

Die 10. GWB-Novelle

Bien / Käseberg / Klumpe / Körber / Ost

2021

ISBN 978-3-406-75848-5

C.H.BECK

Die 10. GWB-Novelle

Das neue Kartellrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Dr. Thorsten Käseberg, LL. M. (NYU)

Ministerialrat, Bundesministerium für
Wirtschaft und Energie, Berlin

Dr. Gerhard Klumpe

Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund

Prof. Dr. Torsten Körber, LL. M. (Berkeley)

Universität zu Köln

Prof. Dr. Konrad Ost, LL. M. (Cambridge)

Vizepräsident des Bundeskartellamts, Bonn

2021



Zitiervorschlag

Käseberg in Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost 10. GWB-Novelle Einl. Rn. 1

Körper in Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost 10. GWB-Novelle Kap. 1 Rn. 1


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 75848 5

© 2021 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Westermann Druck Zwickau GmbH
Crimmitschauer Straße 43, 08058 Zwickau

Satz: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort

Der Gesetzgeber steht vor der Aufgabe, die Rechtsordnung immer wieder an die Herausforderungen der ökonomischen und sozialen Wirklichkeit anzupassen, um mit dieser Schritt zu halten, aber auch Rechtssicherheit zu gewährleisten, indem die Nachjustierungen auf das erforderliche Maß begrenzt werden. Dies gilt auch und in besonderem Maße für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als „Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft“, das durch die sich schnell entfaltende und weiter entwickelnde Digitalwirtschaft derzeit vor besondere Herausforderungen gestellt wird.

Nationale Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts wird heute durch externe und autonom innerstaatliche Faktoren angetrieben. Beides trifft auf die am 18.1.2021 verkündete und am 19.1.2021 in Kraft getretene 10. GWB-Novelle durch das „GWB-Digitalisierungsgesetz“ zu. Dass die Novelle nur dreieinhalb Jahre nach der 9. GWB-Novelle 2017 erfolgte, ist für das Kartellrecht (im Gegensatz zu hochvolatilen Materien wie dem Steuer- oder Energierecht) eher außergewöhnlich, hat aber gute Gründe. Externer Anlass war das Erfordernis, die Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (kurz: „ECN+-Richtlinie“) bis zum 4.2.2021 in das deutsche Recht umzusetzen. Das ist dem Gesetzgeber gelungen. Mit den vielfachen Änderungen setzt der Gesetzgeber konsequent den schon in den vergangenen Novellen eingeschlagenen Weg zu einem eigenständigen, europäisierten Kartellordnungswidrigkeitenrecht fort.

Hinzu trat – wie schon der Name des „GWB-Digitalisierungsgesetz“ vermuten lässt – der bereits im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018 ausgedrückte politische Wille, das deutsche Kartellrecht weiter für die Digitalisierung zu ertüchtigen, ein „level playing field“ zu schaffen und Hindernisse abzubauen, um starke deutsche und europäische Akteure der Plattformökonomie zu ermöglichen. Die Digitalisierungsvorschriften der 10. GWB-Novelle wurden vor diesem Hintergrund durch mehrere deutsche und internationale Studien vorbereitet. Das Anliegen, Vermachtungstendenzen in der digitalen Wirtschaft entgegen zu treten, wird derzeit auch durch eine Vielzahl anderer Gesetzgebungsvorhaben rund um den Globus verfolgt. Das „GWB-Digitalisierungsgesetz“ reiht sich in diese internationalen Aktivitäten ein, leistet dabei aber zugleich – auch im Verhältnis zum „Digital Markets Act“ der Europäischen Union, dessen Entwurf am 15.12.2020 veröffentlicht wurde – Pionierarbeit.

Das vorliegende Handbuch stellt die durch die 10. GWB-Novelle bewirkten Änderungen umfassend vor und bietet der Leserschaft eine fundierte Grundlage, die sowohl die Hintergründe der einzelnen Änderungen des GWB erörtert als auch erste Hilfestellungen für deren Anwendung und Auslegung gibt. Im Anschluss an die Erläuterung der einzelnen, nach Themenkomplexen geordneten Normen stellt das Handbuch der Leserschaft in zwei Anhängen eine Konkordanzentabelle sowie den Text des GWB mit Hervorhebung der Änderungen zur Verfügung. Auf einen Abdruck der ECN+-Richtlinie, der Gesetzesbegründung und des Änderungsgesetzes selbst wurde verzichtet, da diese leicht über beck-online und über das allgemeine Internet verfügbar sind.

Vorwort

Bei der Auswahl der Autorinnen und Autoren haben Verlag und Herausgeber danach gestrebt, hohe Qualität zu gewährleisten und zugleich ein möglichst plurales Bild aus ministerieller, kartellamtlicher und gerichtlicher Praxis, Anwaltschaft und Wissenschaft zu ermöglichen. Die inhaltliche Verantwortung für die einzelnen Beiträge liegt bei den jeweiligen Autorinnen und Autoren und gibt deren persönliche Auffassung und nicht notwendig auch die Auffassung der Herausgeber oder der Institutionen wieder, bei denen sie tätig sind.

Würzburg, Berlin, Dortmund, Köln, Bonn im März 2021

Florian Bien
Thorsten Käseberg
Gerhard Klumpe
Torsten Körber
Konrad Ost


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. Thomas Ackermann,
LL. M. (Cambridge) Ludwig-Maximilians-Universität München
- Julia Bayer Oberregierungsrätin, Bundeskartellamt, Bonn
- Prof. Dr. Rainer Bechtold Rechtsanwalt in Stuttgart, Honorarprofessor an der
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
- Dr. Björn Christian Becker Akademischer Rat a. Z., Julius-Maximilians-Univer-
sität Würzburg
- Dr. Jochen Bernhard, Maître en
Droit (Paris XII) Rechtsanwalt in Stuttgart, Menold Bezler
- Prof. Dr. Florian Bien, Maître en
Droit (Aix-Marseille III) Julius-Maximilians-Universität Würzburg
- Dr. Ines Bodenstein Rechtsanwältin in Stuttgart, Gleiss Lutz
- Prof. Dr. Tobias Brenner Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung
Nordrhein-Westfalen
- Dr. iur. Ludger Breuer, Dipl.-Vw. Oberregierungsrat, Bundeskartellamt, Bonn
- Prof. Dr. Eckart Bueren, Dipl.-
Vw. Georg-August-Universität Göttingen
- Dr. Michael Esser, LL. M.
(University of Pennsylvania) Rechtsanwalt in Düsseldorf, Latham & Watkins LLP
- Dr. Karl Friedrich, LL. M. Tax
(Osnabrück) Regierungsdirektor, Bundeskartellamt, Bonn
- Dr. Daniel Fülling Regierungsdirektor, Bundesministerium für Wirt-
schaft und Energie, Berlin
- Dr. Jan Christoph Höft Rechtsanwalt in Düsseldorf, Latham & Watkins LLP
- Dr. Klaus Holthoff-Frank,
Dipl.-Vw. Generalsekretär der Monopolkommission, Bonn
- Dr. Gunnar Kallfaß Leitender Regierungsdirektor, Bundeskartellamt,
Bonn
- Dr. Thorsten Käseberg, Dipl.-Vw.
LL. M. (NYU) Ministerialrat, Bundesministerium für Wirtschaft und
Energie, Berlin
- Dr. Gerhard Klumpe Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund
- Dr. Ulrich Klumpp Rechtsanwalt in Stuttgart, OPPENLÄNDER
Rechtsanwälte
- Prof. Dr. Torsten Körber, LL. M.
(Berkeley) Universität zu Köln
- Prof. Dr. Rüdiger Lahme Rechtsanwalt in Hamburg, Quinn Emanuel LLP

Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. Markus Ludwigs Julius-Maximilians-Universität Würzburg
- Dr. Maja Murza, LL. M.
(University of Cape Town) Regierungsdirektorin, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin
- Prof. Dr. Konrad Ost, LL. M.
(Cambridge) Vizepräsident des Bundeskartellamts, Bonn; Honorarprofessor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
- Dr. Ulrich Pfeffer, LL. M.
(Berkeley) Rechtsanwalt in Düsseldorf, Clifford Chance Partnerschaft mbB
- Dr. Katrin Roesen Referatsleiterin, Bundeskartellamt, Bonn
- Dr. Andreas Ruster, LL. M.
(London), Maître en Droit (Paris) Rechtsanwalt in Hamburg, Quinn Emanuel LLP
- Dr. Sabine Sabir Oberregierungsrätin, Bundeskartellamt, Bonn
- Prof. Dr. Frank Peter Schuster,
Mag. Jur. Julius-Maximilians-Universität Würzburg
- Dr. Natalie Seitz, LL. M.
(University of Glasgow) Rechtsanwältin in Stuttgart, OPPENLÄNDER Rechtsanwälte
- Dr. Thomas Thiede, LL. M. Rechtsanwalt in Dortmund, SPIEKER & JAEGER PartG mbB
- Prof. Dr. Andreas Weitbrecht,
LL. M. (Berkeley) Rechtsanwalt in Düsseldorf, WeitbrechtLaw

