

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 Handel 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).