

# Hogan Lovells

## Kartellrechts-Radar

Frühling 2022

– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

### Fokus Enforcement

Das Bundeskartellamt nimmt derzeit verstärkt zu den kartellrechtlichen Grenzen bei Preissteigerungen Stellung.

#### Bundeskartellamt zu der aktuellen Entwicklung der Kraftstoffpreise

Auf Veranlassung von Wirtschaftsminister Habeck nimmt das Bundeskartellamt („BKartA“) den deutschen Kartellrechtsklassiker „Gibt es eigentlich ein Tankstellenkartell?“ wieder auf (Pressemitteilung v. 16. März 2022, abrufbar [hier](#)).

Konkret geht es um die im Zuge des Kriegs in der Ukraine explosionsartig gestiegenen Kraftstoffpreise an den Tankstellen. Das BKartA stellt klar, dass es diese Entwicklungen kritisch verfolgt:

*„Wir beobachten die Preisentwicklung an den Tankstellen fortlaufend und sehr aufmerksam. Aufgrund der geopolitischen Lage sind die Preise flächendeckend schockartig gestiegen. Wenn die Rohölpreise jetzt wieder sinken und die Tankstellenpreise dem nicht folgen oder sogar weiter steigen sollten, muss man sich das genau ansehen.“*

Allerdings ergänzt das BKartA, dass dazu mehrere Marktstufen gehören, vom Rohölmarkt über die Raffinerien und den Großhandel bis zu den Tankstellenbetreibern. Für eine Beurteilung der Situation sei eine alle Wertschöpfungsstufen umfassende Betrachtung „*unerlässlich*“.

Das BKartA hat diese Märkte bereits in der Vergangenheit im Rahmen von Sektoruntersuchungen vertieft betrachtet (Abschlussbericht Sektoruntersuchung Kraftstoffe, abrufbar [hier](#)). Seinerzeit führte das BKartA hierzu aus: *„Die fünf großen Tankstellenbetreiber in Deutschland machen sich gegenseitig keinen wesentlichen Wettbewerb, sie bilden ein marktbeherrschendes Oligopol. Unsere Studie weist im Einzelnen nach, wie die Mechanismen der Preissetzung funktionieren. Es bedarf bei solchen Marktstrukturen nicht zwingend einer Absprache. Die Unternehmen verstehen sich ohne Worte. Das führt zu überhöhten Preisen.“*

Nicht zuletzt aufgrund dieser Erkenntnisse wurde in der Folge die [Markttransparenzstelle für Kraftstoffe](#) eingerichtet, die es den Verbrauchern ermöglicht, sich über die aktuellen Kraftstoffpreise in Deutschland zu informieren.

Den aktuellen Fall nutzt das BKartA nun, um für eine Stärkung der Markttransparenzstelle zu werben: Würden dieser nicht nur die Preisdaten der Mineralölgesellschaften weitergegeben, sondern auch Daten zu den abgegebenen Mengen, würde dies die Beobachtung durch das BKartA deutlich verbessern. Ein entsprechender Entwurf wurde, [wie der Presse zu entnehmen ist](#), anscheinend bereits von Wirtschaftsminister Habeck erarbeitet. Der Entwurf sieht neben schärferen Eingriffsbefugnissen für das BKartA auch die Ausweitung der Monitoring-Tätigkeiten der Markttransparenzstelle auf die Kraftstoffherstellung und den -großhandel vor. Ein entsprechender Regierungsentwurf könnte bereits Ende April vorliegen.

#### Gemeinsame einheitliche Preisaufschläge im Segment Reha und Pflege

Das BKartA hat ein Kartellverwaltungsverfahren gegen Hilfsmittel-Verbände wegen gemeinsamer Preisaufschläge zu Lasten der Krankenkassen eingeleitet (Pressemitteilung v. 23. März 2022, abrufbar [hier](#)).

Im deutschen Gesundheitswesen ist es durchaus üblich, dass die sog. Leistungserbringer (also diejenigen Unternehmen, die die eigentlichen Gesundheitsleistungen und -behandlungen durchführen) Kollektiv-Verhandlungen mit den gesetzlichen Krankenkassen führen um eine flächendeckende Versorgung zu homogenen Konditionen sicherzustellen (wovon auch die Versicherten profitieren können). Das BKartA prüft nun aber, ob die Leistungserbringer in den Segmenten Reha und Pflege die kartellrechtlichen Grenzen eingehalten haben.

