

# Hogan Lovells Kartellrechts-Radar

Winter 2020/2021

## Fokus 10. GWB-Novelle

### Überblick über die wesentlichen Neuerungen durch die 10. GWB-Novelle

Am 19. Januar 2021 sind die Änderungen der 10. GWB-Novelle in Kraft getreten. Die als „GWB-Digitalisierungsgesetz“ bezeichnete Novelle bringt im Wesentlichen in vier Bereichen umfassende Änderungen mit sich, über die wir bereits an anderer Stelle ausführlich berichtet haben:

- [Neue Fusionskontrollvorgaben](#);
- [Reform der Missbrauchskontrolle](#);
- [Datenzugangsansprüche](#); und
- [Änderungen im Bereich der Kartellverfahren](#).

### Fusionskontrolle

Zukünftig werden deutlich weniger M&A-Transaktionen in Deutschland anmeldspflichtig sein, da die erste Inlandsumsatzschwelle von bisher 25 Mio. EUR auf 50 Mio. EUR und die zweite Inlandsumsatzschwelle von bisher 5 Mio. EUR auf 17,5 Mio. EUR angehoben wurden. Die auf den gemeinsamen weltweiten Umsatz abstellende Umsatzschwelle von 500 Mio. EUR bleibt unverändert. Aber angepasst: Über die Transaktionswertschwelle werden weiterhin Fälle erfasst werden, bei denen das Zielunternehmen weniger als 17,5 Mio. EUR Umsatz erzielt. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Erwerber über 50 Mio. EUR Umsatz in Deutschland hat, der Transaktionswert 400 Mio. EUR überschreitet und das Zielunternehmen (unabhängig von seinen Umsätzen) in erheblichem Umfang im Inland tätig ist, z.B. durch F&E-Aktivitäten oder unentgeltliche, aber auf deutsche Nutzer ausgerichtete Angebote, wie sie gerade im Digitalsektor häufig vorkommen.

Neu eingeführt wurde § 39a GWB. Danach kann das Bundeskartellamt (BKartA) ein Unternehmen durch Verfügung verpflichten, seine Zusammenschlüsse mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren genau bestimmten Wirtschaftszweigen beim BKartA anzumelden. Die Voraussetzungen

hierfür sind aber eng und setzen u.a. voraus, dass zuvor bereits eine Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) durchgeführt wurde.

Die GWB-Novelle sieht zudem Sonderregeln für die Krankenhausfusionskontrolle vor. Hier sind nun bestimmte Vorhaben gänzlich fusionskontrollfrei, ohne dass es auf die Umsatz- oder Transaktionswertschwellen ankäme. Die Spezialisierung und Zentrenbildung im Krankenhaussektor ist politisch gewollt und diese neue Ausnahmeregelung wird die Konsolidierung im Krankenhaussektor entsprechend erleichtern.

Neben diesen Hauptpunkten bringt die Novelle auch Detailregelungen, die die Fusionskontrollpraxis des BKartA beeinflussen werden. Zu nennen sind hier insbesondere die Anhebung der Bagatellmarktschwelle von 15 Mio. EUR auf 20 Mio. EUR, die Absenkung der Schwellenwert-Multiplikatoren für die Pressefusionskontrolle, die erleichterte Verknüpfung von mehreren Transaktionen zwischen denselben Parteien binnen zwei Jahren, die insbesondere Relevanz im [Immobilien](#)sektor entfalten kann, und die Verlängerung der Hauptprüfungsphase um einen Monat.

### Reform der Missbrauchskontrolle

Die Neuregelungen in der Missbrauchskontrolle stehen ganz im Zeichen der Digitalisierung. Das Ziel: die Missbrauchskontrolle für die Besonderheiten der digitalen Welt zu rüsten – und dem BKartA ein schärferes Schwert für das Vorgehen gegen große Digital-Unternehmen an die Hand zu geben. Dafür ist Folgendes vorgesehen.

Erstens wird die Marktbeherrschungsprüfung nach § 18 GWB um die Kriterien des Datenzugangs und der Intermediationsmacht ergänzt. Der Zugang zu Daten ist nun auch abseits von mehrseitigen Märkten (Plattformen) und Netzwerken ausdrücklich als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen. Mit dem neuen Konzept der „Intermediationsmacht“ (§ 18 Abs. 3b GWB) wird die Bedeutung der von Unternehmen erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten

ten als weiteres Kriterium für die Marktbeherrschung etabliert.

Zweitens werden die Kausalitätsanforderungen beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Anpassung von § 19 Abs. 1 GWB klargestellt. Anstelle der „missbräuchlichen Ausnutzung“ wird künftig der „Missbrauch“ einer marktbeherrschenden Stellung verboten sein. Ab sofort kann daher auch ein Verhalten missbräuchlich sein, das zwar ebenso von Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung ausgeübt werden kann, aber geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern, wenn ein Marktbeherrscher es an den Tag legt. Praktisch relevant wird dies vor allem bei Verstößen gegen außerkartellrechtliche Rechtsnormen (wie dem AGB- oder Datenschutzrecht).

