktiven Verkauf eingeschränkt werden.

Eine ausführliche Würdigung der vorgeschlagenen Änderungen findet sich auch in [diesem Beitrag](#) auf dem Hogan Lovells Blog.



## Take away

Die Kommission wird die Vertikal-GVO an die weiterentwickelte Vertriebslandschaft anpassen. Insbesondere auf Hersteller mit dualem Vertrieb und Plattformunternehmen kommen bedeutende Änderungen zu.

### Bekannt und bewährt? Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten plädieren für gemeinsame Durchsetzung des DMA mit EU-Kommission

Konsequent bereiten die Wettbewerbsbehüter in der EU die erweiterten Zugriffsmöglichkeiten auf die digitalen Märkte Europas vor. Der von der EU-Kommission im Dezember 2020 vorgelegte Entwurf für den Digital Markets Act (DMA) sieht insbesondere wettbewerbsrechtliche Pflichten für sog. Gatekeeper vor. Die teilweise sehr umfangreichen Eingriffsrechte sind aus Sicht der EU-Kommission notwendig geworden, da die wettbewerblich kritischen Praktiken großer Konzerne der Internetökonomie mit dem hergebrachten Kartellrecht nicht ausreichend adressiert werden konnten (grundlegend zum DMA-Vorschlag der EU-Kommission: [hier](#)).

#### Current developments: grundsätzliche Zustimmung, aber ...

Seit Vorstellung des Legislativprojektes im Dezember 2020 befindet sich der DMA-Entwurf im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Das heißt, es ist nun an Parlament und Rat das Gesetz zu billigen. Im Rat begannen erste Diskussionen auf der Arbeitsebene, wobei grundsätzliche Unterstützung durch die Mitgliedstaaten signalisiert wurde. Gleichzeitig erkannte die portugiesische Ratspräsidentschaft jedoch im Mai 2021 weiteren Gesprächsbedarf für den DMA. Ihrer Ansicht nach waren Fragen nach der Rolle der Mitgliedstaaten beim Vollzug des DMA, insbesondere im Zusammenspiel des DMA mit anderen Rechtsakten, weiter offen. Auch die konkrete Auslegung des Gatekeeper Begriffs, die daraus für Unternehmen resultierenden Pflichten und der regulatorische Dialog seien derzeit noch Gegenstand der Verhandlungen.

### Berlin, Den Haag, Paris – Freunde des Digital Market Acts

Bestätigt wurde das Bedürfnis weiterer Abstimmungen durch ein Non-paper der „Friends of an effective Digital Markets Act“, welche am 27.05.2021 ebenfalls Anpassungen des DMA forderte. Nach der Auffassung der einflussreichen Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich und der Niederlande müsse der Anwendungsbereich des DMA sowie dessen Beziehung zum europäischen Wettbewerbsrecht geklärt werden. Ebenso besteht nach der Gruppe ein Bedürfnis für einen Spielraum, der weiterhin nationale Regelungen für Gatekeeper zulässt (bisher werden derartige Regeln durch den Verordnungsvorschlag ausgeschlossen). Ebenfalls müsste für die Kommission fortwährend die Möglichkeit bestehen, flexible Anpassungen der Pflichten für Gatekeeper vorzunehmen. Zudem sei die Rolle der Mitgliedstaaten zu beachten und die nationalen Wettbewerbsbehörden sollten beim Vollzug des DMA eingebunden sein. Der Bericht des Rapporteurs des EU-Parlaments, Andreas Schwab, vom 1. Juni 2021 schlug zwar ebenfalls Änderungen vor, allerdings mit einer anderen Stoßrichtung. Seiner Ansicht nach sei das Verfahren der Marktuntersuchungen anzupassen indem eine High Level-Gruppe von Spezialisten im Bereich digitaler Regulierung gebildet wird, die der Koordinierung zwischen den verschiedenen Regulatoren dienen soll.

#### Zuletzt: Stellungnahme des ECN

Die nun am 23.06.2021 erfolgte Stellungnahme des European Competition Network verleiht der Frage nach der Zuständigkeit für den Vollzug des DMA neuen Aufwind. Tatsächlich wirkt es so, dass der DMA-Entwurf auf eine reine Kommissionszuständigkeit zugeschnitten ist. So sieht Art. 1 Abs. 6 DMA vor, dass der DMA nicht die Anwendung des übrigen EU-Wettbewerbsrecht berührt, weswegen die Aufgabenverteilung zwischen nationalen Behörden und EU-Kommission nach den bestehenden Regeln definitionsbedürftig wird. Dementsprechend wollen die Wettbewerbsbehüter der Mitgliedstaaten auch in Zukunft das Knowhow und die Ressourcen ihrer nationalen Behörden eingesetzt sehen, um das Ziel einer effektiven Durchsetzung des DMA zu verfolgen.

