

# Hogan Lovells

## Kartellrechts-Radar

Herbst 2021

– Was Sie auf dem Schirm haben sollten

### Fokus Wettbewerbspolitik

#### Es grünt so grün – Kommission stellt Überlegungen zu ESG-Kooperationen von Wettbewerbern vor

Die Kommission hat kürzlich einen neuen „[Competition Policy Brief](#)“ veröffentlicht, begleitet von einer [Ansprache der hochrangigen Kommissionsbeamtin Inge Bernaerts](#) bei der diesjährigen „Competition Conference“ der International Bar Association. Darin skizziert die Kommission ihre Sicht darauf, wie Kartell-, Beihilfe- und Fusionskontrollrecht unterstützend wirken können, um die grünen Ziele der EU – namentlich den [„Green Deal“](#) und das [„Fit for 55“-](#)Paket – zu fördern. Die Regeln sollen nicht grundsätzlich gelockert werden, da es gerade auch der Wettbewerb sei, der Angebot und Nachfrage nach nachhaltigeren Produkten und Dienstleistungen zusammenbringe und Unternehmen zu effizienten, zukunftsgerichteten und innovativen Leistungen antreibe. Aber: Die Kommission schließt sich der durch Mitgliedstaaten wie die Niederlande oder Griechenland schon seit geraumer Zeit vertretenen Ansicht an, dass das Wettbewerbsrecht Teil der Lösung sein kann und muss, sodass Umwelt- und Nachhaltigkeitsthemen bei der Rechtsanwendung durchaus eine Rolle zu spielen haben.

#### Wesentliche Inhalt des Policy Briefs

In der **Fusionskontrolle** will die Kommission besonderes Augenmerk darauf legen, ob eine Transaktion eine mögliche Beeinträchtigung „grüner“ Innovationen zur Folge haben könnte – insbesondere, ob es sich um eine „grüne Killer-Akquisition“ handelt, bei der ein etablierter Marktteilnehmer ohne umweltfreundliches Angebot kleinere Unternehmen aufkauft, die Innovationen im Bereich nachhaltiger Produkte, Technologien usw. vorweisen können (um diese dann ganz abzuwürgen oder die Ergebnisse der Innovations-tätigkeit zu schlechteren Bedingungen, höheren Preisen oder in verminderter Qualität zu vermarkten). Da solche „Killer Akquisitionen“ möglicherweise durchs Raster der umsatzbasierten Fusions-

kontrollschwellen fallen, will die Kommission sich verstärkt auf ihre neue Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO stützen (siehe dazu auch den „Fokus Enforcement“ Bericht unten). Allgemein will die Behörde zudem die Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf die Verbraucherpräferenzen, das Wettbewerbsgeschehen und die Marktabgrenzung genauer in den Blick nehmen.

Im Bereich des **Beihilferechts** ist die Förderung der Finanzierung nicht-fossiler Brennstoffe und die Verbesserung der Möglichkeiten zur Unterstützung von Innovationen vorgesehen, insbesondere auf der Grundlage der neuen Leitlinien der Kommission für Klima-, Energie- und Umweltbeihilfen und der Überarbeitung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung.

Erscheint in diesen beiden Rechtsgebieten der Pfad recht klar und – insbesondere im Beihilferecht – vergleichsweise wenig kontrovers, birgt die Anwendung des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV größeres Konfliktpotenzial. Hierzu haben wir bereits [an anderer Stelle einen umfangreichen Beitrag veröffentlicht](#) und fassen die wesentlichen Punkte hier nochmals zusammen. So will die Kommission künftig klarere Leitlinien zu folgenden Aspekten formulieren:

Erstens soll mehr Klarheit für die Frage geschaffen werden, wann Kooperationen zu Umwelt- und Nachhaltigkeitsthemen überhaupt als (potenzielle) Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden können. Hier will die Behörde konkrete Beispiele nennen und betont, dass bei vielen gemeinsamen Tätigkeiten von Wettbewerbern die Gefahr einer solchen Beschränkung ausgeschlossen werden könne, sodass das Kartellverbot schon keine Anwendung findet.

Zweitens soll erörtert werden, wie Umwelt- bzw. Nachhaltigkeitsvorteile berücksichtigt werden können, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung besteht, eine bestimmte Zusammenarbeit unter Wettbewerbern also sehr wohl dem Kartellverbot unterfallen kann. In diesem Fall kommt es auf die Voraussetzungen der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV an. Diese Vorschrift setzt in erster

Linie voraus, dass die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass ihre Zusammenarbeit Vorteile für die Verbraucher mit sich bringt (traditionell wird dies als „Effizienzgewinn“ bezeichnet).

Vor allem in den letzten 12-18 Monaten wurden teils stark unterschiedliche Ansichten dazu geäußert, welche Arten von Effizienzgewinnen hier akzeptiert werden können und ob und wie sie zu quantifizieren sind. Hierzu enthält der Policy Brief einige interessante und für die weitere Diskussion potenziell wegweisende Gedanken:

- Die Kommission will „klarstellen, dass Nachhaltigkeitsvorteile als qualitative Effizienzgewinne bewertet werden können“. Sie ist also bereit, nicht nur die „quantitativen“ Vorteile einer Wettbewerberkooperation zu berücksichtigen (z.B. die geringeren Material-, Transport- und Lagerkosten, die ein neues, nachhaltigeres Produkt mit sich bringen kann), sondern auch die Verbesserungen der „Qualität oder Langlebigkeit eines Produkts“, die „den Wert erhöhen, den die Verbraucher diesem Produkt beimessen“ (z.B. Spielzeuge, die Holz statt Plastik enthalten oder Kleidung aus recycelten statt neuen Materialien). Das ist eine gute Nachricht für alle Befürworter einer „umweltfreundlicheren“ Anwendung des Kartellrechts.
- Im Policy Brief wird außerdem festgestellt, dass „Nachhaltigkeitsvorteile nicht notwendigerweise die Form einer direkten oder unmittelbar spürbaren Verbesserung der Produktqualität oder einer Kosteneinsparung annehmen müssen“. Das „nicht“ ist hierbei besonders zu betonen. Es bedeutet, dass eine bestimmte Zusammenarbeit von Wettbewerbern selbst dann freistellungsfähig sein kann, wenn sie keinen spürbaren qualitativen oder quantitativen Nutzen mit sich bringt, es aber auf der Abnahmeseite Präferenzen für eine nachhaltige Produktion oder einen nachhaltigen Vertrieb gibt und diese Präferenzen dazu führen, dass Verbraucher „bereit sind, aus diesem Grund einen höheren Preis zu zahlen“. Wenn sich beispielsweise Wettbewerbern zusammentun, um ein neues Waschmittel zu entwickeln, das zwar kein besseres Reinigungsergebnis liefert, aber umweltfreundlicher hergestellt wird als frühere Produkte, kann diese gemeinsame Produktion mit dem Kartellrecht vereinbar sein, wenn die Verbraucher willens sind, den (relativ höheren) Preis für dieses neue Produkt zu zahlen.
- Zugleich betont die Kommission aber: ein „grünes Laissez-faire“ wird es nicht geben. Vielmehr soll eine strenge Bewertung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Kooperation und ihres Nutzens vorgenommen werden. Außerdem habe diese Bewertung stets „innerhalb der Grenzen eines jeden relevanten Marktes“ zu erfolgen. Das ist eine zentrale Einschränkung, denn es bedeutet, dass alle oben genannten „Vorteile“ grundsätzlich nur insoweit berücksichtigt werden können, als sie auf demselben Markt auftreten wie die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen (d.h. die jeweiligen Preis- oder Kostenerhöhungen, der Wegfall bestimmter Produkte, die Angleichung von Forschung und Entwicklung usw.). Treten die Vorteile hingegen auf anderen Märkten auf, können sie nur berücksichtigt werden, wenn „die Gruppe der von der Beschränkung betroffenen Verbraucher und die Gruppe der begünstigten Verbraucher im Wesentlichen identisch sind“. Das heißt: (Umwelt-)Vorteile, die nur solche Verbraucher betreffen, die nicht identisch oder zumindest „im Wesentlichen gleich“ mit denen auf dem von der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt sind, bleiben (weiterhin) irrelevant und können nicht zu einer Freistellung führen. Mit dieser strengen Sicht will die Kommission dem von ihr aufgestellten Erfordernis genügen, dass die durch eine Wettbewerberkooperation geschädigten Verbraucher vollständig für den ihnen durch den Wettbewerbsverlust entstehenden Nachteil entschädigt werden. Diesem Kriterium könne nur entsprochen werden, indem ein strikter Bezug zum relevanten Markt hergestellt wird, auf dem sich der Wettbewerbsverlust zeigt.
- Teil der weiterhin eher strengen Sicht auf die Freistellungsvoraussetzungen ist zudem, dass auch eine „grüne Kooperation“ dem Kriterium der „Unerlässlichkeit“ genügen muss, um für eine Freistellung nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV in Frage zu kommen. Das bedeutet: Wenn die beteiligten Unternehmen nicht nachweisen können, dass ein Marktversagen oder ein anderer Umstand vorliegt, der „den freien Markt daran hindern würde, [die angestrebten] Vorteile zu erzielen, und daher eine Vereinbarung zwischen den Unternehmen erforderlich macht“, würde die Zusammenarbeit trotz ihres offensichtlichen Umweltnutzens als kartellrechtswidrig angesehen.

