

Hogan Lovells Kartellrechts-Radar

Winter 2021/2022
– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

Fokus Enforcement

EU Kommission nimmt Absprachen im Personalbereich in den Blick

EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager hat in einer Rede am 22. Oktober 2021 in Rom („A New Era of Cartel Enforcement“) ausdrücklich betont, dass die Kommission verstärkt auch atypische Kartelle, einschließlich Gehaltsabsprachen („wage fixing“) oder Abwerbverbote („no-poach agreements“) verfolgen wird. Einhergehend mit ihrer Ankündigung einer Serie von Dawn Raids in den nächsten Monaten ist nicht auszuschließen, dass die Kommission zeitnah ein erstes Kartellverfahren zu Absprachen im Personalbereich einleiten wird.

Im internationalen Vergleich zeigt sich, dass andere Kartellbehörden bei der Einleitung von Verfahren bezüglich Absprachen im Personalbereich bereits deutlich weiter sind. Das US Department of Justice etwa verfolgt Absprachen im Personalbereich seit über zehn Jahren – zuletzt auch strafrechtlich. Auch die mexikanische Kartellbehörde hat jüngst Bußgelder in Höhe von USD 8,8 Mio. im Frauenfußball verhängt, nachdem Gehaltsabsprachen zwischen Teams und Verbänden ans Licht gekommen waren.

In den letzten anderthalb Jahren haben auch nationale Kartellbehörden in Europa begonnen, gegenseitige Abwerbverbote und Gehaltsabsprachen in eigenständigen Kartellverfahren zu untersuchen bzw. mit Bußgeldern zu sanktionieren – etwa in Litauen, Ungarn, Polen und Portugal.

Daher scheint es nur noch eine Frage der Zeit bis auch die Kommission und das BKartA erste konkrete Ermittlungen einleiten und Dawn Raids durchführen werden. In den Fällen Fernwärmetechnik bzw. Fernsehstudios haben die Kommission und das BKartA Absprachen im Personalbereich bislang nur als Annex zu weitergehenden Kartellabsprachen verfolgt.

Kartellrecht gilt auch im Personalbereich

Das EU-Kartellrecht ist grundsätzlich auf alle Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen anwendbar. Der sachlich relevante Markt ist hierbei der Markt für Arbeitskräfte, auf dem die nachfragenden Unternehmen um ihr (zukünftiges) Personal konkurrieren.

Eine Einschränkung ergibt sich aus der Ausrichtung des Kartellverbots auf Unternehmen. In Folge dieser Ausrichtung fallen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich. Damit sind Absprachen zwischen Gewerkschaften und Tarifvereinbarungen nicht dem Kartellrecht unterworfen.

Problematische Absprachen im Personalbereich

Problematische Absprachen im Personalbereich können vor allem in Form von Sperrabreden, Abwerbverboten und Gehaltsabsprachen auftreten.

Die „Antitrust Guidance for HR Professionals“ der US-Kartellbehörden erklärt Gehaltsabsprachen und Abwerbverbote zu sog. Per-se-Verstößen, die nach US-Kartellrecht mit Freiheitsstrafen sanktioniert werden können. Unternehmen mit Verbindung zu den USA sollten dies im Personalbereich zukünftig priorisiert unter die Lupe nehmen.

Bei Abwerbverboten und Sperrabreden besteht die Gemeinsamkeit, dass die Unternehmen untereinander eine Art „Nichtangriffspakt“ in Bezug auf ihr Personal vereinbaren. Abwerbverbote oder Sperrabreden zwischen Arbeitgebern können grundsätzlich den Wettbewerb um die Arbeitskräfte beschränken.

Auch Gehaltsabsprachen („wage fixing“) stehen im Fokus von jüngsten Kartellverfahren. Das umfasst auch Absprachen zu Gehaltsbestandteilen oder Ge-

haltsspannen. So haben das BKartA und die französische Autorité de la Concurrence bereits den Austausch von Wochenend- und Feiertagszuschlägen bzw. Boni mit Bußgeldern geahndet (als Annex zu weitergehenden Kartellabsprachen).

Spürbarkeit und Einzelfreistellung

Beim Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung spürbar ist und falls ja, ob sie aufgrund von Effizienzvorteilen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt ist. Hierbei geht der EuGH in neuerer Rechtsprechung (Expedia-Urteil) stets von deren Spürbarkeit aus. Preisabsprachen im Angebotswettbewerb werden grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft. Ob dieser Grundsatz auf Gehaltsabsprachen im Nachfragewettbewerb eins zu eins übertragbar ist, ist im Einzelfall zu untersuchen. Zu Recht hat der EuGH in seiner Budapest Bank-Entscheidung klargestellt, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist.

ternehmen Google der erweiterten Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde, da es eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb festgestellt hat. Durch eine im Januar 2021 in Kraft getretene Vorschrift (§ 19a GWB) kann das BKartA Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung wettbewerbsgefährdende Praktiken untersagen. Insbesondere soll die Vorschrift ein frühes und effektives Vorgehen gegen große Digitalkonzerne ermöglichen.