Konkret geht es darum, dass sich die Verbände von Sanitätshäusern und anderen Hilfsmittelanbietern in diesen Segmenten nicht nur mit ihren einzelnen Verbänden gegenüber den Kassen positioniert haben, sondern sich auch diese Verbände untereinander wiederum gleichgeschaltet haben –

durch Bildung einer sog. ARGE. Ob dies eine (zulässige) Arbeitsgemeinschaft im kartellrechtlichen Sinne oder nicht vielmehr ein Kartell oder gar ein (seine Marktmacht missbrauchendes) Monopol ist, will das BKartA nun genauer prüfen.

Hierbei geht es um die Forderung einheitlicher Preisaufschläge durch die ARGE, die insbesondere Sanitätshäuser und orthopädische Werkstätten repräsentiert. Die in der ARGE zusammengeschlossenen Verbände von Leistungserbringern haben mit Rundschreiben vom 7. September 2021 gegenüber mehreren Krankenkassen auf gestiegene Fracht-, Liefer- und Rohstoffkosten infolge der Corona-Pandemie hingewiesen. Zum Ausgleich forderten sie für die bestehenden Hilfsmittelverträge in den Bereichen Reha und Pflege genau fixierte Preisaufschläge und stellten gleichzeitig gegenüber den Krankenkassen Vertragskündigungen in Aussicht bzw. sprachen diese teilweise sogar aus. Mehrere Krankenkassen haben daraufhin Preiserhöhungen zugestimmt, um die Versorgung ihrer Versicherten wie bisher gewährleisten zu können; die Forderungen der ARGE wurden mit anderen Worten teilweise sogar schon durchgesetzt.

Nach ersten Vorermittlungen geht das BKartA wohl davon aus, dass die sozialrechtliche Ausnahme vom Kartellverbot aus § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V hier nicht greift. Bisher hat die Behörde bereits die ARGE-Mitglieder und rund 30 der größten gesetzlichen Krankenversicherungen in Deutschland zu den Preisforderungen befragt. Im nächsten Schritt wird es nun von den ARGE-Mitgliedern weitere Auskünfte anfordern.

Das BKartA weist ergänzend darauf hin, dass ihm Hinweise vorliegen, wonach auch in Bezug auf weitere Hilfsmittelgruppen eine vergleichbare Konzentration auf Seiten der Leistungserbringer angestrebt werde. Das BKartA werde „diese Bestrebungen ebenfalls genau im Blick behalten“.

## Take away

Ausgelöst durch öffentliche Berichterstattung oder Beschwerden aus dem Markt hat das BKartA bereits in der Vergangenheit Ermittlungen wegen (starker) Preissteigerungen oder Kürzungen von vereinbarten Mengen aufgenommen (vgl. etwa wegen starker Preissteigerungen bei Spanplatten, [Fallbericht v. 23. März 2021](#)). Kartellrechtliche Grenzen für Preissteigerungen können sich sowohl aus dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen als auch dem Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben.

## Doppeltes Urteil zur Doppelbestrafung: EuGH konkretisiert „double jeopardy“

Der EuGH hat lang erwartete Urteile gefällt und in den Angelegenheiten „bpost“ bzw. „Nordzucker“ wichtige Fragen zum Verbot der doppelten Strafverfolgung im Kartellrecht geklärt.

In der Sache „bpost“ (C-117/20, abrufbar [hier](#)) wurden besagtem Unternehmen nacheinander von zwei belgischen Behörden Geldbußen auferlegt. Nach einer ersten – später rechtskräftig aufgehobenen – Geldbuße (EUR 2,3 Mio.) von der Regulierungsbehörde aufgrund einer vermeintlich diskriminierenden Rabattregelung verhängte die Wettbewerbsbehörde eine Geldbuße in Höhe von etwa EUR 37,4 Mio. wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – eben aufgrund der Anwendung exakt derselben Rabattregelung. bpost griff auch die Geldbuße der Wettbewerbsbehörde gerichtlich an (Grund: Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem*), woraufhin das belgische Gericht die Frage dem EuGH vorlegte.

Im Fall Nordzucker (C-151/20, abrufbar [hier](#)) stellte das BKartA fest, dass die beteiligten Unternehmen gegen deutsches und europäisches Kartellrecht verstoßen hatten und war in seiner Entscheidung dabei auch auf ein Telefonat eingegangen, bei dem Vertreter von Nord- und Südzucker über den österreichischen Zuckermarkt gesprochen haben. Auf dieses Telefonat beruft sich nun auch die österreichische BWB, die beim Obersten Gerichtshof in Österreich festgestellt wissen wollte, dass Nordzucker gegen europäisches und österreichisches Kartellrecht verstoßen hat.