## Unsere Sicht

Einerseits ist der Vorstoß der Kommission ein willkommener Schritt hin zu einem wettbewerbsrechtlichen Beitrag zum Kampf gegen den Klimawandel – einem Generationenprojekt von weltweit höchster politischer (und letztlich existenzieller) Bedeutung. Jedenfalls in Bezug auf dem Umgang mit dem Kartellverbot scheinen jedoch noch einige Punkte klärungsbedürftig und dürfte die Diskussion weiter im Fluss bleiben.

Es besteht insbesondere ein Spannungsverhältnis zwischen dem klaren Bestreben, Wege zur Förderung „grüner Kooperationen“ zu eröffnen, und der strengen, marktbezogenen Sichtweise auf die Fragen der Verbrauchervorteile sowie der Unerlässlichkeit einer Wettbewerberkooperation. Richtig ist sicherlich, dass ein „Green Washing“ nicht gefördert werden sollte. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Kommission grundsätzlich am Standard der Verbraucherwohlfahrt festhalten will. Und es ist positiv, dass die Kommission auch dann Offenheit für eine Freistellung zeigt, wenn eine Wettbewerberkooperation zu einem erheblichen Rückgang an Umweltverschmutzung für die Gesamtgesellschaft führt (da dann auch die Verbraucher auf dem relevanten Markt – die Teil der Gesamtgesellschaft sind – an dem entstandenen Nutzen angemessen beteiligt und für die erfahrenen Nachteile „voll entschädigt“ werden).

Dennoch bleibt die Frage, ob eine umfassende Förderung der umweltpolitischen Ziele der EU nicht einen noch flexibleren Ansatz erfordern würde, der auch marktübergreifende oder marktfremde Effizienzgewinne anerkennt – um damit auch solche Kooperationen freistellen zu können, deren Vorteile nur auf einem anderen Markt auftreten oder keinem bestimmten Markt zugeordnet werden können. Der Wortlaut von Artikel 101 Absatz 3 AEUV stünde dem nicht entgegen, da dort nur der Begriff der „angemessenen Beteiligung“ verwendet wird; der strenge Bezug zu einem bestimmten relevanten Markt ist in der Norm nicht zwingend angelegt. Gleiches gilt für das Kriterium der „vollständigen Entschädigung“ der nachteilig betroffenen Verbraucher. Auch dieses entstammt nur den geltenden Horizontalleitlinien der Kommission, ohne, dass das Primärrecht diese Eingrenzung zwingend gebieten würde. Kritiker des jetzigen Konzepts argumentieren sogar, dass vielmehr andere Bestimmungen des Vertrags, die die Grundsätze der EU und ihre Umweltpolitik betreffen (d.h. Artikel 191 Absatz 2 und Artikel 11 AEUV)

hier sogar einen sehr flexiblen Ansatz *erzwingen*. Tatsächlich hatte die Kommission schon im Jahr 2004 – d.h. vor der Veröffentlichung ihrer jetzigen Horizontalleitlinien – eine [Entscheidung über umweltfreundlichere Waschmaschinen](#) erlassen, in der sie feststellte: „Derartige gesamtgesellschaftliche Ergebnisse für die Umwelt lassen den Verbrauchern eine angemessene Beteiligung am Gewinn zuteil werden, selbst sofern keine Vorteile für die einzelnen Käufer bestehen sollten“.

Als Stolperstein für die Freistellung könnte sich das Bekenntnis zur traditionellen Auslegung des Kriteriums der „Unerlässlichkeit“ erweisen. Die Kommission räumt zwar ein, dass es Fälle geben kann, in denen sich Unternehmen zusammenschließen müssen, um die Risiken eines umweltfreundlichen „Vorpreschens“ individueller Anbieter (den sog. First Mover Disadvantage) auszugleichen und die Verbraucher dazu zu bewegen, teurere nachhaltige Produkte zu verwenden. Zugleich betont sie aber, dass „von gewinnmaximierenden Unternehmen zu erwarten ist, dass sie, wenn Verbraucher eine Präferenz für nachhaltige Produkte haben, solche Produkte unabhängig voneinander und nicht im Wege der Zusammenarbeit anbieten“. Sollte diese Sicht beibehalten werden, so könnten Unternehmen, die ihre Zusammenarbeit mit der Bereitschaft der Verbraucher begründen wollen, mehr für umweltfreundliche Produkte zu zahlen, einen schweren Stand haben. Sie müssten argumentieren, dass sie sich trotz des spürbaren Interesses der Nachfrageseite (und des daraus resultierenden Fehlens eines First Mover Disadvantage) mit Wettbewerbern zusammenschließen müssen, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Hier droht eine Zwickmühle: sprechen die Nachfragepräferenzen für ein Interesse an nachhaltigen Produkten, so würde prima facie wenig für die Unerlässlichkeit einer Kooperation sprechen. Gibt es dagegen keine Indikationen für eine entsprechende Nachfragepräferenz, so entfällt bereits ein zentraler, möglicherweise für die Freistellung genügender qualitativer Vorteil.

In dieser Hinsicht wäre es hilfreich, wenn die Kommission konkretere Hinweise geben und insbesondere klar kommunizieren würde, dass auch eine erkennbare „Nachfrageträgheit“ (d.h. die Zurückhaltung der Verbraucher, trotz eines allgemein bekundeten Interesses an nachhaltigeren Produkten diese auch tatsächlich nachzufragen) bereits ausreichen kann, um die Zusammenarbeit von Wettbewerbern nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV freizustellen – zumindest dann, wenn klar ist, dass nur eine abgestimmte Änderung von Pro-

duktmerkmalen oder Produktpaletten die Nachfrage tatsächlich in einer Weise verändern würde, die den „Green Deal“ fördert.

Möglicherweise wäre aber auch eine Art Bereichsausnahme für „grüne Zusammenarbeit“ vorzugswürdig, die – unter noch zu definierenden Sondervoraussetzungen – solche Formen der Wettbewerberabstimmung dem Anwendungsbe- reich von Art. 101 Abs. 1 AEUV insgesamt enthebt. Dies würde solche Kooperationen von den Fes- seln kartellrechtlicher Kernelemente wie Marktde- finition, Wirkungsanalyse und Verbraucherwohl befreien und verhindern, dass eine granulare, an lokalen und personengruppenspezifischen Wir- kungen orientierte Kartellrechtsanwendung die rechtliche Durchführbarkeit von Vorhaben blo- ckert, die ein globales Problem aller Menschen lö- sen sollen.

