



Building a better
working world

Antitrust Newsletter

Ausgabe 11 | 2. Quartal 2023

Aktuelles zum Kartell- und
Wettbewerbsrecht sowie zur
außenwirtschaftsrechtlichen
Investitionskontrolle

Antitrust Newsletter

Editorial	3
Europäische Kommission veröffentlicht Horizontalpaket	4
2023 Merger Simplification Package: Europäische Kommission vereinfacht Verfahren der EU-Fusionskontrolle	8
Die Foreign Subsidies Regulation - Vorbereitungen auf große Transaktionen	10
Der aktuelle Stand zur 11. GWB-Novelle	14
Bundeskartellamt: Apple ist Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung	18
EY Law International Desks	20
Unsere Beratungspraxis im Überblick	21
Ihre Ansprechpartner für Kartellrecht bei EY Law	22

1

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

ich freue mich, Ihnen nun unseren neuen Antitrust-Newsletter vorstellen zu dürfen. Wie gewohnt gehen wir wieder auf aktuelle Entwicklungen in den Bereichen Kartell- und Fusionskontrollrecht sowie in der Investitionskontrolle ein. Zu nennen sind hier die im Gesetzgebungsprozess befindliche 11. GWB-Novelle und die am 2. Juni 2023 veröffentlichten neuen horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschung und Entwicklung und Spezialisierungsvereinbarungen sowie entsprechende Leitlinien. Wir gehen ferner auf das Merger Simplification Package der Europäischen Kommission ein, mit dem Verfahren der EU-Fusionskontrolle vereinfacht werden sollen, und berichten zur kürzlich ergangenen Entscheidung des Bundeskartellamtes gegen Apple.

Als bedeutsamer neuer Rechtsbereich hinzugekommen ist die EU Foreign Subsidies Regulation, die ab 12. Juli 2023 unter anderem für M&A-Transaktionen ein weiteres unbedingt zu beachtendes Fusionskontrollregime (neben der klassischen Fusionskontrolle und der Investitionskontrolle) einführt. Da hier noch einiges unklar ist, Unternehmen sich aber gleichwohl unbedingt vorbereiten sollten, gehen wir in diesem Newsletter auf die jüngsten Entwicklungen ein und werden auch zukünftig zu wesentlichen Entwicklungen in diesem Rechtsbereich berichten.

Ich wünsche Ihnen im Namen des gesamten Antitrust-Teams von EY Law viel Spaß bei der Lektüre.

Ihr

Hubertus Kleene



Hubertus Kleene

Rechtsanwalt | Partner

Hannover | Düsseldorf

Telefon +49 511 8508 16697

Mobil +49 160 939 16697

hubertus.kleene@de.ey.com

2

Europäische Kommission veröffentlicht Horizontalpaket

Einleitung

Nach dreijährigen Konsultationen hat die Europäische Kommission am 2. Juni 2023 die neuen horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschung und Entwicklung (FuE) und Spezialisierungsvereinbarungen sowie entsprechende Leitlinien veröffentlicht. Die überarbeiteten Gruppenfreistellungsverordnungen treten am 1. Juli 2023 in Kraft, die Horizontalleitlinien nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU, die ebenfalls für Juli erwartet wird. Die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen sollen dann zwölf Jahre lang gelten. Die bisherigen Verordnungen aus dem Jahr 2010 werden zwar dadurch abgelöst, allerdings sind Vereinbarungen, die die Voraussetzungen einer der früheren Gruppenfreistellungsverordnungen erfüllen, für eine Übergangszeit von zwei Jahren weiterhin freigestellt.

Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Fokus

Bei der Überarbeitung ging es u. a. um die Herausforderungen der Digitalisierung und darum, wie Unternehmen Daten austauschen und bei neu entstehenden Bemühungen im Bereich Forschung und Entwicklung so zusammenarbeiten können, dass Innovationen nicht behindert werden. Besonders im Fokus der Beratungen stand jedoch das Thema Nachhaltigkeit. Die Europäische Kommission setzte sich intensiv damit auseinander, wie die horizontalen Regeln der Europäischen Union auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen anzuwenden sind. Behörden und Unternehmen stehen dabei gemeinsam vor der besonderen Herausforderung sicherzustellen, dass das Wettbewerbsrecht die legitimen Bemühungen zur Bekämpfung des Klimawandels nicht behindert.

Schon bisher sah der Entwurf der Leitlinien vor, dass gewisse Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht vom Kartellverbot in Art. 101 AEUV erfasst werden. Als Beispiele wurden die Einrichtung einer Datenbank zu nachhaltigen Anbietern, branchenweite Sensibilisierungskampagnen oder die gemeinsame Verpflichtung von Unternehmen zu einem bestimmten, ausschließlich unternehmensinternen umweltbewussten Verhalten (etwa der Verzicht auf Einwegplastik in den eigenen Geschäftsräumen) genannt. Die nun veröffentlichten Leitlinien nennen zusätzlich das neue Beispiel, dass Unternehmen sich gemeinsam verpflichten können, konkrete Vorgaben und Verbote aus internationalen Verträgen, Vereinbarungen oder Konventionen einzuhalten, auch wenn diese nicht von dem jeweiligen Unterzeichnerstaat umgesetzt wurden oder durchgesetzt werden.

Damit eröffnet sich für Unternehmen die Möglichkeit, die Herstellung oder Einfuhr von Produkten in die EU, die diesen Vorgaben zuwiderlaufen, zu verhindern, einzuschränken oder zu unterbinden. In den Leitlinien wird explizit darauf hingewiesen, dass solche Vereinbarungen eine geeignete Maßnahme sein können, um Unternehmen in die Lage zu versetzen, ihre Sorgfaltspflichten im Bereich der Nachhaltigkeit nach nationalem oder EU-Recht (wie die Einhaltung der sozialen Grundrechte oder das Verbot von Kinderarbeit, bestimmter Arten von Tropenholz oder Schadstoffen) zu erfüllen. Dies kann auch Teil umfassenderer Industriekooperationen sein, um nachteilige Auswirkungen in ihren Wertschöpfungsketten oder in ihrer Branche zu ermitteln, abzumildern und zu verhindern. Dies ist insbesondere für die vielen Unternehmen interessant, die sich zurzeit mit der Umsetzung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes beschäftigen.





Unterfällt die Nachhaltigkeitsvereinbarung jedoch dem Anwendungsbereich des Kartellverbots, stellt sich die besonders intensiv diskutierte Frage, unter welchen Bedingungen Nachhaltigkeitsvorteile als wettbewerbsrechtlicher Effizienzvorteil betrachtet werden können, der eine Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen kann. Das soll etwa der Fall sein, wenn Verbraucher unmittelbar, beispielsweise durch Qualitätsverbesserungen, profitieren oder sie den positiven Auswirkungen nachhaltiger Produkte einen Wert etwa durch eine höhere Zahlungsbereitschaft beimessen. Daneben akzeptiert die Europäische Kommission in den überarbeiteten Leitlinien kollektive Effizienzgewinne außerhalb des Marktes jedoch nur in dem Maße, wie sie den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen, d. h., diejenigen, die durch eine Vereinbarung benachteiligt werden, sollten auch diejenigen sein, die davon profitieren. Soweit etwa unter Berufung auf die entsprechenden Leitlinien der niederländischen Kartellbehörde Forderungen erhoben wurden, auf einen solch unmittelbaren Ausgleich als Voraussetzung für eine Freistellung zu verzich-

