

Florian Bien (Hrsg.)

Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle



Nomos

Florian Bien (Hrsg.)

Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-0073-8

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die 8. GWB-Novelle hat das deutsche Kartellrecht in einigen wichtigen Punkten reformiert: materielle und formelle Fusionskontrolle, allgemeine und spezifische Missbrauchsaufsicht, Sonderregeln für die Krankenkassen, Pressefusionskontrolle, System des Presse-Grosso-Vertriebs, Regelung der Rechtsnachfolge im Kartellbußgeldrecht, Einführung von Verbraucherverbandsklagen und strukturellen Abhilfemaßnahmen, außerdem Einrichtung von Markttransparenzstellen.

Der Studienkreis Wettbewerb und Innovation, ein Zusammenschluss von am Kartellrecht interessierten Wissenschaftlern und Praktikern, hat die Novelle am 19. Oktober 2012 in Würzburg diskutiert. Grundlage war die am Vortag vom Bundestag verabschiedete Version des Gesetzes. Die in dem vorliegenden Band versammelten Beiträge gehen fast ausnahmslos auf die bei dieser Gelegenheit gehaltenen Vorträge zurück. Im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens hinzugekommen ist die Regelung zum Presse-Grosso. Das Inkrafttreten des 8. GWB-Änderungsgesetzes am 30. Juni 2013, also kurz vor Ende der Legislaturperiode, stand auf Messers Schneide. Besonders der Streit um die Anwendung des GWB auf die Krankenkassen beschäftigte den Vermittlungsausschuss über mehrere Monate. Den Autoren ist für ihr großes Engagement zu danken. Sie mussten ihre Beiträge im Laufe des bewegten Gesetzgebungsverfahrens teilweise mehrfach ändern.

Würzburg, im August 2013

Florian Bien

Inhalt

I. Fusionskontrolle	9
Die Einführung des SIEC-Tests und weitere Änderungen in der materiellen Fusionskontrolle <i>Andreas Bardong</i>	11
Formelle Fusionskontrolle und Fusionskontrollverfahrensrecht <i>Rolf Hempel</i>	65
II. Missbrauchsaufsicht	93
Brauchen wir eine Missbrauchskontrolle von Unternehmen mit nur relativer oder überlegener Marktmacht? Novellierung der allgemeinen Missbrauchskontrolle <i>Florian Wagner-von Papp</i>	95
III. Sonderregelungen für einzelne Wirtschaftsbereiche	155
Die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Krankenkassen: Sozialpolitische Agenden als Bruchstelle der Wettbewerbsreform <i>Heike Schweitzer</i>	157
Neuausrichtung der Pressefusionskontrolle – Anhebung der Aufgreifschwelle und Regelung der Sanierungsfusion <i>Ulrich Klumpp</i>	191
Die Erweiterung der kartellrechtlichen Freistellung im Pressevertrieb <i>Martin Raible</i>	209

Inhalt

Verschärfte Missbrauchsaufsicht über die Energie- und Wasserwirtschaft <i>Peter Gussone und Tigran Heymann</i>	233
Einrichtung von Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas sowie für Kraftstoffe <i>Wolfgang Nothhelfer</i>	283
IV. Rechtsfolgen	303
Die Regelung der Rechtsnachfolge und weitere Neuerungen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht durch die 8. GWB-Novelle <i>Konrad Ost</i>	305
Der Anspruch der Verbraucherverbände und Verbände der Marktgegenseite auf Unterlassung, Beseitigung und Vorteilsabschöpfung <i>Florian Bien</i>	329
Strukturelle Abhilfemaßnahmen bis hin zur Entflechtung von Unternehmen bei Verstößen gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot <i>Rüdiger Wilhelmi</i>	347
V. Anhang	375
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	377
Auszüge aus weiteren Gesetzen (SGB V, SGG, OWiG, GVG)	457
Autorenverzeichnis	463
Stichwortverzeichnis	465

I. Fusionskontrolle

Die Einführung des SIEC-Tests und weitere Änderungen in der materiellen Fusionskontrolle