#### DMA für die Kommission allein nicht steuerbar?

Die nationalen Behörden betonen nicht nur ihre eigenen Fähigkeiten, sondern beschreiben gleichzeitig, dass die Kommission alleine schwerlich in der Lage sei ausreichend Ressourcen

bereitzustellen, um die Vielzahl an Verpflichtungen und Verboten des DMA durchzusetzen. Dies wäre selbst dann der Fall, wenn der DMA nur auf eine kleine Gruppe von Gatekeepern Anwendung fände. Als integriertes System wären mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehüter und Kommission jedoch in der Lage, gemeinsam diese Herausforderung zu bewältigen. Darüber hinaus sei es in einigen Situationen vernünftig den nationalen Behörden die alleinige Kompetenz zuzuschreiben. Beispielsweise dann, wenn ein Verstoß sich nur in einem Mitgliedstaat abspielt. Auch würden die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehüter gerade von KMUs als leichter zugänglich wahrgenommen werden, als die Kommission. Kleinere Unternehmen würden sich daher eher an die nationalen Behörden widmen als an Brüssel, um sich über einen Gatekeeper zu beschweren. Die Tatsache, dass DMA und das übrige Wettbewerbsrecht parallel angewendet werden, sei ein weiteres Argument für eine unterstützende mitgliedstaatliche Zuständigkeit. Nur diese könnte insofern eine kohärente Anwendung von DMA und nationalem Wettbewerbsrecht sicherstellen.

#### Die Wunschliste der NCAs

Die National Competent Authorities (NCAs) beenden ihre Stellungnahme mit einem Forderungskatalog, in welchem sie ihre Vorstellung der Durchsetzung des DMA skizzieren. In diesem erkennen sie das Primat der Kommission an, fordern aber gleichzeitig ein freiwillige Beteiligung der Mitgliedsstaaten für bestimmte Einzelfälle. Als beispielhaft benennen sie *expressis verbis* die Kompetenzaufteilung der VO (EG) 01/2003 und das European Competition Network als Institutionen, welche ein erfolgreiches Beispiel für Kooperation und Koordination darstellen. Betont wird hierbei die privilegierte Stellung der Kommission im bestehenden System, welche ihr erlaube jederzeit Fälle an sich ziehen könnte. Um diese herausgehobene Stellung der Kommission auch im DMA-Vollzugssystem weiter abzusichern, schlagen die nationalen Wettbewerbsbehüter vor, dass die nationalen Behörden auf Aufforderung der Kommission tätig werden könnten. Gleichzeitig sollte jedoch auch für NCAs die Möglichkeit bestehen bei der Kommission die Eröffnung von Verfahren oder Marktuntersuchungen anzufordern.



#### Take away

Ob die Wunschliste der Wettbewerbsbehüter in Erfüllung geht, ist derzeit noch ungewiss. Soweit ersichtlich hat sich die Kommission noch nicht zur Stellungnahme der nationalen Wettbewerbsbehüter geäußert (Stand: 08/2021). Dafür, dass es zu entsprechenden Anpassungen kommen mag, spricht uA der zuvor erwähnte Bericht der Ratspräsidentschaft. Die Tatsache, dass im Rat auf Arbeitsebene im Bereich der Vollzugsfragen noch Diskussionsbedarf gesehen wird, lässt weitere Anpassungen nicht unwahrscheinlich erscheinen. Auch das oben erwähnte Non-paper der einflussreichen Mitgliedstaaten Frankreichs, der Bundesrepublik Deutschland und der Niederlande fordert eine Einbindung der NCAs, die so eine Gruppe starker Fürsprecher gewonnen haben.

## Fokus Enforcement

### GWB-Digitalisierungsgesetz in Kraft: § 19a GWB findet erstmals Anwendung

Mit der 10. GWB-Novelle ist am 19.01.2021 ein neues Werkzeug für das BKartA in Kraft getreten, auf das die Wettbewerbsbehörde nur zu warten schien.

Um schneller und effizienter gegen mögliche Verstöße gegen das Kartellrecht in der Digitalwirtschaft vorgehen zu können, erließ der Bundesgesetzgeber den neuen § 19a GWB mit weitreichenden Untersuchungs- und Verfügungsbefugnissen.

§ 19a GWB sieht ein zweistufiges Verfahren vor. Zunächst kann das BKartA per Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Als zweiten Schritt kann es bestimmte Praktiken verbieten.

### Die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung gem. § 19a Abs. 1 GWB

Das Institut einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ war dem Kartellrecht bisher unbekannt und lässt sich nur dank der ebenfalls im Gesetz verankerten Kriterien mit Inhalt füllen:

- die marktbeherrschende Stellung des Unternehmers auf einem oder mehreren Märkten,
- die Finanzkraft des Unternehmens bzw. dessen Zugang zu sonstigen Ressourcen,
- den vertikalen Integrationsgrad des Unternehmens und seine Tätigkeit in auf sonstiger Weise miteinander verbunden Märkten,
- den Zugang des Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten,
- die Bedeutung der Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang Dritter zu Angebots- und Nachfragemärkten.

Bildet sich das BKartA eine entsprechende Überzeugung, so stellt es die überragende marktübergreifende Bedeutung durch Verfügung fest, wobei die Wirkung dieser Feststellung auf fünf Jahre nach Eintritt der Bestandskraft zu beschränken ist.

### Der Maßnahmenkatalog des § 19a Abs. 2 GWB

Auf Grundlage der Feststellung des Abs. 1 eröffnet sich dem BKartA ein in § 19a Abs. 2 GWB niedergelegter, umfassender Maßnahmenkatalog. Umfasst ist die Untersagung folgender Praktiken:

- Im Rahmen der Vermittlung des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln,
- Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat,
- Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern,

- Durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen,
- Die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern,
- Andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren,
- Für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen.