ten, wurden diese enttäuscht. Die Europäische Kommission führt ihre fehlende Erfahrung bei der Durchsetzung von Vorschriften in diesem Bereich zusammen mit ihrer Auslegung der einschlägigen Rechtsprechung als Grund für ihre zurückhaltende Haltung an. Beispielsweise profitieren bei einer Vereinbarung zur Verwendung nachhaltiger Baumwolle in der Regel die Käufer der so hergestellten Kleidung nicht unmittelbar, da durch die Vereinbarung zwar die Bedingungen in den Anbaugeländen verbessert werden könnten, hiervon aber vorrangig die Menschen vor Ort profitieren. Soweit damit keine unmittelbaren Vorteile etwa mit Blick auf die Qualität der Textilien einhergehen, müssten die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen für eine Freistellung den Nachweis erbringen, dass die Käufer den Nachhaltigkeitsvorteil so hoch wertschätzen, dass sie insbesondere bereit sind, einen höheren Preis zu zahlen. Dieses Beispiel verdeutlicht bereits, dass aus kartellrechtlicher Sicht selbst bei der Vereinbarung grundsätzlich erstrebenswerten Handelns im Sinne der Nachhaltigkeit weiterhin Vorsicht geboten ist. ▶

Umstrukturierung des Kapitels zum Informationsaustausch

Ein weiterer Teil der Überarbeitung, der hier hervorgehoben werden soll, betrifft das Kapitel zum Informationsaustausch in den Leitlinien, das umfassend umstrukturiert, an die Digitalisierung angepasst und für viele verschiedene Arten der gemeinsamen Nutzung von Daten erweitert wurde. Dies soll der häufig kritisierten fehlenden Rechtssicherheit in diesem Bereich Rechnung tragen und neue Entwicklungen in Bezug auf Benchmarking, Datenpooling und Datenaustausch sowie andere neue Formen der Zusammenarbeit besser abdecken. Das Hauptziel besteht aber darin, die Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs klarer abzubilden. Eine grundlegende Änderung der Bewertung ist somit nicht mit der Überarbeitung intendiert. Dementsprechend werden in den Leitlinien weiterhin potenzielle Effizienzgewinne durch einen Informationsaustausch und das Risiko von Kollusion und Abschottung gleichermaßen betont.

Durch die klareren und umfassenderen Erläuterungen bieten die überarbeiteten Leitlinien im Vergleich zu der Fassung von 2011 einen echten Mehrwert. Ein Beispiel ist der Abschnitt mit Maßnahmen, die Unternehmen und Verbände ergreifen können, um das Risiko von Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht zu minimieren. Dazu gehören beispielsweise die Beschränkung des Umfangs des Informationsaustauschs, der Einsatz von „Clean Teams“ oder unabhängigen „Trustees“ sowie die öffentliche Distanzierung. Zusätzlich sollen die Selbsteinschätzungsfähigkeiten zur Zulässigkeit eines Informationsaustauschs verbessert werden, indem die Leitlinien eine Reihe praktischer Beispiele enthalten und wesentliche Schritte für eine Risikoabschätzung tabellarisch wie auch grafisch darstellen.



Dr. Alexander Aumüller, MLE

Rechtsanwalt

Ernst & Young Law GmbH | Hannover

Telefon +49 511 8508 16687

alexander.aumueller@de.ey.com

Weitere Neuerung des Horizontalpakets

Daneben wurde mit der Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen deren Anwendungsbereich auf weitere Produktionsvereinbarungen zwischen mehr als zwei Parteien erweitert und die Berechnung der Marktanteile flexibilisiert. Zusätzlich wurden spezielle Leitlinien für deren Anwendung erlassen.

In der FuE-Gruppenfreistellung lag der Fokus der Überarbeitung auf einem stärkeren Schutz des Innovationswettbewerbs. So wird in den Erwägungsgründen der Verordnung und dem entsprechenden Kapitel der Horizontalleitlinien klargestellt, dass die Parteien einer FuE-Vereinbarung, die nicht auf bestehenden Produkt- oder Technologiemarkten miteinander konkurrieren, dennoch Wettbewerber im Bereich der Innovation sein können.

Des Weiteren werden in den Leitlinien die Befugnisse der Europäischen Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden erläutert, den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnungen in Einzelfällen zu entziehen, wenn sie feststellen, dass die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt sind, etwa wenn eine FuE-Vereinbarung den Innovationswettbewerb erheblich einschränken würde.

Schließlich enthalten die Horizontalleitlinien einen neu eingefügten Abschnitt zu Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen. Darüber hinaus wurden die Kapitel über den gemeinsamen Einkauf und die gemeinsame Vermarktung aktualisiert und um spezifische Erläuterungen zu Bieterkonsortien mit entsprechenden Beispielen ergänzt. Außerdem wurden weitere Anpassungen zu Normenvereinbarungen und Standardbedingungen vorgenommen.

Bei sämtlichen Überarbeitungen wurden kleine und mittlere Unternehmen zudem besonders berücksichtigt, indem spezielle Verweise aufgenommen wurden, um ihnen nützliche Orientierungshilfen für die Selbsteinschätzung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit wie etwa über die gemeinsame FuE, Produktion, Vermarktung oder den Einkauf zu geben.



Fazit

Die Europäische Kommission hat mit dem Horizontalpaket nach der Überarbeitung der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und den entsprechenden Leitlinien im letzten Jahr den zweiten großen Schritt zur Erneuerung der kartellrechtlichen Vorschriften gemacht. Die zusätzlichen Erläuterungen zu Themen wie Nachhaltigkeitsvereinbarungen und Austausch von Informationen werden die Rechtssicherheit für viele Unternehmen in Zukunft erhöhen. Gleichzeitig stellen sich neue Fragen, die nun von der Praxis beantwortet werden müssen.

3

2023 Merger Simplification Package: Europäische Kommission vereinfacht Verfahren der EU-Fusionskontrolle

Einleitung

Am 20. April 2023 hat die Europäische Kommission ein neues Regelungspaket veröffentlicht, mit dem die Verfahren zur Prüfung von Zusammenschlüssen nach der EU-Fusionskontrollverordnung vereinfacht werden sollen. Davon umfasst sind eine Überarbeitung der Durchführungsverordnung zur Fusionskontrollverordnung („Durchführungsverordnung“), eine Bekanntmachung über ein vereinfachtes Verfahren („Bekanntmachung“) und eine Mitteilung zur Übermittlung von Unterlagen. Die neuen Regelungen gelten ab 1. September 2023. Ziel ist die Reduzierung von Aufwand und Kosten im Zusammenhang mit der Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben bei der Kommission.



Wesentliche Änderungen im Überblick

Erweiterter Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens

Mit der Bekanntmachung werden zwei neue Konstellationen eingeführt, die zukünftig vom vereinfachten Verfahren profitieren sollen. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen nach allen plausiblen Marktdefinitionen

- ▶ der individuelle und der gemeinsame Marktanteil der an dem Zusammenschluss Beteiligten auf dem vorgelagerten Markt unter 30 Prozent liegt und die Unternehmen zusammen weniger als 30 Prozent der Vorleistungen auf dem vorgelagerten Markt beziehen;
- ▶ der individuelle und der gemeinsame Marktanteil der an dem Zusammenschluss Beteiligten sowohl auf dem vor- als auch auf dem nachgelagerten Markt unter 50 Prozent bleibt, der Marktkonzentrationsindex („HHI-Delta“) unter 150 Prozent liegt und das gemessen am Marktanteil kleinste Unternehmen auf dem vor- und dem nachgelagerten Markt dasselbe ist.