In seinen Urteilen stellte der EuGH klar, dass die Anwendung des *ne bis in idem* Grundsatzes zweierlei voraussetzt: Zum einen, dass eine frühere Entscheidung „*endgültig geworden*“ ist und zum anderen, dass bei der früheren Entscheidung und bei den späteren Verfolgungsmaßnahmen oder Entscheidungen auf denselben Sachverhalt abgestellt wird, wobei die „*Identität der materiellen Tat*“ maßgebend sei. Gesetze könnten den *ne bis in idem* Grundsatz zwar einschränken, müssten jedoch den Wesensgehalt des Grundsatzes achten und dem Gemeinwohl dienen.

In Anwendung dessen hat der EuGH in beiden Fällen keine Bedenken wegen doppelter Strafverfolgung:

Die zweifache (sektorspezifische und kartellrechtliche) Verfolgung in „bpost“ sei zulässig, wenn gleich es sich um denselben Sachverhalt handele. Hierfür stellte der EuGH folgende – im Fall bpost vorliegende – Voraussetzungen auf: (1) es müssen klare und präzise Regeln bestehen, anhand deren sich vorhersehen lässt, bei welchem Verhalten eine Kumulierung der Strafverfolgung in Frage

kommt, und die die Koordinierung zwischen den beiden zuständigen Behörden ermöglichen, (2) es müsse gewährleistet sein, dass die beiden Verfahren in hinreichend koordinierter Weise und in engem zeitlichen Zusammenhang geführt worden sind und (3) die Gesamtheit der verhängten Sanktionen müsse der Schwere der begangenen Straftaten entsprechen.

Der EuGH stellt zudem klar: Weder die rechtliche Einordnung der Tat nach nationalem Recht noch die Identität des geschützten Rechtsguts sei für einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung maßgeblich.

In „Nordzucker“ verneinte der EuGH einen Verstoß gegen ne bis in idem nicht etwa aufgrund des formalistischen Arguments unterschiedlicher Rechtsordnungen, sondern mit der Tatsache, dass das Telefonat zum österreichischen Zuckermarkt für das BKartA nicht entscheidend war, das Bußgeld also nicht auf diesem Sachverhaltsteil „beruhte“.

In diesem Zusammenhang stellte der EuGH zudem klar, dass der Grundsatz ne bis in idem auch Kronzeugen schützt.



## Take away

Der EuGH sorgt für mehr Rechtssicherheit im Umgang mit dem Verbot der doppelten Strafverfolgung im Kartellrecht. Bei Parallelität kartellbehördlicher Verfolgung oder von sektorspezifischer Regulierung und Kartellrecht ist eine Doppelbestrafung nur in engen Grenzen möglich. Letzteres wird künftig auch bei der (parallelen) Durchsetzung vom Digital Markets Act und vom nationalem (Digital-)Kartellrecht von Bedeutung sein.

## Zugang zu Datenpools – Insurance Ireland bietet der Kommission Verpflichtungszusagen an

In dem im Mai 2019 von der Kommission eingeleiteten Verfahren gegen Insurance Ireland hat Insurance Ireland nunmehr Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 angeboten, wie die Kommission in ihrer [Pressemitteilung v. 25. Februar 2022](#) bekannt gab. Der Fall betrifft im Kern möglicherweise diskriminierende Zugangskriterien zu einem Datenpool von Sachversicherungsinformationen.

Insurance Ireland ist eine Vereinigung irischer Versicherungsunternehmen, deren Mitglieder etwa 90% des irischen Versicherungsmarktes ausmachen. Gegenstand des Verfahrens der Kommission ist der von Insurance Ireland aufgesetzte Datenpool Insurance Link, in den die Nutzer (Versicherer und Makler) Daten über Sachversicherungsfälle einpflegen und abrufen können. Nach vorläufiger Auffassung der Kommission hat Insurance Ireland gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, indem die Vereinigung den Zugang zu Insurance Link für einige Unternehmen willkürlich verweigerte oder verzögerte, was für diese Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil bedeutet habe.

In ihrer [Pressemitteilung v. 14. Mai 2019](#) weist die Kommission ausdrücklich darauf hin, dass Datenpool-Vereinbarungen nicht in jedem Fall den Wettbewerb beschränken, sondern im Gegenteil wettbewerbsfördernd sein können. Die Beteiligung von Diensteanbietern an einem Datenpool könne Verbrauchern direkt zugutekommen, z.B. in Form verbesserter Produkte und wettbewerbsfähiger Preise. In bestimmten Fällen könne eine Datenpool-Vereinbarung jedoch auch zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, und zwar beispielsweise dann, wenn aufgrund der Zugangs- und Teilnahmebedingungen bestimmte Marktteilnehmer benachteiligt werden oder wenn der Datenpool den Nutzern Einblick in die Marktstrategien von Wettbewerbern gibt.