Ein bereits auf dem legislativen Weg befindliches Beispiel hierfür stellt die europäische Landwirt- schaftspolitik dar. In der hierfür zentralen Neufas- sung der Verordnung über die gemeinsame Markt- organisation soll ein [neuer Artikel 210a](#) enthalten sein. Danach werden Abstimmungen zwischen Er- zeugern und anderen Akteuren der Wertschöp- fungskette im Hinblick auf landwirtschaftliche Erzeugnisse wie Getreide, Reis und Zucker, die darauf abzielen, Umwelt-, Tiergesundheits- oder Tierschutzstandards anzuwenden, die höher sind als diejenigen, die nach Unions- oder nationalem Recht vorgeschrieben sind, vom Kartellverbot aus- genommen – sofern nur die entstehenden Vorteile für das öffentliche Interesse die Nachteile für „die Verbraucher“ aufwiegen, und sofern sie nur Be- schränkungen auferlegen, die für die Erreichung ihres Ziels unverzichtbar sind. Die Kommission wird bis Anfang 2024 Leitlinien zu den Bedingun- gen für die Anwendbarkeit dieser Ausnahmerege- lung herausgeben.

## Take away

Die Kommission beabsichtigt, den nun eingeschlagenen Weg mit einem zweiglei- sigen Ansatz weiterzuverfolgen. Zum ei- nen will sie im Rahmen der Überarbeitung ihrer Gruppenfreistellungen und Leitli- nien für horizontale Zusammenarbeit und vertikale Vereinbarungen, die derzeit lau- fen und bis Ende Dezember bzw. Mai 2022 zu neuen Vorschriften führen sollen, mehr Orientierungshilfe bieten. Zugleich fordert sie die Unternehmen auf, sich mit etwai- gen Kooperationsprojekten zu melden und der Kommission in diesem Rahmen insbe- sondere ein besseres Bild dazu zu verschaf- fen, wann bestehende (Umwelt-)Vorschrif- ten den Unternehmen bereits Anreize für eine nachhaltige Produktion bieten (und somit eine Zusammenarbeit überflüssig machen), und wann hierfür keine (ausrei- chenden) Anreize bestehen. Unternehmen, die irgendeine Art von „grüner Zusam- menarbeit“ planen oder Nachhaltigkeits- initiativen mit Wirkung im Binnenmarkt in Erwägung ziehen, sollten somit jetzt mehr denn je darüber nachdenken, sich proaktiv an die Kommission zu wenden, um (1) Rechtssicherheit für ihr konkretes Projekt zu erlangen und (2) die weiteren rechtspolitischen Diskussionen zu beein- flussen. In diesem Zusammenhang hat die Kommission auch betont, dass sie, wenn es das öffentliche Interesse erfordert, den Er- lass von Entscheidungen gemäß Artikel 10 der Verordnung 1/2003 in Betracht ziehen wird – also die Feststellung, dass die Wett- bewerbsregeln auf bestimmte Nachhaltig- keitsinitiativen nicht anwendbar sind.

Zugleich zeigen die hier skizzierten Über- legungen: Es gibt noch viel zu tun – und in jedem Fall stehen hier wichtige Weichen- stellungen für die Praxis bevor. Auch ab- seits konkreter Nachhaltigkeitsprojekte sollten Unternehmen die weiteren Ent- wicklungen daher genau beobachten. Ins- besondere ist darauf zu achten, ob und wie fortschrittlichere Debattenteilnehmer wie z.B. die niederländische Wettbewerbsbe- hörde die weiteren Diskussionen beein- flussen werden.

## Stärkeres Immunsystem nötig? Ideen zur Förderung des Public Enforcement

Weltweit verzeichnen Kartellbehörden seit geraumer Zeit einen Rückgang der eingehenden Kronzeugenanträge. Besonders das Bundeskartellamt trifft dies hart. Im Jahr 2020 erreichten die Behörde gerade einmal 13 Kronzeugenanträge – im Jahr 2013 waren es 64. Da erfahrungsgemäß rund 50% der Kartellverfahren auf einen Kronzeugenantrag zurückgehen, ist diese Entwicklung aus Sicht der Bonner Kartellverfolger höchst kritisch – zumal es oft erst die in Kronzeugenanträgen enthaltene „Materialsammlung“ ist, die die Behörde befähigt, einen Kartellfall mit gerichtsfesten (den Beweisansforderungen genügenden) Entscheidungen abzuschließen.

Seit einigen Wochen ist daher zu beobachten, dass vor allem Kartellamtschef Andreas Mundt sowohl in Zeitungsinterviews als auch im Rahmen von Fachtagungen für ein erweitertes „Kronzeugenprivileg“ wirbt. Danach sollen Kronzeugen – d.h. die in einem bestimmten Kartellfall ersten die Tat offenlegenden „Whistleblower“ – nicht nur (wie bisher) Immunität gegenüber den hoheitlich verhängten Kartellbußgeldern erhalten, sondern auch von den Kartellschadensersatzansprüchen geschädigter Abnehmer ausgenommen werden. Hiervon erhofft man sich eine gesteigerte Attraktivität des Kronzeugenprogramms. Das Kartellamt hat nämlich den massiven Anstieg von Kartellschadensersatzklagen in den letzten Jahren – wohl zu Recht – als wesentlichen Treiber für den Rückgang der Kronzeugenanträge ausgemacht. Angesichts einer sich zunehmend professionalisierenden Klägerseite, die von Prozessfinanzierern, Spezialkanzleien und eigens gegründeten Klagevehikeln geprägt wird, die Multi-Millionenforderungen auf Basis eines Sammelinkassos geltend machen, werden die finanziellen Risiken aus Kartellschadensersatzprozessen von vielen Kartelltätern als immens wahrgenommen; die finanziellen Risiken eines Kartellbußgelds können sie weit übersteigen. Folge: Verschweigen kann wieder rational sein – und die Kartellverfolgung stockt. Umfassendere Privilegien für Kronzeugen, die auch den Kartellschadensersatz einbeziehen, könnten hier Abhilfe verschaffen.

Das Bundeskartellamt arbeitet derzeit intern an Vorschlägen, um einen solchen Ansatz umzusetzen. Ohne gesetzliche Änderung der seit Januar förmlich in das GWB überführten „Bonusbekanntmachung“ ginge dies freilich nicht und welche Lösung hier für (rechtspolitisch) vertretbar gehalten wird, ist derzeit völlig offen. Klar aber ist: es bildet sich derzeit EU-weit ein entsprechender Konsens heraus. So blickt z.B. die niederländische Kartellbehörde ganz ähnlich auf das Problem und auch hochrangige Vertreter der EU Kommission haben in den letzten Wochen angedeutet, dass Wege zur „Effizienzsteigerung“ des EU-Kronzeugenprogramms erwogen werden – einschließlich einer Befreiung des Kronzeugen von Schadensersatzansprüchen Dritter.

### Take away

Die dargestellten Reformüberlegungen hätten ganz erhebliche Auswirkungen sowohl auf (potenzielle) Kartellanten und Whistleblower als auch auf kartellgeschädigte Kläger. Sollten die Behörden den skizzierten Weg weitergehen, gäbe es hier nach der Einführung der Kartellschadensersatzrichtlinie einen neuen „Gamechanger“, der die strategischen Überlegungen im Schnittfeld von (präventiver) Compliance und (reaktivem) Umgang mit den Kartellverfolgern neu definieren würde.