Drittens wird ein neues Eingriffsinstrument für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingeführt. Das „Flaggschiff“ der 10. GWB-Novelle ist der neue § 19a GWB, der an der Grenze zur „klassischen“ Regulierung ein laut Regierungsbegründung zweistufiges (besser: zweiteiliges) Eingriffsinstrument zur Begrenzung des Marktverhaltens von Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung“ vorsieht:

Teil 1 – Feststellungsverfügung: Das BKartA stellt durch Verfügung formell die überragende marktübergreifende Bedeutung fest (§ 19a Abs. 1 GWB). Zu berücksichtigen sind unter anderem die Finanzkraft, der Zugang zu Daten und die marktübergreifende Tätigkeit des Unternehmens sowie die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten.

Teil 2 – Untersagungsverfügung: Das BKartA kann Unternehmen, deren überragende marktübergreifende Bedeutung zuvor festgestellt wurde, durch Verfügung bestimmte, im Gesetz näher konkretisierte Verhaltensweisen untersagen (§ 19a Abs. 2 GWB). Dort sind insgesamt sieben Verhaltensweisen aufgezählt, wie etwa Selbstbevorzugung, Behinderung von Wettbewerbern und unzureichendes Informieren von Geschäftspartnern. Das Unternehmen kann sich zwar auf eine sachliche Rechtfertigung berufen, muss diese aber im Zweifel auch beweisen können. Die Regelung zielt auf einen kleinen Kreis von großen Online-Plattformen mit marktüberspannenden Ökosystemen.

Viertens werden die Regelungen zur relativen Marktmacht (§ 20 GWB) modifiziert, namentlich durch Streichung des KMU-Vorbehalts, die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht sowie einen „Anti-Tipping“-Tatbestand.

Insbesondere mit dem neuen Eingriffsinstrument für Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung“ nimmt der deutsche Gesetzgeber eine internationale Vorreiterrolle ein – in unbekanntem Terrain. Vergleichbare Pläne der EU-Kommission sind zwar bereits veröffentlicht, von der Verabschiedung aber noch weit entfernt.

## Datenzugangsansprüche

Der Gesetzgeber hat einen neuen kartellrechtlichen Ordnungsrahmen für den Zugang zu kommerziellen Daten in der Missbrauchskontrolle eingeführt. Dies geschieht in Gestalt von gleich zwei kartellrechtlichen Datenzugangsansprüchen.

Der Gesetzgeber nutzt zum einen zunächst den bestehenden Zugangsanspruch in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und erweitert die dort geregelte missbräuchliche Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung (*essential facility*) auf Daten und Schnittstelleninformationen. Im deutschen Kartellrecht galten bislang weder Daten noch gewerbliche Schutzrechte als Infrastruktureinrichtungen. Im GWB werden Daten damit erstmals in den Rang von Seehäfen, Stromnetzen oder ähnlichen „Flaschenhälsen“ für Versorgung und Marktzugang erhoben.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs sind dann freilich hoch. Voraussetzung ist zunächst, dass der Dateninhaber marktbeherrschend ist. Zentrale Bedeutung für die Annahme von Marktmacht aufgrund vorhandener „Datenmacht“ kommt dabei der Möglichkeit der Zugangsgewährung bzw. -verweigerung zu wettbewerbsrelevanten Daten zu. Auch der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten bedingt für sich genommen noch keine besondere „Macht“. Für eine Marktbeherrschung müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, durch die sich ein datenkontrollierendes Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann.

Für einen Zugangsanspruch muss der Datenzugang objektiv notwendig sein, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein. Der Wunsch des Zugangspetenten, auf demselben Markt wie der Dateninhaber tätig zu werden, genügt dagegen nicht. Dass der Datenzugang aus der Sicht des Zugangspetenten erforderlich ist, um wirksamen Wettbewerb ausüben zu können, reicht als solches ebenfalls nicht aus. Vielmehr muss ihm die Markttätigkeit ohne den Datenzugang unmöglich sein.

Der zweite Datenzugangsanspruch ist im neu gefassten § 20 GWB verortet. Er setzt keine marktbeherrschende Stellung des Dateninhabers voraus. Vielmehr genügt hier, dass der Zugangspetent vom Dateninhaber abhängig ist, weil für ihn ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und „ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht“ des anderen Unternehmens besteht. Auch dann kann der Datenzugangsanspruch nur erfolgreich durchgesetzt werden, wenn eine Zugangsverweigerung objektiv unbillig ist. Ob dies der Fall ist oder nicht, ist in einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln. Nach Auffassung des Gesetzgebers zielt die Norm vor allem auf den Datenzugang in bestehenden Vertragsverhältnissen innerhalb von Wertschöpfungsketten (z.B. IoT- und Aftermarket-Konstellationen). Die in § 20 GWB bislang geltende Einschränkung, wonach nur kleine und mittlere Unternehmen Ansprüche geltend machen konnten, ist nun insgesamt entfallen.

### Änderungen im Bereich der Kartellverfahren

In dieser Hinsicht gibt es für betroffene Unternehmen „Zuckerbrot und Peitsche“: Unternehmen mit effektiven kartellrechtlichen Compliance-Systemen zur Vermeidung und Aufdeckung von Kartellverstößen sowie solche, die als Kronzeugen zur Aufdeckung eines Kartellverstoßes beitragen, können künftig günstigere Resultate bei der Bußgeldzumessung erzielen, während Unternehmen, die nicht (sofort) kooperieren, nunmehr gezwungen werden können, an den Ermittlungen mitzuwirken.