Die nun angebotenen Verpflichtungszusagen zielen im Wesentlichen darauf ab, fortan einheitliche Kriterien anzuwenden, die einen fairen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Zugang zu Insurance Link für alle Antragsteller aus Irland und anderen EU-Mitgliedstaaten ermöglichen. Insbesondere soll die Nutzung des Datenpools nicht mehr von der Mitgliedschaft in Insurance Ireland abhängig sein (wobei die Mitgliedschaft in der Vereinigung künftig ebenfalls durch faire, objektive, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien geregelt sein soll). Die angebotenen Verpflichtungszusagen zeigen somit Parallelen zu den sogenannten FRAND-Kriterien im Zusammenhang mit der Nutzung standardessenzieller Patente. Die Verpflichtungen würden zehn Jahre lang in Kraft bleiben und – entsprechend dem üblichen Verfahren bei dieser Art von Zusagen – von einem Treuhänder überwacht werden.

Die Kommission unterzieht die Verpflichtungszusagen derzeit einem Markttest. Hierbei regen sich bereits Stimmen, die die Zusagen als nicht weitreichend genug ansehen und sich dafür aussprechen, dass der Datenpool vollständig unabhängig – idealerweise von staatlicher Hand – verwaltet werden müsse.

Datenpooling und die gemeinsame Nutzung von Daten werden von der Kommission als eines der wesentlichen Themen für die derzeit laufende Überarbeitung der Horizontalleitlinien angesehen (siehe z.B. den Fahrplan zur Folgenabschätzung, abrufbar [hier](#)). Es scheint daher möglich, dass das Ergebnis dieses Falles bei der finalen Fassung der neuen Horizontalleitlinien eine Rolle spielen wird.



### Take away

Datenpools können – je nach Ausgestaltung – sowohl wettbewerbsfördernd als auch wettbewerbsbeschränkend sein. Um Unternehmen die kartellrechtliche Selbsteinschätzung zu erleichtern, sollen die neuen Horizontalleitlinien künftig konkrete Hilfestellung zu diesem Thema geben. Es ist möglich, dass der Falls Insurance Ireland noch Niederschlag in den neuen Leitlinien finden wird.

## Fokus Digitalwirtschaft

### Digital Markets Act: Europäisches Parlament und Rat einigen sich auf finalen Text

Ende März, in der vierten Gesprächsrunde und 15 Monate nach der Vorstellung des ersten Entwurfs, ist es passiert: die politische Einigung auf den finalen Text des Digital Markets Act („DMA“) ist da (Pressemitteilung v. 24. März 2022, abrufbar [hier](#)). Die Einigung basierte auf umfassenden Kompromissvorschlägen, die Frankreich vorgelegt hatte.

### Folgen des DMA für Gatekeeper

Einer der Hauptknackpunkte bis zum Schluss war die Frage: Wer sind die Adressaten (sog. „Gatekeeper“)? Quantitativ gelten hier nun folgende Kompromiss-Schwellenwerte: EUR 7,5 Mrd. Umsatz in Europa in den letzten drei Jahren oder eine Marktkapitalisierung von EUR 75 Mrd., jeweils ergänzt durch mindestens EUR 45 Mio. europäische Endnutzer pro Monat und 10.000 Geschäftskunden pro Jahr für die jeweiligen „Core Platform Services“ (zentrale Plattformdienste, zu denen etwa Soziale Netzwerke und Online-Suchmaschinen zählen).

Auf der Verhaltensseite ist die vom Europäischen Parlament hart eingeforderte Interoperabilitätspflicht für Messenger-Dienste tatsächlich Teil der Verordnung geworden. WhatsApp, Facebook Messenger und iMessage müssen sich also künftig grundsätzlich öffnen. Die ebenfalls gewünschte

Interoperabilität für Social-Media-Dienste hat es dagegen nicht geschafft.

Für B2B-Kunden gibt es eine Verpflichtung der Gatekeeper, ihnen FRAND-Zugang (d.h. fair, zumutbar und diskriminierungsfrei) zu Social Media- und Suchmaschinendiensten sowie zu App Stores zu gewähren. Eine Pflicht zur fairen Vergütung von geschäftlichen Nutzern gibt es dagegen nicht. Ebenso hat es – wie im Vorfeld erwartet wurde – das vom Parlament gewünschte Verbot, gezielte Werbung an Minderjährige zu richten, nicht ins Gesetz geschafft.