Die entsprechenden Untersagungen dürfen nur ergriffen werden, soweit die jeweilige Verhaltensweise nicht sachlich gerechtfertigt ist. Die Beweislast obliegt hierfür dem jeweiligen Unternehmen.

Dieser durchaus schwerwiegenden Verteilung der Beweislast begegnet der Gesetzgeber mit einer Priorisierung der sich aus § 19a-Verfügungen ergebenden Streitigkeiten. § 73 Abs. 5 GWB regelt eine ausschließliche erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesgerichtshof für Verfügungen des BKartA nach § 19a GWB. Mit diesem Mechanismus sollen die betroffenen Unternehmen von langwierigen Gerichtsverfahren geschützt werden. Gleichwohl lässt sich hierin auch eine Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten zulasten der betroffenen Unternehmen sehen.

### § 19a GWB in der Praxis

Keine neun Tage nach Inkrafttreten der neuen Regelungen gab das BKartA **bekannt**, im Rahmen seiner bereits stattfindenden Ermittlung im sog. Facebook/Oculus-Verfahren auch den neuen § 19a GWB prüfen zu wollen. Anlass ist nach *Andreas Mundt*, Präsident des BKartA, unter anderem die Präsenz des Unternehmens nicht nur mit dem eigenen Netzwerk, sondern auch mit WhatsApp und Instagram.

Die weiteren zwischenzeitig eingeleiteten Verfahren betreffen die häufig als GAFA-Gruppe bezeichneten Unternehmen Amazon, Google (Alphabet) und Apple. So ist der Onlinekonzern Amazon seit dem 18. Mai 2021 von einem Verfahren betroffen, welches die digitalen Angebote des Unternehmens in den Blick nimmt. Eine Woche nach Einleitung der Untersuchung bei Amazon, teilte das BKartA mit, auch gegen Google ein Verfahren nach den neuen Digitalvorschriften zu eröffnen. Das am 25. Mai 2021 eingeleitete zweigliedrige Verfahren betrifft sowohl die Bedeutung von Googles Untergliederungen – YouTube, Maps, Chrome sowie haus eigene Suchmaschine – als auch die Datenverarbeitungen durch den Konzern.

Zuletzt wurde im Juni ein Verfahren gegen das Technologieunternehmen Apple eingeleitet. Auch hier soll es – der Logik des § 19 a GWB folgend – zunächst um die Bedeutung des Unternehmens für den Markt gehen.

§ 19a GWB ist eine Neuerung im deutschen Kartellrecht, die ersichtlich auf den digitalen Markt und einen begrenzten Kreis von Unternehmen zugeschnitten ist und der auf nationaler Ebene den „Digital Markets Act“ (DMA) der Europäischen Kommission vorweggenommen hat.

Nachdem das BKartA § 19a GWB auf die großen Digitalkonzerne angewandt hat, bleibt allerdings abzuwarten, in welchen weiteren Verfahren des Bundeskartellamtes der § 19a GWB noch eine Rolle spielen wird.



### Take away

Das schnelle Tätigwerden und die hohe Taktung der eingeleiteten Verfahren in jeweils unterschiedlichen Beschlussabteilungen bestätigen, was sich seit Jahren abgezeichnet hat. Das BKartA ist gewillt, die Digitalwirtschaft zu durchleuchten, ohne dass es hierzu zwangsläufig den Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens erhebt.

## Jahresbericht 2020/2021 und Tätigkeitsbericht 2019/2020 des Bundeskartellamts

Im Juni 2021 wurden der Jahresbericht 2020/2021 und der Tätigkeitsbericht 2019/2020 des Bundeskartellamts („BKartA“) vorgestellt. Die Berichte fassen die Fallpraxis der Behörde

zusammen und geben dabei auch einen Einblick in Verfahren, zu denen bislang keine Pressemitteilungen oder Fallberichte veröffentlicht worden sind. Aus Sicht des Praktikers ist zudem der statistische Überblick über die Aktivitäten des BKartA im vergangenen, von der Corona-Pandemie geprägten Jahr interessant:

- Die insgesamt verhängten Bußgelder gingen gegenüber 2019 deutlich zurück. Insgesamt verhängte das BKartA im Jahr 2020 Bußgelder in Höhe von „nur“ EUR 349 Mio. (2019: EUR 848 Mio.; 2018: EUR 376 Mio.). Hierbei dominierten die Kartellstrafen für Aluminium-Schmieden (ca. EUR 175 Mio.) und im Bereich Pflanzenschutzmittel (ca. EUR 158 Mio.).
- Die Zahl der Kronzeugenanträge hat sich auf niedrigem Niveau stabilisiert. Es wurden 13 Kronzeugenanträge im Jahr 2020 gestellt (2019: 16; 2018: 25).
- Wenig überraschend ist die Zahl der Durchsuchungen im Pandemiejahr zurückgegangen. Lediglich 17 Unternehmen bzw. Verbände wurden durchsucht (2019: 32; 2018: 51). Privatwohnungen wurden nicht durchsucht (2019 und 2018: jeweils 5). Die Durchsuchungen führten zur Sicherstellung von 665 Aktenordnern und 19,3 Terabyte an IT-Asservaten.
- Die Zahl der Entscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle ging leicht auf 1.230 zurück (2019: 1.400; 2018: 1.400). Davon sind lediglich 9 Entscheidungen im Hauptprüfverfahren ergangen (2019: 8; 2018: 14). Dabei kam es zu keiner Untersagung (2019: 4; 2018: 0). Drei Freigaben im Hauptprüfverfahren sind unter Auflagen erfolgt (2019: 1; 2018: 1). In zwei Fällen ist im Hauptprüfverfahren die Anmeldung zurückgenommen worden (2019: 6; 2018: 4).