Die Feststellung im Fall Alphabet/Google ist die erste förmliche Entscheidung auf Basis der neuen Norm. Wie Andreas Mundt, Präsident des BKartA, mitteilte, habe man bereits damit begonnen, sich mit der Verarbeitung persönlicher Daten durch Google sowie mit dem Thema Google News Showcase intensiver zu befassen. Parallel dazu betreibt das BKartA weitere Verfahren gegen Amazon, Apple und Meta, ehemals Facebook.

Überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a GWB

Nach Auffassung des BKartA verfüge Google über eine wirtschaftliche Machtposition, die vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte, marktübergreifende Verhaltensspielräume eröffne.

Google habe in Deutschland Marktanteile von über 80 % auf dem Markt für allgemeine Suchdienste und sei der wesentliche Anbieter für suchgebundene Werbung. Außerdem sei Google in Deutschland ein marktstarker Anbieter einer großen Anzahl von Diensten und erreiche hohe Nutzerreichweiten. Bei der Vermarktung von Online-Werbung verfüge Google über reichweitenstarke Werbedienste.

Laut dem BKartA könne Google durch seinen Einfluss auf den Zugang anderer Unternehmer zu seinen Nutzern und Werbekunden marktübergreifend gegenüber anderen Unternehmen die Regeln und Rahmenbedingungen vorgeben. In dieser Hinsicht hätten die von Google erbrachten Dienste „Infrastrukturcharakter“, da viele andere Leistungen weitgehend nur darüber erbracht werden könnten oder eine hohe Bedeutung für die wirtschaftliche Aktivität Dritter hätten.

Zudem sei die hohe Reichweite der Google-Dienste relevant, da Google hierdurch über einen herausragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten verfüge. Die wettbewerbslichen Vorteile aus diesem Datenzugang und andere Ressourcen, wie z.B. die Marke „Google“ könnten als Einsatzfaktoren marktübergreifend eingesetzt werden. Googles

Take away

Die Ausführungen von Kommissarin Vestager machen deutlich, dass die Kommission bereits einen konkreten Fall in den Fokus genommen zu haben scheint, um durch die Einleitung eines arbeitsmarktbezogenen Kartellverfahrens ein Exempel zu statuieren. Zudem hat COVID 19 einen Rückstau kartellrechtlicher Dawn Raids bewirkt. Unternehmen sollten sich daher auf erhöhte Aktivitäten der Kartellbehörden in diesem Bereich einstellen. Insbesondere sollten sie bei der Überprüfung ihrer kartellrechtlichen Compliance Management Systeme auch verstärkt das Personalressort in den Blick nehmen.

Fokus Digitalwirtschaft

Erweiterte Missbrauchsaufsicht für große Digitalkonzerne bei überragender marktübergreifender Bedeutung

Nach einer Entscheidung des BKartAes unterfällt die Alphabet Inc. und damit auch das Tochterun-

überragende Bedeutung komme letztendlich auch in seiner Marktkapitalisierung zum Ausdruck, die weltweit eine der höchsten sei und Googles Finanzkraft widerspiegele.

Folgen der Entscheidung für Google

Da Google erklärt hat, keine Rechtsmittel einzulegen, unterliegt Google nun im Zeitraum der nächsten fünf Jahre der Missbrauchsaufsicht durch das BKartA nach § 19a Abs. 2 GWB. Es ist aber noch nicht abzusehen, welche konkreten Folgen die Einstufung für die Arbeit von Google in Deutschland haben wird. Das BKartA prüft aktuell die Konditionen Googles zur Datenverarbeitung und das Nachrichtenangebot Google News Showcase.



Take away

Das BKartA hat mit seiner Entscheidung erstmals die Weichen für die schärfere Kontrolle eines Tech-Giganten gestellt. Dass direkt damit begonnen wurde, verschiedene Google-Dienste näher zu untersuchen, zeigt den Willen des BKartA, diesen Bereich intensiv unter die Lupe zu nehmen. Nach den Äußerungen des BKartA ist klar, dass weitere Tech-Konzerne wie Amazon, Facebook und Apple im Visier der Behörde stehen.