Künftig müssen die Geschäftsleitung und die Mitarbeiter im Zuge einer Dawn Raid „Informationen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen können, sowie Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Durchsuchung in Verbindung stehen könnten“, bußgeldbewehrt preisgeben. Das allgemeine Auskunftsverweigerungsrecht dieser Personen entfällt, wenn „die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet“ und das Bundeskartellamt eine Nichtverfolgungszusage erteilt. Da das Kartellamt eine Nichtverfolgungszusage zurücknehmen kann, etwa weil der Mitarbeiter angeblich nicht vollständig oder richtig ausgesagt hat, wird damit der grundrechtlich verbürgte *nemo tenetur*-Grundsatz erheblich eingeschränkt. Eine wichtige Begrenzung für diese neuen Mitwirkungspflichten dürften in Zukunft jedoch in dem Schutz privater Daten liegen. Künftig darf das Bundeskartellamt auch die Erteilung

von Auskünften und die Herausgabe von Unterlagen verlangen, die den Kartellverstoß begründen.

In § 81d Abs. 1 GWB stehen eine Reihe von Kriterien zur Bußgeldbemessung zur Verfügung, denn nunmehr können vor oder nach der Tat von Unternehmen getroffene, „angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Aufdeckung und Vermeidung von Zuwiderhandlungen“ auf Bußgeldebene honoriert werden, indem solche effektiven Compliance-Bemühungen bußgeldmindernd berücksichtigt werden.

Schließlich hat der Gesetzgeber erstmals ein Kronzeugenprogramm für Kartellverstöße gesetzlich verankert, wonach zukünftig auch „Ring-Leader“ von einem vollständigen Bußgelderlass profitieren, wenn sie den Kronzeugenstatus erlangt haben.

### Take away

Die 10. GWB-Novelle bringt weitreichende Änderungen in der Fusions- und Missbrauchskontrolle sowie im Bereich der Kartellverfahren mit sich. Es darf erwartet werden, dass das BKartA angesichts sinkender Anmeldezahlen die freiwerdenden Personalressource an anderer Stelle einsetzen wird, weshalb die großen praktischen Auswirkungen der 10. GWB-Novelle für Unternehmen bereits jetzt unübersehbar sind.

## Fokus 17. AWV-Novelle

### Bundesregierung plant erneut weitreichende Verschärfung der Investitionskontrolle

Am 22. Januar 2021 stellte die Bundesregierung den [Referentenentwurf zur 17. AWV-Novelle](#) der Öffentlichkeit vor. Nachdem 2020 bereits zwei von drei geplanten Reformvorhaben umgesetzt wurden, soll mit der 17. AWV-Novelle nun die Umsetzung von neuen Fallgruppen der EU-Screening-Verordnung für FDI (*Foreign Direct Investment*) ins deutsche Recht erfolgen.

Für M&A-Transaktionen, die direkt oder indirekt über den Erwerb einer ausländischen Gruppe deutsche Zielunternehmen betreffen, enthält der Entwurf Licht und Schatten:

- Erschwerend für zukünftige Deals wird sich auswirken, dass der Katalog von Unternehmen, deren Erwerb anmeldepflichtig ist, noch einmal **deutlich ausgeweitet** werden soll.
- Zudem soll über den Erwerb von Stimmrechten hinaus nun erstmals auch ausdrücklich der Erwerb von **Kontroll- und Verwaltungsrechten** einen überprüfbaren Tatbestand ausfüllen. Der Entwurf bestätigt daneben die bestehende Praxis gesetzlich, **Anteilsaufstockungen** erneut der Investitionskontrolle zu unterwerfen, selbst wenn die Schwellenwerte erstmals schon vor der Transaktion überschritten waren.
- Positiv ist dagegen, dass die Bundesregierung sich **gegen die Nutzung weiterer unbestimmter Rechtsbegriffe** entschieden hat, wie der Terminus „*kritische Technologien*“ aus der EU-FDI-Screening-Verordnung. Stattdessen enthält der Entwurf konkrete Einzeltatbestände. Auch wenn die entsprechende Liste überaus lang ist und wahrscheinlich in Zukunft noch weiter anwachsen wird, vermeidet die konkrete Bestimmung der Tatbestände Unsicherheiten bei der Durchführung der Investitionskontrolle, wie sie in [anderen Mitgliedsstaaten der EU](#) auftreten. Angesichts der großen Bedeutung von neuen Technologien in allen Branchen hätte im schlimmsten Fall fast jeder Deal beim Bundeswirtschaftsministeriums angemeldet werden müssen.

Folgende Kernänderungen verdienen besondere Aufmerksamkeit:

### 1. Neue kontrollierte sektorübergreifende Aktivitäten von Zielunternehmen

Der Entwurf führt 16 zusätzliche Fallgruppen im Bereich der **sektorübergreifenden Prüfung** ein, also außerhalb der Rüstungstechnologie. Sie betreffen überwiegend den Bereich der sogenannten kritischen Technologien. Zusammen mit den bereits mit der 15. AWV-Novelle 2020 ergänzten fünf neuen Fallgruppen (vier davon aus dem Gesundheits- und Biotechnologiesektor) erhöht sich die Anzahl der Fallgruppen im Vergleich zum Stand vor einem Jahr um mehr als das Vierfache auf 27.