Nach der im Rahmen der 10. GWB-Novelle erfolgten Erhöhung der Umsatzschwellen ist mit einem weiteren Rückgang der Zusammenschlussanmeldungen im Jahr 2021 zu rechnen.

Die Digitalwirtschaft bleibt in den eigenen Worten des Bundeskartellamts eine „Toppriorität“. Dies schlägt sich nicht zuletzt darin nieder, dass das Bundeskartellamt mittlerweile bereits gegen vier Unternehmen Verfahren auf Grundlage des mit der 10. GWB-Novelle neu eingeführten § 19a GWB eingeleitet hat.



## Take away

Das Pandemiejahr 2020 hat die Enforcement-Praxis des Bundeskartellamts kaum zurückgeworfen. Die Zahl der Durchsuchungen dürfte im laufenden Jahr 2021 wieder ansteigen.

## Fokus Rechtsprechung

### BGH zu Booking.com: Das Ende der „engen“ Bestpreisklausel?

Mit Beschluss vom 18. Mai 2021 (VKR 54/20) hat der Bundesgerichtshof („**BGH**“) die Unzulässigkeit der sogenannten „engen Bestpreisklausel“ für Hotelplattformen bestätigt und dem BKartA recht gegeben. Damit endet ein langer Kampf um die Vereinbarkeit der Klausel mit dem Kartellverbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV.

#### Hintergrund

Das Online-Reiseportal Booking.com („**Booking**“) verwendete enge Bestpreisklauseln seit Juli 2015. Sie verboten Bookings Vertragspartnern, im eigenen digitalen Vertrieb günstigere Konditionen anzubieten als auf der Webseite von Booking. Insofern unterscheiden sich die engen Klauseln von den bereits seit 2012 vom Bundeskartellamt untersagten weiten Bestpreisklauseln. Bei diesen Meistbegünstigungsklauseln verpflichteten sich Vertragspartner, Dritten auf keinem Vertriebsweg günstigeren Konditionen zu gewähren.

Nachdem das Verbot der Meistbegünstigungsklauseln 2015 rechtskräftig wurde, ging das BKartA auch gegen die engen Bestpreisklauseln vor. Im Dezember 2015 stellte es die Unvereinbarkeit mit dem Kartellrecht fest und untersagte Booking deren Nutzung. Die Wettbewerbsbehörde sah nicht nur einen Eingriff in die Preissetzungshoheit der Hotels, sondern ebenso den fehlenden Anreiz, dank eingesparter Vermittlungsprovisionen mittels Preisvorstöße auf der eigenen Webseite den Preiswettbewerb zu beleben.

Booking kam der Untersagungsanordnung des BKartA nach, ging aber erfolgreich mit einer Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf gegen die Untersagung vor.

Das OLG Düsseldorf bejahte zwar eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, sah die Verwendung der Klauseln jedoch als notwendige Nebenabrede vom Kartellverbot befreit. Danach sind derartige Klauseln hinzunehmen, soweit sie bei objektiver Betrachtung einen kartellrechtlich neutralen Vertrag erst ermöglichen und sowohl zeitlich, räumlich als auch sachlich auf das notwendige Maß beschränkt sind. So treffe Booking eine nahezu vollständige Vorleistungspflicht. Ebenso könnten die kooperierenden Hotels den entstehenden Vergütungsanspruch der Plattform dadurch unterbinden, dass sie vor einer Buchung, die potenziellen Kunden auf hoteleigene Webseiten umleiteten, nach dem diese sich bei Booking informierten (sogenanntes „Trittbrettfahrerproblem“). Darüber hinaus bestehe die Gefahr, dass die Hotels – bei Fehlen einer engen Bestpreisklausel – die Kunden durch bessere Konditionen zusätzlich dazu animieren würden, im Direktvertrieb bei den Hotels zu buchen.

#### Die Entscheidung des BGH

Gleichfalls kam eine Gruppenfreistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO nicht in Betracht. Booking hält auf dem relevanten Markt für Hotelbuchungen einen Marktanteil von mehr als 30 Prozent, so dass die Anwendung der Vertikal-GVO gem. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO ausscheidet. Ebenfalls wurde eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeschlossen. Zwar bejahte auch der BGH im Rahmen der für Art. 101 Abs. 3 AEUV erforderlichen Abwägung Effizienzvorteile für die Verbraucher und die angeschlossenen Hotels. Nach Ansicht des Gerichtshofs setzten diese die Verwendung der engen Bestpreisklausel jedoch nicht voraus, wohingegen die Klausel den Onlinevertrieb der Hotels erheblich behindere.