Auf Antrag soll die Europäische Kommission das vereinfachte Verfahren zudem auch auf weitere Zusammenschlussvorhaben anwenden können. Diese sog. Flexibilitätsklausel kann in den folgenden Fällen greifen:

- ▶ bei horizontalen Überschneidungen, wenn der gemeinsame Marktanteil der an dem Zusammenschluss Beteiligten 20 bis 25 Prozent beträgt
- ▶ bei vertikalen Beziehungen, wenn die Marktanteile der Beteiligten auf dem vor- und dem nachgelagerten Markt 30 bis 35 Prozent betragen
- ▶ bei vertikalen Beziehungen, wenn der individuelle und der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten auf einem Markt höchstens 50 Prozent und auf dem anderen vertikal verbundenen Markt weniger als 10 Prozent beträgt
- ▶ bei Gemeinschaftsunternehmen mit einem Umsatz und Vermögenswerten von 100 bis 150 Mio. Euro im EWR

Insoweit unverändert behält sich die Kommission die Möglichkeit vor, in bestimmten Fällen, für die grundsätzlich das vereinfachte Verfahren infrage käme, auf das Standardverfahren zurückzugreifen. Durch eine (nicht abschließende) Liste von

Autorin

Johanna Battmer

Rechtsanwältin | Manager

Ernst & Young Law GmbH | Hannover

Telefon +49 511 8508 16690

johanna.battmer@de.ey.com

Beispielen konkretisiert die Bekanntmachung jedoch die Umstände, unter denen das möglich sein soll, z. B. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der relevanten Märkte.

Straffung der Prüfverfahren und elektronische Übermittlung von Unterlagen

Zur Vereinfachung der Prüfverfahren wird als Annex zur Durchführungsverordnung für das vereinfachte Verfahren beispielsweise ein neues Anmeldeformular (vereinfachtes Formular CO) eingeführt. Dieses enthält neben Multiple-Choice-Fragen und Tabellen auch gestraffte Fragen zur Zuständigkeit und zum Sachverhalt. Hervorzuheben ist zudem die Möglichkeit, dass bestimmte Zusammenschlüsse zukünftig nach einem „stark vereinfachten“ Verfahren geprüft werden können. Dieses hat den Vorteil, dass ohne Vorabkontakt mit der Kommission unmittelbar angemeldet werden kann. Dies könnte in der Praxis spürbar verkürzte Verfahren bedeuten.

Auch Prüfungen nach dem Standardverfahren sollen durch ein neues Anmeldeformular (Formular CO) vereinfacht werden. Einige der bisher erforderlichen Angaben entfallen damit. Nicht unerwähnt soll aber bleiben, dass gleichzeitig auch neue Informationserfordernisse hinzugefügt wurden, z. B. zu Pipeline-Produkten.

Zur Optimierung der Übermittlung von Unterlagen sollen Anmeldungen zukünftig grundsätzlich elektronisch erfolgen.

Fazit und Ausblick

Die Komplexität von Unternehmenstransaktionen hat in den letzten Jahren stetig zugenommen. Neben fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflichten können länderspezifische investitionskontrollrechtliche Meldepflichten bestehen. Ab Juli 2023 sind zudem die Regelungen der Foreign Subsidies Regulation zu berücksichtigen.

Vereinfachungen der EU-Fusionskontrollverfahren sind vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Besonders hervorzuheben sind dabei der teilweise Verzicht auf die Pränotifizierung und die Erweiterung der Fälle, in denen das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommen kann. Ob die neuen Regelungen tatsächlich geeignet sind, um den Verwaltungsaufwand und die Verfahrensdauer (weiter) spürbar zu reduzieren, wird aber



auch davon abhängen, wie die jeweiligen Case Teams diese in der Praxis handhaben. Die Vereinfachung der EU-Fusionskontrollverfahren ist jedenfalls keine neue Idee. Bereits im Jahr 2013 hat die Europäische Kommission ein erstes „Merger Simplification Package“ geschnürt, das dazu führte, dass mehr unproblematische Zusammenschlussvorhaben nach dem vereinfachten Verfahren geprüft werden konnten.

4

Die Foreign Subsidies Regulation - Vorbereitungen auf große Transaktionen

Einleitung

Die Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (Foreign Subsidies Regulation, kurz FSR) gilt ab dem 12. Juli 2023. Mögliche Anmeldepflichten zur Europäischen Kommission („Kommission“) für Transaktionen, die bestimmte Schwellenwerte erfüllen, gelten ab 12. Oktober 2023.

Zur Erinnerung: Anmeldepflichtig vor Vollzug sind nach der FSR solche Zusammenschlüsse, bei denen entweder

- ▶ eine Fusion von bisher unabhängigen Unternehmen/Unternehmensteilen vorliegt,
- ▶ ein Unternehmen die Kontrolle über ein anderes Unternehmen/Unternehmensteile erwirbt oder
- ▶ ein sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gegründet wird und
- ▶ entweder eines der fusionierenden Unternehmen, das erworbene Unternehmen oder das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, in der EU niedergelassen ist und dort im vorangegangenen Geschäftsjahr einen Gesamtumsatz von mindestens 500 Mio. Euro erzielt hat und
- ▶ alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor Vertragsschluss von Drittstaaten finanzielle Zuwendungen von insgesamt mehr als 50 Mio. Euro erhalten haben.

Außerdem kann die Kommission - auch hieran sei erinnert - vor Vollzug einer Unternehmenstransaktion eine Anmeldung auch solcher Transaktionen verlangen, bei der die vorgenannten Schwellenwerte nicht erfüllt sind. Ausreichend hierfür ist letztlich die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen drittstaatliche Subventionen erhalten haben könnten.

Die Kommission hat mittlerweile die Zeit vor dem Geltungsanspruch der FSR genutzt, um eine Implementierungsverordnung für die FSR (Implementing Regulation, kurz IR) zu entwerfen, die nach einem Konsultationsprozess noch vor dem 12. Juli 2023 veröffentlicht werden soll.

Nachfolgend gehen wir kurz auf die IR und einige Klarstellungen zur FSR ein, die die Kommission mittlerweile vorgenommen hat.





Die Implementierungsverordnung (IR)

Die IR legt unter anderem Details zu den vorgenannten Anmeldungen von M&A-Transaktionen zur Kommission fest.

Speziell in Anhang 1 der IR werden diejenigen Informationen im Detail nach Abschnitten und Unterabschnitten aufgelistet, die die Parteien eines Zusammenschlusses in ihrer Anmeldung darlegen müssen. Dabei erfolgt eine generelle Differenzierung nach

- ▶ grundlegenden Informationen, die grundsätzlich für die Beurteilung aller Zusammenschlüsse erforderlich sind,
- ▶ Informationen über die von Drittstaaten erhaltenen finanziellen Zuwendungen,
- ▶ Informationen, anhand derer beurteilt werden kann, ob die vorgenannten finanziellen Zuwendungen eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt herbeiführen können,
- ▶ Informationen über mögliche positive Auswirkungen einer drittstaatlichen Subvention und
- ▶ unterstützenden Anlagen.