## Kartellrecht nach der Pandemie – Was bevorsteht und was zu tun ist

Insbesondere unter dem Eindruck von Klimawandel, Corona-Pandemie und Digitalisierung zeichnen sich derzeit weltweit tiefgreifende Umwälzungen in der Praxis der Kartellrechtsverfolgung ab. Diese verdichten sich zu sechs Schlüsselthemen, deren Herausforderungen sich Unternehmen weltweit stellen müssen. Unternehmen, die diese Themen ernst nehmen und die damit verbundenen Risiken angemessen abbilden, werden auch diese neue, herausfordernde Zeit erfolgreich meistern.

Zu nennen sind hier:

1. Das nach der Pandemie allgemein **steigende Risiko der weltweiten Kartellrechtsdurchsetzung**: Der von Beobachtern teils wahrgenommene „Dornröschenschlaf“ der Kartellverfolgung wird enden und der Druck auf Unternehmen steigen. Die Pandemie klingt ab, kriseninduzierte Wettbewerberkooperationen müssen aufgelöst werden und Kartellbehörden weltweit werden mit neuen finanziellen, personellen und rechtlichen Mitteln ausgestattet.
2. Die fortbestehende **Unverzichtbarkeit funktionierender Kartellrechtscompliance**: Nur ein gut funktionierendes Compliance-Management-System erlaubt es Unternehmen, ihre Risikoexposition und das eigene Risikoprofil richtig zu erfassen. Dies wiederum ermöglicht, die notwendigen Strukturen und Prozesse zu etablieren und zu verfeinern, auf deren Basis kartellrechtliche Probleme erkannt, bewertet und (wo erforderlich) beseitigt werden können. Allein dies befähigt Unternehmen, die zunehmend komplexe Kartellrechtslage adäquat zu erfassen, etwaige Bußgeldrisiken zu minimieren und die Zügel bei der strategisch-taktischen Ausrichtung gegenüber Wettbewerbern und Behörden allzeit in Händen zu halten.
3. Die Wichtigkeit einer **ganzheitlichen, verzahnten Sicht auf sämtliche Kartellrechtsthemen** („vom Datenraum bis zum Gerichtssaal“): Der angemessene Umgang mit Kartellrechtsrisiken erfordert mehr denn je nicht nur ein tiefgreifendes Verständnis der branchenspezifischen Besonderheiten, sondern auch die richtige Einordnung der Art des potenziellen Verstoßes, fundierte prozessuale und verfahrensrechtliche Kenntnisse sowie praktische Erfahrung im Umgang mit den Kartellbehörden und Gerichten. Eine sowohl inhaltlich als auch praktisch ganzheitliche Betrachtung der Kartellrechtslage trägt dazu bei, gezielt kombinierte Strategien zu entwickeln, um nicht nur behördliche Ermittlungsschritte, sondern auch Schadensersatzansprüche privater Parteien erfolgreich abwehren zu können – eine Fähigkeit, die heute wichtiger ist denn je.
4. Die überragende Bedeutung eines „**Tech-Mindset**“: digitale Kompetenzen sind nicht mehr wegzudenken. Bereits jetzt hat – durch die Pandemie nochmals verstärkt – die Digitalisierung die Art und Weise, wie Unternehmen agieren, nachhaltig verändert. Zu dieser Veränderung gehört auch das Aufkommen neuer Mittel und Wege zur Anbahnung oder Umsetzung kartellrechtswidrigen Verhaltens, z.B. durch algorithmengestützte Preisfindung. Behörden weltweit haben dies erkannt und arbeiten mit Hochdruck daran, ihre eigenen technologischen Fähigkeiten weiter auszubauen, um (Digital-) Unternehmen einen „Kampf auf Augenhöhe“ liefern zu können. Die Verwendung von Preisüberwachungssoftware, elektronischen Whistleblower-Tools, Marktscreeing-Tools oder Big-Data-Analysen wird zur neuen Normalität auf Behördenseite werden.
5. Die zunehmende **Verfolgung von Marktmachtmissbrauch und Vertikalverstößen sowie die Vermengung kartellrechtlicher und außerkartellrechtlicher Fragen** („Blended Antitrust“): Zwar werden Kartelle nach wie vor als die schädlichste Form wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wahrgenommen. Es zeichnet sich aber ab, dass wir künftig eine sehr viel differenziertere Kartellrechtsdurchsetzung sehen werden, die nicht nur verstärkt Marktmachtmissbrauchsfälle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (wie etwa Geoblocking, Meistbegünstigungsklauseln oder die Preisbindung der zweiten Hand) aufgreift, sondern die auch dazu übergeht, Rechtsbereiche miteinander zu verknüpfen, die Beobachtern noch vor wenigen Jahren als völlig unzusammenhängend erschienen wären. Die intensive Diskussion um „Grünes Kartellrecht“ (siehe oben) ist nur ein Beispiel hierfür. Ähnlich komplexe Rechtsfragen werden sich an der Schnittstelle von traditionellem Kartellrecht und Rechtsmaterien wie z.B. Datenschutzrecht, dem Arbeitsrecht oder dem Recht des geistigen Eigentums stellen.

6. Die bei allen Kartellrechtsthemen **stetig wachsende Bedeutung der internationalen Perspektive**: Die Globalisierung hat dazu geführt, dass inzwischen sogar kleine und mittlere Unternehmen in hohem Maße international auftreten (müssen) und sich dem Wettbewerb auf globaler Ebene stellen. Umgekehrt hat die Zahl der Wirtschaftsthemen (und dementsprechend auch der Kartellrechtsthemen) mit rein lokaler Bedeutung deutlich abgenommen – und wird dies weiter tun. Unternehmen sind daher gut beraten, jederzeit eine globale Perspektive auf das Kartellrecht, die Kartellrechtscompliance und alle damit zusammenhängenden Fragen einzunehmen. Dies gilt umso mehr angesichts der immer enger geknüpften Bande zwischen den Kartellbehörden, die weltweit ihre Kooperationsbemühungen verstärken.



### Take away

Es ist künftig mit wieder erstarkter Kartellrechtsdurchsetzung durch die Behörden zu rechnen. Die EU Kommission hat dies kürzlich mit ihren [Durchsuchungen in der Zellstoff-Industrie](#) unter Beweis gestellt. In einer dreiteiligen deutschen Blog-Reihe haben wir die oben skizzierten Themen für Sie im Detail aufgearbeitet (hier die Links zu [Teil 1](#), [Teil 2](#) und [Teil 3](#)); ergänzend gibt es zudem einen frei verfügbaren englischsprachigen Artikel auf der Website der [Global Competition Review](#). Sprechen Sie uns bei Fragen jederzeit gern an.

## Fokus Enforcement

### Alle Wege führen nach Brüssel – Kommission stellt neue Fusionskontrollpraxis scharf

#### Hintergrund

Schon in unserem Kartellrechts-Radar aus Herbst 2020 hatten wir zu den Plänen der Kommission berichtet, durch eine Änderung ihrer Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO auch solche Zusammenschlüsse einer Fusionskontrollprüfung zu unterziehen, für die weder sie selbst noch die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten originär zuständig sind. Zur Erinnerung: Art. 22 FKVO erlaubt den Mitgliedstaaten, bei der Kommission einen Antrag zu stellen, wonach ein Zusammenschlussvorhaben nicht auf nationaler Ebene, sondern von

der Kommission in Brüssel geprüft wird. Die frühere Verwaltungspraxis der Kommission sah allerdings vor, dass keine Anträge von Mitgliedstaaten akzeptiert werden, in denen die nationalen Anmeldeschwellen nicht überschritten werden. Nach eigenem Recht unzuständige Mitgliedstaaten konnten daher in der Praxis keine erfolgversprechenden Anträge auf eine Brüsseler Prüfung stellen. Dies hatte maßgeblich mit dem historischen Hintergrund der Norm zu tun. Ursprünglich wurde Art. 22 FKVO nämlich für Fälle eingeführt, in denen ein Mitgliedstaat gar kein Fusionskontrollregime hat.