#### Bedeutung

Bestpreisklauseln sind seit etwa 2012 ein Dauerbrenner im digitalen Wettbewerbsrecht. Zumindest Unternehmen mit Marktanteilen über 30 Prozent dürfte die Rechtfertigung der Verwendung solcher Klauseln nach dem BGH-Urteil schwer fallen. Für kleinere Unternehmen wird sich zeigen, inwieweit sie zukünftig noch unter die Gruppenfreistellung der Vertikal-GVO fallen können. Zwar sind Bestpreisklauseln nach überwiegender Auffassung durch die aktuelle Vertikal-GVO freigestellt. Der Entwurf der Europäischen Kommission zur neuen Vertikal-GVO entzieht nun aber zumindest der weiten Bestpreisklausel nach Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO-E den Freistellungsschutz. Unternehmen

unterhalb der kritischen Marktanteilsschwelle von 30 Prozent kämen demgegenüber nach dem jetzigen Stand zumindest in den Genuss einer Freistellung enger Bestpreisklauseln. In allen anderen Konstellationen dürfte in der dann zu prüfenden Einzelfallabwägung die vom BGH vorgenommene Argumentation eine hohe Hürde sein, um eine kartellrechtswidrige Beschränkung des Wettbewerbs zu verneinen.



## Take away

Nach den weiten Bestpreisklauseln kippt der BGH zur Freude der Hotelbetreiber nun auch die Verwendung von engen Bestpreisklauseln. Entsprechende Klauseln in anderen Bereichen wie Kfz und Versicherung könnten nun in den Fokus rücken. Entscheidend wird hier vor allem sein, inwieweit die neue Vertikal-GVO Bestpreisklauseln von der Schirmfreistellung ausnimmt.

## Facebook: Oberlandesgericht legt Auslegungsfragen vor

Der Rechtsstreit zwischen dem Bundeskartellamt („**BKartA**“) und Facebook beschäftigt nach dem Oberlandesgericht Düsseldorf und dem Bundesgerichtshof („**BGH**“) nun den Europäischen Gerichtshof („**EuGH**“) in Luxemburg. Das Oberlandesgericht beschloss am 24. März 2021 (Akz.: Kart 2/10 (V)) den EuGH im Wege eines sog. Vorabentscheidungsverfahrens einzubeziehen.

### Hintergrund

Facebook ließ die Nutzung seines sozialen Netzwerks nur unter der Bedingung zu, dass es auch außerhalb der Facebook-Seite nutzerbezogene Daten sammeln und dem jeweiligen Facebook-Konto zuordnen durfte.

Das BKartA wollte diese Vorgehensweise mit seinem Beschluss vom 6. Februar 2019 (B6-22/16) unterbinden und untersagte daher die Datenverarbeitung gem. §§ 19 Abs. 1, 32 GWB als kartellrechtswidrigen Machtmissbrauchs. Gegen diesen Beschluss wandte sich das Unternehmen sowohl mit einem Hauptsache Antrag als auch mit einem Antrag im einstweiligen Rechtsschutz an das OLG Düsseldorf. Dieses erließ am 26. August 2019 einen Beschluss im vorläufigen

Rechtsschutz, in welchem der Digitalkonzern obsiegte. Das Oberlandesgericht hatte ernste Zweifel daran, ob das Sammeln der Daten eine wettbewerbsschädliche Wirkung habe. Daraufhin wendete sich das BKartA gegen die Entscheidung und legte Rechtsbeschwerde zum BGH ein. Dieser stellte sich auf die Seite der Behörde. Mit Beschluss vom 23. Juni 2020 (KVR 69/19) hob er die Entscheidung des OLG Düsseldorf auf – seiner Ansicht nach bestand kein ernsthafter Zweifel an dem Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs. Der Streit ist somit im einstweiligen Rechtsschutz ausgefochten, zu entscheiden bleibt das Hauptsacheverfahren. In diesem tritt nun der EuGH auf die Bildfläche.

### Der Vorlagebeschluss

In seinem Beschluss vom 24. März 2021 legt das OLG dem EuGH Vorlagenfragen hinsichtlich der Auslegung der DSGVO und Art. 4 Abs. 3 EUV vor. Im Kern geht es dem OLG hierbei darum, eine Abgrenzung zwischen Kartell- und Datenschutzrecht vorzunehmen.

- So fragen die Düsseldorfer Richter, ob mit der DSGVO vereinbar sei, wenn eine Kartellbehörde, die nicht Aufsichtsbehörde iSd der DSGVO ist, einen Verstoß gegen die DSGVO durch ein Unternehmen feststellt und dagegen vorgeht.
- Insbesondere möchte das Gericht wissen, ob dies auch dann noch mit europäischem Recht vereinbar sei, wenn in dem Mitgliedstaat, in dem das betroffene Unternehmen seine Hauptniederlassung hat, bereits durch die dort zuständige DSGVO-Aufsichtsbehörde gegen das Unternehmen ermittelt wird.