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XXXI

Einleitung: Genese der 10. GWB-Novelle (Käseberg)

A. Ausgangsüberlegungen für die Novelle	1
B. Politischer Auftrag und Vorarbeiten	1
I. Koalitionsvertrag	1
II. Studie „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“	2
III. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0	2
IV. Europäische und internationale Studien	3
C. Inhaltliche Kernpunkte des Referentenentwurfs	3
I. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht	3
II. Vereinfachung einstweiliger Maßnahmen und Beschleunigung von Verwaltungsverfahren	4
III. Umsetzung der ECN+-Richtlinie	5
IV. Effektivierung der Fusionskontrolle	5
V. Erhöhung der Rechtssicherheit für Kooperationen	6
VI. Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen	6
VII. Nicht weiterverfolgt: Behördliche Durchsetzung des UWG durch das Bundeskartellamt	6
D. Änderungen im Regierungsentwurf	7
E. Änderungen im parlamentarischen Verfahren	7
I. § 19a GWB und Rechtswegverkürzung	7
II. Fusionskontrolle	8
III. Sonstige Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf	8
IV. Nicht weiterverfolgt: „Forschungsklausel“	8
F. Entschließungsantrag und Ausblick	9

Kapitel 1: Wettbewerb und Digitalwirtschaft sowie weitere materiellrechtliche Änderungen

Überblick (Körper)	11
A. Kausalitätserfordernis beim Missbrauchsverbot, § 19 Abs. 1 GWB (Bueren) ...	12
I. Einführung	12
II. Ausgangslage	13
III. Einzelerläuterungen	16
IV. Fazit	27
B. Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, § 20 Abs. 1a GWB (Brenner)	28
I. Ausgangspunkt	28
II. Einzelerläuterungen	34
III. Fazit und Ausblick	58
C. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung, § 19a GWB	58
I. Auslegung des § 19a GWB aus behördlicher Sicht (Käseberg)	58
II. Auslegung des § 19a GWB aus anwaltlicher Sicht (Esser/Höft)	67
D. Streichung des KMU-Kriteriums in § 20 Abs. 1 S. 1 GWB (Murza)	85

Inhaltsübersicht

I. Historie	85
II. Entscheidung des BGH im Fall „Hochzeitsrabatte“	86
III. Genese der Neufassung des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	87
IV. Kommentierung der Neufassung	89
V. Fazit und Ausblick	94
E. Intermediationsmacht und Tipping, § 18 Abs. 3 und 3b GWB, § 20 Abs. 1 S. 2, Abs. 3a GWB (<i>Ackermann</i>)	96
I. Hintergrund der Neuerungen: Beibehaltung gesetzlicher Grundentscheidungen zur Marktabgrenzung und zu den Eingriffsschwellen	96
II. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB	98
III. Intermediationsmacht, § 18 Abs. 3b GWB, § 20 Abs. 1 S. 2 GWB	101
IV. Tipping, § 20 Abs. 3a GWB	110
 Kapitel 2: Kartellrechtsdurchsetzung im Verwaltungsverfahren	
Überblick (<i>Bien</i>)	115
A. Kartellbehörden, Markttransparenzstelle und Monopolkommission	117
I. Unabhängigkeit der Kartellbehörden, Art. 4 Abs. 1 ECN+-Richtlinie (<i>Ludwigs</i>)	117
II. Zuständigkeit der Kartellbehörden: Änderung von § 49 Abs. 2 S. 1 GWB und § 50 GWB (<i>Sabir</i>)	124
III. Behördenzusammenarbeit, insbesondere im ECN, §§ 50a–50d GWB (<i>Sabir</i>)	128
IV. Mitwirkung von Bediensteten anderer EU-Mitgliedstaaten bei Ermittlungen im Inland, § 50 Abs. 3 GWB (<i>Schuster</i>)	143
V. Markttransparenzstelle für Kraftstoffe, § 47k GWB (<i>Bayer</i>)	147
VI. Monopolkommission: Anpassung der §§ 44, 46 und 75 Abs. 5 GWB (<i>Holthoff-Frank</i>)	152
B. Befugnisse der Kartellbehörden	158
I. Einstweilige Maßnahmen, § 32a GWB (<i>Bernhard</i>)	158
II. Vorsitzenschriften und Anspruch auf Negativattest, § 32c GWB (<i>Klumpp/Seitz</i>)	171
C. Erweiterte Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, §§ 58, 59, 59a und 59b GWB	184
I. Behördenperspektive (<i>Kallfaß</i>)	184
II. Anwaltsperspektive (<i>Klumpp/Seitz</i>)	214
D. Weitere Änderungen im Verwaltungsverfahren, §§ 56, 61, 62 und 86a GWB (<i>Pfeffer</i>)	222
I. Mündliche Anhörung	222
II. Akteneinsicht der Beteiligten	225
III. Zustellung im EU-Ausland, § 61 Abs. 1 GWB	233
IV. Gebührenpflichtige Handlungen, § 62 Abs. 1, 5 GWB	234
V. Erhöhung des Zwangsgeldes, § 86a S. 2 GWB	235
E. Änderungen des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens, §§ 63 ff. GWB, Rechtswegverkürzung, § 73 Abs. 5 GWB (<i>Bodenstein</i>)	236
I. Einführung und Zusammenhang	236
II. BGH als erste und letzte Instanz bei § 19a GWB	237
III. Neuordnung und Auflösung von Verweisen	242
IV. Einzelne Änderungen	242
V. Verbleibende Regelungslücken	247
VI. Fazit und Ausblick	248

**Kapitel 3: Kartellrechtsdurchsetzung im Bußgeldverfahren,
§§ 81–86 GWB**

Überblick (<i>Ost</i>)	249
A. Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Staatsanwaltschaft, § 82a GWB (<i>Ost</i>)	251
I. Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz	251
II. Systematik	255
III. Die Neuregelung des institutionellen Gefüges	255
IV. Ausblick: Verbandssanktionenrecht, Kriminalisierung oder europäische Konvergenz	260
B. Neuregelung der Bußgeldbemessung und Geldbußen gegen Unternehmens- vereinigungen, §§ 81b, 81c, 81d GWB (<i>Breuer/Friedrich</i>)	262
I. Einleitung	262
II. Konkrete Vorgaben für die individuelle Bußgeldzumessung	263
III. Umsatzabhängiger Bußgeldrahmen für ausgewählte Verstöße gegen Verfahrensvorschriften	290
IV. Neue Regelungen für die Bußgeldfestsetzung gegen Unternehmensvereinigungen	291
C. Verjährung der Geldbuße, § 81g GWB (<i>Ost</i>)	299
I. Der europäische Kontext der Verjährungsregelung	299
II. Systematik	302
III. Einzelerläuterungen	302
IV. Fazit und Ausblick	305
D. Kronzeugenprogramme, §§ 81h–81n GWB (<i>Roesen</i>)	305
I. Kronzeugenprogramme als Mittel zur Kartellbekämpfung	305
II. Gesetzliche Verankerung des Kronzeugenprogramms	311
E. Besondere Ermittlungsbefugnisse im Bußgeldverfahren, § 82b GWB (<i>Kallfaß</i>)	332
I. Einleitung	332
II. Auskunftsverlangen in Kartellbußgeldverfahren	333
III. Durchsuchungen in Kartellbußgeldverfahren	336
IV. Sonderregeln für das gerichtliche Verfahren	340