Auffällig ist, dass viele Informationen mit denjenigen vergleichbar sind, die auch für eine fusionskontrollrechtliche Anmeldung zur Kommission zur Verfügung gestellt werden müssen. Dazu kommen nun aber detaillierte Angaben zu von Drittstaaten in den letzten drei Jahren erhaltenen finanziellen Zuwendungen. Diese müssen für alle Parteien in einer dafür vorgesehenen Vorlage aufgeführt werden. Dabei sind unter anderem der Zusammenhang mit der Transaktion, die Art der finanziellen Zuwendung, die genaue Identität der gewährenden Entität, der Zweck der Zuwendung, mit der Gewährung einhergehende Bedingungen und Vorteile etc. zu erläutern. Auch die finanzielle Situation des Unternehmens, das die Zuwendung erhalten hat, muss beleuchtet werden, ebenso wie die Auswirkungen der Zuwendungen auf die Wettbewerbsposition der betreffenden Unternehmen.

Einmal abgesehen von der grundsätzlichen Schwierigkeit, finanzielle Zuwendungen zu identifizieren, können diese also nicht einfach nur aufgelistet werden, sondern müssen unter verschiedenen Gesichtspunkten in der Anmeldung bewertet und kategorisiert werden. Dies ist eine Arbeit, mit der sich Unternehmen, die absehbar mit Verfahren nach der FSR konfrontiert sein werden, schon jetzt beschäftigen sollten. ▶

Dr. Nils Gildhoff, LL.M.

Rechtsanwalt | Director

Ernst & Young Law GmbH | Hamburg

Telefon +49 40 36132 13190

[nils.gildhoff@de.ey.com](mailto:nilsgildhoff@de.ey.com)

Die in Anhang 1 genannten Informationen, die es vorzulegen gilt, können auch Unterlagen wie den Due Diligence-Report umfassen, was exemplarisch unterstreicht, dass etwa in solchen Reports hervorgehobene mögliche Kartellrechtsverstöße der Zielgesellschaft so auch der Kommission zur Kenntnis gelangen können.

Schließlich müssen Angaben zu fusions- und investitionskontrollrechtlichen Verfahren gemacht werden, was noch einmal die neue regulatorische Realität von M&A-Transaktionen und deren Interdependenzen hervorhebt.

Die Informationen über mögliche positive Auswirkungen einer drittstaatlichen Subvention müssen nicht vorgelegt werden, können aber von vornherein hilfreich sein. Es versteht sich von selbst, dass die Kommission nach weiteren Informationen fragen kann.

Sollten bestimmte Informationen aufgrund außergewöhnlicher Umstände (etwa in einem Bieterverfahren) nicht vorliegen, können die Parteien bei der Kommission beantragen, von einer entsprechenden Vorlagepflicht befreit zu werden. Auch im Übrigen können die Parteien beantragen, von der Vorlagepflicht bezüglich bestimmter Informationen befreit zu werden, wenn diese für eine Prüfung der Transaktion nicht erforderlich sind (was von der Kommission entschieden wird).

Die Bedeutung des - freiwilligen - Vorverfahrens ergibt sich bereits daraus, dass dieses die Möglichkeit eröffnet, mit der Kommission zu einem frühen Zeitpunkt zu erörtern, welche Informationen tatsächlich vorgelegt werden müssen, um eine vollständige Anmeldung einreichen zu können. Hier können auch bereits Anträge auf Befreiung (sog. waiver requests) für bestimmte Informationsvorlagepflichten gestellt werden. Diese Anträge sollten im Entwurf der Anmeldung enthalten sein und entsprechend begründet werden, erfordern also durchaus ein gewisses Maß an Vorbereitung. Die Kommission kann im Laufe des Verfahrens allerdings doch nach Informationen fragen, von deren Vorlage man zunächst befreit wurde.

Die Kommission kann zwar auf der Grundlage eines schriftlichen Antrags von der Vorlagepflicht bezüglich einzelner Informationen absehen, Unternehmen sollten für solche Verfahren allerdings darauf vorbereitet sein, alle erforderlichen Informationen kurzfristig zur Verfügung stellen zu können. Ansonsten könnte sich das (Vor-)Verfahren - auch durch eine

Aussetzung etwaiger Fristen - sehr lange hinziehen und die Transaktionssicherheit damit infrage stellen.

Die Anmeldung von Zusammenschlüssen erfolgt im Regelfall auf digitalem Weg.

Klarstellungen der Kommission

Die Kommission hat mittlerweile unter anderem klargestellt, dass auch solche Transaktionen nach der FSR anmeldepflichtig sind, die ab 12. Juli 2023 vereinbart, am 12. Oktober 2023 aber noch nicht vollzogen worden sind. Daraus könnte man im Umkehrschluss folgern, dass Transaktionen, die vor dem 12. Juli 2023 vereinbart worden sind, nicht einer Anmeldepflicht nach der FSR unterfallen können; dies ist aber unklar. Allein der Vollzug vor dem 12. Oktober 2023 würde eine Anmeldepflicht nach der FSR ausschließen - so die Kommission.

Umsatz, der mit dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen an einen Drittstaat erzielt wurde, ist grundsätzlich als relevante finanzielle Zuwendung durch diesen Drittstaat zu werten - auch wenn dabei Marktpreise erzielt worden sind. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für steuerliche Ausnahmeregelungen.

Praxishinweis

Die FSR stellt neben dem etablierten Fusionskontrollrecht und dem ebenfalls immer wichtiger werdenden Investitionskontrollrecht (FDI) eine dritte wesentliche Hürde für M&A-Transaktionen dar, für die noch erhebliche Unsicherheit besteht. Umso wichtiger ist es, dass sich Unternehmen, die absehbar an großen M&A-Transaktionen beteiligt sein werden, so früh wie möglich darum bemühen, erhaltene finanzielle Zuwendungen von Drittstaaten fortlaufend zu identifizieren und nach den Vorgaben der FSR und der IR zu kategorisieren. Dies wird die Reaktionsgeschwindigkeit bei möglichen Verfahren nach der FSR erheblich erhöhen und auch Klarheit darüber schaffen, ob die Schwellenwerte der FSR im Einzelfall überhaupt erfüllt werden.