Fokus Vergabe- und Kartellrecht

Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung: BKartA veröffentlicht Leitlinien

Das BKartA hat am 25. November 2021 wichtige Dokumente für den praktischen Umgang mit dem neuen Wettbewerbsregister veröffentlicht. Konkret geht es um Leitlinien zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung sowie zusätzliche Praktische Hinweise für einen entsprechenden Antrag.

Eintragungen und Löschungen

Das Ende März 2021 in Betrieb genommene Wettbewerbsregister ermöglicht es öffentlichen Auftrag-

gebern, schnell und einfach nachzuprüfen, ob ein Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens aufgrund von Wirtschaftsstraftaten oder Ordnungswidrigkeiten unberücksichtigt bleiben muss oder kann.

Abhängig von der konkreten Straftat bzw. Bußgeldentscheidung werden Eintragungen nach Ablauf von drei oder fünf Jahren gelöscht. Eintragungen können aber auch vorzeitig gestrichen werden, wenn sich das Unternehmen einer sog. vergaberechtlichen Selbstreinigung unterzogen hat. Was ein Unternehmen hierbei zu beachten, zu erfüllen, darzulegen und nachzuweisen hat, konkretisiert das BKartA in seinen nun veröffentlichten Leitlinien.

Leitlinien zur vorzeitigen Löschung

Die vorzeitige Löschung setzt einen schlüssigen, nachvollziehbaren und vollständigen Antrag nebst wesentlicher Beweismittel sowie die einer Eintragung zugrunde liegende Entscheidung voraus.

Zur Zulässigkeitsvoraussetzung des berechtigten Interesses an einer vorzeitigen Löschung fordert das BKartA, dass der Antragsteller glaubhaft machen muss, „an Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen oder dies zu beabsichtigen“. Er muss in diesem Rahmen mitteilen, welche Umsätze er mit öffentlichen Aufträgen in den zwei dem Antrag vorausgegangen Jahren bundesweit erzielt hat.

Zur Begründetheit erwartet das BKartA von den antragstellenden Unternehmen, dass sie (1) die durch die Straftaten und Ordnungswidrigkeiten entstandenen Schäden durch Nachzahlungen von Steuern, Abgaben, Beiträgen oder Schadensausgleich bzw. entsprechende Verpflichtungen ausgleichen, (2) aktiv mit den Behörden zusammenarbeiten, um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung voranzutreiben, und (3) technische, organisatorische sowie personelle Maßnahmen zur Vermeidung weiteren Fehlverhaltens treffen.

Unternehmensinterne (Kartellrechts-) Compliance

Von besonderer Bedeutung sind dabei die organisatorischen Maßnahmen. Hierunter versteht das BKartA die unternehmensinterne (Kartellrechts-) Compliance.

Das BKartA fordert, dass eine unternehmens-, fall- und zukunftsbezogene Risikoanalyse vorgenommen wird. Aus den Leitlinien ergibt sich dabei auch, dass die Einführung oder Anpassung standardisierter Compliance-Management-Systeme (CMS) bei

der Beurteilung der Selbstreinigungsmaßnahmen positiv ins Gewicht fallen wird. Die praktischen Hinweise sind zu ungefähr einem Drittel den Compliance-Maßnahmen gewidmet. In ihnen erläutert das BKartA den Begriff der „effektiven Compliance“, gibt Fallbeispiele und zeigt zahlreiche Punkte auf, die zu einer gelingenden Selbstreinigung berücksichtigt werden müssen.

Zunehmende Bedeutung kartellrechtlicher Compliance

Die detaillierten Compliance-Vorgaben sind ein weiterer Beleg für die zunehmende Bedeutung allgemeiner kartellrechtlicher Compliance. In Deutschland können sich Unternehmen mit wirksamen und angemessenen CMS seit der 10. GWB-Novelle auf § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und 5 GWB stützen, um eine Berücksichtigung bei der Bußgeldzumessung zu erreichen. In den USA werden beispielsweise seit dem Sommer 2019 effektive Compliance-Anstrengungen bei der Verfolgung von Kartellverstößen umfassend honoriert. All dies schafft Anreize für Unternehmen, ihre Compliance-Programme zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen.

Der wichtigste Faktor dabei ist die Effektivität des Compliance-Programms. Nur ein effektives Compliance-Programm kann zu einer wohlwollenden Beurteilung zugunsten des betreffenden Unternehmens führen. Insoweit ist – wenngleich die jüngst aktualisierten Bußgeldleitlinien des BKartA diesen Zusammenhang nicht explizit herstellen – auch davon auszugehen, dass die hier besprochenen Handreichungen jedenfalls mittelbar auch Bedeutung für Bußgeldverfahren haben werden.