Kapitel 4: Kartellschadensersatz

Überblick (<i>Klumpe</i>)	343
A. Vermutung der Kartellbetroffenheit, § 33a Abs. 5 GWB und § 33c Abs. 3 GWB (<i>Thiede/Klumpe</i>)	343
I. Ausgangspunkt	343
II. Gesetzesänderung	344
III. Hintergründe	345
IV. Einzelerläuterungen	350
V. Fazit und Ausblick	352
B. Einsicht in Akten der Kartellbehörde, § 56 Abs. 3–5 GWB und § 89b Abs. 5 S. 2 GWB (<i>Weitbrecht</i>)	352
I. Ansprüche auf Akteneinsicht gegen Kartellbehörden	353
II. Ansprüche gegen Kartellbeteiligte, § 89b Abs. 5 GWB	359
C. Geschäftsgeheimnisschutz mithilfe von Sachverständigen, § 89b Abs. 7 GWB (<i>Klumpe/Thiede</i>)	364
I. Einführung	364
II. Gesetzesänderung	365
III. Hintergründe	365
IV. Einzelerläuterungen	373

Inhaltsübersicht

V. Fazit und Ausblick	378
D. Intertemporaler Anwendungsbereich, insbesondere § 186 Abs. 4 GWB (<i>Lahme/Ruster</i>)	378
I. Einführung	378
II. Intertemporale Anwendbarkeit der Offenlegungsvorschriften, §§ 33g, 89b ff. GWB	379
III. Intertemporale Anwendbarkeit der Schätzung der Schadensabwälzung, § 33c Abs. 5 GWB	388
IV. Ungelöste intertemporale Fragen	388
V. Fazit	395

Kapitel 5: Fusionskontrolle

Überblick (<i>Bien/Füllung</i>)	397
A. Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen, § 35 Abs. 1 GWB (<i>Füllung</i>)	398
B. Änderung der Bagatellmarktklausel, § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB (<i>Füllung</i>)	400
C. Änderungen im Fusionskontrollverfahren, §§ 38, 39 und 40 GWB (<i>Füllung</i>) ..	403
I. Ermittlung der Umsatzerlöse	403
II. Presserechenklausel	403
III. Zusammenrechnung mehrerer Zusammenschlüsse	404
IV. Elektronische Anmeldungen	405
V. Vollzugsanzeige	406
VI. Dauer des Hauptprüfverfahrens	407
VII. Gebühr bei Rücknahme im Hauptprüfverfahren	408
D. Neue Anmeldeverfügung nach § 39a GWB (<i>Becker</i>)	409
I. Einleitung	409
II. Wettbewerbliche Gefahren durch <i>stealth consolidations</i>	409
III. Die neue Regelung des § 39a GWB	411
IV. Zusammenfassung und Ausblick	427
E. Vorübergehende Einschränkung der Krankenhausfusionskontrolle, § 186 Abs. 9 GWB (<i>Füllung</i>)	428
I. Wettbewerb im Krankenhaussektor	428
II. Entstehungsgeschichte	430
III. Systematik	432
IV. Inhalt	432
V. Kommentierung	432
VI. Fazit und Ausblick	438
F. Nicht umgesetzte Reformvorhaben: Ministererlaubnis und Killer Acquisitions (<i>Füllung</i>)	438
I. Killer Acquisitions	438
II. Ministererlaubnis	439
Anhang 1 Konkordanzliste zum GWB nach der 10. GWB-Novelle (<i>Körber</i>)	441
Anhang 2 Konsolidierte Fassung des GWB nach der 10. GWB-Novelle (<i>Bechtold</i>)	443
Sachverzeichnis	493

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XXXI

Einleitung: Genese der 10. GWB-Novelle

A. Ausgangsüberlegungen für die Novelle	1
B. Politischer Auftrag und Vorarbeiten	1
I. Koalitionsvertrag	1
II. Studie „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“	2
III. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0	2
IV. Europäische und internationale Studien	3
C. Inhaltliche Kernpunkte des Referentenentwurfs	3
I. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht	3
1. Reform der bisherigen Regelungen in §§ 18–20 GWB	3
2. Einführung des neuen § 19a GWB	4
II. Vereinfachung einstweiliger Maßnahmen und Beschleunigung von Verwaltungsverfahren	4
III. Umsetzung der ECN+-Richtlinie	5
IV. Effektivierung der Fusionskontrolle	5
V. Erhöhung der Rechtssicherheit für Kooperationen	6
VI. Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen	6
VII. Nicht weiterverfolgt: Behördliche Durchsetzung des UWG durch das Bundeskartellamt	6
D. Änderungen im Regierungsentwurf	7
E. Änderungen im parlamentarischen Verfahren	7
I. § 19a GWB und Rechtswegverkürzung	7
II. Fusionskontrolle	8
III. Sonstige Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf	8
IV. Nicht weiterverfolgt: „Forschungsklausel“	8
F. Entschließungsantrag und Ausblick	9

Kapitel 1: Wettbewerb und Digitalwirtschaft sowie weitere materiellrechtliche Änderungen

Überblick	11
A. Kausalitätserfordernis beim Missbrauchsverbot, § 19 Abs. 1 GWB	12
I. Einführung	12
II. Ausgangslage	13
1. Meinungsstand bis zu der 10. GWB-Novelle	13
2. Das Facebook-Verfahren	14
III. Einzelerläuterungen	16
1. Regierungsbegründung	16
a) Absage an Verhaltenskausalität als starre Grenze	16
b) Ungeschriebene, teleologisch bestimmte normative Kausalität	16
aa) Behinderungsmisbrauch: Ergebniskausalität	16

Inhaltsverzeichnis

bb) Ausbeutungsmisbrauch: Gesetzeszwecke, Verhaltenskausalität in der Abwägung	16
cc) Marktmachtmisbrauch durch Rechtsbruch	17
2. Verständnis der Neuregelung	19
a) Klarstellung oder Paradigmenwechsel?	19
b) Auslegung	19
aa) Wortlaut	19
bb) Bedeutung der Erwägungsgründe	20
cc) Systematik, insbesondere Verhältnis zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB	21
dd) Teleologie	22
3. Folgerungen und offene Fragen	23
a) Fortführung der Facebook-Rechtsprechung	23
b) Gewicht von Verhaltenskausalität als (Regel-)Beispiel normativer Kausalität	23
c) Hybride Missbräuche	23
d) Rein qualitativer Konditionenmissbrauch	24
aa) Eingrenzung in Orientierung am Lauterkeitsrecht?	24
bb) Kartellrechtsimmanente Eingrenzung	25
e) Rein qualitativer Preishöhenmissbrauch	26
f) Marktmachterstreckung/Drittmarktsachverhalte	27
IV. Fazit	27
B. Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, § 20 Abs. 1a GWB	28
I. Ausgangspunkt	28
1. Überlegungen im zeitlichen Zusammenhang mit der 10. GWB-Novelle	28
2. Hintergründe zu den Änderungen durch die 10. GWB-Novelle	30
a) Gutachten zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht	30
b) Fassung im Referentenentwurf	30
c) Fassung im Regierungsentwurf	31
d) Änderungen durch den Bundestag	31
e) Reaktionen auf die Änderungen	31
aa) Ablehnende Stellungnahmen	32
bb) Befürwortende Stellungnahmen	32
cc) Bewertung im Schrifttum	33
II. Einzelerläuterungen	34
1. Grundsätzliche Aspekte des Datenzugangs	34
a) Daten als Gegenstand von Zugangsansprüchen	34
b) Rechtsfolge des „Zugangs“	35
c) Relevanz von Rechtsvorschriften aus anderen Rechtsgebieten	35
2. Datenzugang über die essential facilities-Doktrin	36
a) Einordnung der Änderung durch die 10. GWB-Novelle	36
aa) Einführung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB durch die 6. GWB-Novelle	37
bb) Weitere Entwicklung der europäischen Anwendungspraxis zur essential facilities-Doktrin	37
cc) Zielsetzung der Änderung der essential facilities-Doktrin	38
b) Systematik der Änderung durch die 10. GWB-Novelle	39
aa) Erweiterung der „wesentlichen Einrichtungen“ insbesondere auf Daten	39
bb) Modifikation der Voraussetzungen für einen Zugang	40
cc) Streichung des Erfordernisses „als Wettbewerber“	41
(1) Auswirkungen der Streichung	41
(2) Erforderlichkeit einer teleologischen Korrektur?	41
dd) Gefahr der Ausschaltung des Wettbewerbs	42