5

Der aktuelle Stand zur 11. GWB-Novelle

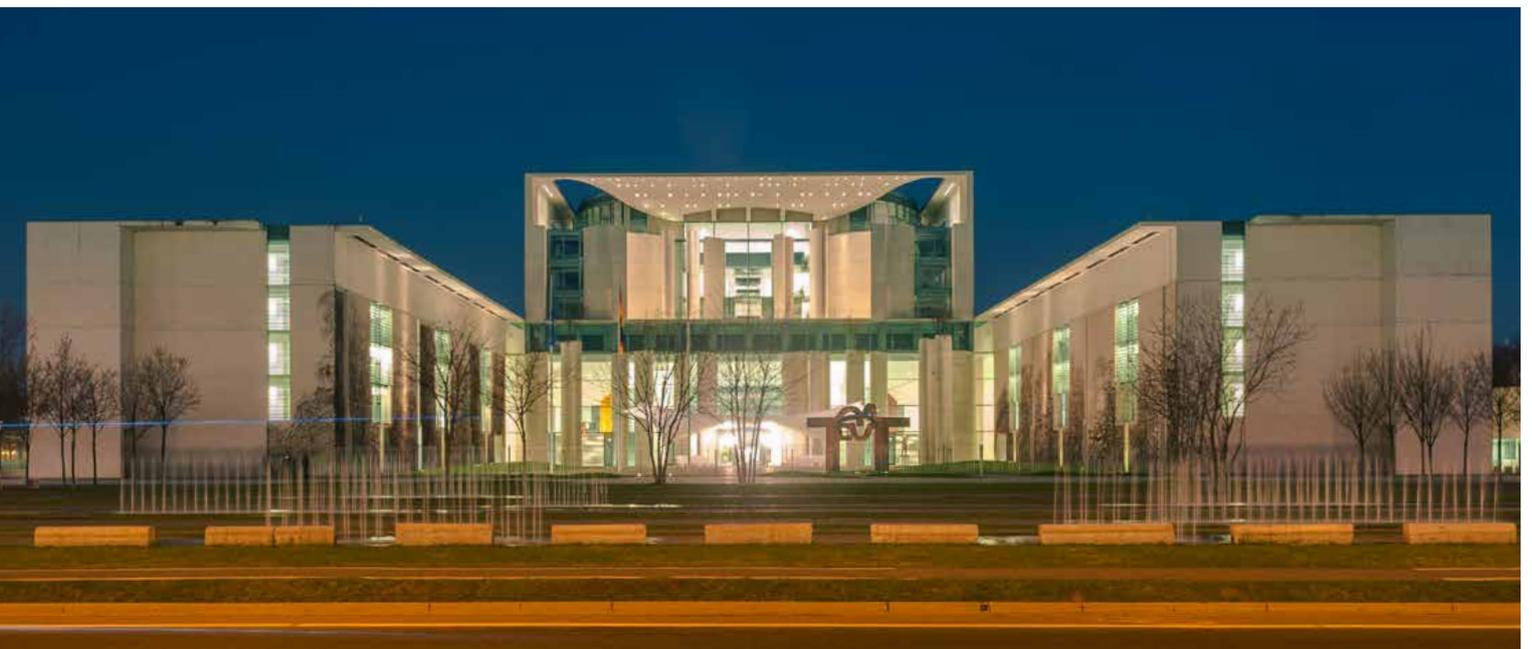
Einleitung

Am 5. April 2023 hat das Bundeskabinett die 11. GWB-Novelle (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz) beschlossen. Der Regierungsentwurf (Reg-E; [hier abrufbar](#)) enthält verschiedene Änderungen gegenüber dem am 20. September 2022 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vorgelegten Referentenentwurf. Im Folgenden wird lediglich auf die geplanten Änderungen bei der Vorteilsabschöpfung, bei der Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA, EU-Verordnung 2022/1925) und insbesondere die neuen Eingriffsbefugnisse für das Bundeskartellamt im Nachgang zu einer Sektoruntersuchung eingegangen.

Im Bereich der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB soll mit der Neuregelung nach dem Reg-E ein von der Bundesregierung wahrgenommenes Defizit der geltenden Rechtslage beseitigt werden. Vorteile, die Unternehmen durch Kartellrechtsverstöße erzielt haben, sollen künftig einfacher und effektiver abgeschöpft werden. Kartellrechtlichen Schadensersatz einzuklagen sei in Deutschland weiterhin schwierig. Und wenn von den - unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern - erfolgreich Schadensersatz geltend gemacht würde, bedeute das nicht immer, dass die Endverbraucher entschädigt würden. Eine Vorteilsabschöpfung nach dem geltenden § 34 GWB findet bisher nicht statt. Wo weder Schadensersatz noch Vorteilsabschöpfung effektiv funktionierten, verblieben

die vermeintlichen Gewinne bei den Unternehmen, die den Verstoß gegen kartellrechtliche Normen begangen hätten. Die Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt soll daher durch Einfügung zweier Vermutungen gestärkt werden: Erstens soll künftig vermutet werden, dass ein Verstoß gegen die zentralen Normen des deutschen Kartellrechts oder desjenigen der EU einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat (§ 34 Abs. 4 Satz 1 GWB Reg-E); zweitens soll vermutet werden, dass dieser wirtschaftliche Vorteil mindestens 1 Prozent der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen erzielt wurden, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen (§ 34 Abs. 4 Satz 3 GWB Reg-E). In den Stellungnahmen der Wissenschaft und der Anwaltschaft zu der geplanten Neuregelung wird bezweifelt, ob eine Widerlegung dieser Vermutungen faktisch überhaupt gelingen kann.

Im Anwendungsbereich des DMA soll das Bundeskartellamt ermächtigt werden, die Kommission durch Untersuchungen möglicher Verstöße gegen Art. 5, 6 oder 7 DMA bei dessen Durchsetzung zu unterstützen (§ 32g Reg-E). Darüber hinaus soll die zivilrechtliche Durchsetzung des DMA in das System des Zivilrechtsschutzes bei Kartellrechtsverstößen integriert werden (§§ 33 ff. Reg-E).



Das politische Kernstück der 11. GWB-Novelle: die erweiterte Sektoruntersuchung

Die grundlegendste Neuerung im Vergleich zum geltenden Recht sind die weitreichenden Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes im Anschluss an Sektoruntersuchungen. Der Entwurf enthält als zentralen Bestandteil die Möglichkeit, im Rahmen von Sektoruntersuchungen identifizierte erhebliche und fortwährende Störungen des Wettbewerbs verstoßunabhängig in einem anschließenden, separaten Verfahren abzustellen.

Nach § 32f Abs. 3 Satz 1 Reg-E soll das Bundeskartellamt die Befugnis erhalten, in einem ersten Verfahrensabschnitt eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs festzustellen. Der Begriff „Störung des Wettbewerbs“ wird vom Gesetzgeber nicht definiert. Der Reg-E enthält in § 32f Abs. 5 Satz 1 eine nicht abschließende Liste von vier Regelbeispielen. Dies sind unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht (Nr. 1), Beschränkungen des Marktzutritts oder -austritts oder der Kapazitäten oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager (Nr. 2), gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten (Nr. 3) und Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen (Nr. 4). In der Begründung des Gesetzentwurfs wird explizit darauf hingewiesen, dass angesichts der Vielfalt denkbarer Konstellationen eine abschließende Definition nicht möglich sei. Es ist davon auszugehen, dass die Bundesregierung mit „Wettbewerbsstörung“ bewusst einen neuen Kernbegriff im GWB etablieren will, um dem Bundeskartellamt die Möglichkeit zu eröffnen, die neuen Befugnisse unabhängig von tradierten Begrifflichkeiten umsetzen zu können.

Das Bundeskartellamt wird ermächtigt, in einem zweiten Verfahrensabschnitt den von der Verfügung nach § 32f Abs. 3 Satz 1 ReG-E erfassten Unternehmen „alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorzuschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind“. Adressaten von Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 oder Abs. 4 Reg-E können Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten zur Störung des Wettbewerbs in ihrer konkreten Ausprägung wesentlich beitragen. Die Begründung stellt klar, dass dabei eine Verletzung des Wettbewerbsrechts durch das entsprechende Unternehmen nicht erforderlich ist und dass ein wesentlicher Beitrag bereits in jedem am Markt spürbaren Verhalten liegt. Diese Maßnahmen können für diese Unternehmen weitreichende verhaltensorientierte oder quasistrukturelle Verpflichtungen, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs



erforderlich sind, umfassen. Der Gesetzentwurf nennt als mögliche Abhilfemaßnahmen insbesondere die folgenden:

- ▶ Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen
- ▶ Vorgaben zu Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen
- ▶ Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier, offener Normen und Standards durch Unternehmen
- ▶ Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen (einschließlich vertraglicher Pflichten zur Informationsoffenlegung)
- ▶ Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen
- ▶ organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen

Dieser Maßnahmenkatalog erstaunt auch deshalb, weil das Bundeskartellamt in der Fusionskontrolle verhaltensbedingte Zusagen der Unternehmen rigoros ablehnt und stets nur strukturbezogene (Veräußerungs-)Zusagen akzeptiert.