#### Neuer Leitfaden

Im März dieses Jahres hat die Kommission nun aber ernst gemacht und – ohne vorherige Konsultation – einen [neuen Leitfaden veröffentlicht](#), der ihre Praxis mit sofortiger Wirkung anpasst. Im Wesentlichen ist darin fixiert, dass die Kommission in Fällen, in denen ein Zusammenschluss aus Sicht eines Mitgliedstaats (1) den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und (2) den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des antragstellenden Staats erheblich zu beeinträchtigen droht, die Kommission diesen Antrag auch dann prüfen und annehmen kann, wenn der antragstellende Staat keine eigene Fusionskontrollzuständigkeit für die Transaktion hat. Entsprechende Anträge wird die Kommission aber „in der Regel“ dann nicht mehr positiv bescheiden, wenn seit dem Vollzug mehr als sechs Monate vergangen sind, wobei „in Ausnahmesituationen“ auch spätere Verweisungen angemessen sein sollen. Effektiv wird also ein „Post-Closing Regime“ eingeführt, dass die geltende (umsatzbasierte) präventive Fusionskontrolle ergänzt.

Hinsichtlich der Indikatoren, anhand derer bestimmt werden soll, ob eine Transaktion für diese neue Praxis in Betracht kommt, bleibt der Leitfaden recht vage. Im Kern geht es darum, dass der Umsatz mindestens eines der beteiligten Unternehmen nicht sein tatsächliches oder künftiges Wettbewerbspotenzial widerspiegelt, z.B. weil es sich um ein Start-up oder einen wichtigen Innovator handelt. Ziel ist das Schließen einer wahrgenommenen Verfolgungslücke, durch die wettbewerblich potenziell kritische Transaktionen (insbesondere sog. „Killer Acquisitions“) von den Kartellbehörden bisher ungeprüft bleiben. Der Leitfaden wirft dabei eine Fülle von materiellen und verfahrensrechtlichen Fragen auf, die gar nicht oder nur sehr oberflächlich adressiert

werden. Die Einzelheiten haben wir bereits [in einem umfangreichen Beitrag](#) für Sie aufgearbeitet. Klar ist jedenfalls: Anders als bislang besteht nun trotz der in aller Regel leicht überprüfbaren Umsatzschwellen in einigen Fällen keine Rechtssicherheit mehr für das „ja“ oder „nein“ fusionskontrollrechtlicher Prüfpflichten. Bei bisher nicht kontrollpflichtigen Transaktionen können erhebliche Vorprüfungen und komplexe Risikobeurteilungen durch die beteiligten Unternehmen erforderlich werden – und zwar sowohl auf nationaler als auch auf EU-Ebene. Die Möglichkeit eines Aufgreifens selbst nach Vollzug verstärkt diese Unsicherheit noch.

### Sicht der Stakeholder

Während dieser neue Ansatz teils begrüßt wird – so haben sich insbesondere Frankreich (das seit vielen Jahren für eine Änderung der Verweisungspraxis lobbyiert hatte), Belgien, Griechenland, Luxemburg und die EFTA-Mitgliedstaaten befürwortend geäußert – kommt vor allem aus Deutschland Gegenwind. So wurde vor kurzem ein vom BMWi beauftragtes Rechtsgutachten bekannt, demzufolge der von der Kommission nun verfochtene Ansatz „*probably the least robust [attempt] in law and practice*“ sei, um die Fusionskontrolle im Hinblick auf wettbewerblich potenziell kritische Fälle zu verbessern. Und auch die Bundesregierung hat [im jüngsten Tätigkeitsbericht des BKartA](#) Worte klarer Ablehnung gefunden: Der neue Ansatz bleibe „mit Blick auf Rechtssicherheit und Effektivität hinter der vorzugswürdigen Lösung eines eigenen Aufgreifstatbestandes zurück. [...] Die bloße Änderung der Verwaltungspraxis durch die Europäische Kommission darf die nationale Gesetzgebung jedoch nicht aushebeln.“ Dementsprechend hat auch das BKartA [öffentlich betont](#), dass nach seiner ständigen Praxis die Stellung eines Verweisungsantrags nach Art. 22 FKVO eine Anmeldepflicht nach nationalem Kartellrecht erfordert und es sich dem neuen Ansatz der Kommission somit nicht anschließen wird. Auch die US Chamber of Commerce hat „serious concerns“ gegenüber dem „Paradigmenwechsel“ der Kommission vorgebracht. In dasselbe Horn stößt der mittlerweile in die Kanzleienwelt gewechselte Ex-Kommissionsbeamte Carles Esteva Mosso. Und auch der Präsident des EuG, Marc van der Woude, hat sich im Rahmen einer Konferenz mit leiser Skepsis geäußert: „[W]hen there is an overhaul in the practice, for instance an increase in the fines or a fundamental change in interpretation, the judges would expect that change is explained, and reasoned and that there is a transition period foreseen.“ Diesem

Anspruch nicht gerecht zu werden „could shock the court“. Diese Aussage hat besondere Brisanz, denn...

### Die Premiere – Der Fall Illumina/Grail

... ein erster Fall, der sich mit der neuen Verweisungspraxis befasst, ist bereits beim EuG anhängig. Bei der Übernahme des Unternehmens Grail, einem Anbieter von Bluttests auf bestimmte Krebsarten, durch den Erwerber Illumina, einem führenden Anbieter von Gensequenzierern, setzte die Kommission ihren neuen Ansatz erstmals um und ermutigte die Mitgliedstaaten im Februar 2021 sogar aktiv zur Stellung eines Verweisungsantrags. Frankreich erhörte den Ruf im März und Belgien, Griechenland, Island, die Niederlande und Norwegen schlossen sich dem Antrag an. Die Kommission nahm diesen im April nicht nur an, sondern führt auf der Basis mittlerweile sogar ein vertieftes fusionskontrollrechtliches Prüfungsverfahren („Phase II“), dessen Frist zur Zeit am 4. Februar 2022 abläuft (M.10188). Nach Auffassung der Behörde könnte die geplante Übernahme den Wettbewerb auf dem im Entstehen befindlichen Markt der Entwicklung und Vermarktung von auf Sequenzierungstechnologien basierenden Tests zur Krebserkennung sowie die entsprechende Innovationstätigkeit einschränken.

Unabhängig von der Frage, ob die Kommission hier im Ergebnis durchgreifende Wettbewerbsbedenken haben wird, schlägt der Fall noch aus einem weiteren Grund hohe Wellen: Illumina entschloss sich im laufenden Verfahren zum vorzeitigen Closing der Transaktion und verstieß damit gegen das Vollzugsverbot der EU-Fusionskontrolle. Zwar erlegte sich Illumina hierbei proaktiv ein „Hold-Separate“ auf, sodass Grail vorerst als selbstständiges Unternehmen weitergeführt wird. Der Kommission reicht dies jedoch nicht, weshalb sie nun ein separates Verfahren (M.10493) wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot führt, bei dem sowohl ein hohes Bußgeld als auch die Auferlegung einstweiliger Maßnahmen zur weitergehenden Trennung beider Unternehmen im Raum stehen. Vor dem EuG klagt Illumina parallel gegen die Annahme des Verweisungsantrags durch die Kommission (T-227/21). Eine Entscheidung könnte hier aufgrund des durch die Richter zugelassenen beschleunigten Verfahrens bereits im Dezember dieses Jahres folgen – was eine für die Fusionskontrollpraxis in der EU wichtige Weichenstellung markieren wird.