Take away

Am Beispiel der Voraussetzungen der Selbstreinigung zeigt sich erneut, wie wichtig kartellrechtliche Compliance-Systeme sind. Compliance-Systeme sollten aber nicht nur begründet, sondern zudem möglichst effektiv ausgestaltet sein, um für das Unternehmen positive Auswirkungen zu haben. Das Vorhandensein eines effektiven Compliance-Systems kann sich für ein Unternehmen an verschiedenen Stellen vorteilhaft auswirken.

Fokus Fusionskontrolle

Feststellung der Anmeldepflicht im Fall Meta / Kustomer von Amts wegen

Das BKartA hat erstmals von Amts wegen ein Verfahren zur Prüfung einer Anmeldepflicht nach der Transaktionswertschwelle durchgeführt und sieht die geplante Fusion von Meta Platforms inc. (ehemals Facebook inc.) und dem Softwareunternehmen Kustomer, mit Sitz in New York, USA als anmeldepflichtig an.

Hintergrund

In dem Fall hat das BKartA festgestellt, dass die geplante Übernahme die Transaktionsschwellenwerte überschreite. Denn seit 2017 unterliegen Zusammenschlüsse auch der Fusionskontrolle, wenn das zu erwerbende Unternehmen nur geringe Umsätze in Deutschland erzielt, aber in erheblichem Umfang in Deutschland tätig ist und der Kaufpreis bei über EUR 400 Mio. liegt.

Die Regelung soll es dem BKartA ermöglichen, auch Zusammenschlüsse zu prüfen, bei denen ein etabliertes Unternehmen seine Marktbeherrschung durch Übernahme eines jungen Unternehmens mit hohem wirtschaftlichen Wert verstärken will.

Einschätzung des BKartA

Hierzu sagte der Präsident des BKartA Andreas Mundt, die Übernahme falle in den Geltungsbereich der deutschen Fusionskontrolle und sei daher in Deutschland anmeldepflichtig. Eine Vorprüfung habe gezeigt, dass Kustomer trotz geringer Umsätze auch in Deutschland tätig sei und die Übernahme Auswirkungen in Deutschland haben könne. Eine solche eigene Prüfung der Anmeldepflicht ohne Anmeldung gab es bislang noch nicht. Im Ergebnis forderte das BKartA Meta dazu auf, Unterlagen für eine Prüfung im Rahmen der Fusionskontrolle einzureichen, was inzwischen geschehen ist.

Prüfung der Europäischen Kommission

Der Fall wird damit nunmehr weiter bzw. erneut in Bonn geprüft, nachdem die Kommission das Zusammenschlussvorhaben nach einer Prüfung in Phase II unter Auflagen am 27. Januar 2022 freigegeben hatte.

Zuvor hatte die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde den Fall verwiesen. Dem Verweisantrag hat sich Deutschland nicht ange-

geschlossen. Grund hierfür sei nach Angaben des Bundeskartellamtes gewesen, dass nach dessen ständiger Praxis eine Verweisung eine Anmeldepflicht nach nationalem Kartellrecht voraussetze, diese aber klärungsbedürftig war. Im Ergebnis wirft das Vorgehen des Bundeskartellamtes ein Schlaglicht auf die weitreichenden Möglichkeiten der Behörde, auch Zusammenschlüsse ausländischer Unternehmen in Deutschland einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Dies gilt insbesondere im Falle innovativer Zielunternehmen der Digital- oder Pharmaindustrie.



Take away

Der Fall zeigt einmal mehr, dass seit der Reform der Fusionskontrolle besondere Vorsicht bei der Beachtung von Anmeldepflichten geboten ist, selbst wenn das Zielunternehmen nur geringe Umsätze erzielt. Das BKartA ist willens, von der Transaktionswertschwelle Gebrauch zu machen. Trotz der von der Behörde in einem Leitfaden zum Thema veröffentlichten Informationen, bestehen weiterhin Unsicherheiten, wann eine erhebliche Inlandstätigkeit im Einzelfall besteht

Aufhebung einer Freigabeentscheidung im Bereich Glasfaser: OLG Düsseldorf hebt Telekom/EWE-Freigabe auf

Das OLG Düsseldorf hat die im Dezember 2019 erteilte Freigabe des BKartA für das Glasfaser-Joint Venture von Telekom und EWE aufgehoben und dabei interessante Schlussfolgerungen für das Verhältnis von Zusagen aus anderen Verfahren und Fusionskontrollprüfungen getroffen.