Inhaltsverzeichnis

c) Fallgruppen für den Zugang zu Daten	42
d) Missbrauch und Anspruch auf Zugang als Rechtsfolge	43
3. Datenzugang bei relativer Marktmacht	44
a) Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 20 Abs. 1 GWB	44
aa) Verhältnis als Anbieter und Nachfrager auf einem relevanten Markt	44
bb) Ausreichende und zumutbare Möglichkeiten des Ausweichens ..	45
cc) Missbrauch im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB	45
b) Systematik der Änderungen durch die 10. GWB-Novelle	45
aa) Neuregelung in § 20 Abs. 1a S. 1 GWB	46
bb) Neuregelungen in § 20 Abs. 1a S. 2 und 3 GWB	47
cc) Neuregelung in § 20 Abs. 1 S. 2 GWB	48
c) Fallgruppen für den Zugang zu Daten bei relativer Marktmacht ...	48
aa) Primärdatenbedingte Abhängigkeit	49
(1) Tatbestandsvoraussetzungen der Fallgruppe	49
(2) Anwendungsfälle der Fallgruppe	49
bb) Komplementärdatenbedingte Abhängigkeit	50
(1) Tatbestandsvoraussetzung Abhängigkeit	50
(2) Tatbestandsvoraussetzung Missbrauch	51
(3) Anwendungsfälle der Fallgruppe	51
cc) Intermediärdatenbedingte Abhängigkeit	52
(1) Tatbestandsvoraussetzung Abhängigkeit	52
(2) Tatbestandsvoraussetzung Missbrauch	52
(3) Anwendungsfälle der Fallgruppe	52
dd) Einordnung von Konstellationen ohne Vertragsverhältnis	53
(1) Einordnung der Gesetzesbegründung	53
(2) Erfassung durch die übrigen datenbezogenen Fallgruppen ..	54
(3) Bewertung weitergehender Ansprüche	55
(4) Zwischenergebnis	55
d) Missbrauch und Anspruch auf Zugang als Rechtsfolge	56
4. Abgrenzung der beiden Formen des Datenzugangs	56
III. Fazit und Ausblick	58
C. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung, § 19a GWB	58
I. Auslegung des § 19a GWB aus behördlicher Sicht	58
1. Entstehungsgeschichte	58
2. Systematik	60
3. Inhalt	61
a) Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 GWB	61
b) Untersagungsbefugnis, § 19a Abs. 2 GWB	62
aa) Selbstbevorzugung beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Nr. 1	63
bb) Behinderung auf Zugangs- oder Absatzmärkten, Nr. 2	63
cc) Aufrollen von Märkten, Nr. 3	63
dd) Datenbezogener Missbrauch, Nr. 4	64
ee) Verweigerung oder Erschwerung von Interoperabilität oder Datenportabilität, Nr. 5	64
ff) Unzureichende Information über Leistung, Nr. 6	65
gg) Konditionenmissbrauch, Nr. 7	65
hh) Sachliche Rechtfertigung	65
c) Rechtswegkonzentration, § 73 Abs. 5 GWB, § 75 Abs. 5 GWB ..	65
4. Ausblick	66

Inhaltsverzeichnis

II. Auslegung des § 19a GWB aus anwaltlicher Sicht	67
1. Grundlagen	67
a) Einführung	67
b) Hintergrund der Neuregelung und Auswirkung auf die Auslegung des Missbrauchskatalogs	69
2. Die Missbrauchstatbestände nach § 19 Abs. 2 S. 1 GWB im Einzelnen	72
a) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB (Selbstbevorzugung)	72
b) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB (Behinderung beim Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten)	73
c) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB (Aufrollen nicht beherrschter Märkte und Verknüpfung von Angeboten)	74
d) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB (Errichtung oder spürbare Erhöhung von Marktzutrittsschranken durch Datenverarbeitung)	77
e) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB (Interoperabilität und Datenportabilität)	79
f) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 6 GWB (Unzureichende Information anderer Unternehmen)	80
g) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 7 GWB (Fordern unangemessener Vorteile) ..	81
3. Die Rechtfertigung nach § 19a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB	83
4. § 73 Abs. 5 GWB: Rechtswegkonzentration oder (ungerechtfertigte) Rechtswegverkürzung?	84
D. Streichung des KMU-Kriteriums in § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	85
I. Historie	85
II. Entscheidung des BGH im Fall „Hochzeitsrabatte“	86
III. Genese der Neufassung des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	87
1. Gutachten zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht	88
2. Fassung in Referenten- und Regierungsentwurf	88
IV. Kommentierung der Neufassung	89
1. Erweiterung des Schutzbereichs	89
a) Wettbewerbspolitische Bewertung der Erweiterung	89
b) Vereinfachung der Rechtsanwendung	90
2. Begrenzung der Erweiterung des Schutzbereichs bei wechselseitigen Abhängigkeiten	91
a) Hintergrund und Bedeutung der Einschränkung des Schutzbereichs	91
b) Weitere Konkretisierung der Begrenzung?	93
V. Fazit und Ausblick	94
E. Intermediationsmacht und Tipping, § 18 Abs. 3 und 3b GWB, § 20 Abs. 1 S. 2, Abs. 3a GWB	96
I. Hintergrund der Neuerungen: Beibehaltung gesetzlicher Grundentscheidungen zur Marktabgrenzung und zu den Eingriffsschwellen	96
II. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB	98
1. Entstehungsgeschichte und Regelungszweck	98
2. Einzelheiten	99
3. Die Relevanz der weiteren Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB jenseits von mehrseitigen Märkten und Netzwerken	100
III. Intermediationsmacht, § 18 Abs. 3b GWB, § 20 Abs. 1 S. 2 GWB	101
1. Entstehungsgeschichte	101
2. Inhalt und Systematik	102
a) Intermediationsmacht und Marktbeherrschung, § 18 Abs. 3b GWB ..	102
b) Intermediationsmacht und relative Marktmacht, § 20 Abs. 1 S. 2 GWB	103

Inhaltsverzeichnis

3. Einzelheiten	104
a) Vermittlertätigkeit auf mehrseitigen Märkten	104
b) Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten	106
c) Bedeutung für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung	106
aa) Auswirkung der Intermediationsmacht auf die Marktabgrenzung: „Eine Plattform, ein Markt“?	106
bb) Auswirkung der Intermediationsmacht auf die Bestimmung der Marktmacht	107
(1) Marktanteilmessung	107
(2) Marktbeherrschungsschwelle	108
(3) Parallele Einzelmarktbeherrschung durch mehrere Unternehmen?	108
d) Bedeutung für die Kontrolle unilateralen Verhaltens unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle	109
aa) Abhängigkeit von Transaktionsplattformen	109
bb) Abhängigkeit von „reinen“ Informationsintermediären	109
IV. Tipping, § 20 Abs. 3a GWB	110
1. Entstehungsgeschichte	110
2. Inhalt und Systematik	111
3. Einzelheiten	112
a) Sachlicher Anwendungsbereich: Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB	112
b) Unternehmen mit überlegener Marktmacht	112
c) Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber	113
d) Ernstliche Gefahr einer nicht unerheblichen Einschränkung des Leistungswettbewerbs	113

Kapitel 2: Kartellrechtsdurchsetzung im Verwaltungsverfahren

Überblick	115
A. Kartellbehörden, Markttransparenzstelle und Monopolkommission	117
I. Unabhängigkeit der Kartellbehörden, Art. 4 ECN+-Richtlinie	117
1. Einführung	117
2. Status quo ante	117
3. Unabhängigkeitsvorgaben der ECN+-Richtlinie	119
a) Überblick	119
b) Kritische Würdigung	120
4. Umsetzung im Rahmen der 10. GWB-Novelle	120
a) Eingeschränkter Umsetzungsbedarf	120
b) Weisungsunabhängigkeit als Kernproblem	121
aa) Fehlerhafte Richtlinienumsetzung	121
bb) Richtlinienkonforme Auslegung als Umsetzungsersatz	123
5. Fazit und Ausblick	123
II. Zuständigkeit der Kartellbehörden: Änderung von § 49 Abs. 2 S. 1 GWB und § 50 GWB	124
1. Zuständigkeit zur Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts	124
a) Historie: Von der VO (EWG) Nr. 17/62 zur Kartellverfahrens-VO	124
b) Änderungen infolge der 10. GWB-Novelle	125
2. Zusammenarbeit zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden	126
3. Bewertung	127