## Unsere Sicht

Unabhängig vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens und der materiell-fusionskontrollrechtlichen Bewertung der Transaktion zeigt der Fall schon jetzt eines: Die Komplexität und Störanfälligkeit der neuen Verweisungspraxis. Gerade einmal sechs von 30 EWR-Staaten beteiligten sich am Verweisungsverfahren und aus vielen Ländern kommt sogar klarer Widerspruch. Neben Deutschland ist dies z.B. für Spanien, Slowenien und Österreich der Fall, die sich ohne eigene Fusionskontrollzuständigkeit jeweils allgemein außer Stande sehen, Verweisungsanträge zu stellen (oder sich diesen anzuschließen). Berichten zufolge haben sich auch Irland, Litauen, die Slowakei, Lettland, Schweden und Ungarn im konkreten Fall skeptisch gezeigt. Zugespitzt gesagt: Was die Kommission nun tut, hat unter Europas Kartellwächtern keine Mehrheit. Eine dauernde Spaltung über einen derart wichtigen wettbewerbspolitischen Aspekt kann sich die Kommission nicht erlauben – auch, weil andernfalls die Effektivität des neuen Ansatzes gefährdet ist. Jedenfalls soweit eine Transaktion Märkte betrifft, die kleiner als EU-weit abgegrenzt werden müssen, entstehen für jeden Markt, der in das Gebiet eines nicht-antragstellenden Staats fällt, „weiße Flecken“ im Prüfprogramm der Kommission. Denn rechtlich ist ihre Prüfungsbefugnis bei Art. 22 FKVO stets eine von den antragstellenden Mitgliedstaaten abgeleitete. Und wo kein solcher Antrag (oder ein Anschluss an einen solchen) besteht, existiert dann auch keine Prüf- und Untersagungsbefugnis.



### Take away

Mit ihrer neuen Verweisungspraxis zu Art. 22 FKVO hat die Kommission einen rechtlich und praktisch fragwürdigen Zusatzstrang in der EU-Fusionskontrolle eingeführt, der bei Unternehmen, Verbänden und Behörden für viel Kritik und Unsicherheit gesorgt hat. Es verwundert daher nicht, dass hochrangige Kommissionsbeamte seit Monaten im Rahmen von Konferenzen und Interviews versuchen, die Wogen zu glätten und für den neuen Ansatz zu werben. Unternehmen mit aktuellen oder geplanten Transaktionsaktivitäten in der EU sollten die weiteren Entwicklungen unbedingt im Blick halten.

## Fokus Rechtsprechung

### Kinder haften für ihre Eltern – EuGH urteilt zur Kartellschadensersatzhaftung im Konzern

Am 6. Oktober 2021 erließ die Große Kammer des EuGH ihre mit großer Spannung erwartete Entscheidung zu der Frage, gegen welche juristischen Personen Kartellschadensersatzklagen („Follow-on-Klagen“) erhoben werden können ([C-882/19](#)). Hintergrund ist das sog. LKW-Kartell und eine hierzu bei der Audiencia Provincial in Barcelona anhängige Zivilklage. Dort hatte das Unternehmen Sumal Schadensersatz gefordert und hierzu die spanische Tochtergesellschaft einer deutschen Kartellbeteiligten verklagt. Es hatte die kartellbefangenen LKW von dieser Tochtergesellschaft erworben. In der Bußgeldentscheidung war allerdings nur die Muttergesellschaft und nicht die beklagte Tochter als in den Kartellverstoß involviert benannt. Insoweit stellte sich die Frage der Passivlegitimation dieser Konzerngesellschaft, wozu die Richter in Barcelona den EuGH am 24. Oktober 2019 um eine klärende Vorabentscheidung ersuchten.

Nachdem sich bereits der [Generalanwalt Pitruzzella](#) für eine entsprechende (Mit-)Haftung der Tochtergesellschaft ausgesprochen hatte, folgte dem – wenngleich unter z.T. anderen Voraussetzungen – nun auch der EuGH. Damit ist der Weg frei, um zivilrechtlich nicht nur eine Haftung von Konzernobergesellschaften für die von ihnen kontrollierten kartellbeteiligten Tochtergesellschaften anzunehmen („Eltern haften für ihre Kinder“ – vgl. dazu den Fall „Skanska“) – sondern auch in umgekehrter Richtung eine Inanspruchnahme zu ermöglichen. Tochtergesellschaften können für Kartellverstöße ihrer Mütter haften und entsprechend verklagt werden („Kinder haften für ihre Eltern“). Die wesentlichen Feststellungen sind wie folgt:

1. Auch wenn Kartellschadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten erhoben werden, richtet sich die Bestimmung der zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichteten Einheit **unmittelbar nach dem Unionsrecht**. Die Schadensersatzklagen seien ebenso integraler Bestandteil des Systems zur Durchführung der Wettbewerbsregeln der Union wie deren Durchführung durch die Behörden. Folglich hat der **Begriff „Unternehmen“ i.S.v. Art. 101 AEUV im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldbußen (Public Enforcement) und im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen (Private Enforcement) keine unterschiedliche Bedeutung**.

2. Der Begriff „Unternehmen“ umfasst jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, und bezeichnet somit eine wirtschaftliche Einheit, selbst wenn diese rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen besteht. Wenn erwiesen ist, dass eine zu einer solchen wirtschaftlichen Einheit gehörende Gesellschaft gegen das Kartellverbot verstoßen hat, führen der Begriff „Unternehmen“ und damit der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ zu einer **gesamtschuldnerischen Haftung der Einheiten, die zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung die wirtschaftliche Einheit bilden.**

3. Der in Art. 101 AEUV verwendete Begriff „Unternehmen“ ist ein **funktionaler Begriff**, bei dem die wirtschaftliche Einheit, die das Unternehmen bildet, unter dem Gesichtspunkt des **Gegenstands der fraglichen Vereinbarung** zu bestimmen ist. Ist ein Kartellverstoß durch die Muttergesellschaft festgestellt worden, steht es somit dem Opfer dieser Zuwiderhandlung frei, anstelle der Muttergesellschaft eine von deren Tochtergesellschaften zivilrechtlich haftbar zu machen – vorausgesetzt, dass das Opfer nachweist, dass diese Tochtergesellschaft zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung mit ihrer Muttergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bildete. Dies wiederum hat zwei Voraussetzungen:

- Das **Bestehen einer Einheit** im Hinblick auf die wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen beiden Gesellschaften
- Das **Bestehen eines konkreten Zusammenhangs** zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit der beklagten Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für die die Muttergesellschaft von der Kommission haftbar gemacht wurde.

Bei letzterem Punkt scheint der EuGH einen weniger restriktiven Ansatz als der Generalanwalt zu verfolgen. Dieser hatte richtigerweise das Problem aufgeworfen, dass die Annahme einer zivilrechtlichen Haftung von Tochtergesellschaften die Gefahr einer uferlosen Inanspruchnahme auch völlig „kartellferner“ juristischer Personen innerhalb einer Unternehmensgruppe birgt. Der Generalanwalt hatte daher vorgeschlagen, für die Haftung einer Tochtergesellschaft zu verlangen, dass deren Tätigkeit gewissermaßen für die Verwirklichung des kartellrechtswidrigen Verhaltens erforderlich sei (z.B. weil sie die kartellbefangenen Güter ver-

kauft). Die Tochter müsse daher in demselben Bereich tätig sein, in dem die Muttergesellschaft das wettbewerbswidrige Verhalten an den Tag gelegt habe, und durch ihr Marktverhalten die Konkretisierung der Auswirkungen der Zuwiderhandlung ermöglicht haben.