Als Ultima Ratio kann das Bundeskartellamt sogar eine missbrauchsunabhängige Entflechtung von Unternehmen, die entweder marktbeherrschend sind oder für die bereits eine überragende marktübergreifende Bedeutung nach § 19a GWB festgestellt wurde, anordnen.

Als weitere Maßnahme soll das Bundeskartellamt nach einer Sektoruntersuchung Unternehmen verpflichten können, praktisch alle relevanten Zusammenschlüsse auf bestimmten Märkten zur Fusionskontrolle anzumelden. ▶

Der aktuelle Stand des Gesetzgebungsverfahrens



Der Bundestag hat am 26. Mai 2023 erstmals den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und andere Gesetze (20/6824) beraten. Im Anschluss an die Aussprache überwies die Abgeordneten die Vorlage zur Beratung in den Wirtschaftsausschuss, den Rechtsausschuss, den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, den Ausschuss für Digitales und den Haushaltsausschuss, wobei der Wirtschaftsausschuss federführend ist. Am 14. Juni 2023 fand eine öffentliche Anhörung von acht Sachverständigen durch den Wirtschaftsausschuss statt. Die geplanten Neuregelungen wurden äußerst konträr diskutiert.

Andreas Mundt (Präsident des Bundeskartellamtes) behauptete, dass sich ja alle einig seien, dass „es Märkte gibt, die verkrustet sind“. Zu den Befürchtungen der Kritikerinnen und Kritiker der Novelle sagte Mundt, dass es nicht darum gehe, von staatlicher Seite Märkte zu steuern und Preise festzulegen: „Es besteht kein Grund zur Sorge, dass das Bundeskartellamt ganze Industriezweige designt.“

Prof. Dr. Rupprecht Podszun (Direktor des Instituts für Kartellrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) bekräftigte, dass es in Deutschland Märkte mit einer „strukturellen Wettbewerbsarmut“ gebe, die sich über Jahre und Jahrzehnte verfestigt habe. Die neue Regelung sei international kein Novum. Mit dem Market Investigation Tool habe das Vereinigte Königreich ein sehr ähnliches Instrument. Dieses dient laut Gesetzesbegründung als Vorbild für die Maßnahmen nach § 32f Reg-E (Regierungsentwurf, S. 19). Dieses Tool gibt es seit 2002, es wurde bei der Entflechtung von Flughäfen und im Zementbereich erfolgreich eingesetzt. Der Gesetzgeber nehme insoweit nur Anleihen etwa bei den Befugnissen der britischen Competition and Markets Authority und bei den Vorschlägen der Europäischen Kommission für ein „New Competition Tool“, die im Zuge der Verabschiedung des DMA vorgeschlagen und diskutiert, dann aber nicht weiterverfolgt wurden. Vergleichbare Regelungen gebe es auch in weiteren Staaten.

Prof. Dr. Heike Schweitzer (Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und Ökonomik an der Humboldt-Universität zu Berlin) erwiderte, es sei zwar unbestritten, dass die herkömmlichen Wettbewerbsregeln nicht sämtliche Störungen der Märkte beseitigen könnten, für eine Rechtfertigung der

Autor

Marcus Mayer

Rechtsanwalt | Director

Ernst & Young Law GmbH | Stuttgart

Telefon +49 711 9881 11203

marcus.mayer@de.ey.com

geplanten erweiterten Sektoruntersuchung reiche dies allerdings nicht aus. Insbesondere sei es Sache des Gesetzgebers, Märkte zu regulieren und dies nicht einer Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes zu überlassen, die mit drei Beamten so weitreichende Maßnahmen entscheide.

Weiterhin sehr kritisch äußern sich Verbandsvertreter und Vertreter von Unternehmen. Der Handelsverband Deutschland (HDE) und der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) sehen in der 11. GWB-Novelle einen drastischen Systemwechsel in der Wettbewerbspolitik. Das Bundeskartellamt hätte als Aufsichtsbehörde dann die Möglichkeit, nach einer Sektoruntersuchung unternehmerische Handlungsspielräume einzuschränken und in die Wettbewerbsprozesse einzugreifen. Eine derartige Eingriffstiefe in die Privatautonomie, wie sie dem Bundeskartellamt zugebilligt werden soll, sei jedoch nach der Wesentlichkeitstheorie und dem Parlamentsvorbehalt bisher allein dem Gesetzgeber vorbehalten gewesen. BDI und HDE lehnen eine neue Rolle des Bundeskartellamtes als „Super-Behörde“, die einen Markt neu ordnen und umstrukturieren kann, strikt ab. Zudem liegt ein im Auftrag des HDE von Prof. Martin Nettesheim von der Universität Tübingen erstelltes juristisches Gutachten vor, das zentrale Neuregelungen aus dem aktuellen Gesetzentwurf als verfassungswidrig einstuft. Das Gutachten kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass das vorliegende Gesetzesvorhaben nicht darauf abziele, Lücken im bestehenden Kartellrecht zu schließen, sondern einen vollkommen neuen ordnungspolitischen Ansatz darstellt - und das, ohne dass akute Missstände oder Regelungsbedarfe erkennbar seien. Dem Gutachten nach bekäme das Bundeskartellamt Befugnisse, die einer Behörde in unserer

rechtsstaatlichen Demokratie nicht zustünden. So müsse die Formulierung allgemeiner Marktverhaltensregeln dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Zudem verletzen laut Gutachten die in dem Gesetzentwurf vorgesehenen neuen Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes nach Feststellung einer „Störung des Wettbewerbs“ den aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Bestimmtheitsgrundsatz. Denn „für die Rechtsunterworfenen ist nicht erkennbar, wann eine Störung vorliegt: Sie können ihr Verhalten nicht so ausrichten, dass sie Zwangsmaßnahmen voraussehbar vermeiden.“ Außerdem sieht Nettesheim einen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit.

Ausblick

Vertreter des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz hatten nach der Verabschiedung des Reg-E die Hoffnung geäußert, dass die 11. GWB-Novelle zum September in Kraft treten könne. Ursprünglich sollten in der 25. Kalenderwoche die 2. und die 3. Lesung des Bundestages zur 11. GWB-Novelle sowie die Abstimmung darüber stattfinden. Medien berichteten nach der Anhörung im Wirtschaftsausschuss, dass die geplante Beschlussfassung verschoben worden sei, da die FDP-Fraktion erhebliche Bedenken gegen die neuen Befugnisse des Bundeskartellamtes unter dem geplanten § 32f Reg-E habe. Unklar ist darüber hinaus, ob der Bundesrat nach einer Verabschiedung durch den Bundestag den Vermittlungsausschuss anruft.



6

Bundeskartellamt: Apple ist Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung

Einleitung

Mit seiner Entscheidung vom 5. April hat das Bundeskartellamt Apple Inc. (im Folgenden: Apple) als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb eingestuft. Damit unterliegen sowohl Apple als auch seine Tochterunternehmen der erweiterten Missbrauchsaufsicht nach § 19a GWB.