Inhaltsverzeichnis

III. Behördenzusammenarbeit, insbesondere im ECN, §§ 50a–50d GWB	128
1. Stärkung der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im ECN	128
a) Amtshilfe zur Feststellung von Verstößen gegen Verfahrenspflichten oder Entscheidungen, § 50a Abs. 1 GWB	129
aa) Ermittlungen zur Feststellung von Verstößen gegen Verfahrenspflichten	130
bb) Ermittlungen zur Feststellung des Nichtbefolgens von Entscheidungen	131
cc) Formelle Voraussetzungen	131
b) Amtshilfe in Form von Zustellung und Vollstreckung, §§ 50b, 50c GWB	131
aa) Normzweck	132
(1) Zustellung	132
(2) Vollstreckung	133
bb) Voraussetzungen der Amtshilfe nach § 50b Abs. 1 GWB, § 50c Abs. 1 GWB	134
(1) Sachlicher Anwendungsbereich	134
(2) Ersuchen	135
(a) Einheitlicher Titel	135
(b) Anlage zum einheitlichen Titel	136
(3) Persönlicher Geltungsbereich	136
cc) Entscheidung, Information	136
dd) Verfahren	137
(1) Zustellung, § 50b Abs. 4 GWB	137
(2) Vollstreckung	138
(a) Zuständigkeit	138
(b) Verfahren	139
ee) Amtshilfeersuchen des Bundeskartellamtes, § 50b Abs. 5 GWB, § 50c Abs. 7 GWB	139
c) Kosten der Amtshilfe	140
d) Bewertung	140
2. Übermittlung von Kronzeugenerklärungen, § 50d Abs. 2 GWB	141
a) Normzweck	141
b) Beschränkung der Übermittlung von Kronzeugenerklärungen	142
aa) Geltungsbereich	142
bb) „Kronzeugenerklärung“	142
cc) Übermittlungsverbot	142
dd) Ausnahmen von dem Übermittlungsverbot	143
IV. Mitwirkung von Bediensteten anderer EU-Mitgliedstaaten bei Ermittlungen im Inland, § 50 Abs. 3 GWB	143
1. Territorialitätsprinzip und Notwendigkeit der Amtshilfe	143
2. Deutschland in der Rolle des ersuchten Staates und Bedeutung des § 50 Abs. 3 GWB nF	145
a) Anwendbares Recht und grundsätzliche Rolle der Bediensteten des ersuchenden Staates	145
b) Aktive Mitwirkung ausländischer Bediensteter und deren Grenzen	146
aa) Mitwirkung bei der Vernehmung von Zeugen und des Betroffenen	146
bb) Mitwirkung bei Durchsuchungen	146
c) Folgen eines Fehlverhaltens ausländischer Bediensteter	147
V. Markttransparenzstelle für Kraftstoffe, § 47k GWB	147
1. Überblick	147
2. Zur Änderung von § 47k Abs. 4 GWB	149

Inhaltsverzeichnis

3. Zur Änderung von § 47k Abs. 7 GWB	151
4. Zur nicht verabschiedeten Mengendatenregelung	152
VI. Monopolkommission: Anpassung der §§ 44, 46 und 75 Abs. 5 GWB ...	152
1. Einleitung	152
2. Gesetzlicher Auftrag der Monopolkommission, § 44 Abs. 1 GWB ...	153
3. Stellungnahme der Bundesregierung und Austausch mit Ministerien, § 44 Abs. 3 GWB	155
4. Akteneinsicht und Datenzugang, § 46 Abs. 2a, 2b, Abs. 3 S. 2 GWB ..	155
5. Neue Aufgabe: Beratung des Bundesgerichtshofs, § 75 Abs. 5 GWB ..	156
B. Befugnisse der Kartellbehörden	158
I. Einstweilige Maßnahmen, § 32a GWB	158
1. Ausgangspunkt	158
a) Kaum existente Entscheidungspraxis zu § 32a GWB aF	160
b) Verfahrensbeschleunigung als Regelungsmotiv für die Neuregelung des § 32a GWB	161
2. Einzelne Erläuterungen – Änderungen durch die 10. GWB-Novelle ..	161
a) Schutzbereich der Neufassung von § 32a GWB	162
b) Regelungsgehalt: Voraussetzung für den Erlass einstweiliger Maßnahmen nach der Neufassung von § 32a GWB	163
aa) Überblick	163
bb) Formelle Voraussetzungen	163
cc) Materielle Voraussetzungen	164
(1) Zuwiderhandlung iSv § 32 Abs. 1 GWB	164
(2) Überwiegende Wahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung ..	164
(3) Gefährdungslage	165
(a) Gebotenheit der Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs, § 32 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB	165
(b) Gebotenheit der Maßnahme aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens, § 32a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GWB ..	166
(4) Sogenannte Härtefallklausel, § 32a Abs. 1 S. 2 GWB	166
(5) Keine Vorwegnahme der Hauptsache	167
c) Inhalt der Anordnung	167
d) Verfahren	167
aa) Beibehaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes, kein Antragsrecht	167
bb) Rechtliches Gehör	168
cc) Gebühren	168
dd) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen eine einstweilige Anordnung der Kartellbehörde	168
ee) Keine Bindungswirkung einer bestandskräftigen Eilmaßnahme im Kartellzivilprozess nach § 33b GWB	168
ff) Sofortige Vollziehbarkeit	168
gg) Rechtsmittel	169
(1) Beschwerde und Rechtsbeschwerde	169
(2) Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegenüber der Kartellbehörde	169
(a) Amtshaftungsanspruch gegen die Kartellbehörde	169
(b) Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs	170
3. Fazit	170
II. Vorsitzendenschreiben und Anspruch auf Negativattest, § 32c GWB	171
1. Ausgangspunkt	171

Inhaltsverzeichnis

2. Die Neuregelung des § 32c GWB	173
3. Analyse der Neuregelungen	174
a) Vorsitzendenschreiben	174
aa) Tatbestandsvoraussetzungen	174
bb) Rechtsnatur und Wirkung des Vorsitzendenschreibens	175
cc) Form und Verfahren	177
dd) Rechtsschutzmöglichkeiten	178
b) Anspruch auf eine förmliche Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB	179
aa) Erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse	179
bb) Beschränkung auf horizontale Kooperationen	180
cc) Sollfrist von sechs Monaten	181
dd) Durchbrechung des Systems der Legalausnahme?	182
c) Verwaltungsgrundsätze	183
4. Fazit und Ausblick	184
C. Erweiterte Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, §§ 58, 59, 59a und 59b GWB	184
I. Behördenperspektive	184
1. Einleitung	184
a) Entstehungsgeschichte: Umsetzung der ECN+-Richtlinie	184
aa) Hintergrund: Regelungsansatz der ECN+-Richtlinie	184
bb) Unternehmensgerichteter Charakter des Kommissionsverfahrens	185
cc) Abweichungen vom europäischen Ermittlungs- und Durchsetzungskonzept	186
dd) Keine Schaffung eines einheitlichen Verfahrens im deutschen Recht	186
ee) Beibehaltung der Bebußung natürlicher Personen im deutschen Recht	186
ff) Folge: „bedingte Europäisierung“ des deutschen Kartellermittlungsverfahrens	187
b) Systematik	188
2. Beschlagnahme, § 58 GWB	189
3. Auskunftsverlangen, § 59 GWB	189
a) Auskunftsverlangen gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, Abs. 1 S. 1–6	190
aa) Adressatenstellung	190
bb) Vertretung der Adressaten gegenüber der Behörde, Abs. 2	191
cc) Gegenstand des Auskunftsverlangens, insbesondere Zugänglichkeit	193
dd) Anfangsverdacht und Erforderlichkeit für die Aufgabenerfüllung	194
ee) Form der Auskunft, insbesondere Möglichkeit der Befragung ..	194
ff) Zeitlicher Anwendungsbereich	196
gg) Grenzen nach Abs. 3	196
(1) Verhältnismäßigkeit	196
(2) Kein Zwang zum Geständnis	196
(3) Mitwirkungspflicht der Unternehmensmitarbeiter	198
hh) Durchsetzung mit Zwangsgeld und Bußgeldandrohung	200
b) Auskunftsverlangen gegenüber sonstigen juristischen Personen oder Personenvereinigungen, Abs. 1 S. 7	201
aa) Adressaten	201
bb) Inhalt	202