Der vom EuGH nun verlangte „konkrete Zusammenhang“ scheint demgegenüber weniger streng bzw. ist eine Haftungshürde, die leichter zu überwinden ist. Er eröffnet die Mithaftung von Tochtergesellschaften innerhalb desselben wirtschaftlichen Tätigkeitsgebiets eines Konzernteils, selbst wenn diese Gesellschaften kein direktes „Werkzeug“ für die Kartellumsetzung waren. Zur Begründung führt der EuGH am Beispiel von konglomeraten Konzernen aus, dass **innerhalb von Konzernen durchaus verschiedene „wirtschaftliche Einheiten“** (= haftungsfähige Unternehmen) enthalten sei können. Dies sei dann der Fall, wenn die Konzerne „in mehreren wirtschaftlichen Bereichen tätig sind, die in keinem Zusammenhang miteinander stehen [...]“. Daher kann ein und dieselbe Muttergesellschaft Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein, die nach Maßgabe der fraglichen wirtschaftlichen Tätigkeit aus ihr selbst und aus verschiedenen Kombinationen ihrer Tochtergesellschaften bestehen, die alle zur selben Unternehmensgruppe gehören.“ Innerhalb dieser Kombinationen könne jeweils eine Haftung sowohl der kartellbeteiligten Mutter als auch der in konkretem Zusammenhang zu deren Kartelltätigkeit stehenden Töchter bestehen.

Folglich müsse die Klägerin im konkreten Fall grundsätzlich nachweisen, dass die von der kartellbeteiligten Mutter geschlossene wettbewerbswidrige Vereinbarung **die gleichen Produkte betrifft**, die auch von der beklagten spanischen Tochtergesellschaft vermarktet werden. Eine Haftung der Tochter sei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Kommission keinen Beschluss gegen diese erlassen hat oder weil mit dem Beschluss, mit dem sie die Zuwiderhandlung festgestellt hat, der Tochtergesellschaft keine Sanktion auferlegt wurde. Nach alledem stehe Art. 101 Abs. 1 AEUV somit einer nationalen Regelung entgegen, wonach die zivilrechtliche Haftung nur solche Gesellschaften trifft, die kartellbeteiligte Gesellschaften kontrollieren (Haftung „von unten nach oben“). Vielmehr gebiete ein effektives Private Enforcement, dass eine Haftung auch im anderen Fall erfolgen kann („Haftung von oben nach unten“).

Es sind aber grundsätzlich die **Verteidigungsrechte** der beklagten Tochter zu wahren. Die Tochtergesellschaft muss, so der EuGH, vor dem nationalen Gericht über alle Mittel verfügen, die für die sachdienliche Ausübung ihrer Verteidigungsrechte erforderlich sind, insbesondere um die Zugehörigkeit zu demselben Unternehmen wie ihre Muttergesellschaft bestreiten zu können. Aber: in Fällen wie dem vorliegenden sei das Bestreiten auch hierauf beschränkt. Es sei der Tochtergesellschaft dagegen verwehrt, auch das Vorliegen eines Kartellverstoßes zu bestreiten. Hier nimmt der EuGH über Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 letztlich eine **erweiterte Tatbestandswirkung** an. Nach dieser Norm dürfen die nationalen Gerichte keine Entscheidungen erlassen, die dem Beschluss der Kommission zuwiderlaufen. Nur, wenn die Kommission ein rechtswidriges Verhalten der Muttergesellschaft nicht in einem Beschluss nach Art. 101 AEUV festgestellt habe, sei die Tochtergesellschaft „naturgemäß berechtigt, nicht nur ihre Zugehörigkeit zu demselben ‚Unternehmen‘ wie die Muttergesellschaft, sondern auch das Vorliegen der dieser zur Last gelegten Zuwiderhandlung zu bestreiten“. Dies freilich ist ein für Follow-on-Klagen irrelevanter Punkt. Denn zu diesen Streitigkeiten kommt es nur in Fällen, in denen die Kommission einen Kartellverstoß gegen eine (Mutter-)Gesellschaft explizit festgestellt hat.

den gesondert nur für die konkret „kartellbefangene“ wirtschaftliche Einheit bestimmt werden. Dieser Ansatz aber entspricht weder der geltenden Bußgeldpraxis in Union und Mitgliedstaaten noch der Vorgehensweise in der Fusionskontrolle. Hierüber hinausgehend erscheint zudem allgemein fraglich, welche Kriterien für die Abgrenzung verschiedener konglomerater Wirtschaftstätigkeiten herangezogen werden sollen (wozu der EuGH im konkreten Fall keine Stellung beziehen musste).

### Vertrauen ist gut, Kontrolle ist ... schlechter – EuG bestätigt hohe Geldbußen wegen Fusionskontrollverstößen

In der jüngeren europäischen Praxis spielte das Vollzugsverbot – also das Verbot des auch als Gun Jumping bezeichneten Closings vor Erteilung der behördlichen Freigabe – nicht nur im Fall Illumina/Grail (siehe oben) eine Rolle. Am 22. September 2021 verkündete das EuG sein Urteil im Hinblick auf eine von Altice Europe erhobene Nichtigkeitsklage ([T-425/18](#)). Diese richtete sich gegen eine Geldbuße in Höhe von 124,5 Mio. EUR aus dem April 2018, die die EU Kommission dem Unternehmen wegen des Verstoßes gegen die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot der FKVO auferlegt hatte – ein Rekordwert in Sachen fusionskontrollrechtlicher Bußgelder. Das Gericht gab der Kommission in der Sache Recht, entschied allerdings zumindest, dass, soweit ein Verstoß gegen die Pflicht zur Anmeldung des Zusammenschlusses in Rede stand, die Gesamtgeldbuße um 6,22 Mio. EUR herabzusetzen ist.

Was war passiert? Altice, ein multinationales Kabel- und Telekommunikationsunternehmen, strebte 2014 den Erwerb der alleinigen Kontrolle über den portugiesischen Telekommunikations- und Multimediabetreiber PT Portugal an. Dass der Fall nach der FKVO anmeldepflichtig war, war den Parteien bewusst. Der Unternehmenskaufvertrag (SPA) sah deshalb eine Reihe von Vorschriften zur Führung der Geschäfte von PT Portugal im Zeitraum zwischen Signing und Closing vor. Die Transaktion wurde denn auch später angemeldet und im April 2015 freigegeben.

#### Take away

Das Urteil ist für das Private Enforcement wegweisend und wird den Trend zu Kartellschadensersatzklagen in der EU weiter beflügeln. Seine Wirkungen weisen jedoch über dieses Gebiet potenziell weit hinaus, denn letztlich modifiziert der EuGH den Begriff des „Unternehmens“ insgesamt, indem er die (grobe) Klammer der Kontrolle einer Muttergesellschaft über (alle) Tochtergesellschaften durch die (feinere) Klammer des konkreten wirtschaftlichen Tätigkeitszusammenhangs ersetzt. Von nun an können Unternehmensgruppen, zumindest wenn sich die in ihnen gebündelten wirtschaftlichen Tätigkeiten wesentlich unterscheiden, als Integration *verschiedener* Unternehmen verstanden werden. Die weltweiten Umsätze, die für die Bußgeldberechnung herangezogen werden, müssten dann konsequenterweise aber auch nicht mehr für den Gesamtkonzern, son-

Im März 2016 leitete die Kommission aber aufgrund von Presseberichten Ermittlungen gegen Altice wegen Verstößen gegen die FKVO-Anmeldepflicht (Art. 4 Abs. 1) sowie das FKVO-Vollzugsverbot (Art. 7 Abs. 1) ein. Sie kam zum Ergebnis, dass Altice schon durch das SPA die Möglichkeit gehabt habe, einen bestimmenden Einfluss auf PT Portugal auszuüben und das Unternehmen schon vor der Freigabe und in bestimmten Fällen sogar schon vor der Anmeldung auch tatsächlich kontrolliert habe. So hätten einige Vertragsklauseln Altice ein Vetorecht bei (1) der Bestellung des Managements von PT Portugal sowie hinsichtlich (2) der Preispolitik, (3) der mit Kunden vereinbarten Geschäftsbedingungen sowie (4) der Möglichkeiten zur Gestaltung einer großen Bandbreite von Verträgen eingeräumt. Es sei auf Basis der entsprechenden Klauseln auch tatsächlich mehrfach zu einem Eingriff in den täglichen Geschäftsbetrieb von PT Portugal gekommen, z.B. durch Anweisungen für die Durchführung einer Marketingkampagne oder den Eingriff in Verhandlungen mit Vertragspartnern. Außerdem habe es ab Unterzeichnung des SPA auch einen Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen zwischen den Unternehmen gegeben. Die Kommission verhängte daher gegen Altice eine Geldbuße von 62,25 Mio. Euro wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Anmeldung des Zusammenschlusses und eine weitere (!) Geldbuße von 62,25 Mio. EUR wegen Nichteinhaltung des Vollzugsverbots ([M.7993](#)).