Die Freigabe beruhte auf von den Beteiligten abgegebenen Zusagen nach § 32b GWB aus einem parallelen Verfahren nach § 1 GWB. Die Zusagen beinhalteten eine Mindestausbauzusage über vier Jahre sowie eine Zugangszusage für dritte Telekommunikationsunternehmen und eine Förderzusage über die jeweils gut sechsjährige Laufzeit der Zusagen. Das OLG erkannte die für bindend erklärten Verpflichtungszusagen als nicht geeignet an.

Bestätigung der Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB

Die Nachteile, die das Vorhaben nach Ansicht des OLG mit sich bringe, würden nicht durch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen aufgewogen (§ 36 Abs. 1 S. 2 GWB). Insbesondere sei ein Überwiegen der von den Beteiligten reklamierten Effizienzvorteile weder nachvollziehbar vorgetragen noch nachgewiesen, weil die behaupteten Effizienzvorteile nicht annähernd quantifiziert seien. Die Verpflichtungszusagen seien zur Ausräumung der massiven wettbewerblichen Probleme unzureichend. Das BKartA sei zwar nach der geltenden Rechtslage berechtigt, die für bindend erklärten Verpflichtungszusagen von Telekom und EWE in einem anderen Verfahren nach § 32b GWB bei der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung des Gemeinschaftsunternehmens zu berücksichtigen und zu prüfen, ob mit ihrer Hilfe die festgestellten Wettbewerbsprobleme der Fusion behoben werden können. Das habe das BKartA bejaht, aber nicht rechtsfehlerfrei begründet.

Für die Fusionskontrolle sei anerkannt, dass durch die Nebenbestimmungen zumindest ein struktureller Effekt erzielt werden müsse, der hinreichend wirksam und nachhaltig sei, um die zusammenschlussbedingt zu erwartende Verschlechterung der Marktbedingungen zu kompensieren. Das gelinge den Zusagen nach Ansicht des OLG nicht.

Kernvorwurf des Gerichts

Das BKartA habe in seiner Freigabe die Mindestausbauzusage nicht hinreichend kartellrechtlich geprüft. Die Mindestausbauzusage verschärfe die fusionsbedingten Wettbewerbsbeeinträchtigungen, indem sie die Anzahl der außerhalb des Wettbewerbs zu vermarktenden Glasfaseranschlüsse erheblich erhöhe.

Außerdem reichten die Verpflichtungszusagen in zeitlicher Hinsicht nicht aus. Für die Geeignetheit der Verpflichtungszusagen komme es nicht nur auf den üblichen Prognosezeitraum von drei bis fünf Jahren an, sondern auf die gesamte voraussichtliche Laufzeit des Gemeinschaftsunternehmens.

Inhaltliche Mängel der Verpflichtungszusagen

Die Verpflichtungszusagen reichten nach Ansicht des OLG inhaltlich nicht aus, um die vom BKartA

festgestellten Untersagungs Voraussetzungen auszuräumen. Zahlreiche Fusionswirkungen würden in den Zusagen nicht adressiert. Dass die wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens mit Hilfe der Verpflichtungszusagen gleichwohl auf ein kartellrechtlich unbedenkliches Maß reduziert würden, sei nicht dargelegt und auch sonst nicht zu erkennen.

Insbesondere sei die Zusage, Dritten auf Wholesale-Ebene diskriminierungsfreien Zugang zu dem neu errichteten Glasfasernetz zu gewähren und dabei gewisse Vermarktungsziele zu erreichen, nicht geeignet, um den eintretenden Wettbewerbsverlust zu kompensieren. Denn sie begründe alleine die Pflicht zur Gleichbehandlung, nicht aber eine Verpflichtung, den Vorleistungskunden wettbewerbskonforme Konditionen einzuräumen.



Take away

Das OLG bestätigt, dass Zusagen außerhalb des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens in der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigt werden können.

Allerdings stellt das OLG daran strenge Anforderungen. Die Zusagen müssen jede einzelne Wettbewerbsbehinderung kompensieren. Das erweist sich als schwierige Aufgabe, wenn zuvor viele Schadenstheorien aufgestellt und bejaht und viele Märkte als betroffen identifiziert worden sind.

Die Schwierigkeit der Aufgabe wird noch dadurch gesteigert, dass das Gericht für die durch Zusagen zu kompensierenden Wirkungen einen Zeitraum zugrunde legt, der vom üblichen Prognosezeitraum abweicht.