Inhaltsverzeichnis

c) Auskunftsverlangen gegenüber natürlichen Personen, Abs. 4	202
aa) Adressaten	202
bb) Inhalt	203
4. Prüfung von geschäftlichen Unterlagen, § 59a GWB	206
5. Durchsuchungen, § 59b GWB	207
a) Allgemeine Anmerkungen	207
b) Durchsuchungsobjekte	208
c) Verdachtsmaßstab	208
d) Anordnungscompetenz, Abs. 2	209
e) Konkretisierung der Befugnisse nach Abs. 3	210
aa) Reichweite der Zugriffs- und Prüfungsrechte, Nr. 1	210
bb) Versiegelungsbefugnis, Nr. 2	210
cc) Auskunftsrechte, Nr. 3	211
f) Durchführung der Durchsuchung im Übrigen	212
g) Durchsetzung der Duldungs- und Mitwirkungspflichten	213
II. Anwaltperspektive	214
1. Einleitung	214
2. Konzeptionelle Probleme	214
a) Unterschiedliche Konzepte auf europäischer und nationaler Ebene ..	214
b) Unübersichtliches Regelungsgeflecht	215
c) Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte	215
3. Problematische Einzelregelungen	216
a) Reichweite des Auskunftsverlangens nach § 59 Abs. 1 GWB	216
b) Umgehung der Orkem-Rechtsprechung	217
aa) Anerkennung des Orkem-Standards	217
bb) Umgehung durch Auskunftsersuchen an natürliche Personen? ..	217
cc) Geltung auch bei Befragungen im Rahmen von	
Durchsuchungen?	218
c) Einschränkung des nemo tenetur-Grundsatzes	218
aa) Verfassungsrang	218
bb) Unterschiedliche Konzepte der Einschränkung	219
(1) Mitwirkungspflicht und Beweisverwendungsverbot	219
(2) Aussageverweigerungsrecht und Nichtverfolgungszusage ...	219
cc) Kritik	220
d) Legal Privilege	221
D. Weitere Änderungen im Verwaltungsverfahren, §§ 56, 61, 62 und 86a GWB ..	222
I. Mündliche Anhörung	222
1. Ziel der „Neuregelung“	222
2. Verfahrensbeschleunigung und Gewährung rechtlichen Gehörs	223
3. Das pflichtgemäße Ermessen der Kartellbehörde	224
4. Auswirkungen auf die Praxis	225
II. Akteneinsicht der Beteiligten	225
1. Das Akteneinsichtsrecht nach § 56 Abs. 3 GWB	225
a) Ziel der „Neuregelung“	226
b) Beginn und Ende des Akteneinsichtsrechts	226
c) Voraussetzung des Akteneinsichtsrechts	226
aa) „Rechtliches“ Interesse	227
bb) Erforderlichkeit	227
d) Umfang der Akteneinsicht	228
aa) Der Begriff der Akte	228
bb) Entscheidungsentwürfe, § 56 Abs. 4 S. 2 GWB	228
e) Art und Weise der Akteneinsicht, § 56 Abs. 3 S. 2 GWB	229

Inhaltsverzeichnis

2. Beschränkung der Akteneinsicht aus wichtigem Grund, § 56 Abs. 4	
S. 1 GWB	230
a) Regelbeispiel 1: Beeinträchtigung der Aufgabenerfüllung	231
b) Regelbeispiel 2: Wahrung des Geheimschutzes	231
c) Regelbeispiel 3: Wahrung des Geheimnisschutzes	232
III. Zustellung im EU-Ausland, § 61 Abs. 1 GWB	233
1. Hintergrund der Neuregelung	233
2. Auswirkungen auf die Praxis	234
IV. Gebührenpflichtige Handlungen, § 62 Abs. 1, 5 GWB	234
1. Ziel der Neuregelung	234
2. Inhalt der Neuregelung	234
a) Aufnahme der Akteneinsicht als Gebührentatbestand	234
b) Gebührenänderung zur Rücknahme des Antrags oder der Anmeldung	234
V. Erhöhung des Zwangsgeldes, § 86a S. 2 GWB	235
1. Ziel der Neuregelung	235
2. Berechnung des Zwangsgeldes	235
3. Auswirkungen auf die Praxis	236
E. Änderungen des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens, §§ 63 ff. GWB, Rechts- wegverkürzung, § 73 Abs. 5 GWB	236
I. Einführung und Zusammenhang	236
II. BGH als erste und letzte Instanz bei § 19a GWB	237
1. Die Neuregelung im Einzelnen	237
2. Einordnung und Hintergrund	238
3. Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überlegungen	239
4. Praktische Umsetzung	240
a) Tatsachermittlung durch den BGH	240
b) Einbeziehung der Monopolkommission	241
c) Verknüpfung von Verfügungen nach § 19a Abs. 1 und 2 GWB	241
III. Neuordnung und Auflösung von Verweisen	242
IV. Einzelne Änderungen	242
1. Gemeinsame Bestimmungen	242
a) Eilverfahren	243
aa) Anordnung der aufschiebenden Wirkung	243
bb) Erlass einstweiliger Anordnungen	244
b) Akteneinsicht	244
c) Kostentragung und -festsetzung	245
2. Beschwerde	245
3. Nichtzulassungsbeschwerde	245
4. Rechtsbeschwerde	246
V. Verbleibende Regelungslücken	247
1. Verfahrensrechtliche Fragen	247
2. Hängebeschlüsse in Eilverfahren	247
VI. Fazit und Ausblick	248

Kapitel 3: Kartellrechtsdurchsetzung im Bußgeldverfahren, §§ 81–86 GWB

Überblick	249
A. Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Staatsanwaltschaft, § 82a GWB	251
I. Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz	251
II. Systematik	255

Inhaltsverzeichnis

III. Die Neuregelung des institutionellen Gefüges	255
1. Neuregelung des Zwischenverfahrens	255
2. Neue Befugnisse im gerichtlichen Verfahren	256
a) Parallelität der Befugnisse	256
b) Antragsbefugnisse	256
c) Zustimmungserfordernisse	257
d) Rechtsmittelbefugnisse	257
e) Teilnahme der Staatsanwaltschaft	258
f) Verfahren vor dem Bundesgerichtshof	258
g) Kollision unterschiedlicher Auffassung der Verfolgungsbehörden ..	259
h) Geltung in anhängigen Gerichtsverfahren	259
IV. Ausblick: Verbandssanktionenrecht, Kriminalisierung oder europäische Konvergenz	260
B. Neuregelung der Bußgeldbemessung und Geldbußen gegen Unternehmens- vereinigungen, §§ 81b, 81c, 81d GWB	262
I. Einleitung	262
1. Entstehungsgeschichte und Motive	262
2. Systematik	262
3. Inhalt	263
II. Konkrete Vorgaben für die individuelle Bußgeldzumessung	263
1. Hintergrund	263
a) Rechtliche Grundlagen	263
b) Spannungsverhältnis gegenläufiger Zumessungskriterien	264
2. Debatte um die Verböserung	266
a) Rechtsschutz gegen Bußgeldbescheide	266
b) Notwendigkeit der Verböserungsmöglichkeit	267
c) Kontroverse um den angeblichen „Systemwechsel“ in der Bußgeldzumessung	267
3. Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes	269
a) Hintergrund der Bußgeldleitlinien	269
b) Einengung des weiten Bemessungsspielraums anhand des tatbezogenen Umsatzes	269
c) Ausblick	270
4. Gesetzlicher Katalog der Zumessungskriterien	271
a) Dauer der Zuwiderhandlung	271
aa) Konkretisierung durch das Europarecht	271
bb) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	271
cc) Behandlung in den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts ...	272
b) Schwere der Zuwiderhandlung	272
aa) Art der Zuwiderhandlung	273
(1) Konkretisierung durch das Europarecht	273
(2) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	273
(3) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	274
bb) Ausmaß der Zuwiderhandlung – insbesondere tatbezogene Umsätze	274
(1) Konkretisierung durch das Europarecht	274
(2) Tatbezogener Umsatz im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht: Unrechts- und Schuldangemessenheit	275
(3) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	277