Sollte der EuGH diese ersten beiden Fragen positiv beantworten – und damit einer Durchsetzung von Datenschutzbestimmungen durch Kartellbehörden zustimmen – so erbittet das OLG Unterstützung bei der Auslegung der DSGVO im vorliegenden Fall.

- Sollten die ersten beiden Fragen jedoch verneint werden, so möchte das OLG wissen, ob eine nationale Kartellbehörde bei der Prüfung möglicher Kartellrechtsverstöße durch ein Unternehmen, Feststellungen dazu treffen darf, ob die Datenverarbeitungsbedingungen des Unternehmens im Einklang mit der DSGVO stehen.

- Sofern dies bejaht wird, interessiert sich das OLG auch in dieser Konstellation dafür, ob die nationale Kartellbehörde zu derartigen Feststellungen auch dann berufen ist, wenn gleichzeitig eine zuständige Datenschutzbehörde das Unternehmen einem Untersuchungsverfahren unterzieht.

Sollte der EuGH die Vorlagefragen des OLG so entscheiden, dass nur Aufsichtsbehörden nach der DSGVO diese durchsetzen bzw. Feststellungen dazu treffen dürfen, so werden die Karten neu gemischt. Das OLG hätte die Möglichkeit, seine ursprüngliche Rechtsauffassung erneut geltend zu machen. Voraussichtlich im Sommer 2022 wissen wir mehr – durchschnittlich dauert es 16 Monate bis es zu einer Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren kommt.



### Take away

Im Streit zwischen Facebook und Bundeskartellamt tritt ein neuer Akteur auf: der EuGH entscheidet über Vorlagefragen des OLG-Düsseldorf. Eine endgültige Entscheidung über Facebooks Nutzerbedingungen steht damit noch weiterhin aus.

## Fokus Beihilferecht

### Kommission stellt Entwurf für neue Leitlinien für Klima-, Energie- und Umweltbeihilfen vor

Am 7. Juni 2021 stellte die Europäische Kommission („**Kommission**“) ihren Entwurf für neue Leitlinien für Klima-, Energie- und Umweltbeihilfen vor (bzw. auf Englisch Climate, Energy and Environmental Aid Guidelines – kurz CEEAG). Bis zum 2. August schloss sich daran eine gezielte öffentliche Konsultation ihres Entwurfes an. Interessierte Kreise waren hierbei dazu aufgefordert, zu den neuen Leitlinien, die erst neuerdings den Zusatz „Klima-“ erhalten haben, Stellung zu nehmen.

#### Hintergrund

Staatliche Hilfen sind gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten. Sie können zu einer Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt und zur Beeinträchtigung des Handels zwischen

den Mitgliedstaaten führen. Ausnahmsweise können Beihilfen jedoch nach Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV erlaubt sein. Die bisherigen „Leitlinien für staatlichen Umweltschutz – und Energiebeihilfen 2014 – 2020“ informierten über die jeweilige Position der Kommission, hinsichtlich der Vereinbarkeit bestimmter Fördermaßnahmen für den Umwelt- oder Energiebereich mit dem Beihilferecht. Nachdem die alten Leitlinien zum Ende des Jahres 2020 ausliefen, wurden nun die Reformvorschläge vorgelegt. Die Überarbeitung der Leitlinien ist dabei als Bestandteil des im Dezember 2019 angekündigten European Green Deal zu sehen, dessen konkrete Umsetzung im Juni 2021 durch ein ambitioniertes Maßnahmenpaket weiter definiert wurde. Der umfangreiche Katalog soll es ermöglichen, die Nettotreibhausgasemissionen in der Union auf 55% gegenüber dem Niveau von 1990 zu senken. Hierfür sieht das unter dem Namen „Fit for 55“ bekannte Paket einen Policy-Mix vor, der mit den Schwerpunkten Bepreisung, Zielvorgaben, Normen und Unterstützungsmaßnahmen arbeitet.

### Aufgabe des Beihilferechts: „Fit for 55“ ermöglichen

Eine zentrale Rolle bei der Umsetzung der „Fit for 55“-Vorgaben wird dem Beihilferecht zukommen. Ziel der aktualisierten Leitlinien ist es daher, nach dem Willen der Kommission den Mitgliedstaaten dabei zu helfen, die energie- und klimapolitischen Ziele der Union zu erreichen. Hierbei sollen möglichst geringe Kosten für den Steuerzahler entstehen sowie der Wettbewerb nicht übermäßig verzerrt werden.

### Wesentliche Änderungen der Leitlinien

Im Rahmen der Überarbeitung präsentiert die Kommission vier Schwerpunkte: die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Leitlinien („Anwendungsbereich“); die flexiblere Gestaltung und Straffung der geltenden Vorschriften („Effizienz“); die Einführung von Schutzvorkehrungen („Safeguards“) sowie die Anpassung der Leitlinien an die einschlägigen Rechtsvorschriften und Strategien der Union („Kohärenz“).