Gründung des Gemeinschaftsunternehmens REKS: BKartA akzeptiert erstmals Abhilfemaßnahmen in Phase I-Prüfung

Das BKartA hat die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens REKS durch K+S sowie die zur Remondis-Gruppe gehörende REMEX freigegeben. Das Gemeinschaftsunternehmen wird zukünftig den Vertrieb von gefährlichen Abfällen für die untertägige Deponierung und den Versatz an den Bergwerksstandorten von K+S übernehmen.

Für die untertägige Entsorgung von gefährlichen Abfällen gibt es in Deutschland nur wenige Anbieter mit insgesamt 14 Anlagen. K+S ist einer dieser Anbieter, während REMEX in den Bereichen der Mineralstoffentsorgung aktiv ist und in diesem Zusammenhang unter anderem mit gefährlichen Rauchgas-Reinigungsrückständen handelt.

Das Gemeinschaftsunternehmen REKS soll zukünftig die Vertriebsleistungen für die K+S-Standorte übernehmen, indem es die Abfälle von den Kunden entgegennimmt und die technischen Abläufe bis zur Übergabe der Abfälle an K+S übernimmt. Die untertägige Verwertung und Deponierung erfolgt dann durch K+S selbst, die weiterhin für den Betrieb der Bergwerksanlagen zuständig bleibt.

Ursprüngliche wettbewerbliche Bedenken und Abhilfemaßnahmen

Das BKartA ging davon aus, K+S werde seine Marktposition mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens noch weiter ausbauen. Die starke Marktstellung von Remondis auf den vorgelegten Märkten hat diese wettbewerblichen Bedenken noch verstärkt.

Parallel zum Phase I-Verfahren haben die Beteiligten verschiedene Maßnahmen ergriffen. So veräußerte REMEX seine Beteiligung an dem Unternehmen Minex, das eine Untertage-Versatzanlage betreibt. Damit entfiel die horizontale Verbindung zwischen den Müttern, die hierdurch nun keine Wettbewerber auf dem relevanten Markt für den unterirdischen Versatz von Rauchgasrückständen mehr sind. Zudem trafen die Beteiligten weitere vertragliche Vorkehrungen. Zum Beispiel wird eine Müllverbrennungsanlage ihre Abfallströme zukünftig über die Minex und nicht über das REKS absteuern. Außerdem stellt K+S Zwischenhändlern von Rauchgas-Reinigungsrückständen für zehn Jahre Kontingente in seinen Standorten zur Verfügung, sodass diese Händler auch zukünftig Abfälle in die Standorte einliefern können. Schließlich stellt K+S für 15 Jahre sog. Redundanzen zur Verfügung, indem es in Fällen von kurzzeitigen außerplanmäßigen Betriebsstörungen alternativer Entsorgungswege Abfälle entgegennimmt.

Faktische Durchsetzung von Abhilfemaßnahmen in Phase I

Nachdem das Verfahren von der Europäischen Kommission an das BKartA verwiesen wurde, erweiterten die Unternehmen ihr vorgeschlagenes Abhilfemaßnahmenpaket, um die Bedenken des

BKartA auszuräumen. Mit diesem Vorgehen haben die Fusionsbeteiligten ihren Deal bereits vor Durchführung einer vertieften Prüfung so abgeändert, als hätten sie Auflagen des BKartA berücksichtigt. So konnte das BKartA den Fall in Phase I freigeben.

Anders als im EU-Fusionskontrollrecht kann die deutsche Behörde in einer Phase I-Prüfung keine förmlichen Auflagen bestimmen. Damit setzte das BKartA hier faktisch Abhilfemaßnahmen außerhalb des Phase II-Verfahrens durch. Als besondere Nebenfolge der Konstellation ist die erteilte Phase I-Genehmigung für Dritte unanfechtbar. Das wäre anders, wenn es sich um eine bedingte Phase II-Genehmigung gehandelt hätte.



Take away

Bisher ist kein anderer Fall bekannt, in dem das BKartA sich außerhalb einer Phase II-Prüfung so sehr für die „Lösungsansätze“ der Beteiligten geöffnet hätte. Dritte können dieses Vorgehen kaum angreifen, so dass zu erwarten ist, dass Parteien sich auch in zukünftigen Fusionen auf dieses Vorgehen berufen werden. Inwieweit das BKartA dies allerdings als einen Einzelfall ansieht, bleibt abzuwarten.

Fokus Investitionskontrolle

EU: Bericht über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union

In ihrem [Ersten Jahresbericht über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union](#) nach Inkrafttreten der [Verordnung \(EU\) 2019/452 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union](#) zieht die Europäische Kommission eine Bilanz der Umsetzung der neuen Vorschriften auf EU-Ebene und in den Mitgliedstaaten.