Durchsetzen konnten sich die Parlamentarier dagegen mit dem Wunsch, dass Gatekeeper verpflichtet werden, für Browser, Voice Assistants und Suchmaschinen den Nutzern zunächst einen Auswahlbildschirm mit alternativen Diensten vorzulegen und diese nicht einfach auf die eigenen vorinstallierten Dienste zu verweisen.

### Durchsetzung des DMA durch die Europäische Kommission

Bei der Rechtsdurchsetzung bleibt es dabei, dass die Europäische Kommission („Kommission“) „in enger Zusammenarbeit mit den Behörden der EU-Mitgliedstaaten die alleinige Durchsetzung der Vorschriften übernimmt“. Die Kommission wird Geldbußen in Höhe von bis zu 10% des weltweiten Umsatzes verhängen können, die im Falle wiederholter Verstöße auf bis zu 20% hinauf-schnellen können. Bei systematischen Verstößen kann die Behörde zudem verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemaßnahmen auferlegen, die zur Gewährleistung der Wirksamkeit der DMA-Verpflichtungen erforderlich sind. Dies beinhaltet ein Verbot von M&A-Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Verstoß (hierzu noch sogleich am Ende). Weiterhin bleibt es der Kommission zudem möglich, Marktuntersuchungen durchzuführen, um sicherzustellen, dass die im DMA festgelegten Verpflichtungen „*angesichts der sich ständig weiterentwickelnden Realität der digitalen Märkte auf dem neuesten Stand sind*“.

Die Kommission hat die „*rasche politische Einigung*“ bereits begrüßt. „*Zusammen mit einer strengen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts*“ werde die Verordnung den Unionsbürgern „*bei vielen digitalen Diensten in der gesamten EU gerechtere Bedingungen bieten*“. Kein Unternehmen der Welt könne die Aussicht auf eine Geldbuße von bis zu 20% des weltweiten Umsatzes ignorieren (was wie gesagt droht, wenn wiederholt gegen die DMA-Regeln verstoßen wird).

## Zeitplan für die Umsetzung des DMA

Die politische Einigung, die das Parlament und der Rat erzielt haben, muss nun von den beiden Co-Gesetzgebern förmlich genehmigt werden. Nach Finalisierung der juristisch-technischen Details auf Arbeitsebene könnte der finale Text des DMA Ende April stehen. Das wiederum würde förmliche Abstimmungen in Parlament und Rat schon für Mai (Rat), Juni (IMCO-Ausschuss des Parlaments) und Juli (Plenarsitzung des Parlaments) möglich machen, sodass der Prozess vor der Sommerpause abgeschlossen sein könnte – eine Zeitvorstellung, die durchaus ambitioniert aber machbar erscheint.

Wenn alles glatt läuft, könnten die ersten Auswirkungen des DMA – nach entsprechender Prüfung und Bestimmung des Gatekeeper-Status durch die Kommission – dann bereits im Frühjahr oder Sommer 2023 sichtbar werden. Der Zeitpunkt, dass Gatekeeper tatsächlich ihre Compliance mit dem DMA umgesetzt haben müssen, käme dann in Q1 oder Q2 2024, was laut Kommissarin Vestager bereits als Erfolg zu werten wäre.

## Verhältnis des DMA zu europäischen und nationalen Regeln

Kommissarin Vestager war es wichtig zu betonen, dass der DMA die Regelungen in Art. 101 und 102 AEUV lediglich ergänzen, nicht aber ersetzen wird; die beiden Regelwerke seien „komplementär“. In dem Zusammenhang wies sie auch auf das EuGH-Urteil in Sachen bpost hin (siehe Beitrag „Doppeltes Urteil zur Doppelbestrafung“ in diesem Kartellrechts-Radar). Es sei zu begrüßen, dass das Gericht den Grundsatz, dass sektorspezifische Regulierung und Kartellrecht nebeneinander bestehen und durchgesetzt werden können, unangetastet gelassen habe (wobei dies nicht berücksichtigt, dass es künftig nicht mehr ausreichen wird, allein auf die vorgebliche Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter zu verweisen, um einem Verstoß gegen den ne bis in idem Grundsatz zu entgehen). Kommissarin Vestager erhofft sich vom DMA jedenfalls auch eine Signalwirkung an andere Gesetzgeber und Behörden. Es sei zu hoffen, dass der Ansatz der EU als „weltweite Inspiration“ dienen werde.