Die 16 neuen Fallgruppen sind zukünftig anmeldepflichtig, sofern ein nicht EU-Erwerber mindestens 10% der Stimmrechte über ein deutsches Unternehmen erwirbt. Unverändert bleiben die bereits bislang erfassten Tatbestände kontrollpflichtig, wie kritische Infrastruktur und dafür speziell entwickelte Software oder etwa der Mediensektor.

Es wird zukünftig für Erwerber, Veräußerer und Zielunternehmen darauf ankommen, frühzeitig gemeinsam zu identifizieren, ob das Zielunternehmen einen der neuen Tatbestände erfüllt. Ein Zusammenspiel der Experten aus dem Unternehmen unter Einsatz technischer und rechtlicher Expertise wird dafür unerlässlich sein.

### 2. Änderungen im Bereich der sektorspezifischen Aktivitäten von Zielunternehmen

Im Bereich der **sektorspezifischen Prüfung**, also insbesondere der Rüstungstechnologie, soll künftig Bezug auf **sämtliche Rüstungsgüter** im Sinne von Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste genommen werden. Bislang waren nur einzelne Listenpositionen im Bereich Rüstung erfasst.

Zudem will die Bundesregierung den im letzten Jahr erweiterten Gefährdungsbegriff bei der sektorübergreifenden Investitionsprüfung auch bei sektorspezifischen Aktivitäten anwenden. Dadurch wird der Prüfmaßstab auf „*voraussichtliche Beeinträchtigungen*“ hinabgesetzt, eine konkrete Beeinträchtigung ist nicht mehr erforderlich.

Die unterschiedlichen Prüfkriterien von sektorspezifischer (wesentliche Sicherheitsinteressen) und sektorübergreifender Investitionsprüfung (öffentliche Ordnung oder Sicherheit) bleiben von dieser Änderung unberührt.

### 3. Atypischer Controllerwerb als neuer Aufgreif- und Kontrolltatbestand

Nach dem Wortlaut der Außenwirtschaftsverordnung greift die Investitionskontrolle dann ein, wenn ein Investor 10% beziehungsweise 25% der Stimmrechte eines deutschen Zielunternehmens erwirbt. Mit der Novelle soll nun klargestellt werden, dass entsprechend der bisherigen Praxis des Bundeswirtschaftsministeriums auch „**Hinzuerwerbe**“ über diesen Schwellen in den Anwendungsbereich der Investitionsprüfung fallen, weil solche Aufstockungen der Stimmrechte einem Investor zusätzlichen Einfluss über das Unternehmen vermitteln können.

Neu und praktisch besonders relevant ist, dass **Kontrollrechte außerhalb der formellen Stimmrechte** eine Prüfung durch das BMWi auslösen können (aber keine Pflichtanmeldung erfordern). Die Bundesregierung bezieht sich auf die Besetzung von Aufsichtsgremien oder der Geschäftsführung sowie auf Vetorechte bei strategischen Geschäftsentscheidungen oder umfangreiche Informationsrechte. Zur Auslegung dieser unbestimmten Begriffe bietet sich ein Vergleich mit dem Kartellrecht an, wo die Prüfung von (Mit-)

Kontrollrechten bei der Fusionskontrolle seit jeher zum Standard gehört.

#### 4. Verfahrensfragen

Das Bestehen einer Meldepflicht im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung, also nach einer der speziell geregelten Fallgruppen des neuen § 55a Abs. 1 AWV und ein paralleler Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung für nicht konkret genannte Tätigkeiten schließen sich künftig aus. Die Neuregelung dient der Klarstellung, dass ein Antrag auf Bescheinigung der Unbedenklichkeit im Falle eines meldepflichtigen Erwerbs und im Falle eines bereits von Amts wegen eingeleiteten Prüfverfahrens ausscheidet.

Zudem stellen die Neuregelungen klar, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie von der sektorübergreifenden in die sektorspezifische Prüfung und umgekehrt wechseln kann. Die Praxis der letzten Jahre zeigt, dass sich immer mehr Fälle an der Schnittstelle der Anwendungsbereiche von sektorübergreifender und sektorspezifischer Investitionsprüfung bewegen. Oft kann erst im weiteren Verfahrenslauf nach Eingang und Prüfung von Detailinformationen festgestellt werden, welches Prüfverfahren im konkreten Fall tatsächlich einschlägig ist.

#### 5. Ausblick

Es wird wahrscheinlich noch einige Monate dauern, bis die finale Fassung der Verordnung in Kraft tritt. Für M&A-Transaktionen, die sich derzeit in der Vorbereitung befinden, ist der Referentenentwurf allerdings schon jetzt ein wichtiger Hinweis auf mögliche Anmeldepflichten. Praktisch bedeutsam ist zudem, dass das BMWi bereits heute Anmeldungen zur Investitionsprüfung an die EU-Kommission weitermeldet, um eine Koordination mit anderen möglicherweise betroffenen Mitgliedsstaaten zu ermöglichen. In der Folge unterliegen zukünftig nicht nur mehr Verfahren der Kontrolle, sondern die Prüfverfahren dauern aufgrund von mehreren beteiligten Behörden auch länger.