Dabei zeigte sich, dass eine sehr hohe Zahl der von den Mitgliedstaaten geprüften Transaktionen ohne Auflagen genehmigt wurden. Zudem verfügt ein Drittel der Mitgliedstaaten nach wie vor nicht über einen eigenen Überprüfungsmechanismus. Die Kommission stellt in dem Bericht eine Reihe

von Mängeln fest. Diese betreffen u.a. Ressourcenknappheit, komplexe Transaktionen mit mehreren Rechtsordnungen, knappe Fristen und fehlende Leitlinien.

Hintergrund

Die EU-Verordnung über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen schafft einen Rahmen für eine bessere Koordinierung der Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der EU, ohne jedoch einen verbindlichen Mechanismus auf EU-Ebene einzuführen. Die Mitgliedstaaten sind nach wie vor allein für den Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen und die Festlegung ihrer eigenen Verfahren zur Prüfung ausländischer Direktinvestitionen verantwortlich. Anders als bei der Fusionskontrolle verleiht die Verordnung der EU keine Befugnisse zum Eingreifen in M&A-Transaktionen. Die Verordnung legt lediglich gemeinsame Anforderungen fest, die die nationalen Mechanismen erfüllen müssen, und schafft einen Koordinierungsmechanismus zwischen den Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission.

Die zentralen Informationen aus dem Bericht

- In 18 der 27 Mitgliedsstaaten existieren mittlerweile Überprüfungsmechanismen. Weitere Mitgliedsstaaten werden zeitnah folgen.
- Die Kommission überprüfte 265 Transaktionen, die von den Mitgliedstaaten im Rahmen des Berichts bis Ende Juni 2021 gemeldet worden sind. In weniger als 3 % der 265 überprüften Fälle gab die Kommission eine Stellungnahme ab.
- 80 % der Transaktionen rechtfertigten keine weiteren Untersuchungen und wurden innerhalb von nur 15 Tagen von der Kommission bewertet.
- Die meisten Überprüfungsmeldungen aus den Mitgliedstaaten betrafen das verarbeitende Gewerbe, IT und Kommunikationstechnologie sowie den Groß- und Einzelhandel.
- Die fünf häufigsten Ursprungsländer der Investoren bei gemeldeten ausländischen Direktinvestitionen sind die Vereinigten Staaten, das Vereinigte Königreich, China, Kanada und die Vereinigten Arabischen Emirate.

Bewertung der Ergebnisse

Obwohl in ca. einem Drittel der Mitgliedsstaaten gar kein Überprüfungsmechanismus existiert

und viele Mitgliedsstaaten Probleme bei der Umsetzung des Verfahrens haben, ist die Kommission der Ansicht, dass der Kooperationsmechanismus effektiv funktioniert und keine unnötigen Verzögerungen bei Transaktionen verursacht. Mehrere Mitgliedstaaten wiesen aber darauf hin, dass zu viele Vorhaben im Rahmen der Verordnung gemeldet werden müssen. Darunter seien auch Vorhaben, die für andere EU-Mitgliedstaaten nicht relevant seien oder sich nicht auf diese auswirkten. In dieser Hinsicht räumt die Kommission Nachbesserungsbedarf ein und scheint bereit zu sein, weitere Überlegungen darüber anzustellen, wie die Bearbeitung solcher Fälle, die etwa ein Drittel der gesamten Anmeldungen ausmachen, verbessert werden kann.

Deutschland: Reform der Verordnung zur Kritischen Infrastruktur: Auswirkungen auf die Investitionskontrolle durch Anpassung der Schwellenwerte

Die zweite Änderung der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung bzw. BSI-KritisV) ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Die Reform erweitert Definitionen von sog. kritischen Infrastrukturen, insbesondere in den Bereichen IT-Dienstleistungen und Energie. Indirekt folgt daraus eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Investitionsprüfung bei Unternehmenserwerben durch nicht-EU/EFTA-Investoren.

Kritische Infrastruktur

Die Einstufung als kritische sieht zwei Voraussetzungen vor. Zum einen muss die betreffende Infrastruktur in eine bestimmte Kategorie der Sektoren Energie, Wasser, Ernährung, IT und Telekommunikation, Gesundheit, Finanzen und Versicherungen oder Transport und Verkehr fallen. Andererseits müssen die betreffenden Anlagen bestimmte Schwellenwerte bezüglich der Größe und Bedeutung erreichen. Die BSI-KritisV legt Kategorien und Schwellenwerte dafür fest.