- **Anwendungsbereich:** Der erweiterte Anwendungsbereich soll zukünftig eine Reihe von klimaschutzfördernden Maßnahmen erreichen, die bisher nicht von den Leitlinien umfasst waren. Förderungsfähig sind in Zukunft, neben den bereits in den Leitlinien enthaltenen Beihilfetatbeständen zur Förderung erneuerbarer Energien, Maßnahmen zur Verbesserung der

Gesamtenergieeffizienz oder Beihilfen für Energieinfrastruktur, Beihilfen für saubere Mobilität und den Aufbau von Lade- und Tankinfrastruktur sowie Beihilfen zur Senkung der Treibhausgasemissionen. Die Förderungen sollen – je nach Förderbereich – eine Intensität von bis zu 100% der Finanzierungslücke zulassen, was eine aus Sicht der betroffenen Unternehmen willkommene Neuerung darstellen dürfte. Ebenfalls neu ist die Einführung von Co2-Differenzverträgen als Beihilfeinstrument, die als effizientes Instrument der Förderung von Treibhausgasemissionen gelten, bislang aber keine ausdrückliche Erwähnung in den Leitlinien fanden.

- **Effizienz:** Die Leitlinien enthalten ferner Pläne hinsichtlich der flexibleren Gestaltung und Straffung der geltenden Vorschriften. So soll es in Zukunft möglich sein, sektorübergreifende Maßnahmen einfacher anhand eines Teils der Maßnahme zu beurteilen. Sehr große „grüne Vorhaben“, denen bereits im Rahmen genehmigter Beihilferegulungen Vorteile gewährt wurden, sollen dann nicht mehr als Einzelmaßnahmen angemeldet werden müssen.
- **Safeguards:** Um zu gewährleisten, dass Beihilfen tatsächlich einen wirksamen Beitrag zum Klimaschutz leisten und auf ein notwendiges Maß beschränkt sind und den Wettbewerb nicht übermäßig verzerren, sollen Schutzvorkehrungen eingeführt werden. So sieht die Kommission unter Anderem vor, dass die Mitgliedstaaten in gewissen Fällen Konsultationen von Stakeholdern werden durchführen müssen (so bspw. bei Hilfen zur Verringerung von Treibhausgasemissionen zur Förderung erneuerbarer Energien; bei Hilfen für saubere Mobilität oder bei der Förderung von Maßnahmen zur Stromversorgungssicherheit). Unbeliebte Förderprojekte müssen sich insofern darauf einstellen, dass sie in Zukunft mit mehr Gegenwind aus der Öffentlichkeit zu rechnen haben.
- **Kohärenz:** Im Bereich der Anpassung an die relevanten Rechtsvorschriften und Strategien der Union soll schwerpunktmäßig eine Unterstützung fossiler Brennstoffe, die zu besonders starken Umweltverschmutzungen führen, schrittweise eingestellt werden. Auch Investitionen in Erdgas sollen insofern

nur weiter beihilfefähig sein, wenn diese erwiesenermaßen mit Blick auf die Klimaziele der EU für die Jahre 2030 und 2050 zulässig sind.

- **Verfahren:** Grundsätzlich müssen für alle nach den Leitlinien in Betracht kommenden Maßnahmen, neben den für sie spezifischen Tatbestandsmerkmalen, eine Reihe allgemeiner Vorgaben eingehalten werden. Diese umfassen die positive Voraussetzung, dass die Hilfe die Entwicklung eines Wirtschaftszweiges fördert und die negative Voraussetzung, dass die Maßnahme die Handelsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten nicht in einer Weise verändert, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Diese Aspekte sind gegeneinander abzuwägen. Zusätzlich sind bereichsspezifische Anforderungen zu erfüllen.

#### Perspektivische Entwicklung

Neben der öffentlichen Konsultation wird der Entwurf auch Diskussionsgegenstand eines Treffens von Vertretern der Kommission und der Mitgliedstaaten sein. Es ist davon auszugehen, dass das Thema weitaus weniger Konflikte mit sich bringen wird, als die allgemeine Diskussion um das „Fit for 55“-Programm. Die meisten Mitgliedstaaten dürften ein Interesse an einem ausgeweiteten Beihilferegime haben, um ihre jeweiligen Industrien entsprechend bei der Umsetzung der sich verschärfenden Klimaschutzbestimmungen zu unterstützen. Darüber hinaus kommt den Leitlinien als „Mitteilung der Kommission“ auch kein Gesetzesrang zu, weswegen das umständliche EU-Gesetzgebungsverfahren vermieden werden kann. Die Kommission geht daher davon aus, dass die neuen Leitlinien Ende 2021 angenommen werden.



## Take away

Die Kommission erhöht beim Klimaschutz das Tempo. Der Entwurf für die überarbeiteten Leitlinien für Klima-, Energie- und Umweltbeihilfen eröffnet die Möglichkeit, hohe Belastungen für Unternehmen abzumildern, die in Zukunft einem stärkeren Anpassungsdruck an strenger werdende Umweltschutzvorgaben ausgesetzt sind. Insbesondere für Industrien, die in Konkurrenz mit außereuropäischen Unternehmen ohne entsprechende Vorgaben stehen, sind Umweltschutzbeihilfen eine wichtige Möglichkeit zum Ausgleich von Wettbewerbsnachteilen.