### Take away

Während 2021 nach dem Corona-Schock des Vorjahres ein Jahr mit besonders vielen M&A-Transaktionen zu werden verspricht und nach dem Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle die kartellrechtliche Überprüfung von Transaktionen durch höhere Schwellenwerte gerade erst erheblich vereinfacht wurde, will die Bundesregierung ausländische Investitionen mithilfe investitionskontrollrechtlicher Instrumente noch kritischer unter die Lupe nehmen.

## Fokus Digital Markets Act

### Enemy at the Gates? EU-Kommission stellt Digital Markets Act vor

Die regulatorische Schlinge um „Big Tech“- und „Big Data“-Modelle zieht sich immer weiter zu. Am 15. Dezember hat die EU-Kommission ihre lang erwarteten Entwürfe für zwei Verordnungen präsentiert: den “Digital Services Act” (DSA) einerseits und den “Digital Markets Act” (DMA). Während der DSA vor allem auf die Inhalte und die Verantwortlichkeit von Online-Plattformen abzielt und einen „sichereren digitalen Raum“ schaffen will, soll der DMA vor allem die Förderung von Innovation, Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit in der Digitalwirtschaft erreichen.

Der DMA hat das Potenzial, die digitalen Märkte in Europa und darüber hinaus erheblich zu beeinflussen. Auch wenn der Großteil der führenden digitalen Player in den USA sitzt: Europa war schon in den letzten Jahren der entscheidende Schrittmacher und Vorbild für anderen Staaten bei der digitalen Regulierung.

#### 1. Ziele des Digital Markets Act

Der DMA soll das Marktverhalten großer Online-Plattformen regeln, die durch ihre überragende Stellung die Spielregeln des Marktes bestimmen und so als „**Gatekeeper**“ fungieren können. Dahinter steht die Sorge, dass solche „**Türsteher**“, die Kontrolle über ganze Plattform-Ökosysteme ausüben und so – gleichsam als Nadelöhr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – in der Lage sein können, den Wettbewerb zugunsten der von ihnen betriebenen Plattformen zu beschränken. Im Kern geht es also um klassische Kartellrechtsthemen wie Markzu-

trittsschranken, Nutzer- bzw. Kundenabhängigkeiten und die Kontrolle essentieller, hier nun digitaler, Infrastrukturen. Unfaire Verhaltensweisen in diesem Machtgefälle führen dann, so die Bedenken der Kommission, nicht nur zu ineffizienten Wettbewerbsmechanismen, sondern können schlimmstenfalls, begünstigt durch die auf Plattformen wirkenden Netzwerkeffekte, zum Kippen ganzer Märkte führen (*market tipping*).

In den letzten Jahren zeichnete sich dabei sowohl in Deutschland als auch in Europa die Meinung ab, dass derlei wettbewerbsschädliche Praktiken mit den bislang verfügbaren wettbewerbsrechtlichen Mechanismen nur unzureichend adressiert werden. Der DMA soll hier die Lösung liefern: Verfahren sollen **schneller und konzentrierter**, wettbewerblich kritisches Verhalten von Beginn an klar umrissen sein. Zu diesem Zweck bündelt er neue **Regulierungsbefugnisse** bei der EU-Kommission.

## 2. Ein neuer Normadressat: Der Gatekeeper

Nach Art. 2 DMA wird der „*Gatekeeper*“ Normadressat der neuen Regelungen. Damit führt die Kommission einen völlig neuen Rechtsbegriff in die europäischen Wettbewerbsregeln ein.

Bei den fraglichen Diensten muss es sich dabei um sogenannte Kernplattformdienste handeln. Hierunter fallen (jeweils online) **Vermittlungsdienste, Suchmaschinen, Dienste zur sozialen Vernetzung, Video-Sharing-Plattformdienste, nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, Betriebssysteme, Cloud-Computing-Dienste und Werbevermittler.**

Gatekeeper kann dabei nur sein, wer solche Dienste anbietet und zudem drei Zusatzvoraussetzungen (Art. 3 Abs. 1 DMA), für die jeweils **gesetzliche Vermutungen** anhand bestimmter **Schwellenwerte** vorgeschlagen werden (Art. 3 Abs. 2 DMA):

- **Binnenmarktrelevante Größe:** Eine solche Position wird vermutet, wenn das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren im EWR einen Jahresumsatz von min. **6,5 Mrd. EUR** erzielt hat oder wenn seine durchschnittliche Marktkapitalisierung oder der entsprechende Marktwert im letzten Geschäftsjahr min. **65 Mrd. EUR** betrug und es in mindestens drei Mitgliedstaaten einen zentralen Plattformdienst anbietet.
- **Starke Vermittlungsposition:** Der DMA-Entwurf sieht als Schwellenwerte für die gesetz-

liche Vermutung **45 Mio. monatlich aktive Endnutzer** mit Sitz oder Standort in der EU und **mehr als 10.000 jährlich aktive geschäftliche Nutzer** mit Sitz in der EU im letzten Geschäftsjahr vor.

- **Stabile Marktposition:** Drittens muss sich der Gatekeeper nachhaltig am Markt etabliert haben, was wiederum vermutet wird, wenn das Unternehmen in **jedem der letzten drei Geschäftsjahre** die beiden vorgenannten Kriterien erfüllt hat.