Das u.a. von Deutschland und insbesondere Kartellamtspräsident Andreas Mundt zuletzt so stark kritisierte Veto-Recht der Kommission gegenüber Entscheidungen nach Rechtsvorschriften, die zwar nicht den DMA selbst durchsetzen (das darf wie gesagt nur die Kommission), wohl aber dessen Regelungskreis berühren (so etwa die erst Anfang 2021 in Deutschland eingeführte erweiterte Missbrauchsaufsicht für große Digitalkonzerne bei überragender marktübergreifender Bedeutung;

wir berichteten in unserer letzten Winter-Ausgabe des [Kartellrechts-Radars](#)), scheint mittlerweile vom Tisch. Dies legt jedenfalls eine Meldung des BKartA nahe, der zufolge Andreas Mundt sich und seine Behörde entsprechend gestärkt sieht: „Wir haben uns sehr entschieden dafür eingesetzt, dass nationalen Wettbewerbsbehörden auch künftig eine zentrale Rolle bei der Aufsicht über die großen digitalen Plattformen zukommen wird. Und wir freuen uns, dass wir damit letztlich Gehör gefunden haben und in Deutschland die neuen Regeln im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu großen Digitalkonzernen weiter einsetzen können.“

## DMA und Auswirkungen auf die Fusionskontrolle

Zudem kommt es zu einer für die Praxis höchst relevanten Verbindung von DMA-Durchsetzung und Fusionskontrolle nach der FKVO. Nicht nur müssen Gatekeeper die Kommission zukünftig über alle ihre Fusionsvorhaben mit Bezug zu Daten oder zur Digitalwirtschaft informieren – was dann eine Informationsgrundlage für Anmeldungen auf Basis der geänderten Art. 22-Praxis schaffen kann (wir berichteten zu dieser Verweisungspraxis in unserer letzten Herbst-Ausgabe des [Kartellrechts-Radars](#)). Darüber hinaus ist nun auch vorgesehen, dass Gatekeeper im Falle systematischer Nichtbefolgung von DMA-Pflichten die M&A-Aktivitäten insgesamt (wenn auch nur zeitlich begrenzt) untersagt werden können. „Systematisch“ ist die Nichtbefolgung ab drei Verstößen binnen acht Jahren möglich – was als Schwelle nicht sonderlich hoch erscheint. Dieser „Fusionsbann“ ergänzt die Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern und kann womöglich sogar deutlich größere Schmerzen verursachen als rein monetäre Sanktionen. Die Fusionskontrolle wird hierdurch letztlich zu einer Art Waffe.

### Take away

Das Europäische Parlament und der Rat haben sich auf den finalen Text des Digital Markets Act geeinigt. Gatekeeper, die zentrale Plattformdienste erbringen und zudem gewisse Schwellenwerte erreichen (EUR 7,5 Mrd. Umsatz in Europa in den letzten drei Jahren oder eine Marktkapitalisierung von EUR 75 Mrd., jeweils ergänzt durch mindestens EUR 45 Mio. europäische Endnutzer pro Monat und 10.000 Geschäftskunden pro Jahr), unterliegen damit erhöhten Pflichten und müssen etwa Interoperabilität für Messenger-Dienste

und FRAND-Zugang zu Social Media- und Suchmaschinendiensten sowie zu App Stores gewähren. Andernfalls drohen hohe Bußgelder und Einschränkungen bei Fusionsvorhaben, bis hin zu einem vorübergehenden Verbot von M&A Aktivitäten. Der DMA muss nun noch den weiteren legislativen Prozess durchlaufen und könnte bereits im Frühjahr oder Sommer 2023 erste Wirkungen zeigen. Digitalunternehmen sollten sich daher bereits jetzt intensiv damit auseinandersetzen und entsprechend vorbereitet sein.

## Fokus Wettbewerbspolitik

### Reform der F&E-GVO – Kommission legt Entwurf vor

Am 1. März 2022 hat die Kommission ihren Entwurf für eine überarbeitete Gruppenfreistellungsverordnung für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen („F&E-GVO“, abrufbar [hier](#)) vorgelegt. Zugleich hat sie den Entwurf der überarbeiteten Leitlinien für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontal-Leitlinien“, abrufbar [hier](#)) veröffentlicht. Hintergrund ist der seit 2019 laufende Reformprozess der Ende des Jahres 2022 auslaufenden Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen. Bis zum 26. April 2022 können Stakeholder im Rahmen der laufenden Konsultation noch Stellungnahmen zum neuen Entwurf abgeben, der dann in seiner finalen Version zum 1. Januar 2023 in Kraft treten soll.

Ziel der Überarbeitung soll es sein, die bestehenden Regeln der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung der letzten zehn Jahre anzupassen. Außerdem sollen die bestehenden Regeln vereinfacht und Unternehmen mehr Rechtssicherheit verschafft werden.