In seinem Urteil weist das Gericht insbesondere das Argument von Altice zurück, wonach der Verstoß gegen die Anmeldepflicht in dem gegen das Vollzugsverbot aufgehe und eine gleichwohl erfolgende Doppelahndung sowohl unverhältnismäßig sei als auch einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung darstelle. Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 FKVO verfolgten, so das Gericht, jeweils eigenständige Ziele (Absicherung der Anmeldung als Auslöser für ein Prüfverfahren einerseits und Absicherung des ordnungsgemäßen Verfahrensgangs ohne vorzeitige Marktstrukturveränderungen andererseits). Außerdem sehe Art. 4 Abs. 1 eine Handlungspflicht vor, wohingegen Art. 7 Abs. 1 eine Unterlassungspflicht statuiere. Zudem sei ersterer Verstoß eine nur einmalige, der Verstoß gegen das Vollzugsverbot aber eine fortgesetzte Zuwiderhandlung. Die parallele Anwendung beider Vorschriften als Basis für Bußgelder sei daher auch weder unverhältnismäßig noch mit dem Verbot der Doppelbestrafung unvereinbar. Eine andere Sicht liefe dem Ziel der FKVO zuwider, eine

wirksame Kontrolle von Zusammenschlüssen sicherzustellen – insbesondere da der Kommission andernfalls die Möglichkeit genommen wäre, bei Verhängung von Geldbußen die Situation, in der das Unternehmen die Anmeldepflicht einhält, aber gegen das Vollzugsverbot verstößt, von jener, in der das Unternehmen gegen beide Pflichten zugleich verstößt, zu unterscheiden. Danach ist nun klar: **Gun Jumping kann sowohl in der Spielart „Nicht-Anmeldung“ als auch in der Spielart „vorzeitiger Vollzug“ kumulativ bebußt werden.**

Hinsichtlich der materiellen Vorwürfe zu den (übermäßigen) Einflussrechten durch das SPA gab das EuG der Kommission ebenfalls recht. Nach der FKVO wird ein Zusammenschluss zu dem Zeitpunkt vollzogen, zu dem sich die Kontrolle dauerhaft ändert. Das Gericht bekräftigt: **Gun Jumping erfordert weder die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses noch die vollständige Vollendung des Erwerbsvorgangs.** Vielmehr ist eine (rechtswidrige) Kontrollveränderung schon dann gegeben, wenn der Erwerber für die Zeit vor der behördlichen Freigabe die **Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben.** Und das Recht, die Zusammensetzung der Unternehmensleitung mitzubestimmen, sei regelmäßig hierfür genügend. Gleiches gelte für die Abrede, die es Altice ermöglichte, die Preispolitik von PT Portugal zu beeinflussen (PT Portugal musste eine schriftliche Zustimmung von Altice zu jeglichen Preisänderungen und jeder Änderung ihrer Geschäftsbedingungen einholen) sowie für die Altice eingeräumte Möglichkeit, in Verträge von PT Portugal einzugreifen und durch ein Mitbestimmungsrecht bei der Eingehung neuer Verträge den Geschäftsverlauf zu beeinflussen. Dies galt umso mehr, als hier jeweils Entschädigungsansprüche im Fall eines Verstoßes vorgesehen waren und keine Unterscheidung danach getroffen wurde, ob die durch PT Portugal angestrebten Vertragsabschlüsse und -gestaltungen zum normalen Geschäftsverlauf gehörten und welcher wirtschaftliche Wert ihnen zukam.

Das Gericht eröffnete Altice zwar – im Einklang mit Formulierungen in der einschlägigen Kommissionsleitlinie – die Möglichkeit, zu beweisen, dass die Abreden erforderlich waren, um (1) den **Erhalt des Werts des übertragenen Unternehmens** sicherzustellen oder (2) die Beeinträchtigung seiner **gewerblichen Integrität** zu verhindern. Dies aber gelang Altice nicht.

Zudem ergab sich aus der Akte, dass Altice mehrfach auch tatsächlich in den Geschäftsbetrieb von PT Portugal eingegriffen hatte und sensible Informationen zwischen Altice und PT Portugal ausgetauscht worden waren. Da all dies auch schon vor der Anmeldung des Zusammenschlusses stattgefunden hatte, erkannte das Gericht, dass die Entscheidung der Kommission grundsätzlich rechtsfehlerfrei war, insbesondere auch das Bußgeld wegen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht von den Tatsachen gedeckt war. Allerdings kam das EuG – in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung – zum Ergebnis, dass die Höhe der wegen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht verhängten Geldbuße um 10% herabzusetzen war. Hierdurch werde dem Umstand Rechnung getragen, dass Altice schon vor der Unterzeichnung des SPA die Kommission von dem Zusammenschlussvorhaben unterrichtet und unmittelbar nach Unterzeichnung des SPA auch ein Case Team Allocation Request abgesandt, also den ersten Schritt für die Vorprüfungsphase des Vorhabens initiiert habe. Es ging also nicht um ein vollständiges Ignorieren der Anmeldepflicht, sondern „nur“ um die Vereinbarung und Umsetzung überschießender Einflussnahmemöglichkeiten parallel zum Fusionskontrollverfahren.

Etwas im Unklaren bleibt nach dem Urteil, wie sich die Bußgeldhöhe verändert hätte, wenn Altice sich „nur“ die Möglichkeit zur vorzeitigen Einflussnahme gesichert hätte – ohne diese auch tatsächlich auszuüben. Dass Altice hier nachweislich – in mindestens sieben Fällen – seine Kontrollmöglichkeiten ausgenutzt hatte, dürfte die Schwere des Verstoßes nicht unerheblich vergrößert haben. Wie groß das Ausmaß dieser Schwere war – welcher „Bußgeldwert“ der tatsächlichen Einflussnahme also zukommt – bleibt einstweilen offen.

## Take away

Transaktionsparteien sind nach dem Urteil mehr denn je zu großer Vorsicht bei SPA-Gestaltung und Integrationsvorbereitung aufgerufen – insbesondere, da das Urteil unterstreicht, dass bereits die Möglichkeit zur Erlangung eines bestimmenden Einflusses vor der fusionskontrollrechtlichen Freigabe ausreicht, um erhebliche Bußgeldrisiken zu begründen. Dies steht u.U. in erheblichem Spannungsverhältnis zum Interesse des Erwerbers in M&A-Prozessen, dessen Ziel regelmäßig in einer möglichst umfassenden Absicherung von Wert und Integrität seines Kaufgegenstands sowie der möglichst zügigen Integrationsvorbereitung und -durchführung bestehen wird. Spätestens nach diesem Urteil ist aber klar: Bis zur Freigabe muss die operative Kontrolle über das Zielunternehmen beim Veräußerer bleiben und alle Bemühungen im Hinblick auf die spätere Integration des Zielunternehmens sind auf rein vorbereitende Maßnahmen zu beschränken. Zudem ist bis zum Closing darauf zu achten, dass wettbewerblich sensible Informationen nur offengelegt werden, wenn und soweit dies für die Durchführung von Transaktion und Integration notwendig ist. Zudem sind angemessene Sicherheitsvorkehrungen wie z.B. Clean Teams und zugangsbeschränkte Spezialdatenräume zu erwägen.

## 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](#)

#### [Deutscher Blog](#)

#### [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](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 2021. All rights reserved. WG-REQ-312