Soweit diese Schwellenwerte überschritten werden, ist davon auszugehen, dass das betreffende Unternehmen ein Gatekeeper ist. Allerdings bestehen einige Ausnahmen.

Nach den Regelungen des DMA veröffentlicht und aktualisiert die Kommission eine Liste der Gatekeeper sowie eine Liste der entsprechenden Kernplattformdienste. Gatekeeper sind verpflichtet, die Kommission innerhalb von drei Monaten nach Erreichen der Schwellenwerte zu benachrichtigen und dabei die Informationen vorzulegen, aus denen hervorgeht, dass bzw. warum die Schwellenwerte erfüllt sind (Art. 3 Abs. 3 DMA).

„*Nationale Champions*“, die sich mit ihren Plattformdiensten auf nur ein oder zwei Mitgliedstaaten fokussieren, erfüllen zwar nicht die Vermutung für einen „*Gatekeeper*“, können aber von der Kommission zu einem solchen bestimmt werden (auch wenn sich nur wenige Angebote finden werden, die nicht ohnehin grenzüberschreitend angeboten werden).

## 3. Dos and Don'ts

Einmal als Gatekeeper benannt, greifen zahlreiche Rechtspflichten. Ein Punkt betrifft dabei zunächst die **Fusionskontrolle**. In Art. 12 Abs. 1 DMA werden Gatekeeper verpflichtet, die Kommission zu **informieren**, soweit sie einen Zusammenschluss nach Maßgabe des Art. 3 FKVO planen, an dem andere Plattformanbieter aus dem Digitalsektor beteiligt sind – und zwar *unabhängig* davon, ob der Zusammenschluss nach den einschlägigen Fusionskontrollregelungen bei der Kommission oder einer nationalen Kartellbehörde anmeldepflichtig wäre. Das Einreichen einer förmlichen Fusionskontrollanmeldung ist nicht erforderlich und es gilt auch kein Vollzugsverbot.

Kern des Entwurfs sind allerdings **zahlreiche Ge- und Verbote**, die Gatekeeper bei der Erbringung ihrer **Kernplattformdienste** beachten müssen. Art. 5 und 6 DMA enthalten mehrere Verpflichtungen, die die Gatekeeper in-

nerhalb von sechs Monaten nach Aufnahme in die „Gatekeeper-Liste“ erfüllen müssen. Die Verpflichtungen sollen dabei jeweils nur für die jeweiligen Kernplattformdienste, nicht aber für andere Angebote eines Gatekeepers gelten. Nach jetzigem Stand träfen die „Do’s and Don’ts“ daher nur die oben erwähnten acht Dienstleistungstypen. Wesentliche Vorgaben für diese Dienste wären dann die folgenden:

- Verbot für Gatekeeper, (persönliche) Daten, die sie auf ihrer Kernplattform gesammelt haben, mit **Daten aus ihren anderen Diensten zu verbinden** oder Endnutzer bei diesen anderen Diensten zwangsanzumelden – es sei denn, der jeweilige Endnutzer willigt explizit darin ein.
- Gatekeeper können verpflichtet sein, die **Interoperabilität** ihrer Dienste zu gewährleisten.
- Information auf der Plattform **Werbetreiber**, sodass diese eine eigene, unabhängige Verifizierung ihrer vom Gatekeeper gehosteten Werbung durchführen können.
- Gatekeeper müssen ihren **gewerblichen Nutzern Zugang zu** denjenigen **Daten** gewähren, die durch deren Aktivitäten auf der Gatekeeper-Plattform generiert werden.
- Auch dürfen Gatekeeper ihre **Marktmacht nicht zu Lasten ihrer Kunden ausnutzen**. Insbesondere ist es verboten, die Nutzer daran zu hindern, **vorinstallierte Software und Apps** zu deinstallieren oder auf plattformfremde Dienste zuzugreifen. Weiter ist es Gatekeepern untersagt ihre **Plattformdaten für den Wettbewerb mit gewerblichen Nutzern auszunutzen**.

Insgesamt enthalten die Regelungen 18 verschiedene Tatbestandsvarianten, die Ge- und Verbote für Gatekeeper formulieren und zu einer umfassenden Verhaltenskontrolle führen sollen.

#### 4. Sanktionsmechanismen des DMA

Art. 7 DMA sieht vor, dass die Kommission in Bezug auf die in Art. 6 genannten Verpflichtungen innerhalb von sechs Monaten nach Einleitung eines Verfahrens **konkrete Maßnahmen festlegen** kann, die der betreffende Gatekeeper umzusetzen hat, wenn die von ihm bislang getroffenen Maßnahmen keine wirksame **Compliance** mit den DMA-Vorgaben gewährleisten. Bei systematischer Nichteinhaltung der DMA-Vorgaben kann die Kommission gemäß Art. 16 DMA (auf Basis einer Marktuntersuchung) neben verhaltens-

bezogenen auch **strukturelle Abhilfemaßnahmen** erlassen. Das heißt: Im Extremfall (*ultima ratio*) droht einem Gatekeeper hier die zumindest teilweise Zerschlagung. In dringenden Fällen, in denen die Gefahr eines ernststen und nicht wieder gutzumachenden Schadens für gewerbliche Nutzer oder Endnutzer dieser Dienste besteht, kann die Kommission zudem **einstweilige Maßnahmen anordnen**, wenn sie einen Verstoß gegen die in Art. 5 oder 6 DMA genannten Verhaltenspflichten *prima facie* feststellt.