In ihrem neuen Entwurf für die F&E-GVO hält die Kommission an der bewährten Grundsystematik fest und passt diese nur an wenigen Stellen signifikant an. Wie bisher sind F&E-Vereinbarungen zwischen Unternehmen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen, sofern sie die Voraussetzungen der F&E-GVO erfüllen. Weiterhin ist für die Freistellung erforderlich, dass beide Parteien vollen Zugang zu den Ergebnissen erhalten, im Falle einer Wettbewerbsbeziehung die erforderlichen Marktanteilsschwellen beachtet und

die Freistellungsdauer auch in zeitlicher Hinsicht nicht überschritten wird. Bestimmten schwarzen und grauen Klauseln bleibt auch in Zukunft die Freistellung verwehrt.

Der Entwurf der F&E-GVO enthält vor allem Vereinfachungen und Klarstellungen, insbesondere in Kombination mit den Erläuterungen der überarbeiteten Horizontal-Leitlinien. So sind neue Definitionen eingefügt worden (z.B. die Definitionen der aktiven und passiven Verkäufe) und bereits bestehende Definitionen vereinfacht worden (so etwa die des potentiellen Wettbewerbers). Weiter dürfen die Marktanteile nunmehr anhand eines Drei-Jahres-Durchschnitts berechnet werden, anstatt dass wie bisher allein das letzte Geschäftsjahr maßgeblich ist. Hierdurch soll dem Rechnung getragen werden, dass das letzte Geschäftsjahr allein nicht notwendigerweise die Position der Parteien auf dem Markt widerspiegelt.

Eine entscheidende neue Lockerung ist die Einführung einer Karenzzeit bei Überschreiten der Marktanteilsschwellen. Diese greift, wenn die gemeinsamen Marktanteile den „Safe-Harbour“-Schwellenwert von 25% überschreiten, nachdem der initiale Freistellungszeitraum von sieben Jahren ab Markteintritt der Produkte abgelaufen ist. Nach der aktuellen F&E-GVO entfällt die Freistellung dann sofort. Nunmehr soll die Freistellung noch zwei Jahre länger gelten, nachdem der Schwellenwert erreicht ist.

Eine relevante Verschärfung ergibt sich hingegen im Bereich des Innovationswettbewerbs, der nunmehr erstmals als eine eigene Kategorie in der F&E-GVO erfasst wird. Forschung und Entwicklung im Bereich neuer Produkte, Technologien und Verfahren, welche es zum Zeitpunkt des Abschlusses einer F&E-Vereinbarung noch nicht gibt und die einen eigenen, neuen Markt bilden würden sind nunmehr nur noch dann vom Kartellverbot ausgenommen, wenn neben dem Forschungsvorhaben der Parteien noch mindestens drei vergleichbare konkurrierende Forschungsvorhaben verbleiben. Dieselbe Einschränkung ergibt sich auch für sog. F&E Pole. Hierunter versteht man Forschungsvorhaben, die auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet sind, welches aber noch nicht als Produkt oder Technologie definiert werden kann. Auch diese sind nur dann freigestellt, sofern daneben noch mindestens drei weitere vergleichbare Forschungsvorhaben vorhanden sind.

Zuletzt ist nunmehr explizit vorgesehen, dass die Kommission bzw. nationale Wettbewerbsbehörden die Freistellung entziehen können, sofern diese feststellen, dass eine F&E-Vereinbarung den Zielen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zuwiderläuft,

auch wenn sie die Voraussetzungen der F&E-GVO erfüllt. Hierdurch ergibt sich jedoch keine Änderung der Rechtslage, da auf diese Möglichkeit auch schon in den Erwägungsgründen der bisherigen F&E-GVO hingewiesen wird. Die Einfügung in den Primärtext trägt insofern nur zur Rechtsklarheit bei.



### Take away

Die Kommission beabsichtigt, weitgehend an der bewährten F&E-GVO festzuhalten. Bedeutende Änderungen sollen sich v.a. im Bereich der Entwicklung neuer Produkte, Technologien und Verfahren sowie bei Forschungsanstrengungen, die sich noch nicht auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Technologie beziehen, ergeben.

fung vorgelegt werden. Dabei prüft die Kommission nicht nur die Angemessenheit der Maßnahme, sondern stellt auch sicher, dass sie tatsächlich dem Schutz eines berechtigten Interesses dient.