Auswirkungen auf die Investitionskontrolle

Eine Einstufung als kritische Infrastruktur führt nicht nur zu einer Reihe von Pflichten für die Betreiber, sondern auch zur Anwendung der Investitionskontrolle nach AWG und AWV. Investitionen aus nicht-EU/EFTA-Staaten in Unternehmen, die kritische Infrastrukturen betreiben, unterliegen einer Anmeldepflicht sowie Stillhalteverpflichtung

bis zur Freigabe, wenn die Investoren mindestens 10 % an den Unternehmen erwerben.

Die Zahl der kritischen Infrastrukturen in Deutschland wird infolge des erweiterten Anwendungsbereichs der Verordnung um ca. 15 % steigen. Im gleichen Umfang erweitert sich der Anwendungsbereich der Investitionskontrolle.

Insofern geht die Reform mit früheren (direkten) Änderungen der AWV einher, die bereits zu einer erheblichen Erweiterung der Investitionskontrolle geführt haben.

Wichtigste Änderungen der Verordnung

Die Änderungen betreffen insbesondere folgende Bereiche:

- **Software und IT-Dienstleistungen:** Unternehmen, die lediglich Software verwenden, die für den Betrieb kritischer Infrastrukturen erforderlich ist, fallen nun in den Anwendungsbereich der AWV. Das betrifft auch IT-Dienstleister, die bisher nicht in den Anwendungsbereich fielen, da sie solche Software weder selbst entwickeln noch herstellen.
- **IT- und Telekommunikation:** Der Schwellenwert für Internetknoten (IXPs) sinkt von 300 auf 100 angeschlossene autonome Systeme im Jahresdurchschnitt. Der Schwellenwert für Rechenzentren sinkt von 5 auf 3,5 MW (vertraglich vereinbarte Kapazität). Der Schwellenwert für Serverfarmen (Hosting) beginnt nun bereits bei 10.000 physischen oder 15.000 virtuellen statt bei 25.000 Gesamtnutzern. Top-Level-Domain-Namen-Registrierer, die mehr als 250.000 Domains verwalten oder betreiben, gelten zusätzlich als kritische Infrastrukturen.
- **Energie:** Der Schwellenwert für Stromerzeugungsanlagen sinkt von 420 auf 104 MW installierte Netto-Nennleistung. Das entspricht dem Durchschnitt aller in Deutschland betriebenen konventionellen Gaskraftwerke. Der Schwellenwert für Anlagen zur Bereitstellung von Primärregelleistung sinkt auf 36 MW installierte Netto-Nennleistung. Die Schwellenwerte für Energiehandelseinrichtungen oder -systeme sinken von 200 TWh/Jahr auf 3,7 TWh/Jahr. Eine neue Kategorie für den Erdgashandel wird mit einem Schwellenwert von 5.190 GWh/Jahr eingeführt. Eine neue Kategorie für Anlagen oder Systeme, die in der zentralen kommerziellen Steuerung (d.h. Ver-

teilung) des Mineralölhandels einschließlich Erdöl und (Luft-)Kraftstoff tätig sind, wird eingeführt.

- **Gesundheit:** Die Reform führt die Kategorie des Laborinformationsverbundes neu ein.
- **Finanzen und Versicherung:** Die Reform erfasst Systeme zur Erzeugung und Weiterleitung von Aufträgen für den Handel mit Wertpapieren und Derivaten an einem Handelsplatz sowie Handelsplätze im Sinne der Richtlinie (EU) 2014/65 neu.
- **Transport und Verkehr:** Der Katalog erweitert sich um mehrere Kategorien, darunter Flughafen- und Hafengebiete sowie sogenannte intelligente Verkehrssysteme.
- **Gemeinsame Anlagen:** Als wichtige Neuerung zur Berechnung der Schwellenwerte erweitert die Reform den Begriff der „gemeinsamen Anlage“. Mehrere Infrastruktureinrichtungen gelten als eine, wenn sie gemeinsam für die Erbringung derselben kritischen Dienstleistung notwendig sind.

Take away

Die Reform erweitert wieder einmal den Anwendungsbereich der deutschen Investitionskontrolle. Parteien in M&A-Transaktionen sollten die Reformen und Auswirkungen auf mögliche Transaktionen in dem Bereich im Blick haben. Es wird außerdem deutlich, dass der Schutz kritischer Infrastrukturen ein vorrangiges Ziel der EU und ihrer Mitgliedsstaaten ist. In der Zukunft sind weitere Änderungen zu erwarten, wie z.B. das geplante Gesetzesvorhaben der Kommission zu einer Richtlinie über die Resilienz kritischer Einrichtungen.

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
Legal Services Center: Berlin

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.

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-161