Zudem ist es nach dem Vorbild der Datenschutzgrundverordnung möglich, **Geldbußen** von bis zu 10% sowie **Zwangsgelder** (*periodic penalty payments*) von bis zu 5% des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des betroffenen Gatekeepers verhängen.

Flankiert werden all diese Befugnisse dabei von der Möglichkeit, die Einhaltung des DMA durch Auskunftsverlangen (RFIs), Vernehmungen und Durchsuchungen zu überprüfen (Art. 19-21 DMA).

Neben den Mechanismen der behördlichen Rechtsdurchsetzung soll der DMA nach zudem auch Schadensersatzklagen derjenigen Nutzer ermöglichen, die durch die verbotenen Geschäftspraktiken geschädigt wurden (**Private Enforcement**).

Die Regeln der Art. 101 und 102 AEUV, der FKVO und ihrer mitgliedstaatlichen Gegenstücke bleiben parallel anwendbar. Als Gatekeeper designierte Unternehmen sehen sich also künftig in der Zange aus DMA und „klassischem“ Kartellrecht.

#### 5. Next Steps

Der DMA ist ein äußerst ambitioniertes Vorhaben, das in seiner Bedeutung kaum unterschätzt werden kann. Die Verordnung soll die Marktmacht großer Online-Plattformen dort eindämmen, wo das Kartellrecht – insbesondere das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV – bislang von einigen Stimmen als unzureichend empfunden wird.

Noch ist nicht abzusehen, in welchem Umfang die hier skizzierten Regelungen tatsächlich in Kraft treten. In der nächsten Phase wird der Entwurf im und zwischen dem Europäischen Parlament und dem Europäischen Rat abgestimmt. Diese Diskussion dürfte nicht zuletzt aufgrund der industriepolitischen und internationalen Bedeutung der Regelungen äußerst kontrovers ausfallen.

## Take away

Plattformbetreiber mit gewachsenen Marktpositionen werden sich auf strenge Sorgfalts- und Transparenzpflichten einstellen müssen, die über das jetzige EU-Kartellrecht teils weit hinausgehen. Alle Betreiber von durch den DMA erfassten Diensten werden daher in Zukunft gut daran tun, ihre Marktstellung und damit einhergehende Implikationen für den Wettbewerb noch genauer zu analysieren als bisher, um Rechtsverstößen nach dem neuen Gesetz und den damit verbundenen rigiden Sanktionen vorzubeugen.

## Fokus Digital

### Bundeskartellamt erlaubt die Gründung einer digitalen Gesundheitsplattform

Das Bundeskartellamt hat die geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Phoenix Group und den Apothekendienstleister Noventi fusionskontrollrechtlich am 21.12.2020 nach einer Prüfung in Phase-1 freigegeben.

Bei Phoenix handelt es sich um einen der bundesweit bedeutendsten Pharmagroßhändler. Noventi ist eine Tochtergesellschaft des Apothekenverbandes FSA e.V. und bietet Branchensoftware und Abrechnungsdienstleistungen für Apotheken und andere Leistungserbringer im Gesundheitswesen an.

Das Gemeinschaftsunternehmen soll eine umfassende digitale Plattform für Gesundheitsdienstleistungen und -produkte betreiben, die neben Kauf und Vorbestellung von rezeptpflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln bei der Apotheke mittelfristig auch weitere Funktionen wie z.B. Videosprechstunden mit einem Arzt ermöglichen soll.

Hintergrund ist, dass ab Januar 2022 die Nutzung des E-Rezepts bei der Verordnung von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln für Ärzte und Zahnärzte bei gesetzlich Versicherten verpflichtend wird. Versicherte können dann wählen, ob ihnen die für den Zugriff auf das E-Rezept erforderlichen Zugangsdaten durch einen Ausdruck in Papierform oder elektronisch bereitgestellt werden.

Das BKartA äußerte sich in seiner Pressemitteilung dazu, dass durch die Einführung des E-Rezepts im Bereich des Vertriebs von Arzneimitteln ein erheblicher Innovationsschub vorhersehbar sei. In dieser sensiblen Marktphase achte das BKartA darauf, dass die Märkte offenblieben und es nicht frühzeitig zu einseitigen Entwicklungen komme. Insbesondere ist es dem BKartA wichtig, dass die stationären Apotheken parallel an mehrere Plattformen angeschlossen sein könnten und zwischen verschiedenen Angeboten wechseln könnten. Nicht zuletzt soll es ihnen auch möglich sein, auf gemeinschaftlicher Basis eigene Plattformen zu betreiben.

Für eine abschließende kartellrechtliche Bewertung dieser und anderer Apotheken- und Gesundheitsplattformen war es nach Aussagen des BKartA noch zu früh, weil die zukünftige konkrete Ausgestaltung und der tatsächliche Betrieb der Plattformen noch offen ist. Allerdings begegnet der Umstand, dass die Leistungserbringer auf der Plattform, nämlich die Apotheken, über Noventi gemeinsam eine Plattform (mit-)betreiben, keinen kartellrechtlichen Bedenken. Die Erfahrungen mit Online-Marktplätzen in anderen Bereichen zeigten vielmehr, dass es zur Vermeidung von Abhängigkeiten sinnvoll sein kann, gerade auch den elektronischen Kontakt zum Kunden selbst in der Hand zu behalten.