Die ungarische Regierung hatte argumentiert, dass die AEGON-Übernahme grundlegende Interessen der ungarischen Gesellschaft gefährden würde. Die Kommission äußerte daran begründete Zweifel, da VIG und AEGON in der EU fest etablierte Versicherungsgesellschaften seien, die bereits in Ungarn präsent sind. Sie kam zu dem Schluss, dass Ungarn sie im Voraus über seine Vetoabsicht hätte informieren müssen und dass es dadurch gegen EU-Recht verstoßen hat. Um ein Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden, hat Ungarn sein Veto inzwischen zurückgezogen. Die Übernahme, die von der Kommission bereits im August 2021 fusionskontrollrechtlich freigegeben worden war, wurde daraufhin sofort vollzogen.

## Fokus Investitionskontrolle

### FDI-Veto nach Kommissionsdruck aufgehoben

Die Kommission hat ihre erste Entscheidung über das Verhältnis zwischen der europäischen Fusionskontrolle und den nationalen Vorschriften zur Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen (*foreign direct investment*, „FDI“) erlassen (Pressemitteilung v. 21. Februar 2022, abrufbar [hier](#)).

Die Kommission stellte fest, dass das Veto der ungarischen Regierung gegen die Übernahme der ungarischen Tochtergesellschaften der AEGON-Gruppe durch die Vienna Insurance Group („VIG“) auf der Grundlage nationaler FDI-Vorschriften gegen die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für die Prüfung von Zusammenschlüssen mit unionsweiter Bedeutung verstößt. Die Zuständigkeit Letzterer wird anhand der Umsatzzahlen der beteiligten Unternehmen bestimmt (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO).

Art. 21 Abs. 4 FKVO sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen zum Schutz berechtigter Interessen der öffentlichen Sicherheit, Medienvielfalt und Aufsichtsregeln treffen können. Darunter fallen grundsätzlich auch FDI-Vorschriften, die es Regulierungsbehörden erlauben, Zusammenschlüsse, die nationale Interessen bedrohen, zu prüfen, mit Auflagen zu versehen oder schlimmstenfalls zu untersagen. Maßnahmen, die einem darüber hinausgehenden öffentlichen Interesse dienen, müssen der Kommission vorab zur Prü-



### Take away

Während das Prinzip von Art. 21 Abs. 4 FKVO klar ist – ein Mitgliedstaat muss der Kommission jede Maßnahme melden (und eine vorherige Genehmigung einholen), die nicht dem Schutz eines anerkannten öffentlichen Interesses dient – ist seine Anwendung in der Praxis weniger einfach. Die EU und die nationalen Regulierungsbehörden (aktuell haben 18 Mitgliedstaaten FDI-Vorschriften erlassen) können unterschiedliche Ansichten darüber haben, was ein berechtigtes Interesse ist. Selbst die EU legt den Begriff unterschiedlich weit aus: Gründe der öffentlichen Ordnung, wie die Sicherstellung der Versorgung mit Energie, Rohstoffen und Nahrungsmitteln sind nach der EU-Screening-Verordnung zulässig, nicht aber nach der FKVO. Das kann zu Unsicherheiten und Verzögerungen bei Transaktionen führen.

## Unser deutsches Kartellrechtsteam



### Ihre Hauptansprechpartner

#### [Christian Ritz](#)

Partner, München  
christian.ritz@hoganlovells.com

#### [Dr. Falk Schöning](#)

Partner, Brüssel  
falk.schoening@hoganlovells.com

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

Partner, Hamburg  
marc.schweda@hoganlovells.com

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

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

#### [Dr. Christoph Wünschmann](#)

Partner, München  
christoph.wuenschmann@hoganlovells.com

### Bleiben Sie auf dem Laufenden!

#### [Engage](#)

#### [Deutsche Webseite](#)

Alicante  
Amsterdam  
Baltimore  
Beijing  
Birmingham  
Boston  
Brussels  
Budapest\*  
Colorado Springs  
Denver  
Dubai  
Dublin  
Dusseldorf  
Frankfurt  
Hamburg  
Hanoi  
Ho Chi Minh City  
Hong Kong  
Houston  
Jakarta\*  
Johannesburg  
London  
Los Angeles  
Louisville  
Luxembourg  
Madrid  
Mexico City  
Miami  
Milan  
Minneapolis  
Monterrey  
Moscow\*\*  
Munich  
New York  
Northern Virginia  
Paris  
Perth  
Philadelphia  
Riyadh\*  
Rome  
San Francisco  
São Paulo  
Shanghai  
Shanghai FTZ\*  
Silicon Valley  
Singapore  
Sydney  
Tokyo  
Ulaanbaatar\*  
Warsaw  
Washington, D.C.

\*Our associated offices

\*\*Progressing with a wind down of operations in Moscow  
Legal Services Centre: Berlin

[www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com).

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

© Hogan Lovells 2022. All rights reserved. BT-REQ-350