

Entwicklungen im deutschen Wettbewerbsrecht

Zürich, 2. April 2014

Association for Compliance and Competition Law

1st Competition Law Update



Bundeskartellamt

Markus Lange
Bundeskartellamt

Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kartellrecht

2

Fragen der Fusionskontrolle

- Neuerungen durch die 8. GWB-Novelle
- Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle

Aspekte der Kartellverfolgung

Neue Entwicklungen bei Vertikalbeziehungen / Internet

Fusionskontrolle

8. GWB-Novelle

3

Herausragende Neuerung: Einführung SIEC-Test, orientiert an FKVO

Spezifische Elemente des deutschen Rechts bleiben:

- Abwägungsklausel
- Ministererlaubnis
- Marktbeherrschungsvermutungen
- Bagatellmarktklausel
- Anforderungen an die Anmeldung unverändert niedrig

Weitere Änderungen durch Novelle:

- Normtext zu Nebenbestimmungen an FKVO angepasst
- Vermutung Einzelmarktbeherrschung: von 33% auf 40%
- Bagatellmarktklausel zurück in materielle Fusionskontrolle

SIEC-Test

4

SIEC-Test in § 36 Abs. 1 GWB:

Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen.

- Formulierungen sind FKVO sehr ähnlich, aber nicht identisch
- „Marktbeherrschung“ in § 36 GWB bezieht sich auf Begriff im GWB, nicht auf FKVO
- Regierungsbegründung: angestrebt ist weitergehende Annäherung, aber nicht Vereinheitlichung der Fusionskontrolle in Deutschland mit Europa

SIEC-Test

5

SIEC-Test bringt Annäherung an EU-Lage - nicht Vollharmonisierung

- Keine rechtliche Bindung an Praxis und Leitlinien der Kommission
- Keine Möglichkeit und keine Verpflichtung der Vorlage an den EuGH
- Bemühung um konvergente Anwendung mit Kommissions-Praxis und Orientierung an europäischer Rechtsprechung

Erwartung:

- stärker wirkungsorientierte Ausrichtung der Fusionskontrolle
- zunehmende Begründungstiefe
- Fusionskontrolle wird „ökonomischer“ – Koinzidenz oder Kausalität?

SIEC-Test

6

Ökonomische Basis von Marktbeherrschungstest und SIEC-Test

Entscheidend ist jeweils Konzept der **Marktmacht**:

- SIEC: **gradueller** Charakter der Marktmacht
- Marktbeherrschung: bestimmte **Schwelle** der Marktmacht

Übergang zum SIEC-Test stellt keinen fundamentalen Wechsel dar, sondern eher eine Akzentverschiebung.

SIEC-Test

7

- Kein allgemeines Spürbarkeitskriterium – keine „Erheblichkeitsschwelle“:
Mit zunehmender Marktmacht sinken die Anforderungen an die Erheblichkeit einer Verschlechterung der Marktverhältnisse („sliding scale“).
Keine „Schutzlücke“ durch SIEC-Test bei verbliebenem Restwettbewerb.
- Bei bisherigen Lückenfällen („gap cases“), die vom Marktbeherrschungstest allein nicht erfasst wurden, kann dem Testwechsel einige Bedeutung zukommen – unilaterale Effekte im engen Oligopol (Praxis abwarten).
- Effizienzen – Bislang in Deutschland große Skepsis – Je höher Marktmacht, umso niedriger ist Wahrscheinlichkeit, dass Effizienzvorteile die Nachteile überwiegen („sliding scale“).
Umgekehrt: Unterhalb Marktbeherrschung, im Bereich des „reinen“ SIEC-Tests, kann Raum für Berücksichtigung von Effizienzen sein. Hier könnte Berücksichtigung von Effizienzen Teil der Bewertung der Wirkungen eines Zusammenschlusses sein (Praxis abwarten).

SIEC-Test

8

Zusammenfassend:

- SIEC-Test bringt Annäherung an EU-Recht, aber keine volle Harmonisierung.
- Mit SIEC-Test im GWB verliert Marktbeherrschungstest nicht an Wirkung – Akzentverschiebung, nicht Paradigmenwechsel.
- Trend zur stärkeren ökonomischen Analyse wird unterstützt.
- Interventionsmöglichkeiten werden erweitert.

Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle

9

- Wichtige Entwicklungen
GWB bis 2009: nur eine Inlandsumsatzschwelle (25 Mio. Euro)
GWB seit 2009: zudem zweite Inlandsumsatzschwelle (5 Mio. Euro)
Dez. 2013: Entwurf eines neuen Merkblatts zu Inlandsauswirkungen, zur Konsultation veröffentlicht
- Unterschied zum EU-Recht
EU-Ansatz: Umsatzschwellen erfüllt => Anmeldepflicht
Vorteil: Klarheit über Anmeldung / Nichtanmeldung
Nachteil: Anmeldungen ohne hinreichenden materiellen Bezug zur EU
Ansatz BKartA laut Merkblatt (Entwurf):
Inlandsauswirkungen bleiben als eigener Prüfungspunkt erhalten.

Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle

10

Fallkategorien laut Merkblatt (Entwurf):

- Eindeutig Inlandsauswirkungen:
 - Fälle von zwei Unternehmen, die die Umsatzschwellen erfüllen
 - Fälle von mehr als zwei Unternehmen (GU), bei denen $GU > 5$ Mio. Euro im Inland erwirtschaftet/ erwirtschaften soll.
- Eindeutig keine Inlandsauswirkungen (kumulativ!):
 - Reines Auslands-GU (im Inland weder aktuell noch potentiell tätig)
 - Mutterunternehmen keine (aktuellen/ potentiellen) Wettbewerber im GU-Bereich oder auf anderen Märkten im Inland – keine Spillover-Effekte
- Prüfung im Einzelfall (diffizile Konstellationen):
 - Nur bei Fallkonstellationen mit mehr als zwei Beteiligten
 - Relevante Faktoren: Marginale Tätigkeit des GU auf Inlandsmärkten – auch bei GU -Umsatz < 5 Mio. Euro ist Inlandsauswirkung nicht automatisch auszuschließen – mögliche Spillover-Effekte zwischen Müttern

In jedem Fall besteht die Möglichkeit der Fusionskontroll-Anmeldung und zügigen Prüfung in unklaren Fällen.

Kartelle – Rahmensetzung

11

- BVerfG (Vorlageentscheidung 19. Dez 2012, 1BvL 18/11):
Regelung zu Verzinsung von Geldbußen (§ 81 Abs. 6 GWB) verfassungsgemäß
- BGH (Entscheidung „Grauzement“ 26. Feb. 2013, KRB 20/12):
Regelung zur Bußgeldhöhe (Geldbuße bis 10% des Gesamtumsatzes des Konzerns, § 81 Abs. 4 S. 2 GWB) verfassungsgemäß, unter Maßgabe, dass die 10% als **Obergrenze eines Bußgeldrahmens** zu verstehen sind (anders im EU-Recht: **Kappungsgrenze**).
- Neue Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes (nach der BGH „Grauzement“):
Für Bußgeldhöhe sind sowohl Größe des Unternehmens als auch Schwere und Dauer der konkreten Tat maßgeblich. Diese Kriterien waren auch zuvor schon relevant, allerdings ist nach neuer Rechtslage stärker auf Größe des Unternehmens abzustellen.
- Neue gesetzliche Regelung (§ 81a GWB):
Juristische (aber nicht natürliche) Personen müssen im Zusammenhang mit Festsetzung einer Geldbuße gewisse Auskünfte zu Umsatzerlösen erteilen.

Vertikalbeziehungen und Internet

12

Aktuelle Fragen in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes:

- Vertikale Preisbindung
- Doppelpreissysteme
Verpflichtung von Vertragshändlern, bei Internet-Verkauf höhere Preise zu verlangen als im stationären Verkauf
- Selektiver Vertrieb
Verbot des Vertriebs über Internet-Plattformen
- Plattformmärkte/ zweiseitige Märkte
Hotel-Internet-Portal HRS

Vertikalbeziehungen und Internet: HRS

13

Bestpreisklauseln/Preisparität bei Dienstleistungen der online-Vermittlung von Hotelzimmern über Hotel-Internet-Portal

Verfügung gegen HRS im Dezember 2013
(weitere Verfahren - Booking, Expedia - eingeleitet)

Marktabgrenzung

- Nachfrager: Hotels, die ihre Zimmer über ein Hotel-Internet-Portal vermarkten wollen
- Sachliche Abgrenzung: Hotelportale, die die Funktionen von Suche, Vergleich und Buchung von Hotelzimmern aus einer Hand anbieten
- Räumliche Abgrenzung: deutschlandweit

Vertikalbeziehungen und Internet: HRS

14

Wettbewerbliche Probleme der Bestpreisklausel

- Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Portalen: Anderen Portalen wird Anreiz genommen, Partnerhotels von HRS niedrigere Provisionen anzubieten, um im Gegenzug Zimmer zu günstigeren Konditionen zu erhalten.
- Behinderung des Markteintritts neuer Portale
- Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Hotels: Jeder wettbewerbliche Vorstoß eines Hotels wirkt sich auf Gesamtstrategie aus

Rechtliche Beurteilung

- HRS-Bestpreisklauseln nicht freigestellt (Vertikal-GVO); $MA > 30\%$
- Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB/ Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt nicht in Betracht, da nicht alle Voraussetzungen erfüllt

Internet: Amazon Marketplace

15

Online-Handelsplattform Amazon forderte **Preisparität** von Händlern bei Verkauf über Amazon Marketplace.

D.h.: Händler musste sich vertraglich verpflichten, das Produkt über andere nicht-physische Vertriebskanäle nicht billiger zu vertreiben.

Marketplace ist **horizontale** Kooperation (da Amazon auch selbst Händler) => Preisparität ist **horizontale Preisabsprache**.

Bundeskartellamt hat verbindliche Streichung der Preisparität aus den Vertragsbedingungen aller Händler gefordert sowie unmissverständliche Mitteilung an Händler über Änderung der Bedingungen und des Verhaltens von Amazon zur Durchsetzung der Preisparität.

Amazon hat die Anforderungen erfüllt.

Bundeskartellamt hat Verfahren eingestellt (Nov. 2013).

Vielen Dank!