## Take away

Die eher ungewöhnliche Pressemitteilung des BKartA zu einer Freigabe nach einer Phase 1 macht zweierlei deutlich. Zum einen ziehen digitale Ausgestaltungen leicht das (vertiefte) Interesse des BKartA auf sich. Zum anderen tritt das BKartA der Einrichtung von Online-Marktplätzen kartellrechtlich offen gegenüber, betont aber zugleich, wie wichtig ein freier Zugang zu und eine Wechselmöglichkeit zwischen diesen Plattformen ist.

## Fokus BREXIT

### ... and Brexit finally happened – Kartellrechtliche Doppelkontrolle durch UK und EU

Am Heiligabend wurde – nach zähem Ringen – der Entwurf des „Handels- und Kooperationsabkommens“ zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich veröffentlicht. Der gefürchtete „Hard Brexit“ konnte hierdurch in letzter Minute vermieden werden. Das Dokument selbst hat für die kartellrechtliche Praxis zunächst wenig Auswirkung, denn spezifische Regelungen zum Kartellrecht sind kaum enthalten. Im Wesentlichen haben sich die Parteien lediglich darauf geeinigt, dass es auch künftig Mindeststandards für (1) das Verbot von Kartellen und anderen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen im Verhältnis mehrerer Unternehmen, (2) Bestimmungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie (3) Fusionskontrolle geben soll. Auch soll jeder dieser Bereiche weiterhin von operativ unabhängigen Behörden durchgesetzt werden.

Angesichts der bloßen „high-level“-Bestimmungen im Handels- und Kooperationsabkommen bleiben die spezifischen Bestimmungen, die bereits im Austrittsabkommen von Oktober 2019 enthalten waren, weiterhin gültig. Der Kern dieser Entwicklung ist aber: Sowohl das Vereinigte Königreich als auch die EU dürfen das Kartellrecht nun unterschiedlich auslegen und durchsetzen.

Zwar werden solche Abweichungen nicht von heute auf morgen auftreten – zumal das Vereinigte Königreich die Substanz der EU-Verordnungen und -Richtlinien aus der Zeit vor dem Brexit (einschließlich z.B. der materiellen Bewertungsmaßstäbe in der Fusionskontrolle) noch einige Jahre lang anwenden wird. Der prozessuale Gleichlauf zwischen den beiden Jurisdiktionen ist jedoch seit Januar 2021 beendet.

Das bedeutet: Es kann und wird zu parallelen Kartelluntersuchungen, und Fusionskontrollverfahren kommen – mit der nicht unwahrscheinlichen Aussicht auf abweichende Resultate. Diese können sich sowohl in Bezug darauf ergeben, ob die Behörden für ein bestimmtes Vorhaben den Daumen insgesamt heben oder senken als auch in Bezug auf die Frage nach geeigneten Abhilfemaßnahmen, um wettbewerbsrechtliche Bedenken zu zerstreuen. Auch kann sich nun

die Situation ergeben, dass Kronzeugenanträge möglicherweise sowohl in London als auch in Brüssel gestellt werden müssen. Daher gilt: Ob Kartelle oder Fusionskontrolle – wo es bisher den einen „One-Stop-Shop“ gab, müssen Unternehmen nun eher zweimal auf die Bremse treten. Zwar verpflichtet das Handels- und Kooperationsabkommen beide Parteien zu einer kontinuierlichen Zusammenarbeit in Wettbewerbsangelegenheiten, die Ausgestaltung der Details bleibt aber einem späteren separaten Abkommen vorbehalten, dessen Konturen derzeit noch unbestimmt sind.

### Take away

Generell müssen international tätige Unternehmen nun damit rechnen, deutlich häufiger als bisher mit der britischen Kartellbehörde CMA zu tun zu haben. Für viele wird dies eine echte „Premiere“ sein, insbesondere in Fusionskontrollangelegenheiten (wo die CMA seit dem Brexit-Referendum deutlich mehr Verfolgungseifer an den Tag legt als früher). Unternehmen sind daher gut beraten, kartellrechtlich potentiell relevante Themen proaktiv und so früh wie möglich in beiden Jurisdiktionen aufzuarbeiten, z.B. um zu klären, inwieweit sich die behördliche (Verfolgungs-) Praxis bei bestimmten Aktivitäten unterscheidet und wie mögliche Parallelverfahren (z.B. im Bereich der Fusionskontrolle) bestmöglich aufeinander abgestimmt werden. Dies wird regelmäßig die Beiziehung spezialisierter Kartellrechtsanwälte sowohl in der EU als auch in UK erfordern.

# 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](#)

“Hogan Lovells” oder die “Sozietät” ist eine internationale Anwaltssozietät, zu der Hogan Lovells International LLP und Hogan Lovells US LLP und ihnen nahestehende Gesellschaften gehören. Abbildungen von Personen zeigen aktuelle oder ehemalige Anwälte und Mitarbeiter von Hogan Lovells oder Models, die nicht mit der Sozietät in Verbindung stehen. [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)