Hintergrund und Systematik des § 19a GWB

Im Zuge der 10. GWB-Novelle im Jahr 2021 wurde die neue Vorschrift des § 19a GWB eingeführt. Diese erlaubt dem Bundeskartellamt ein schnelleres und wirksameres Eingreifen gegen große und mächtige Unternehmen. Auch wenn die Gesetzesnorm dies selbst nicht nennt, ist sie insbesondere darauf gerichtet, die Macht großer Digitalkonzerne besser einzuhegen. Das Bundeskartellamt kann solchen Unternehmen beispielsweise untersagen, die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen (z. B. eigene Dienstleistungen bei Suchergebnissen gezielt nach oben zu rücken).

§ 19a GWB gibt dem Bundeskartellamt weitreichende Eingriffsbefugnisse, hat allerdings dafür auch eine besonders hohe Eingriffsschwelle: Zum Adressatenkreis des § 19a GWB gehören nur Unternehmen, bei denen das Bundeskartellamt explizit in einem gesonderten Verfahren eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb festgestellt hat. Diese Feststellung gilt jeweils für die nächsten fünf Jahre.

In der Diskussion ist demnach stets zwischen der grundsatzartigen Entscheidung, einem Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung zuzusprechen (was vorliegend bei Apple geschehen ist), und möglichen nachfolgenden Entscheidungen, die sich dann gegen konkrete Verhaltensweisen der so eingestuften Unternehmen richten und auf der Grundlage von § 19a GWB ergehen (was Apple von nun an noch drohen könnte), zu unterscheiden.

Die Entscheidung des Bundeskartellamtes

Um die überragende marktübergreifende Bedeutung von Unternehmen zu prüfen, kann das Bundeskartellamt gemäß § 19a GWB stets u. a. folgende Eigenschaften des Unternehmens heranziehen:

- ▶ seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten
- ▶ seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen
- ▶ seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten
- ▶ sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
- ▶ die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter

In Bezug auf Apple gelangt das Bundeskartellamt insofern zu den folgenden Feststellungen:

- ▶ Apple verfüge über marktbeherrschende, mindestens jedoch marktstarke Stellungen auf allen vertikal verbundenen Stufen ausgehend von Smartphones, Tablets und Smartwatches über die proprietären Betriebssysteme bis hin zum Apple App Store (der sowohl für App-Herausgeber als auch für Nutzerinnen und Nutzer die einzig verfügbare digitale Vertriebsplattform für Apps und andere Softwareprodukte auf Apple-Geräten darstelle).
- ▶ Apple gehöre mit weltweiten Umsatzerlösen von rund 400 Mrd. US-Dollar und einem Gewinn von fast 100 Mrd. US-Dollar im Geschäftsjahr 2022 zu den umsatz- und gewinnstärksten Unternehmen der Welt. Apple könne zudem nicht nur auf hohe Finanzmittel, sondern auch auf eine breite Nutzerbasis und einen starken Markenwert der Marke „Apple“ zurückgreifen.
- ▶ Ausgehend von seiner engen, proprietären Vertikalstruktur und einer aktiven Gerätebasis von weltweit derzeit mehr als 2 Mrd. Stück sei Apple vielfach auf miteinander verbundenen Marktstufen und Geschäftsfeldern tätig und so in der Lage, seine Nutzerinnen und Nutzer langfristig an sein komplexes Ökosystem zu binden.

Philipp Thönnies

Rechtsanwalt

Ernst & Young Law GmbH | Düsseldorf

Telefon +49 211 9352 28123

philipp.thoennes@de.ey.com

- ▶ Apple verfüge über einen privilegierten Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, insbesondere zu Nutzerdaten. Diese reichten von Adressdaten über Informationen zu persönlichen Interessen bis hin zu Standort- und Nutzungsdaten.
- ▶ Apple habe eine ausgeprägte Regelsetzungsmacht gegenüber Dritten, allen voran den App-Entwicklerinnen und Entwicklern. Apple kontrolliere den Zugang zu Apple-Kundinnen und Kunden und gestalte diesen Zugang nach seinen Regeln und zu seinen ökonomischen Rahmenbedingungen.

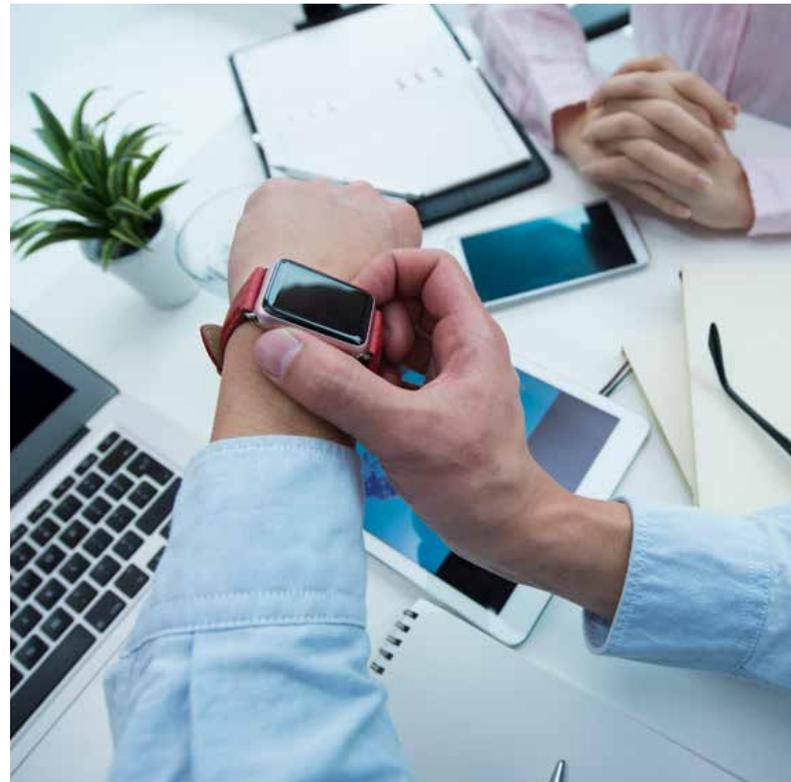
Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes, fasst die Erwägungen, die zur Entscheidung geführt haben, wie folgt zusammen: „Apple verfügt über eine marktübergreifende wirtschaftliche Machtposition, die dem Unternehmen vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume eröffnet. Das Unternehmen ist - ausgehend von seinen mobilen Endgeräten wie dem iPhone - Betreiber eines umfassenden digitalen Ökosystems mit einer hohen Bedeutung für den Wettbewerb nicht nur in Deutschland, sondern auch europa- und weltweit. Apple nimmt mit seinen proprietären Produkten iOS und dem App Store Schlüsselpositionen für den Wettbewerb und für den Zugang zum Ökosystem und den Apple-Kunden ein. Auf der Grundlage dieser Entscheidung können wir gezielt wettbewerbsgefährdende Praktiken aufgreifen und effektiv unterbinden.“

Einordnung und Bewertung

Die Entscheidung in Bezug auf Apple reiht sich in die bisherige Praxis des §19a GWB nahtlos ein. Bereits im letzten Jahr wurden Alphabet (die Muttergesellschaft von Google), Meta (die Muttergesellschaft von Facebook) und Amazon vom Bundeskartellamt als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb eingestuft. Gegen Microsoft läuft das entsprechende Verfahren noch.

Erwartbar war die Entscheidung zudem, weil das Bundeskartellamt ebenfalls im Jahr 2022 ein Ermittlungsverfahren gegen Apple wegen seiner Tracking-Regelungen eingeleitet hatte und sich dieses Verfahren schon damals maßgeblich auf den Verdacht eines Verstoßes gegen § 19a GWB stützte - obgleich das im Jahr 2021 eingeleitete Verfahren zur Feststellung der

überragenden marktübergreifenden Bedeutung zu diesem Zeitpunkt noch andauerte. Das Bundeskartellamt hat also nun die Grundlage geschaffen, um im Verfahren wegen der Tracking-Regelungen tatsächlich auch Verfügungen nach § 19a GWB zu erlassen, wenn es Anlass dafür feststellen sollte. Ohnehin macht das Bundeskartellamt vom neuen Werkzeug des § 19a GWB regen Gebrauch: Auch gegen Alphabet, Meta und Amazon laufen bereits Verfahren, die an konkret in § 19a GWB genannte Verhaltensweisen anknüpfen.



Bereits die generelle Entscheidung, ein Unternehmen als solches mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb einzustufen, kann gerichtlich angegriffen werden. Es muss also nicht etwa abgewartet werden, bis das Bundeskartellamt auf der Basis dieser Feststellung z. B. eine Untersagungsverfügung hinsichtlich eines konkreten Verhaltens erlässt. Amazon streitet wegen seiner Einstufung als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung derzeit vor dem Bundesgerichtshof mit dem Bundeskartellamt. Auch Apple hat angekündigt, die Entscheidung nicht kampfflos hinzunehmen.

EY Law International Desks

Desks
International
EY LAW

Für die effiziente Bearbeitung Ihrer grenzüberschreitenden Anliegen stehen Ihnen unsere International Desks als zentrale Koordinationsstelle zur Verfügung.

Mit unseren International Desks tragen wir dem steigenden Beratungsbedarf sowie der besonderen Komplexität im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Rechtsfragen Rechnung. Unsere Teams unterstützen Sie mit dem entsprechenden fachlichen Know-how sowie mit den erforderlichen interkulturellen Kompetenzen und notwendigen Sprachkenntnissen in über 90 Ländern weltweit, um den bestmöglichen Erfolg für Sie zu erzielen. Wir beraten Sie in jeder Phase professionell und zuverlässig - dank unserer erfahrenen, multinationalen und interdisziplinären Teams.

ey-law.de/de_de/international-desks



Unsere Beratungspraxis im Überblick

Unsere spezialisierten Rechtsanwälte beraten umfassend zu sämtlichen Fragen des deutschen und des EU-Kartellrechts. Weitere Schwerpunkte sind das Außenwirtschafts- und das Wettbewerbsrecht.

Fusionskontrolle

- ▶ Prüfung fusionskontrollrechtlicher Anmeldepflichten weltweit
- ▶ Anmeldung und Begleitung von Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt und bei der Europäischen Kommission
- ▶ Koordinierung von Anmeldungen in weiteren Jurisdiktionen

Kooperationen und Vertrieb

- ▶ Prüfung und Gestaltung von Kooperations und Joint Venture-Verträgen, u. a. in den Bereichen Einkauf, Produktion, Forschung und Entwicklung
- ▶ Gestalterische Beratung zu Vertriebsthemen, z. B. Exklusivvertrieb, Selektivvertrieb, Internetvertrieb, Bezugsbindungen

Compliance

- ▶ Konzeption und Implementierung maßgeschneiderter Compliance-Systeme zur Prävention von Kartellrechtsverstößen
- ▶ Begleitung und Durchführung interner Prüfungen (Audits) und Monitoring-Maßnahmen
- ▶ Erstellung und Durchführung von Schulungen mit Erfolgskontrolle in Echtzeit

Kartellbehördliche Verfahren

- ▶ Verteidigung gegenüber Kartellbehörden bei Kartellverwaltungs- und Kartellbußgeldverfahren
- ▶ Abwehr behördlicher Untersagungsverfügungen und Bußgeldbescheide
- ▶ Begleitung bei kartellbehördlichen Ermittlungen und Durchsuchungen („Dawn Raids“)
- ▶ Unterstützung und Durchführung interner Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung

Investitionskontrolle

- ▶ Prüfung und Vornahme erforderlicher investitionskontrollrechtlicher Meldungen und Anträge (z. B. Antrag auf Unbedenklichkeitsbescheinigung) beim Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- ▶ Koordinierung von Meldungen in weiteren Jurisdiktionen

Wettbewerbsrecht

- ▶ Begutachtung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von geschäftlichen Handlungen
- ▶ Abwehr von unberechtigten Abmahnungen
- ▶ Prüfung von Unterlassungserklärungen

Ihre Ansprechpartner für Kartellrecht bei EY Law



Hubertus Kleene

Rechtsanwalt | Partner
Hannover | Düsseldorf
Telefon +49 511 8508 16697
Mobil +49 160 939 16697
E-Mail hubertus.kleene@de.ey.com



Marcus Mayer

Rechtsanwalt | Director
Stuttgart
Telefon +49 711 9881 11203
Mobil +49 160 939 11203
E-Mail marcus.mayer@de.ey.com



Dr. Nils Gildhoff, LL.M.

Rechtsanwalt | Director
Hamburg
Telefon +49 40 36132 13190
Mobil +49 160 939 13190
E-Mail nils.gildhoff@de.ey.com



Philipp Thönnies

Rechtsanwalt | Senior Manager
Düsseldorf
Telefon +49 211 9352 28123
Mobil +49 160 939 28123
E-Mail philipp.thoennes@de.ey.com

EY | Building a better working world

Mit unserer Arbeit setzen wir uns für eine besser funktionierende Welt ein. Wir helfen unseren Kunden, Mitarbeitenden und der Gesellschaft, langfristige Werte zu schaffen und das Vertrauen in die Kapitalmärkte zu stärken.

In mehr als 150 Ländern unterstützen wir unsere Kunden, verantwortungsvoll zu wachsen und den digitalen Wandel zu gestalten. Dabei setzen wir auf Diversität im Team sowie Daten und modernste Technologien in unseren Dienstleistungen.

Ob Assurance, Tax & Law, Strategy and Transactions oder Consulting: Unsere Teams stellen bessere Fragen, um neue und bessere Antworten auf die komplexen Herausforderungen unserer Zeit geben zu können.

„EY“ und „wir“ beziehen sich in dieser Publikation auf alle deutschen Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Mandanten. Informationen darüber, wie EY personenbezogene Daten sammelt und verwendet, sowie eine Beschreibung der Rechte, die Einzelpersonen gemäß der Datenschutzgesetzgebung haben, sind über ey.com/privacy verfügbar. Weitere Informationen zu unserer Organisation finden Sie unter ey.com.

In Deutschland finden Sie uns an 20 Standorten.

© 2023 Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft
All Rights Reserved.

Creative Design Germany | BKR 2306-580
ED None

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht und kann daher nicht als Ersatz für eine detaillierte Recherche oder eine fachkundige Beratung oder Auskunft dienen. Es besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Jegliche Haftung seitens der Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Steuerberatungsgesellschaft und/oder anderer Mitgliedsunternehmen der globalen EY-Organisation wird ausgeschlossen.

ey-law.de