Inhaltsverzeichnis

cc) Bedeutung der betroffenen Produkte und Dienstleistungen	278
(1) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	278
(2) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	278
dd) Art der Ausführung der Zuwiderhandlung	279
(1) Konkretisierung durch das Europarecht	279
(2) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	279
(3) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	280
ee) Vorausgegangene Zuwiderhandlungen	280
(1) Konkretisierung durch das Europarecht	281
(2) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	281
(3) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	282
ff) Nachtatverhalten: Aufdeckungsbemühungen, Schadenswiedergutmachung und Nachtat-Compliance	282
(1) Compliance und die Debatte um ihre Berücksichtigungsmöglichkeit	282
(2) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	283
(3) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	284
gg) Vortat-Compliance	285
(1) Kontroverse um die Berücksichtigungsfähigkeit der Vortat- Compliance	285
(2) Kompromisslösung des Gesetzgebers	285
(3) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	286
c) Wirtschaftliche Verhältnisse des Täters	287
aa) Bußgeld in Verhältnis zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters: Ahndungsempfindlichkeit	287
bb) Rolle in der nationalen gerichtlichen Bußgeldzumessungspraxis	287
cc) Behandlung in den Bußgeldleitlinien	288
d) Weitere Bußgeldzumessungsaspekte: Der Zeitfaktor	289
III. Umsatzabhängiger Bußgeldrahmen für ausgewählte Verstöße gegen Verfahrensvorschriften	290
1. Hintergrund	290
2. Neuregelung	290
IV. Neue Regelungen für die Bußgeldfestsetzung gegen Unternehmensvereinigungen	291
1. Hintergrund	292
2. Neuregelung	293
a) Neuer Bußgeldrahmen für Unternehmensvereinigungen, § 81c Abs. 4 GWB	293
aa) Systematik	293
bb) Offene Fragen	293
b) Haftung, § 81b GWB	295
aa) Systematik	295
bb) Offene Fragen	296
3. Praktische Relevanz	299
C. Verjährung der Geldbuße, § 81g GWB	299
I. Der europäische Kontext der Verjährungsregelung	299
II. Systematik	302

Inhaltsverzeichnis

III. Einzelerläuterungen	302
1. Unterbrechung der Verjährung durch Auskunftsverlangen, § 81g Abs. 2 GWB	302
2. Ruhen der Verjährung im ECN-Kontext	302
3. Absolute Verjährung	304
IV. Fazit und Ausblick	305
D. Kronzeugenprogramme, §§ 81h–81n GWB	305
I. Kronzeugenprogramme als Mittel zur Kartellbekämpfung	305
II. Gesetzliche Verankerung des Kronzeugenprogramms	311
1. Hintergrund und Überblick	311
2. Anwendungsbereich der §§ 81h–81n GWB	312
a) Zur Normanwendung berufene staatliche Stellen	312
aa) Unmittelbare Anwendung durch die Kartellbehörde	312
bb) Keine unmittelbare Anwendung im Gerichtsverfahren	312
cc) Keine unmittelbare Anwendung im abgetrennten Strafverfahren bei Submissionsabsprachen	313
b) Sachlicher Anwendungsbereich	314
aa) Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (Kartelle)	314
bb) Keine Anwendung auf sonstige Verstöße	315
cc) Keine Beschränkung auf „geheime“ Kartelle	316
c) Personaler Anwendungs- und Schutzbereich	316
aa) Kartellbeteiligte	316
bb) Antragstellung	316
3. Arten der Kronzeugenbehandlung	318
a) Überblick	318
b) Erlass der Geldbuße	319
aa) Nur der erste (erfolgreiche) Antrag führt zum Erlass	319
bb) Erlass nach § 81k Abs. 1 GWB – Ermöglichung einer Durchsuchung	319
cc) Erlass nach § 81k Abs. 2 GWB – Ermöglichung des Tatnachweises	320
dd) Einstellung des Verfahrens im Falle eines Erlasses	321
ee) Haftung des Kronzeugen auf Schadensersatz bei Erlass	321
(1) Haftung des Kronzeugen <i>de lege lata</i>	321
(2) Haftung des Kronzeugen <i>de lege ferenda</i>	322
(3) Kronzeugenstatus und Vergabeverfahren	323
c) Ermäßigung der Geldbuße nach § 81l Abs. 1, 2 GWB	324
aa) Voraussetzung für eine Ermäßigung nach § 81l Abs. 1, 2 GWB	324
bb) Haftung des Kronzeugen auf Schadensersatz im Falle einer Ermäßigung	325
d) Kooperationsvorteil wegen zusätzlicher Tatsachen nach § 81l Abs. 3 GWB im Rahmen der Geldbußenermäßigung	326
4. Voraussetzungen für eine Kronzeugenbehandlung nach § 81j GWB ..	327
5. Verfahren	328
a) Marker, ausgearbeiteter Antrag auf Kronzeugenbehandlung, Kurzantrag	328
b) Kartellbehördliche Entscheidung und gerichtliche Überprüfbarkeit	330
c) Geltung der Grundrechte im Verfahren	330
6. Intertemporale Geltung	331
E. Besondere Ermittlungsbefugnisse im Bußgeldverfahren, § 82b GWB	332
I. Einleitung	332
II. Auskunftsverlangen in Kartellbußgeldverfahren	333
1. Entsprechende Anwendung der Befugnisse nach § 59 GWB	333

Inhaltsverzeichnis

2. Grenzen der Mitwirkungspflichten	334
3. Verhältnis zum Verbandssanktionengesetz	336
III. Durchsuchungen in Kartellbußgeldverfahren	336
1. Modifizierte Anwendung der §§ 102 ff. StPO	337
2. Verweis auf Befugnisse nach § 59b Abs. 3 S. 1 GWB	338
IV. Sonderregeln für das gerichtliche Verfahren	340
1. Erweiterung des Urkundenbeweises, § 82b Abs. 3 GWB	340
2. Gerichtliche Auskunftsverlangen, § 82b Abs. 2 GWB	341
Kapitel 4: Kartellschadensersatz	
Überblick	343
A. Vermutung der Kartellbetroffenheit, § 33a Abs. 5 GWB und § 33c Abs. 3 GWB	343
I. Ausgangspunkt	343
II. Gesetzesänderung	344
1. Vermutung der Kartellbetroffenheit unmittelbarer Abnehmer	344
2. Vermutung der Kartellbetroffenheit mittelbarer Abnehmer	344
III. Hintergründe	345
1. Vermutung der Kartellbetroffenheit unmittelbarer Abnehmer	345
a) Unschärfen bei der Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie in das deutsche Recht	345
b) Die Entwicklung in der deutschen Entscheidungspraxis	347
aa) Grundlagen der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	347
bb) Beweiserleichterungen in der Entscheidungspraxis	348
cc) Reaktion des Novellengesetzgebers	349
2. Vermutung der Kartellbetroffenheit mittelbarer Abnehmer	349
IV. Einzelerläuterungen	350
1. Die Unterscheidung zwischen Aktivlegitimation und Kausalität	350
2. Zurechnung von Beschaffungsvorgängen bei einem unmittelbaren Erwerb	351
a) Zeitlicher Zusammenhang	351
b) Sachlicher Zusammenhang	351
c) Räumlicher Zusammenhang	352
3. Unklarer Regelungsinhalt bei einem mittelbaren Erwerb	352
V. Fazit und Ausblick	352
B. Einsicht in Akten der Kartellbehörde, § 56 Abs. 3–5 GWB und § 89b Abs. 5 S. 2 GWB	352
I. Ansprüche auf Akteneinsicht gegen Kartellbehörden	353
1. Einsicht in Akten des Bundeskartellamts	353
a) Bußgeldverfahren	353
aa) Ausgangspunkt	353
(1) Vor der 9. GWB-Novelle	353
(2) Die Kartellschadensersatz-Richtlinie	354
(3) Die 9. GWB-Novelle	354
bb) Ansprüche aus dem IFG	354
cc) Die 10. GWB-Novelle	354
b) Verwaltungsverfahren	355
aa) Ausgangspunkt	355
(1) Konkurrenzverhältnis zwischen IFG und §§ 33g, 89c GWB	355
(2) Urteil des VG Köln	355
bb) Die 10. GWB-Novelle	355
(1) Anlass für die Neuregelung	356