*Andreas Bardong**

Übersicht

A. Einleitung	12
B. SIEC-Test	14
I. SIEC-Test und verstärkte Ökonomisierung	17
1. Stärkere Rolle des counterfactual	18
2. Berücksichtigung der wettbewerblichen Nähe von Wettbewerbern	21
3. Untersuchung der wirtschaftlichen Anreize	23
II. Erweiterung der Interventionsbefugnis?	27
III. Beschränkung der Interventionsbefugnis?	29
IV. Vollharmonisierung mit der europäischen Praxis?	30
1. Begriff der Marktbeherrschung	31
2. Bindung an die Kommissionspraxis und die Kommissionsleitlinien?	32
3. Welche Unterschiede zwischen der europäischen und deutschen Praxis bleiben?	34
a) Spürbarkeitsschwelle	34
b) Wettbewerbsleitbild und Konsumentenwohlfahrt	38
c) Berücksichtigung von Effizienzen	41
d) Fazit	44
4. Vorlagerecht bzw. Vorlagepflicht im Hinblick auf die Auslegung von § 36 Abs. 1 GWB 2013	44
a) Das EuGH Urteil Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI	46
b) Das Dzodzi-Urteil des EuGH	47
c) Das EuGH-Urteil Kleinwort Benson	48
d) Keine vollständige Harmonisierung und damit keine Vorlagemöglichkeit	50
V. Ergebnis	53
C. Weitere Änderungen	53
I. Zusagen	54
II. Marktbeherrschungsvermutung	60

* Der Beitrag gibt nur die persönliche Auffassung des Autors wieder.

III. Bagatellmarktklausel	62
D. Schlussfolgerungen und Ausblick	64

A. Einleitung

Die 7. GWB-Novelle hatte das materielle deutsche Kartellrecht 2005 im Kontext von Art. 101 AEUV (damals Art. 81 EG) (fast) vollständig mit dem europäischen Recht harmonisiert und so den Rahmenbedingungen der europäischen Kartellverfahrensverordnung VO 1/2003 – insbesondere den Regelungen zum erweiterten Vorrang des europäischen Rechts und zur Anwendungsverpflichtung aus Art. 3 VO 1/2003 – Rechnung getragen.¹ In der 8. GWB-Novelle erfolgt nun eine autonome Angleichung an zentrale Regelungen der materiellen Fusionskontrolle im europäischen Recht, vor allem an den Untersagungstest. Dieser ist seit 2004 in der europäischen Fusionskontrolle verankert, als die Europäische Union vom Marktbeherrschungstext zum SIEC-Test gewechselt ist. Dieser Wechsel wird nun in Deutschland nachvollzogen. Anders als im Kontext von Art. 101 AEUV gibt es in der Fusionskontrolle keine vergleichbaren Kohärenzvorgaben aus dem europäischen Recht. Die Angleichung erfolgt auf Initiative der nationalen Rechtsordnung, um die Konvergenz zum europäischen Recht zu vergrößern. Gleichzeitig wurde an einigen bewährten Regelungen festgehalten, die im europäischen Recht keine Entsprechung haben, nämlich der Abwägungsklausel, der Ministererlaubnis, der Bagatellmarktklausel und den Marktbeherrschungsvermutungen.

1 Wegen der Vorgaben des erweiterten Vorrangs von Art. 101 AEUV (gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003) ist eine Abweichung des nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 zumindest parallel anzuwendenden nationalen Kartellrechts in allen Sachverhalten ausgeschlossen, die den zwischenstaatlichen Handeln betreffen. Dem deutschen Gesetzgeber erschien die Beibehaltung abweichender Regelungen in §§ 1-2 und 16, 18 GWB 1998 allein für die wenigen und wirtschaftlich zumeist unbedeutenden Sachverhalte, die den zwischenstaatlichen Handel nicht betreffen, nicht sinnvoll. Daher wurden §§ 1 – 2 GWB in allen wesentlichen Punkten an Art. 101 AEUV angeglichen. Im Kontext von Art. 101 AEUV geht das nationale Recht insoweit über die europäische Regelung hinaus, als der deutsche Unternehmensbegriff weiter gefasst ist und auch Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand einbezieht, die keinen Bezug zu einer nachgelagerten wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand haben. Dieser breiteren Anwendung von §§ 1, 2 GWB steht Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 nicht entgegen (str., vgl. dazu z.B. *Böge/Bardong*, in MünchKomm EU-WettbR, 2008, Art. 3 VO 1/2003, Rdnr. 55-56).