## Fokus: Außenwirtschaftsrecht

### Weitere Verschärfung der Investitionskontrolle durch die 17. AWV-Novelle

Die Bundesregierung hat ihre Befugnisse im Bereich der Investitionskontrolle weiter ausgeweitet. Am 1. Mai 2021 ist die 17. Novelle der Außenwirtschaftsverordnung in Kraft getreten. Durch die Novelle wurde die deutsche Investitionskontrolle an die Vorgaben der EU-Screening-Verordnung angepasst. Insbesondere wurden die Befugnisse der Bundesregierung bei der Prüfung ausländischer Investitionen im Bereich der Zukunfts- und Schlüsseltechnologien ausgeweitet. Zu begrüßen ist, dass im Vergleich zum Referentenentwurf letztendlich einige Verschärfungen abgemildert worden sind.

Zu den bedeutendsten Neuerungen gehört die Ausweitung der von der sektorübergreifenden Investitionskontrolle erfassten Fallgruppen um 16 Fallgruppen auf nunmehr insgesamt 27 Fallgruppen (§ 55a Abs. 1 AWV). Die neuen Fallgruppen betreffen Branchen, deren Bedeutung für die Zukunfts- und Widerstandsfähigkeit der deutschen Wirtschaft in den Augen des Gesetzgebers künftig besonders groß sein wird. Es handelt sich um Schlüsseltechnologien mit Relevanz für weitere Industrien in Deutschland und der EU. Die neuen Fallgruppen betreffen die folgenden Bereiche:

- Erdfernerkundungssysteme (bislang vom SatDSiG erfasst);
- Künstliche Intelligenz;
- Autonomes Fahren;
- Robotik;
- Cybersicherheit;
- Halbleiter;
- Optoelektronik;
- Cybersicherheit;
- Luft- und Raumfahrt;
- Nukleartechnologie;
- Quantentechnologie;
- Additive Fertigungsverfahren;
- Datennetze;
- Smart-Meter-Gateways;
- (Dienst-)Leistungen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik;
- Kritische Rohstoffe;
- Güter, denen geheimgestellte Patente oder Gebrauchsmuster zugrunde liegen;
- Unternehmen der Land- und Ernährungswirtschaft mit bewirtschafteter Fläche von mehr als 10.000 Hektar.

Zu begrüßen ist, dass die Fallgruppen in der AWV konkret und spezifisch beschrieben werden. Die AWV bietet insofern den Normadressaten mehr Orientierung als die EU-Screening-Verordnung, die nur schlagwortartige Beschreibungen enthält.

Im Gegensatz zum Referentenentwurf wird eine Meldepflicht nicht bereits grundsätzlich ab einem Stimmrechtserwerb in Höhe von 10% ausgelöst. Vielmehr besteht in den Fällen des § 55a Abs. 1 Nr. 8 – 27 AWV erst ab dem Erwerb von 20% der Stimmrechte eine Meldepflicht (§ 56 Abs. 1 Nr. 2 AWV). Der höhere Schwellenwert betrifft damit auch die neu erfassten Fallgruppen aus dem Bereich der Zukunftstechnologien. Es verbleibt insoweit also ein Spielraum für rein finanzielle

Investitionen in die betroffenen Unternehmen, die noch keine Meldepflicht auslösen.

Mit dem neuen § 56 Abs. 2 AWV wird klargestellt, dass auch Hinzuerwerbe von zusätzlichen Stimmrechtsanteilen durch Investoren, die bereits Anteile am Zielunternehmen halten, der Investitionsprüfung unterliegen. Es werden verschiedene Anteilsschwellen definiert, deren Überschreitung erneute Anmeldepflichten auslösen kann (20, 25, 40, 50 und 75%). Dies stellt eine zu begrüßende Änderung gegenüber dem Referentenentwurf und der bisherigen Praxis dar, nach der jeder weitere Zuerwerb eine Meldepflicht auslösen konnte.

Darüber hinaus wird mit dem neuen § 56 Abs. 3 AWV der Bundesregierung auch eine Prüfmöglichkeit in Fällen atypischer Kontrollerwerbe eingeräumt: Eine Meldepflicht kann jetzt auch bestehen, wenn über die Zusicherung zusätzlicher Sitze oder besondere Mehrheiten in Leitungs- und Aufsichtsgremien, die Einräumung von Vetorechten oder besondere Informationsrechte ein Einfluss auf das Zielunternehmen vermittelt wird, der normalerweise erst mit einer meldepflichtigen Beteiligung erreicht würde. Auf diese Weise können Umgehungsversuche erfasst werden.

Neben diese zentralen Änderungen treten viele kleinere Anpassungen wie beispielsweise die Modifizierung des Fristenregimes für das Prüfverfahren (§ 58 AWV).



### Take away

Durch die Novelle steigt die Bedeutung der Investitionskontrolle für M&A-Prozesse weiter.

## Unser deutsches Kartellrechtsteam



### Ihre Hauptansprechpartner

**Christian Ritz**

Partner, München  
christian.ritz@hoganlovells.com

**Dr. Falk Schöning**

Partner, Brüssel  
falk.schoening@hoganlovells.com

**Dr. Marc Schweda**

Partner, Hamburg  
marc.schweda@hoganlovells.com

**Dr. Martin Sura**

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

**Dr. Christoph Wünschmann**

Partner, München  
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com

### Blieben Sie auf dem Laufenden!

[Engage](#)

[Deutscher Blog](#)

[Deutsche Webseite](#)