Inhaltsverzeichnis

(2) Art und Weise der Akteneinsicht	356
(3) Akteneinsicht durch Dritte, wie zB Medien	356
(4) Akteneinsicht eines potenziellen Schadensersatzklägers	356
(5) Verfahren	357
(6) Konkurrenzverhältnis zum IFG	357
(7) Intertemporale Anwendbarkeit der Neuregelung	357
2. Informationen aus der Akte der Europäischen Kommission	358
a) Veröffentlichung von Entscheidungen	358
aa) Veröffentlichung im Amtsblatt	358
bb) Veröffentlichung auf der Webseite der Generaldirektion Wettbewerb	358
(1) Zeitliche Verzögerung	358
(2) Unvollständigkeit der Veröffentlichung	358
b) Zugang zu Informationen nach der Transparenz-VO (VO (EG) 1049/2001)	358
aa) Grundsatz	358
bb) Restriktive Kommissionspraxis	359
cc) Rechtsprechung der europäischen Gerichte	359
c) 10. GWB-Novelle	359
3. Fazit und Ausblick	359
II. Ansprüche gegen Kartellbeteiligte, § 89b Abs. 5 GWB	359
1. Ausgangspunkt	360
a) Die Kartellschadensersatz-Richtlinie	360
b) 9. GWB-Novelle	360
aa) Der Offenlegungsanspruch des § 33g GWB	360
bb) Der Anspruch nach § 89b Abs. 5 GWB	360
cc) Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3.4.2018	361
2. Die 10. GWB-Novelle	361
3. Die Norm im Einzelnen	361
a) Verfügungsanspruch	361
aa) Bindende behördliche Entscheidung im Sinne des § 33b GWB	361
bb) Vorliegen der Voraussetzungen des § 33g GWB	362
b) Verfügungsgrund	362
c) Rechtliches Gehör – Geschäftsgeheimnisse	362
d) Ermessen des Gerichts?	362
e) Verjährung	362
f) Rechtsmittel	362
4. Praktische Bedeutung – Alternativen	363
a) Klage auf Offenlegung nach § 33g GWB	363
b) Antrag auf Akteneinsicht beim Bundeskartellamt	363
c) Beschlüsse der Europäischen Kommission	363
d) Einvernehmliche Schwärzungen	364
5. Fazit und Ausblick	364
C. Geschäftsgeheimnisschutz mithilfe von Sachverständigen, § 89b Abs. 7 GWB	364
I. Einführung	364
II. Gesetzesänderung	365
III. Hintergründe	365
1. Systematik	365
2. Informationsanspruch oder Beweislastverteilung?	366
3. Vorarbeiten der Europäischen Kommission	367
4. Möglichkeiten verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes	367
a) Redaktionelle Überarbeitung	367
b) Bestellung eines Sachverständigen	368

Inhaltsverzeichnis

c) <i>in camera</i> -Verfahren und Vertraulichkeitskreise	370
d) Düsseldorfer Verfahren	372
e) Anschließende Anonymisierung bzw. Unkenntlichmachung	372
IV. Einzelerläuterungen	373
1. Geheimnisse/vertrauliche Informationen	373
2. Maßnahmen zum Schutz von Geheimnissen/vertraulichen Informationen	373
3. Anforderungen an die Person des Sachverständigen	375
4. Kosten	376
5. Kostenvorschusspflicht	376
6. Tenorierung	377
V. Fazit und Ausblick	378
D. Intertemporaler Anwendungsbereich, insbesondere § 186 Abs. 4 GWB	378
I. Einführung	378
II. Intertemporale Anwendbarkeit der Offenlegungsvorschriften, §§ 33g, 89b ff. GWB	379
1. Ausgangsproblematik	380
a) Vorgaben der Kartellschadensersatz-Richtlinie	380
b) Umsetzung im deutschen Recht	381
2. Bisherige Rechtsprechung: Weitgehende Unanwendbarkeit auf Altansprüche	381
3. Rückbesinnung auf den Auslegungskanon	382
a) Wortlaut	383
b) Systematik	383
c) Gesetzgeberischer Wille	384
d) Sinn und Zweck	384
e) Unionsrecht	385
4. Gesetzgeberische Klarstellung: Anwendbarkeit auch auf Altansprüche ..	386
a) Keine Auftrennung von verfahrensrechtlichem und materiellrechtlichem Weg	387
b) Kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot	387
III. Intertemporale Anwendbarkeit der Schätzung der Schadensabwälzung, § 33c Abs. 5 GWB	388
IV. Ungelöste intertemporale Fragen	388
1. Richtlinienkonformität des § 186 Abs. 3 S. 1 GWB	389
a) Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz und Zinsen ab Schadensentstehung, § 33a Abs. 1 und Abs. 4 GWB	389
b) Vermutungsregelungen	390
aa) Schadens- und Abwälzungsvermutung, § 33a Abs. 2 S. 1 GWB, § 33c Abs. 2 GWB	390
bb) „Betroffenheitsvermutung“, § 33a Abs. 2 S. 4 GWB, § 33c Abs. 3 S. 2 GWB	391
(1) Einordnung	391
(2) Konsequenzen für die intertemporale Geltung	393
c) Bindungswirkung, § 33b GWB und Befugnis zur Schadensschätzung, § 33a Abs. 3 S. 1 GWB	393
d) Wirkungen eines Vergleiches, § 33f GWB	393
2. Nicht von § 186 Abs. 3 und 4 GWB erfasste Vorschriften	394
a) Stellungnahme des Bundeskartellamts zur Schadenshöhe, § 90 Abs. 5 GWB	394
b) Kostendeckelung bei Nebenintervention, § 89a Abs. 3 GWB	394
V. Fazit	395

Kapitel 5: Fusionskontrolle

Überblick	397
A. Erhöhung der Inlandsumsatzschwellen, § 35 Abs. 1 GWB	398
B. Änderung der Bagatellmarktklausel, § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB	400
C. Änderungen im Fusionskontrollverfahren, §§ 38, 39 und 40 GWB	403
I. Ermittlung der Umsatzerlöse	403
II. Presserechenklausel	403
III. Zusammenrechnung mehrerer Zusammenschlüsse	404
IV. Elektronische Anmeldungen	405
V. Vollzugsanzeige	406
VI. Dauer des Hauptprüfverfahrens	407
VII. Gebühr bei Rücknahme im Hauptprüfverfahren	408
D. Neue Anmeldeverfügung nach § 39a GWB	409
I. Einleitung	409
II. Wettbewerbliche Gefahren durch <i>stealth consolidations</i>	409
III. Die neue Regelung des § 39a GWB	411
1. Überblick	411
2. Objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte für erhebliche Behinderungen des Wettbewerbs	412
3. Umsatzschwellen	413
a) Erwerber-Umsatzschwelle	414
b) Zielunternehmen-Umsatzschwelle	414
c) Inlandsklausel	415
4. Share-of-supply-Test	415
5. Keine Anmeldeverfügung ohne vorherige Sektoruntersuchung	417
a) Grundlagen	417
b) Hinweispflicht bei Einleitung der Sektoruntersuchung?	418
c) Verknüpfung zwischen Anmeldeverfügung und Sektoruntersuchung	419
aa) Abgeschlossene Sektoruntersuchung	419
bb) (Zeitlicher) Zusammenhang?	419
6. Begrenzung auf bestimmte Wirtschaftszweige	420
a) Begriff	420
b) „...in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen“	421
c) Umfang der materiellen Überprüfung	422
aa) Lösungsweg (1): uneingeschränkte Anmeldungs- und Prüfungspflicht	422
bb) Lösungsweg (2): teleologische Reduktion des § 39 GWB	423
cc) Lösungsweg (3): teleologische Reduktion des § 36 GWB	424
dd) Keine Einschränkung der praktischen Wirksamkeit des § 39a GWB	424
7. Wirkungsdauer	425
a) Geltung ab Zustellung der Entscheidung	425
b) Erneuerungsoption?	425
8. Rechtsschutz	426
IV. Zusammenfassung und Ausblick	427
E. Vorübergehende Einschränkung der Krankenhausfusionskontrolle, § 186 Abs. 9 GWB	428
I. Wettbewerb im Krankenhausesektor	428
II. Entstehungsgeschichte	430
III. Systematik	432
IV. Inhalt	432

Inhaltsverzeichnis

V. Kommentierung	432
1. Verfassungsrechtliche Aspekte	433
2. Standortübergreifende Konzentration mehrerer Krankenhäuser oder Fachrichtungen	433
3. Kein Entgegenstehen anderer wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ...	434
4. Förderbescheid	435
5. Befristung	436
6. Evaluierung und begleitende Forschung	437
7. Rechtsfolgen	437
VI. Fazit und Ausblick	438
F. Nicht umgesetzte Reformvorhaben: Ministererlaubnis und Killer Acquisitions	438
I. Killer Acquisitions	438
II. Ministererlaubnis	439
Anhang 1 Konkordanzliste zum GWB nach der 10. GWB-Novelle	441
Anhang 2 Konsolidierte Fassung des GWB nach der 10. GWB-Novelle ...	443
Sachverzeichnis	493


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG